

INTRODUZIONE	6
I LIMITI AL POTERE DATORIALE	12
I.I L'estensione del potere	13
I.II Classificazione delle limitazioni al potere del datore di lavoro	17
I.III L'inquadramento dell'istituto del recesso.....	24
I.IV Primo passo nella materia delle tutele	30
I.V I limiti negativi	31
I.VI I meccanismi di autotutela	37
FONDAMENTI DELLA TUTELA DEI DIRITTI	38
II.I L'alfabeto giuridico da cui partire.....	42
II. II Gli interessi giuridici.....	42
II. III I bisogni di tutela	45
II.IV Le regole di tutela	47
II. V I rimedi	50
II.VI un utile distinguo	55
II.VII Le tecniche di tutela	57
II.VIII Il funzionamento degli strumenti.....	58
II.IX Le tecniche di tipo consensuale.....	59
II.X Il rapporto tra giudici e rimedi.....	60

II.XI Tipologie di regole.....	64
II.XII Rapporto tra rimedi e processo civile	71
II.XIII Tassonomia dei rimedi.....	74
II.XIV Rimedi pieni e rimedi limitati.....	76
II.XV Rimedi imperativi e rimedi volontari.....	79
II.XVI Rimedi reali e rimedi personali	82
II.XVII Rimedi preventivi e rimedi successivi	83
II.XVIII Rimedi definitivi e rimedi temporanei.....	85
II.XIX Rimedi coercitivi e rimedi inibitori.....	88
II.XX Rimedi risarcitori	89
II.XXI Rimedi restitutori	92
II.XXII Rimedi costitutivi	94
II.XXIII Rimedi dichiarativi.....	96
II.XXIV Rimedi punitivi	98
LE DINAMICHE PROCESSUALI.....	100
III.I Collocazione sistematica dei rimedi sanzionatori.....	107
III.II L'adempimento	109
III.III Presupposti sostanziali della domanda di adempimento e profili processuali ad essa relativi	110
III.IV L'azione di esatto adempimento (art. 1453 c.c.).....	113

III.V La prescrizione.....	115
III.VI Alcune precisazioni normative.....	117
III.VII La risoluzione.....	124
III.VIII Azione di risoluzione per inadempimento (art. 1453 c.c.)	126
III.IX Distinzione tra inadempimento, ritardo nell'adempimento ed adempimento ritardato.....	133
III.X L'onere della prova.....	135
III.XI Azione di risarcimento danni	136
III.XII Alcune importanti precisazioni.....	142
III.XIV L'azione di nullità dell'atto	146
III.XV Azione di annullamento (o di invalidazione atti).....	148
III.XVI Azione inibitoria.....	149
IL MECCANISMO DELLA TUTELA REALE. UN RIMEDIO DI DIRITTO SPECIALE.....	154
IV.I Breve indagine storica.....	155
IV.II I principi della tutela reale del posto di lavoro.....	161
IV.III Ambito di applicazione della tutela reale.....	163
IV.IV Il licenziamento ingiustificato	165
IV.V Il licenziamento discriminatorio	167
IV.VI Il licenziamento viziato da nullità o da inefficacia.....	167

IV.VII Tutela reale Vs tutela di diritto comune	172
IV.VIII Tutela di diritto comune Vs tutela obbligatoria	175
IV.IX Il licenziamento e la nullità di diritto comune	176
IV.X I tratti salienti del meccanismo di tutela reale	180
IV.XI Il regime della tutela reale.....	181
IV.XII Il meccanismo di tutela reale	183
IV.XIII L'invalidità del licenziamento.....	187
IV.XIV Ipotesi ricostruttive sulla natura dell'indennità risarcitoria	189
IV.XV La natura dell'indennità risarcitoria	193
IV.XVI Il quadro giurisprudenziale	199
IV.XVII La quantificazione del danno.....	205
IV.XVIII Inquadramento funzionale dell'Indennità risarcitoria	212
IV.XIX Considerazioni circa gli aspetti funzionali dell'indennità	213
IV.XX I contenuti della condanna giudiziale.....	219
IV.XXI Il periodo compreso tra il licenziamento e la sentenza.....	221
IV.XXII Il periodo compreso tra la sentenza e l'effettiva reintegrazione	225
IV.XXIII Manutenzione del rapporto di lavoro	227

IV.XXIV Profili processuali dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro	232
IV.XXV Accertamento e condanna.....	240
IV.XXVI Effetti della condanna alla reintegrazione	242
IV.XXVII L'esecuzione della condanna alla reintegrazione	244
IV.XXVIII L'opzione per l'indennità sostitutiva.....	247
BIBLIOGRAFIA	I

INTRODUZIONE

Analizzare un diritto soggettivo significa compiere una scelta che anzitutto riguarda un metodo. In questo senso, delimitare l'obiettivo della ricerca è un'operazione di carattere prioritario.

La dimensione di un diritto è tale da non poter essere osservata "per intero"; si rende, quindi, necessario focalizzare l'analisi su singoli suoi aspetti.

Vengono in rilievo, a tale proposito, gli studi che analizzano temi di tipo contenutistico, riguardanti la sostanza del diritto, e temi di tipo processualistico che approfondiscono l'esame dei profili, per così dire, sanzionatori della sua regolamentazione.

L'obiettivo fondamentale di questa indagine è quello di analizzare gli effetti generati dalla violazione di un diritto individuale, i quali vengono qui definiti "sanzionatori".

Occorre premettere che tale approfondimento non si conduce a livello generale, con riferimento alla figura complessiva del "diritto soggettivo", bensì circostanziato. L'analisi è così orientata ad indagare un'area giuridica particolare, quella giuslavoristica, ed ancor più precisamente l'ambito di applicazione della *tutela reale* garantita al soggetto che sia stato ingiustamente estromesso dall'ambito di un'organizzazione aziendale.

L'analisi si focalizza, dunque, sul sistema di rimedi che l'ordinamento predispose al fine di rendere *effettiva* la tutela di chi sia stato ingiustamente licenziato, dove per tutela effettiva si intende il ricorso alla tecnica restitutoria del risarcimento in forma specifica.

Per giustificare una simile restrizione del campo di indagine occorre far riferimento al sistema complessivo in

cui tale ricerca si colloca, ovvero l'ambito dei meccanismi processuali di tutela dei diritti. Si rende, infatti, evidente che all'interno di esso la vicenda del licenziamento (assistito da tutela reale, s'intende) acquisisce un significato emblematico.

La gamma dei rimedi sanzionatori ancorati all'istituto del licenziamento è, difatti, talmente ricca dal punto di vista qualitativo da rendere ragionevole, se non addirittura necessaria, la scelta di rivolgere ad esso una particolare attenzione. Del resto, una tale varietà di strumenti azionabili è riconosciuta, a livello dottrinale, come l'ipotesi più *comprensiva* rinvenibile in ambito giuslavoristico. Si spiega così la scelta di prediligerne la trattazione all'interno di tale elaborato.

Prima, però, di affrontare i contenuti dell'analisi si rende opportuno svolgere alcune considerazioni.

È bene comprendere, anzitutto, quale sia il punto di partenza da cui condurre il ragionamento. L'attenzione è da rivolgere all'istituto del processo e, più precisamente, alle dinamiche che lo interessano.

A ben vedere il tema dei profili sanzionatori di un diritto soggettivo si sviluppa dall'affermazione solenne del diritto stesso ad opera di un giudice¹. In tale vicenda si riassume quella che è la funzione giurisdizionale, ossia l'attività con cui il potere giudiziario, organo affidatario di tale funzione, dà applicazione concreta alle norme formulate in termini solo astratti e generali dal potere legislativo.

Il provvedimento giudiziale attraverso cui questa attività si esplica riveste, a seconda dei casi, un contenuto assai

¹ Il passaggio precedente consiste nel considerare, invece, che la dimensione di tutela dei diritti, mediante l'intervento giudiziale, si afferma a seguito dell'introduzione di una data legge all'interno dell'ordinamento giuridico;

differente. Per quanto riguarda il Diritto del lavoro può, ad esempio, capitare che al giudice venga richiesto di emettere un provvedimento dispositivo di un risarcimento danni, oppure reintegrativo di un soggetto o, ancora, inibitorio di una condotta datoriale lesiva di un particolare interesse del lavoratore.

L'elencazione ha valore puramente esemplificativo, puntando semplicemente a rappresentare il carattere differenziato della casistica.

Ciò che occorre comprendere è che il contenuto del diritto azionato decide degli effetti della dichiarazione giudiziale, nel senso che le conseguenze prodotte da quest'ultima sono originate direttamente da quello.

La nostra analisi intende indagare precisamente tali aspetti. Il dato da cui partire è che a presidio di un diritto soggettivo sostanziale l'ordinamento pone un sistema di rimedi di contenuto assai differenziato. Tale insieme è da intendere come un contenitore di "forme di tutela" che per poter funzionare necessitano, ed in ciò consiste la loro peculiarità, dell'operare di alcune tecniche. La concreta applicazione degli strumenti passa, in questo senso, per l'attuazione di tecniche predefinite.

È naturale considerare che il riconoscimento di un diritto del lavoratore in sede giudiziale presuppone un utilizzo improprio, da parte del datore di lavoro, dei poteri di cui l'ordinamento lo rende titolare. L'intervento del giudice si legittima, quindi, in funzione di un utilizzo abusivo di tali prerogative datoriali.

Ma cosa significa analizzare gli effetti di una dichiarazione giudiziale?

Si può affermare che ciò equivalga, fondamentalmente, a considerare il funzionamento dei rimedi contemplati dall'ordinamento per dare attuazione a diritti già affermati in sede istituzionale. Guardare a tale sistema significa

considerare due particolari aspetti: i presupposti che lo riguardano ed limiti che lo definiscono.

L'individuazione di tali elementi è ciò che consente di definire i contenuti della tutela offerta al prestatore di lavoro.

Naturalmente, ciò non deve tradursi nella scelta di relegare in secondo piano i contenuti propri del sistema. Osservare quest'ultimo dall'interno costituisce, semmai, il presupposto logico fondamentale per condurre un'analisi che anziché restare alla superficie, punti a rivelare gli aspetti funzionali delle tecniche, e quindi del sistema stesso.

Chiarito questo punto, è importante spendere qualche parola in merito ai possibili contenuti che caratterizzano quest'indagine. Come un'Attenta dottrina² puntualizza, uno studio che sia condotto sulle tematiche qui considerate punta sostanzialmente alla valutazione dei seguenti aspetti:

- le condizioni di accesso del lavoratore alla tutela giurisdizionale;
- i diversi esiti protettivi che si configurano sulla base del diritto specificamente azionato;
- le varie limitazioni ai poteri datoriali;
- le varie forme di tutela utilizzabili al riguardo, ed i relativi effetti.
- gli strumenti di autotutela individuale conservativa di cui il lavoratore è autorizzato ad avvalersi, come complemento essenziale di alcune sue tutele giurisdizionali.

² A.Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995.

Per quanto attiene alla sostanza del sistema è importante precisare che l'apparato di strumenti di cui il lavoratore dispone si suddivide fondamentalmente in due distinte categorie:

- gli strumenti di carattere giudiziario, attivabili, per definizione, soltanto in sede giurisdizionale;
- gli strumenti di autotutela individuale conservativa, operativi al di fuori della dinamica giudiziaria, ma suscettibili di essere posti a complemento di alcune tutele di carattere giurisdizionale.

Quanto, invece, all'impostazione del lavoro svolto, le pagine che seguono affrontano la tematica ripartendola in due sezioni differenti:

- la prima sezione intende offrire elementi tecnici introduttivi puntualizzando il linguaggio utilizzato in materia di tutela e richiamando i contenuti essenziali dei vari istituti civilistici coinvolti nell'analisi. L'obiettivo è, da un lato, quello di chiarire i fondamenti della tutela dei diritti e, dall'altro, quello di mettere a fuoco il contenuto delle principali tecniche di tutela disponibili all'interno del nostro ordinamento;
- la seconda sezione è dedicata alla disciplina del licenziamento individuale, considerata dal punto di vista dei meccanismi sanzionatori che lo interessano. Quanto è possibile affermare oggi in proposito è frutto di un *iter* storico e culturale ben preciso che vale la pena di ripercorrere insieme. L'operazione storico-ricostruttiva farà da preambolo alla successiva analisi, volta a considerare le tecniche di

tutela impiegate nell'ambito del licenziamento garantito da tutela reale. In tale sezione si darà voce alla giurisprudenza, entrando nel dibattito di essa ed illustrando il funzionamento specifico di ciascuna tecnica impiegata nell'ambito considerato. L'obiettivo sarà quello di agevolare una riflessione sull'utilizzo razionalizzato degli strumenti sanzionatori caratteristici del licenziamento.

Come ultima precisazione, si segnala che questo studio intende offrire soltanto un'informazione "di base", o per meglio dire "di partenza" sulle tematiche considerate. Il fine che ci si propone non è quello di essere esaustivi, bensì di stimolare un approfondimento ed una riflessione responsabili, a partire dal materiale disponibile all'interno del panorama giuridico italiano. Più che un lavoro compiuto questa analisi costituirà una sorta di traccia, una sintesi che necessiterà senz'altro di un ulteriore e forse poderoso sviluppo.

Capitolo I

I LIMITI AL POTERE DATORIALE

Tra le molteplici relazioni privatistiche che l'ordinamento riconosce e disciplina, il rapporto di lavoro assume sul piano esistenziale, economico e politico un'obiettiva rilevanza. La sicura preminenza dell'istituto si registra anzitutto a livello statistico a motivo della capillare diffusione che esso vanta sopra ogni altro tipo di relazione giuridica privata.

È un dato di comune esperienza che la *scelta* se costituire o meno un rapporto di lavoro si annovera, per un individuo, tra le necessità da soddisfare, più che tra le espressioni del suo libero agire. Allo stesso modo di come l'opportunità di estinguere un rapporto lavorativo è vissuta, in generale, come una costrizione piuttosto che come una tra le possibili alternative.

Sebbene non possa negarsi il carattere scontato di simili considerazioni sulla figura del prestatore di lavoro, in realtà è possibile affermare che proprio a partire da esse l'analisi degli strumenti sanzionatori legati alla condizione di tale individuo si configura come una scelta stimolante e preferibilmente necessaria verso cui dirigere una concreta ipotesi di ricerca.

Nel perseguire simile obiettivo cominciamo col richiamare gli elementi necessari a rendere possibile l'opera di inquadramento iniziale dell'istituto.

Il rapporto di lavoro rappresenta, al pari di ogni altra relazione contrattuale, una fonte costitutiva di obbligazioni giuridiche per i soggetti in esso implicati. In ragione della natura sinallagmatica che il rapporto di lavoro riveste, i protagonisti dell'operazione divengono titolari entrambi di posizioni giuridiche, debitorie o creditorie, che tutte

insieme vanno a costituire, per essi, il fascio di responsabilità cui far fronte.

Come noto, l'effetto immediato dell'istituzione di un rapporto obbligatorio è, sul piano giuridico, quello di incidere la sfera giuridico-patrimoniale propria dei soggetti agenti: ciascuna delle parti contrattuali vede sorgere all'interno del proprio patrimonio giuridico, posizioni sostanziali di contenuto positivo, cui si ricollegano posizioni di contenuto opposto, ossia negative: il riferimento è, rispettivamente, ai diritti e agli obblighi.

Il carattere "relativo" di tali posizioni sostanziali, ossia la loro capacità di evidenziarsi e sussistere unicamente in riferimento alla controparte contrattuale, ci suggerisce, per quel che a noi interessa considerare, che l'impiego di una tecnica di difesa sanzionatoria, volta a tutelare la sottostante posizione giuridica sostanziale, si definisce esclusivamente in riferimento a tale specifico soggetto.

I. IL POTERE

Quanto si è avuto modo di precisare in merito al rapporto di lavoro non mette ancora in evidenza uno degli aspetti che più lo caratterizzano, facendo di esso "una sorta di *unicum* nei rapporti privatistici"³.

Il rapporto di lavoro è uno dei pochi rapporti, e di sicuro il solo tra quelli a prestazioni corrispettive, nel cui ambito uno dei soggetti è investito di un potere sanzionatorio nei confronti della controparte. Trattasi della nota facoltà, conferita al datore di lavoro, di infliggere pene private.

Una simile prerogativa risponde all'esigenza di garantire il buon andamento dell'impresa sul piano organizzativo. In

³ Così O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Trattato di diritto privato, G. Iudica e P. Zatti (a cura di), Giuffrè, ed. 2002, p. 460;

questo senso, il potere disciplinare di cui il datore di lavoro è titolare si lega inscindibilmente all'ulteriore potere di controllo detenuto, con cui egli definisce il risultato della prestazione lavorativa. Com'è facile intuire, entrambe le forme di potere indicate sono proiezione del potere direttivo datoriale, che è la manifestazione senza dubbio più rilevante delle prerogative organizzative detenute.

È senza dubbio lecito domandarsi fino a che punto possa *spingersi*, in un'ottica di effettiva tutela del prestatore di lavoro, l'esercizio dei poteri datoriali ora in questione. Secondo quanto previsto dal Codice civile l'inosservanza da parte del lavoratore degli obblighi di diligenza e fedeltà (artt. 2104 e 2105 c.c.) “*può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione*”. Il riferimento sintetico agli obblighi di diligenza e fedeltà richiama all'evidenza ogni sorta di inadempimento del lavoratore alle obbligazioni contrattuali, in quanto tale idoneo ad incidere, in modo disfunzionale, sull'organizzazione aziendale (Cass. 11437/95; Cass. 6597/94).

È evidente che la responsabilità disciplinare del lavoratore non esclude quella per inadempimento, cosicché il datore di lavoro ben può sanzionare un determinato comportamento del lavoratore e pretendere in aggiunta il risarcimento dei danni causati⁴.

Nell'affrontare questi temi, è importante considerare uno dei fondamenti essenziali del sistema giuslavoristico, e precisamente che la libertà dei poteri datoriali è garantita fino ad espressa limitazione normativa degli stessi⁵.

⁴ Ibidem, p. 462;

⁵ A. Vallebona, *Tutela giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995, p. 65;

Il Diritto del Lavoro si prefigge come obiettivo essenziale della sua azione quello di apprestare una tutela protettiva, e per quanto possibile effettiva, del prestatore di lavoro subordinato. La realizzazione di un simile obiettivo richiede, com'è facile comprendere, l'uso di correttivi al libero esprimersi dei poteri datoriali: quello direttivo, quello organizzativo e quello disciplinare.

Gli strumenti impiegati dall'ordinamento a tale scopo sono precisamente la fonte legislativa e quella contrattualistica.

Ai fini della ricerca da condurre, si rende opportuno considerare che l'agire datoriale si può scomporre, a livello ideale, in due distinte tipologie di azioni: le attività di carattere negoziale e le attività prettamente materiali.

A titolo esemplificativo, possiamo richiamare, quanto alle prime, le seguenti ipotesi:

- l'assunzione del lavoratore,
- la sua promozione;
- il suo trasferimento;
- il passaggio eventuale dal contratto di lavoro a tempo parziale a quello a tempo pieno (e viceversa).

L'elenco operato mette in evidenza una serie di attività negoziali assolutamente tipiche dell'azione del datore di lavoro. Come si vede, esse non vanno ad incidere necessariamente sullo "*status*" del rapporto lavorativo (comportandone modifiche in senso migliorativo o peggiorativo), poiché possono anche riguardare la semplice modalità di esecuzione della prestazione lavorativa. In un'evenienza di quest'ultimo tipo, l'effetto modificativo andrebbe ad incidere esclusivamente sul momento attuativo della prestazione lavorativa,

definendone aspetti legati al “dove” ed al “come” porla in essere.

Ma procediamo per gradi, considerando dapprima le sole attività incidenti sullo *status* del rapporto lavorativo.

Di esse forniamo i seguenti esempi:

- l'estinzione del rapporto di lavoro → es. licenziamento;
- la sospensione del rapporto → es. messa in cassa integrazione guadagni;
- la modificazione temporanea del rapporto → applicazione di una sanzione disciplinare.

Se, al contrario, l'atto negoziale è diretto ad incidere sulle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, esso assume un contenuto di altro tipo, quale ad esempio:

- l'assegnazione di mansioni diverse,
- l'adozione di un trasferimento;
- l'imposizione di una trasferta.

Passiamo ora a considerare le attività di tipo materiale, tracciandone un elenco rappresentativo:

- la predisposizione all'interno dell'azienda delle misure di sicurezza necessarie a tutelare la salute fisica dei lavoratori;
- la trattenuta ed il relativo versamento dei contributi sindacali dei lavoratori;
- la messa a disposizione delle rappresentanze sindacali della bacheca e dei locali necessari allo svolgimento della loro attività;

- lo svolgimento di controlli sulla prestazione lavorativa;
- le attività di perquisizione condotte sulla persona dei dipendenti;
- lo svolgimento di indagini sul loro conto.

Completata l'analisi relativa ai vari atti posti in essere dal datore di lavoro, ci disponiamo a definire la natura dei limiti riguardanti il suo potere.

Nell'affrontare l'argomento, faremo principale riferimento agli studi condotti sul tema da un'Autorevole dottrina.⁶

I.II CLASSIFICAZIONE DELLE LIMITAZIONI AL POTERE DEL DATORE DI LAVORO

Il potere del datore di lavoro è, a seconda dei casi, sottoposto a limiti di carattere positivo o negativo. In questo senso, elementi di provenienza esterna al potere, quali la legge o la contrattazione collettiva (solo in rare occasioni quella individuale), influiscono sull'andamento dello stesso determinandone uno sviluppo, per così dire, necessario. Più nel dettaglio, mentre i limiti positivi introducono obblighi di fare per il datore di lavoro, vincolando quest'ultimo a far uso necessario del potere detenuto, i limiti negativi determinano, accanto o al posto dell'inefficacia dell'atto, obblighi di non fare, poiché sanciscono un'astensione doverosa del soggetto dall'esercizio del potere. I limiti positivi, che come si è detto impongono l'esercizio del potere, possono riguardare tanto il compimento di un'attività negoziale (si pensi alla promozione o al trasferimento del lavoratore), quanto il

⁶ A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali*, op. cit., p. 54;

compimento di un'attività materiale (è il caso della trattenuta e del versamento dei contributi sindacali, oppure della predisposizione delle misure di sicurezza nei locali dell'impresa).

La differenza che riguarda le due tipologie di attività si esprime, propriamente, sul terreno sanzionatorio. In particolare, mentre con riguardo alla prima categoria di atti si rende esperibile la c.d. tutela costitutiva, e ciò al fine di ottenere un provvedimento giurisdizionale produttivo degli stessi effetti del negozio non concluso (naturalmente a patto che risultino soddisfatte le condizioni richieste)⁷, in merito ai secondi vale il principio, opposto, per cui la condanna ad eseguire un *facere* infungibile resta incoercibile in termini specifici. Ne consegue che, a difesa del lavoratore che si trovasse coinvolto in una di queste ultime situazioni, il sistema predispone il generale rimedio della tutela risarcitoria “per equivalente” affiancata, eventualmente, dai meccanismi di autotutela difensiva (ossia il rifiuto ad eseguire la prestazione non dovuta o l'eccezione di inadempimento).

Quanto ai limiti negativi, che come indicato vietano l'esercizio del potere datoriale, anch'essi possono riguardare tanto gli atti giuridici (incidenti sullo *status* del rapporto, come il licenziamento, o sulla modalità di esecuzione della prestazione, come il trasferimento), quanto i comportamenti materiali posti in essere dal datore di lavoro (si pensi alle perquisizioni compiute sulla

⁷ In particolare, si rende opportuno che tali effetti siano tutti già indicati nel titolo, in modo tale che si possa escludere ogni intervento discrezionale da parte del giudice. Ove tali condizioni non siano soddisfatte, occorrerà prendere atto della non coercibilità in forma specifica della condanna a compiere un *facere* che, a ben vedere, risulta infungibile;

persona dei dipendenti o alle indagini eseguite sul loro conto).

In merito alla categoria degli atti giuridici vietati al datore di lavoro, vale il principio per cui, al fine di stabilire le conseguenze che la loro attuazione comporta sul piano giuridico, occorre guardare ai contenuti della sanzione loro correlata.

In particolare, se questa ha natura reale, gli atti rimangono improduttivi di effetti, al punto che la loro realizzazione in termini di fatto pone il datore di lavoro in uno stato di *mora credendi*. Occorre considerare che tale conseguenza si produce in via automatica, ove il lavoratore sia stato illegittimamente estromesso dall'azienda (momentaneamente o a tempo indefinito) o, al contrario, come effetto di un rifiuto a svolgere la prestazione non dovuta. È il caso, quest'ultimo, del rimedio esercitato in via di autotutela, quindi del rifiuto accompagnato dalla contestuale offerta di svolgere la prestazione convenuta. Un esempio è dato dall'ipotesi del dipendente che si opponga a un tentativo di demansionamento o che rifiuti lo svolgimento della prestazione nel luogo indicato a seguito di un trasferimento illegittimo, poiché non sorretto da motivi adeguati.

Occorre, tuttavia, precisare che l'assunzione, da parte del datore di lavoro, di un provvedimento vietato oltre a produrre gli effetti descritti, costituisce una trasgressione al divieto d'inattuazione di un obbligo di non fare. Come tale, esso autorizza il lavoratore, che non si sia avvalso dei meccanismi di autotutela, a poter richiedere il risarcimento del danno che la situazione gli avesse cagionato. È il caso del lavoratore costretto, ad esempio, a svolgere mansioni di contenuto inferiore, il quale avrebbe diritto ad ottenere il risarcimento dell'eventuale danno alla professionalità causatogli dall'inadempimento datoriale.

Da quanto indicato, resta, naturalmente, esclusa l'ipotesi che a dover operare siano invece regimi di carattere speciale. Si pensi, ad esempio, all'istituto del licenziamento, rispetto al quale è apprestata una disciplina specifica.

Occupiamoci ora dell'ipotesi in cui all'atto vietato non sia correlata una sanzione di tipo reale. In questa evenienza l'atto produce comunque i suoi effetti, sicché a fronte dell'inadempimento dell'obbligo datoriale di non fare, residua soltanto la tutela risarcitoria o quella indennitaria stabilita da norme di carattere speciale. È il caso del licenziamento non sorretto da causa giustificatrice, cui risulti applicabile la tutela di tipo obbligatorio.

Consideriamo ora i comportamenti materiali posti in essere dal datore in lavoro, in violazione di uno specifico divieto. Ad essi, oltre alla tutela dichiarativa di accertamento dell'avvenuta violazione si aggiunge la tutela risarcitoria conseguente alla lesione arrecata al bene protetto. Una lesione che, peraltro, si potrebbe evitare mediante il ricorso al meccanismo di autotutela consistente nella condotta di resistenza: es. il rifiuto di sottoporsi ad una illegittima perquisizione. Quanto, invece, alla tutela di carattere inibitorio e ripristinatorio, essa è riservata, come noto, alla condotta datoriale di contenuto antisindacale (v. art. 28 Statuto) e ad alcune discriminazioni per sesso⁸.

Procedendo nella classificazione dei limiti posti al potere datoriale, ritroviamo, da un lato, i limiti finali (o sostanziali) e, dall'altro, i limiti procedurali.

⁸ Il nostro ordinamento utilizza la tutela penale dell'ordine del giudice per la repressione delle discriminazioni in ragione del sesso, limitatamente alle assunzioni ed al divieto di lavoro notturno (art. 15, 4 c., della L. n. 903 del 1977);

Per comprendere il contenuto di tale distinzione è utile soffermarsi sulle tecniche che il legislatore impiega nel definire una fattispecie giuridica sostanziale. Secondo la tecnica di tipo tradizionale, al compimento di un atto datoriale è posta una limitazione che, a seconda dei casi, riveste natura negativa (di divieto) oppure positiva (di imposizione). Quando l'atto è colpito da un limite negativo, esso può risultare completamente proibito, oppure vietato soltanto a patto che non sussistano specifici presupposti. Al contrario, quando l'atto è colpito da un limite positivo, esso deve trovare necessaria esecuzione, risultando, quindi, imposto.

Alla tecnica appena segnalata se ne contrappone una ulteriore che condiziona l'esercizio del potere datoriale all'espletamento preliminare di una procedura, la quale a seconda dei casi riveste natura sindacale e/o amministrativa. E' l'ipotesi inerente all'attuazione di un licenziamento collettivo o di un trasferimento d'azienda, per esempio. Come si evince facilmente, tali diversi limiti sono funzionali all'esigenza di consentire l'esercizio di un potere di controllo sindacale e/o della pubblica amministrazione sull'agire datoriale. L'obiettivo è di favorire il compimento di una verifica che abbia carattere preventivo anziché successivo all'azione datoriale, col risultato di rendere quest'ultima più certa al momento stesso della sua assunzione.

Una dinamica opposta si riscontra, invece, nel meccanismo della funzione giurisdizionale, dove il controllo giudiziale sopraggiunge al compimento dell'atto datoriale contestato, senza poterlo quindi anticipare.

È dunque evidente che l'inversione procedimentale indicata consente al datore di lavoro di confidare nella legittimità dell'atto di esercizio del suo potere prima ancora che questo venga posto in essere, e ciò sul semplice

presupposto dell'avvenuta osservanza di un'apposita procedura.

Di tutt'altro contenuto rispetto ai limiti procedurali appena esaminati sono quelli finalizzati a procedimentalizzare in sé stesso l'esercizio del potere datoriale⁹. La differenza tra questi limiti e i primi sta nel fatto che con essi non si prevede alcun intervento partecipativo di soggetti esterni (nella specie sindacati o pubblica amministrazione) cui sia affidato il compito di emanare un provvedimento necessario.

Vediamone alcuni esempi:

- l'obbligo di osservanza della forma scritta per la conclusione di determinati atti o patti di contenuto giuslavoristico (licenziamento, patto di prova, apposizione di termine al contratto, definizione del tempo parziale);
- la procedimentalizzazione del potere disciplinare del datore di lavoro in fasi predefinite: predisposizione ed affissione del codice disciplinare in luoghi aziendali accessibili a tutti i lavoratori; necessaria contestazione dell'addebito al dipendente; decorso della pausa di riflessione; applicazione eventuale della sanzione (art. 7 Statuto).

Un'ulteriore classificazione ha invece ad oggetto i limiti finali a contenuto esclusivamente negativo, andando a costituire di essi una ripartizione interna.

Trattasi della distinzione tra limiti finali, volti a sottoporre a necessaria giustificazione l'esercizio del potere datoriale,

⁹ Cfr. G.Ferraro, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 1989, p. 555 ss.;

e limiti finali, finalizzati, invece, a vietare l'atto avente un'illecita destinazione.

Sono espressione di un limite del primo tipo la giustificazione che si rende necessaria al fine di intimare un valido licenziamento (v. in proposito art. 3 L. 604/66), o la giustificazione prevista per l'attuazione di un trasferimento valido (v. art. 2103 c.c.). Esempificazioni del secondo tipo sono, invece, l'atto discriminatorio compiuto ai danni del prestatore di lavoro ed il negozio viziato da motivo illecito.

Giungiamo, quindi, a considerare l'ultima tipizzazione tracciata in merito ai limiti datoriali, dalla dottrina qui riepilogata.

La categoria prende a riferimento l'efficacia riguardante il limite stesso per arrivare a tracciare una distinzione tra limiti di natura reale e limiti di natura obbligatoria. Tale ripartizione è senz'altro quella dotata di maggior rilievo, dal punto di vista della nostra analisi.

È reale quel limite in funzione del quale l'atto vietato e pur compiuto dal datore di lavoro resta totalmente privo di effetti. Tale condizione di totale improduttività dell'atto, avendo la meglio sulla pur avvenuta attuazione di fatto, impedisce allo stesso di produrre ogni effetto.

Laddove il limite reale abbia, invece, natura positiva, e introduca dunque un'imposizione a carico del datore di lavoro, il sistema risponde apprestando meccanismi alternativi per la produzione degli effetti che sarebbero conseguiti all'atto dovuto e non compiuto. Tale è la sostanza di un limite reale di contenuto positivo.

Volgiamo ora la nostra attenzione sulle caratteristiche del limite obbligatorio.

Nell'ipotesi in cui esso abbia natura negativa, l'atto vietato, e comunque realizzato dal datore di lavoro,

produce ugualmente gli effetti suoi propri, come se il divieto non fosse dotato di una reale forza incidente.

Stesso dicasi in relazione all'ipotesi contraria, rispetto alla quale vale il principio per cui l'omissione dell'atto datoriale invece dovuto impedisce che se ne producano in qualsiasi modo gli effetti. Un aspetto che, in generale, occorre considerare riguardo alle due tipologie di limite obbligatorio indicate, è che le stesse rendono configurabile, in capo all'autore dell'illecito, l'obbligo di risarcire il danno eventualmente prodottosi nell'ambito della sfera giuridica di controparte.

Cerchiamo a questo punto di comprendere l'importanza che l'ultima delle distinzioni tipologiche esaminate riveste nell'ambito della presente indagine.

Essa si distingue per la proprietà di condurre il ragionamento direttamente nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti. A ben vedere, infatti, analizzare tale distinzione significa preoccuparsi di stabilire quali effetti conseguano alla violazione di una data regola giuridica.

Di questo particolare aspetto ci occuperemo nel prosieguo di questa trattazione. Al momento ci apprestiamo, invece, ad inquadrare l'istituto del recesso datoriale, in relazione ai limiti che lo caratterizzano.

I.III L'INQUADRAMENTO DELL'ISTITUTO DEL RECESSO

L'atto attraverso il quale il datore di lavoro pone fine ad un rapporto di lavoro è espressione evidente di un potere vantato nei confronti della controparte.

A giudicare dall'*iter* evolutivo che la disciplina limitativa dei licenziamenti ha subito nel corso del tempo, si evince chiaramente come le varie normative succedutesi abbiano

segnato il graduale rafforzamento della posizione del lavoratore rispetto al potere di recesso datoriale. In termini generali, tale effetto è da ricondurre all'avvenuto passaggio dai principi liberali ottocenteschi stabiliti dal Codice civile, i quali ponevano al centro del sistema il diritto di proprietà, ai nuovi valori sanciti dalla Carta costituzionale, che, invece, assegnavano una posizione di preminenza all'individuo.

Secondo la disposizioni codicistica su cui, in origine, si fondava la disciplina del licenziamento (il riferimento è all'art. 2118, che ora trova un'applicazione soltanto residuale rispetto alla figura del datore di lavoro), ciascuno dei contraenti poteva recedere liberamente dal contratto di lavoro, curandosi di rispettare la sola regola del preavviso. Era, peraltro, stabilito che tale limite non trovasse applicazione nell'ipotesi in cui fosse possibile ravvisare una giusta causa di recesso, che come tale impedisse "*la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*" (art. 2119 c.c.). La successiva entrata in vigore della Costituzione introdusse alcune norme fondamentali: oltre al principio generale secondo cui l'iniziativa economica privata "*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*" (art. 41, c.2), l'art. 4 statuenta il principio del diritto al lavoro di ogni singolo cittadino. In merito a quest'ultima disposizione, vale la pena di svolgere alcune considerazioni. In particolare, scartata la tesi di qualche costituzionalista¹⁰, secondo cui la norma alludeva al diritto del dipendente *a mantenere il posto di lavoro*, prevalse in

¹⁰ v. per tutti, C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, I, 1954, p. 153;

giurisprudenza e nella dottrina prevalente¹¹, l'opinione secondo cui la disposizione costituzionale (di carattere invero soltanto programmatico) sanciva l'impegno della Repubblica a garantire tendenzialmente la piena occupazione dei consociati e dunque la *creazione di nuovi posti di lavoro* (ad es. mediante interventi di politica statale volti a sostenere i settori in crisi). Verso la metà degli anni sessanta cominciò a ritenersi inaccettabile, in linea col progredire dello stato sociale, il perdurare di un sistema fondato su un'assoluta libertà di licenziamento. La questione fu portata dinnanzi alla Corte costituzionale, invocandosi il contrasto tra l'art. 1218 c.c. e i principi della Carta fondamentale enunciati agli artt. 4 e 41, comma 2. La Corte, con sentenza n. 45/1965, respinse la questione ma sfruttò l'occasione per sollecitare il legislatore ad intervenire nel porre limiti al potere di licenziamento datoriale. La sentenza affermò che sebbene il diritto al lavoro sancito dall'art. 4 Cost. non garantisse il diritto alla conservazione del posto di lavoro da parte del dipendente, tuttavia stabiliva che il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituisse più un principio generale dell'ordinamento giuridico.

L'invito della Corte venne accolto dal Parlamento nel giro di poco tempo con l'emanazione della legge 15 luglio 1966, n. 604, tramite la quale il recesso datoriale cessò di essere un atto di autonomia privata totalmente insindacabile. Essa, introdusse, infatti **requisiti di forma** alla valida intimazione del recesso, supportati da requisiti di sostanza (o **ragioni giustificatrici**), necessarie a legittimarne il fondamento. In seguito, con l'entrata in

¹¹ v. F.Mancini, *Il recesso unilaterale ed i rapporti di lavoro*, Milano, vol. 1, 1962;

vigore della legge 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori) la riforma venne completata mediante l'introduzione di una forma di "tutela reale" del posto di lavoro del soggetto dipendente (vedi art.18). In merito a tale specifico intervento legislativo è possibile affermare che esso attua una forma di protezione del lavoratore più incisiva in termini di stabilità del posto di lavoro. Nell'ambito di tale disciplina, infatti, l'atto di recesso datoriale, che sia carente di una causa giustificatrice, viene privato in ogni caso di qualunque effetto, senza che al datore di lavoro sia data facoltà di consolidare la sua illegittima scelta. Da questo punto di vista, la tutela di carattere obbligatorio si caratterizza, invece, per il fatto di garantire al datore di lavoro la possibilità (insindacabile) di scegliere tra il riassumere il soggetto ingiustamente licenziato ed il consolidare l'illegittima decisione di estrometterlo dall'impresa. In tale seconda evenienza, si prevede il solo obbligo, per il datore, di conferire alla controparte una somma di ammontare ricompreso entro un valore minimo ed una massimo (entrambi ragguagliati all'entità delle retribuzioni globali di fatto), a titolo di indennità risarcitoria (art. 8 L. 604/66).

Infine, con l'emanazione della legge 11 maggio 1990, n. 108 il quadro normativo inerente all'istituto del licenziamento individuale venne ulteriormente completato e perfezionato. In particolare, essa produsse l'effetto di ampliare il campo di applicazione dell'art. 18, estendendolo anche ai datori di lavoro non imprenditori. Inoltre, essa attuò importanti modifiche in relazione alla formulazione dell'art. 18. Venne in questo senso eliminato lo spartiacque rappresentato dalla sentenza, con la conseguenza di qualificare in senso unitario le attribuzioni da corrispondere per il periodo intermedio, ossia ricompreso tra la data di avvenuto licenziamento e quella

di effettiva reintegrazione. La più rilevante modifica introdotta dalla normativa in commento fu, tuttavia, la previsione stabilita a favore del lavoratore della possibilità di optare, in luogo della reintegrazione, per un'indennità sostitutiva di valore pari a 15 mensilità di retribuzione.

Sintetizzato in questi termini il quadro normativo inerente all'istituto del licenziamento, ci disponiamo a compiere alcune riflessioni in merito ai limiti posti al potere datoriale.

In particolare, sembra opportuno precisare che essi rappresentano, a seconda dei casi, limitazioni poste al potere organizzativo del datore di lavoro, con il quale egli definisce la modalità di gestione della sua impresa, oppure, al potere disciplinare, attraverso cui egli ripara agli inadempimenti contrattuali di controparte.

Alla luce di quanto si è detto sopra, è corretto affermare, in termini generali, che il limite riguarda non soltanto il divieto (o la necessità) di porre in essere un determinato atto giuridico, ma anche la possibilità di effettuare o meno un atto prettamente materiale.

In merito al recesso datoriale, occorre considerare che l'atto illecito di cui è impedito il compimento è, appunto, l'estinzione del rapporto lavorativo non sorretta da un'appropriata causa giustificatrice (nella doppia variante del giustificato motivo e della giusta causa). Ciò significa che la sussistenza di una ragione fondante la scelta dismissiva datoriale (fondante in quanto causa di sussistenza effettiva e rivestita di un certo rilievo oggettivo) viene elevata dall'ordinamento a livello di presupposto sostanziale necessario all'esercizio del potere estintivo datoriale. Trattasi, nello specifico, di una regola di diritto sostanziale avente un'applicazione ormai generalizzata nell'ambito dei rapporti di carattere subordinato. La sola eccezione a tale operatività riguarda,

come si è detto, le ipotesi elencate all'art. 2118 c.c., che tuttora giustificano l'attuazione di un recesso datoriale immotivato, oltre che qualunque ipotesi di dimissioni rese dal prestatore di lavoro (le quali non sono soggette ad alcun principio di necessaria giustificazione).

Procedendo nel qualificare l'atto di recesso datoriale è possibile affermare che il limite negativo ad esso riferito ha carattere finale (o sostanziale) e non, invece, procedimentale. Difatti, l'ordinamento nel configurarlo pone un divieto all'esercizio stesso del potere (sebbene soltanto in assenza di specifiche condizioni), anziché ricondurne l'operare al previo rispetto di una procedura (sindacale o amministrativa). Trattasi, in questo senso, di un "limite finale a giustificazione necessaria".

Dal punto di vista sistematico, è possibile precisare, ancora, che il limite al potere di recesso datoriale si configura, a seconda dei casi, come limite di carattere reale oppure di carattere obbligatorio. Vedremo a tempo debito come questa proprietà, da riferirsi propriamente all'efficacia dell'atto più che all'atto stesso, si correli specificamente alla dimensione occupazionale dell'impresa recedente.

Sempre in riferimento alle caratteristiche generali del limite reale occorre precisare che esso è in grado di produrre conseguenze di diversa natura. Un'efficacia di questo tipo ricomprende, infatti, due distinte situazioni che, differenziandosi sul piano temporale, rispecchiano soluzioni in cui l'efficacia o si manifesta come condizione originaria e definitiva del potere datoriale, oppure soltanto come effetto differito alla fine di un determinato periodo temporale¹². Un esempio del primo tipo è rappresentato dal licenziamento ingiustificato che sia intimato nell'area di

¹² Cfr. A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali*, op. cit., p. 68;

tutela reale, ove l'efficacia definitiva di tipo reale determina appunto il totale travolgimento dell'atto. Un esempio del secondo tipo si può, invece, ravvisare nell'obbligo di preavviso¹³ inerente alla vicenda del licenziamento o, ancora, nella necessità di osservanza del periodo di comportamento stabilito in favore del prestatore di lavoro¹⁴.

Per concludere questa prima parte della trattazione riferita all'inquadramento del recesso datoriale si rende opportuna un'ultima precisazione, ossia che il limite ad esso riferito non riveste natura negoziale, bensì legale. È difatti l'ordinamento a tracciare i contenuti fondamentali della sua disciplina, lasciando in mano privata la definizione di aspetti tutto sommato secondari.

I.IV PRIMO PASSO NELLA MATERIA DELLE TUTELE

Nella pagine precedenti si è più volte segnalato che il limite al potere datoriale riveste, a seconda dei casi, natura negativa o positiva. Al contempo si è precisato che l'agire datoriale si esprime in atti di contenuto negoziale o materiale.

Procediamo ora valutando l'apparato di rimedi che l'ordinamento predispone al fine di porre un argine effettivo all'esercizio di tali poteri.

Riguardo alla modalità di impiego dei rimedi disponibili, il lavoratore è chiamato a compiere, anzitutto, una scelta "di campo". In questo senso, egli deve stabilire se avvalersi dei meccanismi di tutela giurisdizionale oppure di quelli di tutela stragiudiziale. Quanto a quest'ultimi ci limiteremo,

¹³ Naturalmente a patto che si assuma l'efficacia reale del preavviso. In senso favorevole a tale controversa ricostruzione v. Cass. 9 giugno 1994 n. 5596;

¹⁴ Cass. 10 febbraio 1993 n. 1657, *GC*, 1993, I, 2421;

nell'economia di tale trattazione, ad operare una ricostruzione utile a fornire un'informazione soltanto di base. Quanto ai rimedi di carattere giudiziale, invece, ci disporremo a compierne un'indagine più approfondita, tesa ad accertare il risultato cui la tecnica sottostante conduce. In particolare, tratteremo la distinzione delle tecniche giudiziali in “rimedi di forma specifica” e “rimedi per equivalente”.

Partiamo, anzitutto, coi rimedi di carattere giudiziale.

I. V I LIMITI NEGATIVI

In relazione ai limiti negativi posti all'esercizio del potere imprenditoriale si è precisato più volte che essi determinano dei veri e propri obblighi di astensione. Si è stabilito, inoltre, che tali obblighi hanno un grado di efficacia differente a seconda delle conseguenze prodotte dalla loro violazione: mentre i limiti negativi ad efficacia reale privano di qualunque effetto l'atto vietato e pur compiuto dal datore di lavoro, i limiti ad efficacia obbligatoria lasciano sussistere gli effetti dell'atto realizzato.

Richiamate queste premesse, è necessario ora condurre la riflessione sul piano delle tecniche di tutela.

Iniziamo col dire che i due modelli di efficacia riferiti ai limiti sopra indicati si riconducono ciascuno ad un sistema distinto di tutele. In particolare, mentre il limite negativo ad efficacia reale si riconnette alla “tutela in forma specifica”, quello ad efficacia obbligatoria fa riferimento, sia pur indiretto, alla tutela risarcitoria (o “per equivalente”). Vedremo nel prosieguo di questa trattazione come trovino applicazione riguardo all'istituto del recesso datoriale tali specifici meccanismi di tutela.

E' bene, invece, soffermarsi ora sul concetto di "tutela in forma specifica".

Con tale espressione si designa quella particolare tecnica difensiva tesa a dare soddisfazione al preciso interesse che la norma di diritto sostanziale, violata, intendeva tutelare.

Si tratta, in sostanza, di un meccanismo di tutela volto a realizzare una piena e perfetta attuazione del diritto di cui il prestatore di lavoro risulta essere titolare. La tutela risarcitoria, invece, basandosi sul principio della conversione in una somma di denaro del bene protetto dalla norma, costituisce uno strumento sanzionatorio capace di garantire una tutela del diritto di carattere semplicemente pecuniario. Il meccanismo che le sta alla base, difatti, monetizzando l'interesse protetto dalla norma ne determina la definitiva conversione in denaro.

È allora possibile affermare che *"la tutela dei diritti soggettivi è profondamente diversa a seconda che si concretizzi nel solo ristoro del pregiudizio sofferto in termini pecuniari, ovvero in rimedi che assicurino al titolare di un diritto quello che il contenuto di esso gli garantisca sul piano del diritto sostanziale"*.¹⁵

Un elemento particolarmente rilevante dell'analisi riguarda l'aspetto funzionale delle tecniche, ovvero il contenuto delle funzioni che a ciascuna di esse fanno capo. L'obiettivo perseguito dall'azione risarcitoria è, ad esempio, tipicamente riparatorio.

Un'ulteriore dimensione da considerare rispetto al tema delle tecniche riguarda i presupposti della loro attuazione.

¹⁵ Così Ilaria Pagni, *Tutela specifica e per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Giuffrè, 2004, p. 3;

Sempre mantenendo lo sguardo sull'azione risarcitoria è possibile affermare, da questo punto di vista, che le premesse essenziali del suo impiego sono l'effettiva sussistenza di un danno economico e l'accertata responsabilità del soggetto agente.

Di tali specifici profili, come di quelli funzionali, ci occuperemo soltanto in seguito trattando del contenuto specifico delle maggiori tecniche azionate in giudizio.

Al momento ci soffermiamo, invece, sugli obblighi di astensione del datore di lavoro. In merito alle modalità di inattuazione di tali obblighi si configurano precisamente due alternative: la violazione derivante dal compimento di un atto giuridico, evidentemente di natura illecita, e la violazione attuata tramite l'assunzione di un comportamento "materiale".

Cerchiamo di comprendere meglio il valore di questa ripartizione.

Essa rileva, precisamente, dal punto di vista dell'azione giurisdizionale esperibile in giudizio.

Consideriamo anzitutto l'ambito relativo agli atti giuridici.

In merito al limite negativo si è detto che esso investe tanto atti giuridici quanto comportamenti materiali del datore di lavoro; non si è chiarito, però, tramite quali meccanismi di tutela si possa rispondere a tali violazioni.

Nel considerare la tipologia di atti giuridici si è fatto riferimento, nelle pagine precedenti, a situazioni quali l'intimazione di un licenziamento invalido, l'illegittima applicazione di sanzioni disciplinari al prestatore di lavoro ed, ancora, all'attuazione di un demansionamento illecito.

Vediamo quale risposta l'ordinamento offre riguardo a situazioni di questo tipo.

Il rimedio volto a contrastare un atto giuridico invalido è la c.d. azione di invalidità (o di inefficacia). Essa sottende un accertamento giudiziale volta a definire una situazione

giuridica soggettiva, di natura incerta o controversa, oppure di un fatto giuridicamente rilevante. L'azione punta, a seconda dei casi, a far dichiarare l'integrale nullità dell'atto (appurando che lo stesso non ha mai prodotto effetti) oppure il suo annullamento, con conseguente interruzione degli effetti, in maniera retroattiva.

Affinché si possa realizzare un'evenienza del primo tipo, ossia la totale assenza di efficacia dell'atto, si rende necessaria una condizione di partenza, ossia che il limite al potere datoriale abbia efficacia reale. Una limitazione di tale portata produce l'effetto di neutralizzare l'atto invalidamente compiuto.

Quanto all'ipotesi contraria, essa mette in evidenza una realtà di tutt'altro tipo, ossia l'efficacia obbligatoria dell'atto. Quest'ultimo, sebbene venga colpito dall'ordinamento in ragione della sua invalidità, mantiene comunque validi i suoi effetti. Si pensi all'ipotesi di licenziamento illegittimo operato nell'ambito della tutela obbligatoria.

Quanto detto vale a comprendere l'importanza di stabilire se a tali atti conseguano sanzioni di tipo reale oppure soltanto obbligatorio.

Riguardo alla prima ipotesi non bisogna peraltro ritenere che la loro attuazione mantenga invariata la posizione del datore di lavoro. Nel compiere tali atti egli oppone un rifiuto del tutto ingiustificato al ricevimento della prestazione di controparte, e ciò, da un punto di vista giuridico, rende configurabile una condizione di *mora credendi* in capo al datore di lavoro.¹⁶

¹⁶ La configurazione della mora del creditore è prospettata in F. Liso, *Osservazione sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, RTDPC, 1972, p. 1094. In senso contrario si esprime M. Napoli, il quale sostiene che il licenziamento nullo o annullabile non può

Quanto al momento in cui tale effetto si produce occorre operare una puntualizzazione.

Nel caso in cui il lavoratore sia stato illegittimamente estromesso dall'impresa, esso si verifica in maniera del tutto automatica: non importa se l'estromissione avvenga in termini definitivi, attraverso l'intimazione di un licenziamento, oppure soltanto temporanei, a seguito dell'irrogazione di una sanzione disciplinare. Negli altri casi, l'effetto di costituzione in mora datoriale consegue soltanto alla scelta, debitamente espressa da parte del lavoratore, di far ricorso ai meccanismi di autotutela conservativa individuale.

Il riferimento, in proposito, è precisamente al **rifiuto** di svolgere la prestazione non dovuta. Chi invoca tale rimedio deve curarsi di accompagnare l'opposizione all'offerta contestuale di un esatto adempimento.

Occorre, peraltro, ribadire che l'attuazione di un provvedimento illegittimo rappresenta, per il datore di lavoro che la pone in essere, un'ipotesi di violazione di un obbligo di "non fare".

Inquadrare in termini corretti questa situazione è importante al fine di definire i meccanismi di tutela con i quali il prestatore di lavoro possa essere difeso.

È essenziale, a tal fine, accertare l'esistenza di un eventuale regime di carattere **speciale**, che come tale debba trovare applicazione necessaria. L'istituto del licenziamento configura un'ipotesi di questo tipo poiché ad esso l'ordinamento riconduce un'apposita disciplina.

essere ricostruito sulla base dell'istituto della mora del creditore, dato che non è il rifiuto materiale di ricevere la prestazione offerta ad integrare il nucleo della fattispecie bensì l'emanazione di un negozio estintivo del rapporto. Vedi dell'Autore, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, 1980, p. 33;

Nei casi in cui trovi, invece, applicazione una disciplina generale vale il principio opposto per cui è impedita l'estensione di qualsivoglia disciplina speciale riguardante fattispecie simili.

Naturalmente, resta indiscussa, per il prestatore di lavoro, la possibilità di preferire agli strumenti giurisdizionali quelli di autotutela individuale conservativa.

Procediamo ora col considerare le tecniche azionabili in relazione all'ipotesi in cui l'atto vietato al datore di lavoro non sia assistito da sanzione reale, e dunque mantenga fermi i suoi effetti.

Posto il limite di adempimento cui è soggetto l'obbligo di non fare violato, resta evidente che la tutela esperibile in tali casi è unicamente quella risarcitoria.

Occorre, tuttavia, segnalare che tale soluzione è quella stabilita dalla normativa generale e che, di conseguenza, è possibile che norme di carattere speciale stabiliscano, riguardo a singoli istituti, una tutela di altro tipo e precisamente di contenuto indennitario. È il caso dell'art. 8 della L.604/1966 disciplinante l'ipotesi di licenziamento privo di giustificazione intimato nell'area di tutela obbligatoria.

Quanto alla distinzione tra risarcimento ed indennità si rimanda alla seconda sezione di questo approfondimento.

Volgiamoci ora a considerare le conseguenze che si profilano, sul piano della tutela, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro assuma un comportamento vietato tramite il compimento di un atto materiale. Si pensi, a tale riguardo, alle attività di controllo aventi ad oggetto l'esecuzione della prestazione lavorativa da parte dei dipendenti, alle perquisizioni proibite condotte sulla loro persona ed, ancora, allo svolgimento di indagini illegittime sul loro conto. Rispetto a violazioni di questo genere, vale il principio per cui la lesione al bene protetto può essere

efficacemente contrastata solo mediante l'esercizio di un'**azione risarcitoria**. Nulla esclude, tuttavia, che il prestatore di lavoro preferisca, a tale strumento, quello dell'autotutela difensiva di carattere conservativo.

I.VI I MECCANISMI DI AUTOTUTELA

Prima di dedicarci all'esame delle tecniche di tipo giurisdizionale esperibili da un prestatore di lavoro subordinato è opportuno accennare brevemente ai rimedi di *autotutela conservativa difensiva*, poiché essi rappresentano assieme alle prime il bagaglio complessivo dei rimedi da lui azionabili.

Sono due le precisazioni che si rendono necessarie: l'una di carattere terminologico e l'altra, invece, di natura sostanziale.

Quanta alla prima, è bene considerare che il concetto di autotutela richiama, in senso tecnico, una serie di strumenti difensivi che sono debitamente predisposti dall'ordinamento e non una qualsivoglia reazione difensiva assunta dal lavoratore. In altri termini, il referente materiale del concetto di autotutela è predefinito e per questo ben individuabile.

Quanto, invece, al contenuto delle singole tecniche che definiscono questa categoria, esso si specifica in:

1. **rifiuto** di adempiere la prestazione **non dovuta**.

È la tecnica in funzione della quale il lavoratore rifiuta di svolgere la prestazione alla quale non si è contrattualmente impegnato. L'impiego di tale strumento necessita della contestuale offerta, ad opera del lavoratore, della prestazione cui si è contrattualmente vincolato.

2. **L'eccezione di inadempimento.**

Essa coincide con il **rifiuto** del lavoratore ad adempiere la prestazione **dedotta** all'interno del contratto, fino a che l'imprenditore non realizzi quanto si è contrattualmente obbligato a compiere. È la tecnica diretta a contrastare non solo gli inadempimenti datoriali aventi ad oggetto un obbligo di fare, ma anche i divieti relativi all'assunzione di un comportamento materiale.

3. **L'opposizione di fatto (o resistenza).**

È il rimedio diretto a contrastare le pretese datoriali che restino estranee ai contenuti della prestazione lavorativa. Rispetto ad ordini di questo genere, espressi dal datore di lavoro in violazione di evidenti obblighi di non fare, il lavoratore può limitarsi ad assumere una condotta di resistenza, senza che ciò possa avere influenze, ed è questo il punto, in termini disciplinari. L'assunzione del rimedio non espone dunque il lavoratore all'esercizio del potere sanzionatorio di controparte.

Capitolo II

FONDAMENTI DELLA TUTELA DEI DIRITTI

Il compito di apprestare rimedi spetta all'ordine sostanziale mentre all'ordine processuale spetta di

tradurre o convertire questi rimedi in tecniche adeguate di tutela.

Adolfo di Majo

Quando ci si propone l'analisi di un istituto giuridico, e non soltanto, è fondamentale mettere in chiaro il significato dei termini che ne spiegano la sostanza. Un'operazione di questo genere è quanto di più necessario si possa pensare per avviare un'indagine appropriata.

In relazione al tema delle tecniche di tutela dei diritti, del quale ci andremo ad occupare nelle pagine successive, il corretto inquadramento degli istituti passa per il riferimento a tre diverse categorie giuridiche.

Esse sono:

- *gli interessi giuridicamente rilevanti;*
- *i bisogni differenziati di tutela;*
- *le regole di tutela (portatrici di “rimedi”)*

Tale insieme di elementi costituisce, secondo le indicazioni di un'Attenta dottrina, l'alfabeto giuridico da cui muovere¹⁷ per impostare una ricerca che abbia ad oggetto la tutela dei diritti.

Occorre, peraltro, precisare che un simile approccio al diritto, che privilegia l'aspetto ora richiamato piuttosto che altri profili dei diritti inerenti, ad esempio, alla loro formazione o al loro contenuto, realizza un obiettivo ben mirato. Esso punta ad accertare quale sia l'ambito di *protezione* riservato dall'ordinamento a tali situazioni di

¹⁷ A. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, S. Mazzamuto (a cura di), I, 1989, p.24;

potere (i diritti, appunto) favorendo nel contempo la possibilità di stabilire quale sia il grado di *effettività* delle norme considerate.

Prima di affrontare il tema è bene partire dal concetto di tutela.

Esso si potrebbe riferire, in linea teorica, all'ordinamento giuridico *tout court* è dunque all'insieme di norme, o regole di condotta, costitutive di un dato sistema giuridico: ciò che, notoriamente, viene indicato con l'espressione di "diritto oggettivo". Occorre rilevare, peraltro, che ove difetti l'attuazione spontanea da parte dei consociati di tale ordine normativo sorge l'esigenza, a livello istituzionale, di apprestare una vero e proprio "meccanismo" di *tutela* giuridica. Quest'ultima avrà ad oggetto, a seconda dei casi, interessi generali disattesi o interessi privatistici rimasti insoddisfatti. L'ipotesi è, difatti, quella di un ordinamento che anziché essersi tradotto, sul piano sociale, in comportamenti ad esso conseguenti, si è mantenuto ad un livello di operatività soltanto astratta.

Esiste, poi, una maniera differente d'intendere il concetto di tutela.

Si tratta di un'accezione più ristretta del termine secondo cui esso si riferisce ai diritti dei singoli o, più in generale, alle situazioni giuridiche di cui essi sono titolari. Nel diritto privato prevale, in effetti, una forma di tutela riferita proprio a tali situazioni, essendo principalmente esso il settore riguardante la disciplina delle posizioni soggettive dei consociati. Ne consegue un dato, ossia che la regola tendenzialmente prevalente nel suo ambito è quella per cui la tutela non è attivabile se non su iniziativa del soggetto stabilito: quello nel cui interesse essa è contemplata. Trattasi del noto *principio della tutela su domanda*, enunciato dall'art. 2907 c.c. Oltre a tale regola si prevede, naturalmente, quella della *terzietà* dell'organo

giurisdizionale, in funzione della quale i compiti di tutela sono esercitati da un soggetto terzo collocato al di sopra delle parti titolari degli interessi in conflitto. All'interno del nostro ordinamento è, difatti, un'evenienza del tutto eccezionale, per i consociati, quella di potersi fare giustizia da sé (c.d. divieto di autotutela)¹⁸.

Nel diritto pubblico, al contrario, “prevale una nozione di tutela riferita all'ordinamento normativo tout court, inteso come forma di rilevanza degli interessi generali della collettività. La tutela dunque si presenta, per così dire, “allo stato diffuso” e decentrata tra i vari poteri”¹⁹. In tal senso, essa può essere esercitata o dallo stesso “potere” in ordine al quale il bisogno di tutela si manifesta (si pensi al potere di auto-tutela di cui gode la Pubblica Amministrazione rispetto ai propri atti) o da “potere” diverso e con forme, peraltro, differenti (attraverso gli organi di giustizia amministrativa o di giurisdizione ordinaria).

Vi è, infine, una modalità del tutto atecnica d'intendere il concetto di *tutela*.

Con l'espressione di “tutela dei diritti” il comune linguaggio intende richiamare la difesa del diritto necessaria alla sua violazione o anche soltanto al pericolo

¹⁸ Il riferimento è alla nota causa di giustificazione prevista all'art. 52 del codice penale, secondo cui: “Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa”. La scriminante è ispirata al brocardo latino *vim vi repellere licet* e la *ratio* va individuata nella prevalenza attribuita all'interesse ingiustamente aggredito piuttosto che all'interesse dell'aggressore.

¹⁹ Così Di Majo, *La tutela civile dei diritti* 3, IV ed. 2003, p. 2;

di essa. Ove l'esercizio di un dato diritto venga da altri ostacolato, sul piano giuridico o fattuale, il titolare di esso deve poter contare su mezzi di tutela finalizzati a reagire a tale violazione. Ove ciò non avvenga ne rimane pregiudicato il principio di effettività dell'intero ordinamento (art. 24 Cost.). E', difatti, indubitabile che la garanzia dell'applicazione del diritto si specifichi anche sotto forma di tutela dei diritti che il sistema riconosce. Si comprende, allora, il motivo per cui il discorso sulla tutela implichi anche una riflessione sui mezzi di tutela garantiti dall'ordinamento a fronte della violazione di un diritto.

II.I L'ALFABETO GIURIDICO DA CUI PARTIRE

Prima di affrontare il contenuto del tema appena indicato, è necessario tornare a considerare brevemente l'alfabeto giuridico sopra richiamato. Come si è detto, esso è formato da tre soli elementi che a ben vedere costituiscono fattori strutturali di un sistema giuridico.

Tali elementi sono gli **interessi** rilevanti, le **regole di tutela** ed i **bisogni** differenziati di tutela. Procediamo ora a considerare il loro significato, mettendo in evidenza, ove possibile, i legami di connessione loro propri.

II. II GLI INTERESSI GIURIDICI

Quando un dato interesse assume rilevanza dal punto di vista dell'ordinamento giuridico emerge un corrispondente bisogno differenziato di tutela. Questo significa che il riconoscimento ufficiale di un interesse personale sancisce la legittimazione di un bisogno corrispettivo nell'ambito del sistema giuridico di riferimento.

È evidente, al riguardo, la sussistenza di una forma di connessione tra l'elemento del bisogno e quello dell'interesse. Al fine di non sovrapporre le due figure ciò che si rende necessario fare è, anzitutto, un'opera di diversificazione dei contenuti.

Cerchiamo, allora, di individuare gli elementi di differenziazione tra l'una e l'altra figura.

Una modalità conveniente di cogliere la differenza consiste, dal nostro punto di vista, nel considerare ciascuno dei due elementi in chiave di grandezza scalare o binaria.

Spieghiamo in termini più concreti il suggerimento che intendiamo offrire.

È noto che la proprietà fondamentale di una grandezza binaria si esprime sul terreno della misurazione per l'inidoneità che essa riveste di esser tradotta in termini numerici. Essa non è, dunque, in grado di essere misurata.

Al contrario, è scalare (o non binaria) la grandezza che sia suscettibile di misurazione.

Com'è facile intuire, la differenza tra l'una e l'altra ipotesi passa per il riferimento, possibile, ad una scala di gradazione con cui operare la misura.

Per comprendere ancor meglio il valore di questa indicazione prendiamo in esame l'esempio della *luce accesa*²⁰. Esso mostra, in termini efficaci, come non vi sia alternativa alla possibilità di considerare una luce accesa o spenta: la sola proprietà di cui sia possibile misurare il "tenore" è il grado di luminosità della luce stessa.

Sarebbe, quindi, concettualmente errato definire una lampadina *più accesa* che un'altra.

²⁰ L. Passerini Glazel, *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*, Quodlibet, Macerata, 2005;

Proviamo a trasferire la riflessione, a dire il vero piuttosto banale, nell'ambito della figura prima indagata: quella dell'interesse giuridico.

In termini di configurazione è possibile affermare che la categoria di sua appartenenza è quella delle grandezze di tipo binario. Non vi è, infatti, alternativa alla possibilità di considerarle l'interesse come parte integrante o inesistente di un sistema.

Nel caso in cui esso non vi appartenga, il problema della tutela non si porrà nemmeno, poiché il livello di protezione ad esso garantito risulterà, naturalmente, pari a zero.

Qualora, invece, l'ordinamento lo contempra come suo componente, esso denoterà una certa soglia di protezione²¹.

Il senso generale della riflessione, è quello di segnalare l'impossibilità della scelta di misurare il grado di protezione di un dato interesse, e ciò perché non pare esservi unità di misura adatta a misurarne il livello di "pregnanza giuridica".

A nostro avviso, il valore di un interesse è misurabile soltanto in senso relativo, ossia in riferimento ad ulteriori interessi che siano presenti nell'ambito dello stesso sistema.

È sufficiente guardare a come alcuni di essi debbano soccombere rispetto ad altri con loro confliggenti e bisognosi, a loro volta, di tutela (in genere tale situazione si verifica tra interessi garantiti da norme di rango diverso, ma la stessa dinamica può evidenziarsi anche tra interessi tutelati da norme di pari grado).

²¹ Anche se in realtà, come sarà chiarito meglio in seguito, non si tratta propriamente di una soglia, bensì di uno stato (come tale non suscettibile di misurazione);

In termini assoluti parrebbe, quindi, inattuabile la scelta di stabilire il grado d'intensità riferito alla protezione di un certo interesse.

Più nel dettaglio, la difficoltà sarebbe da ricondurre alla mancanza di un'unità di misura adatta a compiere tali valutazioni. È, quindi, corretto, dal nostro punto di vista, giungere alla conclusione per cui l'interesse o è dentro o è fuori dalla dimensione giuridica: un dato che è efficacemente espresso dalla formula del *tertium non datur*.

II. III I BISOGNI DI TUTELA

Posto tutto quanto si è detto fin qui, un discorso alquanto differente varrebbe per i **bisogni** di tutela. Essi, configurandosi come “differenziati”, sono in grado di denotare, a differenza degli interessi, posizioni qualificate e non generiche di tutela.

Si può osservare come un bisogno fondamentale di tutela per gli individui sia quello di essere posti nella stessa e identica situazione in cui si sarebbero trovati ove il torto subito non si fosse verificato.

La stessa dottrina²² che ci ha guidati nell'individuazione dell'alfabeto giuridico da cui muovere per l'analisi, ci segnala che il bisogno di tutela per potersi evidenziare deve necessariamente potersi raccordare ad un **interesse** “giustiziabile”. Per interesse giustiziabile si intende un interesse che abbia superato la soglia minima di rilevanza per l'ordinamento e che, per questo, sia divenuto elemento costitutivo di esso.

Ribadiamo, infatti, che al bisogno non è dato di auto legittimarsi all'interno di un sistema.

²² A.Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, op.cit., p. 24;

Lo stesso Autore ci dissuade poi dal considerare il bisogno di tutela in senso esclusivamente giusprocessualistico e non, quale esso invece è, un elemento “differenziato” di tutela. In tal senso, il bisogno si delinea propriamente all’interno del diritto sostanziale anziché processuale, ed in relazione a situazioni soggettive che, a seconda dei casi, possono aver la sostanza di diritti soggettivi o, più semplicemente, di interessi giuridicamente protetti.

È importante considerare che a presidio di essi figurano diversi ordini di **rimedi**.

Questi ultimi, che rappresentano la forma di protezione specifica assegnata dall’ordinamento assumono, a loro volta, la natura di rimedi sostanziali oppure processuali.

Cerchiamo di delineare qui di seguito, tra le varie possibili espressioni del bisogno, alcune sue rappresentazioni allo scopo di rendere più comprensibili i passaggi dell’analisi.

Il bisogno di tutela può, esemplificativamente, corrispondere a:

- il bisogno di ottenere la soddisfazione in natura di una posizione sostanziale di cui si è titolari. È la c.d. soddisfazione in forma specifica, conosciuta come *restituito in integrum*;
- il bisogno di ottenere la coazione all’adempimento del soggetto debitore (obiettivo che non è detto possa realizzarsi nella stessa forma di tutela indicata al punto precedente);
- il bisogno di tutela riguardante il ripristino tra le parti in lite dell’originario equilibrio del loro rapporto (obiettivo realizzato in genere attraverso misure di carattere restitutorio);

- il bisogno di riparazione delle conseguenze prodotte da un illecito (lo scopo si persegue tramite le restituzioni ed il risarcimento);
- il bisogno di ottenere soddisfazione attraverso forme di tutela costitutiva, dichiarativa o di condanna;
- Il bisogno di ottenere misure compulsorie a carattere pecuniario.

Delineato un quadro rappresentativo dei bisogni riferibili ad un soggetto bisognoso di tutela, ci apprestiamo a considerare l'ultimo elemento dell'alfabeto esaminato: le **regole di tutela**.

II.IV LE REGOLE DI TUTELA

La caratteristica fondamentale delle regole di tutela è quella di essere strumenti portatori di rimedi. Posto che in questa trattazione non si è ancora avuto modo di precisare il concetto di "rimedio", ci limitiamo a segnalare un dato di partenza, ossia che è vera l'affermazione per cui "il bisogno evoca il rimedio"²³.

Ai vari bisogni di carattere satisfattivo, risarcitorio e restitutorio, che potenzialmente si configurano in capo ai soggetti che siano pervenuti alla stipulazione di un accordo contrattuale, intendono rispondere appunto i rimedi.

E, se non è certo il processo la sede nella quale si possano definire e qualificare i bisogni di tutela, bensì la legge sostanziale (con riferimento ai rimedi ivi riconosciuti), è tuttavia il processo la sede in cui tali scelte sono destinate ad essere tradotte in tecniche e forme adeguate di tutela.²⁴

²³ A. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, op. cit., p. 24 ss.;

²⁴ A. Di Majo, p.7, 2003;

L'elemento principale da considerare è che tra bisogno e rimedio vi è un filo diretto. In questo senso, il rimedio necessariamente si correla ad un bisogno qualificato di tutela e, soltanto in via indiretta invece, all'interesse della cui tutela si tratta. Prendiamo a riferimento il bisogno di tutela che si evidenzia in relazione alla condizione di soggetto proprietario: il titolare di questo diritto assoluto non soltanto ha interesse a che la sua posizione di proprietario venga riconosciuta, e ad ottenere la reintegrazione nel possesso di cui eventualmente sia stato privato (c.d. *restituito in integrum*), ma ha anche interesse ad essere tenuto indenne dal danno che la cosa stessa abbia subito ad opera di altri. È corretto dunque affermare che la proprietà evoca *bisogni* di tutela sì generici ma differenziati tra di loro, cui fanno, poi, da contraltare diversi ordini di *rimedi*.

Cerchiamo ora di comprendere ciò che la dottrina intende suggerire affermando che per recepire il sistema di funzionamento delle tutele contrattuali è necessario aver presente la struttura e la funzione dei rimedi²⁵.

Se ci si pone dalla prospettiva del sistema di Civil Law è doveroso constatare che il rimedio non appare una figura dogmatica familiare al comune linguaggio sulla tutela. Esso, semmai, promana dall'esperienza di un ordinamento come quello di Common Law che, essendo sprovvisto di un *corpus* coordinato e sistematico di norme codificate, considera fondamentale che il sistema dei rimedi abbia a precedere l'enunciazione formale dei diritti. Il rimedio è, dunque, la particolare forma di protezione riservata dalla legge ad un interesse del soggetto, ove questo naturalmente venga leso. I rimedi sono da intendere, in questo senso, come *cures for wrongs* (cure contro i torti).

²⁵ A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009, p. 3;

Ne deriva che in tali sistemi è il rimedio più che il diritto a collocarsi a stretto ridosso della violazione, e ciò come reazione concreta del torto ricevuto.

In estrema sintesi, mentre nel linguaggio dei diritti soggettivi il diritto può valutarsi come entità che precede, per così dire, il momento della tutela (rappresentando quest'ultima soltanto un effetto della titolarità del diritto) nel linguaggio dei "rimedi" accade il contrario, nel senso che l'esistenza del diritto viene semmai desunta dal fatto che esiste un "rimedio" contro l'avvenuta lesione di un interesse (A. Di Majo. 1989).

Pervenire ad una conclusione di questo tipo significa porre in evidenza un aspetto fondamentale dal punto di vista della tutela, ossia che nei sistemi di Common Law resta ignota la nozione astratta di diritto soggettivo. Al contrario, una posizione centrale viene assunta dalla forma di tutela (i rimedi appunto) concessa ai vari tipi di interessi che si assumono rilevanti.

Di tutt'altro tipo è la situazione riguardante i sistemi giuridici di diritto continentale.

Il comune linguaggio di *Civil Law* non pare, infatti, conoscere figure intermedie tra i **diritti** riconosciuti dal diritto sostanziale e le **azioni** destinate a farli valere per via giudiziale. Diritto ed azione si pongono in questo senso come coordinate tradizionali del sistema di tutela civile dei diritti soggettivi. Per convincersi della veridicità di tale assunto è sufficiente considerare il linguaggio impiegato dagli stessi codici di diritto della nostra tradizione.

All'art. 2097 c.c. si stabilisce che "*alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte (...)*", mentre all'art. 99 c.p.c. viene indicato che "*chi vuol far valere un diritto deve proporre domanda al giudice competente*". Tutto ciò si mostra in perfetta sintonia con quanto previsto dall'art. 24 della

nostra Costituzione ove si specifica che ciascun diritto è azionabile avanti all'autorità giudiziaria. Occorre, peraltro, evidenziare che una prospettazione di questo tipo, che stabilisce un rapporto tutto sommato "esclusivo" tra diritto ed azione, in realtà viene additata da un'Autorevole dottrina come gravemente manchevole e riduttiva.²⁶ In particolare, viene espresso il rilievo per cui dovrebbe ritenersi impossibile la scelta di evitare l'integrazione di essa con la previsione di tutti quegli **strumenti di tutela** finalizzati non soltanto a garantire la realizzazione di diritti, eventualmente in via coattiva, ma anche la rimozione delle conseguenze di una loro inattuazione. Come si vede, una puntualizzazione di questo tipo è ciò che ci consente finalmente di pervenire alla trattazione del tema dei rimedi.

II. V I RIMEDI

²⁶ A. Di Majo, *Le tutela contrattuali*, Giappichelli, 2009, p.4;

*I rimedi sono semplicemente gli strumenti che il diritto positivo offre per tradurre in concreto le scelte compiute a monte nell'allocazione dei diritti.*²⁷

U.Mattei

Tecnicamente i rimedi sono quegli strumenti finalizzati a proteggere gli interessi di un consociato, in modo tale che sia conferita effettività e concretezza alle posizioni soggettive che l'ordinamento garantisce.

Trattare di rimedi equivale a discutere di strumenti di protezione che, a loro volta, fanno diretto riferimento a regole di tutela.

Sebbene non sia necessario che il rimedio si innesti su di una posizione di potere avente il rango di *diritto*, esso presuppone pur sempre un interesse già protetto dall'ordinamento. Con l'ovvia considerazione che l'esigenza di tutela sorgerà, evidentemente, laddove esso sia rimasto lesa o insoddisfatto.

Quanto indicato ci consente di pervenire ad una conclusione, ossia che l'interesse è un elemento attorno al quale si definisce un giudizio di rilevanza da parte dell'ordinamento il quale, dunque, lo attrae al suo interno.

Occorre segnalare, tuttavia, che mentre nel sistema di Common Law il giudizio di rilevanza degli interessi che si intendono tutelare è dato dai giudici (e ciò in occasione della concessione del rimedio), nel sistema di Civil Law questo giudizio scaturisce dal legislatore ed ha veste, come si è detto, della norma attributiva di diritti²⁸.

Una modalità alternativa di esprimere questo concetto consiste nel valutare entrambi gli elementi come mezzi

²⁷ U. Mattei, *I rimedi*, in *Il Diritto soggettivo*, in *La parte generale del Diritto Civile*, Trattato di Diritto Civile, Sacco, II, p.107;

²⁸ A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, ed. 2003, p. 15;

idonei a conferire *pregnanza giuridica* ai vari ordini di **interessi** che la realtà manifesta.

In particolare, è risolutivo comprendere che il diritto dei rimedi è una materia che si mantiene distinta, da un lato, dal diritto sostanziale, e dall'altro, dal diritto processuale²⁹. Più nello specifico, esso ha a che vedere con quel complesso di regole giuridiche che si occupano *di quale soddisfazione un consociato possa ottenere nel caso in cui un suo interesse degno di protezione giuridica venga leso*³⁰.

Ne consegue che il diritto dei rimedi non si occupa né dei **presupposti** di tale soddisfazione, né delle **modalità** con cui essa possa essere realizzata. Difatti, mentre il primo ambito è quello proprio del diritto sostanziale, il secondo risulta appartenere al diritto processuale³¹.

Resta vero, ad ogni modo, che entrambi i settori disciplinari possono essere considerati secondo una prospettiva rimediale. In questi termini, il diritto sostanziale, ad esempio, può essere inteso come quella branca del diritto che si occupa di stabilire *se* un determinato interesse sia da considerare meritevole di tutela oppure no. In questo senso, esso riguarda il problema dell'allocazione dei diritti e delle condizioni che definiscono la loro lesione. Non solo. È ancora possibile affermare che il diritto sostanziale presiede alla scelta se tutelare un certo tipo di diritto da una qualsiasi forma di ingerenza o se, piuttosto, la protezione non debba essere

²⁹ U. Mattei, *I rimedi*, *op. cit.*, p. 108 ss;

³⁰ Cfr. A. Blomeyer, *Types of Relief Available (Judicial Remedies)* XVI *International Encyclopedia of Comparative Law*, Civil Procedure Cap. IV M. Cappelletti (Chief Ed.), Tubingen, 1982, citato da Ugo Mattei, *I rimedi*, *op. cit.*, p. 108;

³¹ U. Mattei, *I rimedi*, *op. cit.*, p. 108;

limitata ad ingerenze qualificate (si pensi al caso delle lesioni colpose)³².

È bene comprendere che il diritto dei rimedi, al contrario, presuppone già compiuta questa scelta.

Spostiamoci ora a considerare, secondo la medesima prospettiva, ovvero quella di tipo rimediale, il diritto processuale.

Tale settore disciplinare si occupa di stabilire con quali modalità possa essere ottenuto un dato rimedio, previsto dall'ordinamento, in favore dei consociati.

Più nel dettaglio, esso fornisce la risposta ad una serie di interrogativi vertenti su³³:

- l'individuazione dell'organo al quale il consociato debba rivolgersi per ottenere soddisfazione;
- la definizione delle modalità secondo cui tali organi gestiscano il loro lavoro;
- l'individuazione delle forme attraverso cui l'interessato debba sottoporre la propria lamentela all'organo decisionale competente;
- la determinazione delle modalità attraverso cui egli possa convincere l'organo giudicante di essere titolare di una posizione giuridicamente tutelata;
- l'individuazione delle modalità attraverso cui egli possa sperare, in caso di rigetto della domanda, in una revisione della decisione.

Lo studio dei rimedi riguarda invece tutt'altro genere di argomenti.

Esso si dedica alla comprensione delle forme di tutela e delle tecniche difensive che l'ordinamento mette a

³² *Ibidem*;

³³ *Cfr. A. Proto Pisani, Appunti sulla giustizia civile, 1982;*

disposizione dei consociati per dare concreta attuazione agli interessi (giuridicamente protetti) di cui sono titolari. Naturalmente, in riferimento all'ipotesi in cui essi vengano lesi.

Se dunque è vero che al processualista interessa fundamentalmente il discorso inerente alle tecniche di tutela, poiché tali tecniche richiamano anzitutto le leggi processuali, al sostanzialista interessa principalmente l'identificazione di un ventaglio di rimedi e/o di mezzi di tutela che siano rispondenti al complesso di bisogni che l'ordinamento riconosce in qualità, appunto, di interessi "giustiziabili".

Quanto allo studio dei rimedi è bene precisare che esso non rappresenta semplicemente l'approfondimento di un autonomo settore disciplinare, ma, in un'accezione più ampia, una metodologia generale di lavoro per il civilista³⁴. In questi termini, esso delinea un approccio particolare di conduzione dell'analisi, o meglio ancora, una vera e propria metodologia improntata al rifiuto del formalismo e tesa alla comprensione delle regole operazionali che si celano dietro alla mera declamazione dei diritti.³⁵ In questo senso, è possibile affermare che quello sui rimedi è uno studio condotto in chiave realistica. Si comprende, allora, come mai in dottrina si afferma che "chi utilizza il metodo rimediale è interessato al *law in action* piuttosto che al *law in the books*" (U.Mattei).

Chiarito questo aspetto, resta pur sempre vero che lo studio dei rimedi può essere condotto tanto con metodo formale (classificazione dogmatica delle regole dedicate ai rimedi) quanto con metodo rimediale (valutazione dell'impatto

³⁴ U. Mattei, *I rimedi*, op.cit., p. 107;

³⁵ U.Mattei, *Diritto e rimedio nell'esperienza italiana ed in quella statunitense. Un primo approccio*, *Q*, 1987, 341 ss;

concreto dei rimedi astrattamente previsti dall'ordinamento).

Conclusivamente, si può sostenere che la figura del rimedio è in grado di adattarsi anche ai sistemi di diritto codificato, a condizione però che essa trovi riconoscimento, diretto od indiretto poco importa, in una norma di legge stabilita³⁶. Ne consegue, allora, che il rimedio gode di un'effettiva autonomia rispetto al particolare diritto o interesse alla cui tutela è finalizzato; distinguendosi altresì, come già si è avuto modo di rilevare in precedenza, dall'azione processuale con cui lo si faccia valere in giudizio.

In definitiva, si può osservare che mentre il diritto dei rimedi risponde alla domanda su quale tipo di soddisfazione si possa ottenere a difesa di un proprio diritto o interesse violati, il diritto processuale si pone l'interrogativo di quale sia il modo stabilito dall'ordinamento per ottenerla. Per dirla con un esempio, che il creditore di somme possa agire per ottenere il pagamento della somma qualora il debitore non paghi è vicenda che non appartiene più al piano dei diritti ma a quello dei rimedi contro diritti rimasti insoddisfatti.

II.VI UN UTILE DISTINGUO

Nelle primissime pagine di questo elaborato si è precisato che il sistema di rimedi messo a disposizione dall'ordinamento può essere inteso come un contenitore di "forme di tutela". Si è ulteriormente evidenziato che il suo

³⁶ A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, ed. 2003, p.54;

operare concreto passa per l'esecuzione di alcune tecniche di difesa.

Nell'obiettivo di rendere più semplice il contenuto di tali indicazioni scegliamo di rapportarci alle osservazioni che un illustre Autore opera sul punto³⁷. In particolare, egli formula l'auspicio che si riconosca l'opportunità di tracciare un utile distinguo tra le forme di tutela (e/o rimedi) e le tecniche di tutela. L'utilità di un'indicazione di questo tipo si coglie non soltanto dal punto di vista sistematico, ma anche in relazione alla necessità che gli operatori hanno di valutare al meglio gli ambiti operativi in cui muoversi.

Accade di frequente che i due termini vengano impiegati impropriamente come sinonimi. L'auspicio sopra espresso si basa, invece, sulla convenienza ad operare una distinzione tra ciò che uno strumento di tutela costituisce "in potenza" e ciò che esso esprime sul piano applicativo. L'utilità della scelta di considerare uno strumento dal punto di vista "potenziale", si misura sulla capacità che essa ha di valutarlo in termini di rimedio.

A livello sostanziale il rimedio si configura in una duplice versione: secondo una veste "operativo-fattuale" - così conformandosi alla specifica impronta della pretesa materiale da soddisfare - oppure in forma meramente *simbolica*, e quindi resa espressa da un valore pecuniario corrispondente a quello della pretesa rimasta insoddisfatta. Naturalmente, la prima forma di rimedio, che assume una "natura specifica", è volta ad ottenere un genere di adempimento in natura da parte del soggetto obbligato, mentre l'altra modalità rimediale, di contenuto soltanto economico, punta a convertire in denaro il valore della prestazione rimasta inadempita.

³⁷ A. di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, op. cit., p. 31;

Operato ogni necessario approfondimento in merito al tema dei rimedi, volgiamo l'attenzione alla materia delle "tecnica di tutela".

II.VII LE TECNICHE DI TUTELA

La definizione che la dottrina comunemente ci offre di *tecnica di tutela* è quella di strumento volto ad attuare in termini concreti un rimedio³⁸.

A partire da una qualificazione di questo tipo, ci è sembrato opportuno fornire, nelle pagine precedenti, una configurazione di tale strumento in termini di "meccanismo in azione", frutto però di un'elaborazione del tutto personale. L'intento era quello di dimostrare che risiede appunto in tale caratteristica e non in altre, l'elemento di differenziazione tra una tecnica di tutela ed un rimedio.

Sempre in tema di rimedi, pare opportuno segnalare quanto un'autorevole Dottrina raccomanda. In particolare, essa mette in guardia dall'errore di confondere i rimedi stessi con gli strumenti, di diritto processuale e sostanziale, destinati invece a realizzarli³⁹. Così, ad esempio, l'adempimento, che è un rimedio dato al contraente avverso l'inesecuzione di controparte, può trovare, quali mezzi di realizzazione, o quello dell'*astreinte* (misura di coercizione indiretta) o quello dell'esecuzione forzata processuale degli obblighi di dare o di fare (art. 2930 ss. c.c.). Di questi temi ci occuperemo, però, più diffusamente nello sviluppo di questa trattazione.

³⁸ A. Di Majo, *Forme e tecniche*, op. cit., p. 31;

³⁹ A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009, p. 124;

II.VIII IL FUNZIONAMENTO DEGLI STRUMENTI

Dopo aver fornito le indicazioni necessarie a compiere l'inquadramento delle tecniche di tutela, è conveniente proseguire l'analisi dal punto di vista funzionale.

Secondo una valutazione complessiva, è possibile suddividere tali strumenti di tutela in due grosse categorie, collocando da un lato le tecniche **di natura coercitiva** e dall'altro le tecniche **di natura consensuale**.

Le prime, che si basano sull'utilizzo del metodo coercitivo, si caratterizzano anzitutto per un maggior livello di diffusione nell'ambito della società. Lo si spiega col fatto che difficilmente tra i soggetti prendono a funzionare forme spontanee di composizione delle liti.

Le tecniche di tipo coercitivo possono essere definite, secondo un'accezione ristretta del termine "coercizione", come gli strumenti esecutivi ai quali è affidata l'attuazione pratica di rimedi a carattere pecuniario. Basti considerare che esse si caratterizzano per la proprietà di surrogare l'obbligato nel compimento della prestazione da eseguire. Come si è avuto modo di precisare nelle pagine precedenti quest'azione sostitutiva è in grado di evidenziarsi soltanto in riferimento ad attività di carattere fungibile, ossia tali da rendere la partecipazione del soggetto onerato un elemento d'importanza soltanto relativa. Tale sua collaborazione è difatti sostituita dall'apposito intervento di un soggetto terzo, il quale viene giudizialmente incaricato dello svolgimento della prestazione attesa.

Secondo un'accezione di contenuto più ampio è, invece, possibile ricomprendere nel concetto di coercizione anche gli strumenti di coazione finalizzati soltanto a promuovere l'esortazione del soggetto tenuto all'adempimento. Si pensi, a tale proposito, alla previsione di pagamento di una penale sancita dall'ordinamento per tutti i giorni di ritardo

che dovessero seguire all'emanazione di un ordine giudiziale di ottemperanza (vedi ad es. art. 18, u.c., L. 300/70).

D'altronde, il contenuto eventualmente **infungibile** di una prestazione da compiersi in forma specifica, impedirebbe la concreta sostituzione dell'obbligato con altri soggetti terzi, rendendo per l'appunto determinante l'operare di un meccanismo esortativo.

Conclusivamente, è possibile affermare che le tecniche di tipo coercitivo, conducendo all'attuazione di rimedi che, a seconda dei casi, rivestono carattere specifico o soltanto pecuniario, esprimono una forza coercitiva che si manifesta secondo una modalità diretta oppure indiretta. Se è dunque fuor di dubbio che il comportamento del debitore non possa essere mai costretto materialmente in una data direzione (in quanto espressione di una prestazione comunque personale), la predisposizione di strumenti idonei a promuoverne lo specifico adempimento⁴⁰ è soluzione assolutamente ammessa e contemplata dal nostro ordinamento giuridico, per il caso in cui l'oggetto sia anche infungibile (e dunque ineseguibile nemmeno per il tramite di terzi).

II.IX LE TECNICHE DI TIPO CONSENSUALE

Le tecniche di natura consensuale si caratterizzano per il fatto di essere basate, evidentemente, sul consenso dei contraenti. La funzione che esse perseguono è quella di indurre l'obbligato ad adempiere la prestazione alla quale si è contrattualmente vincolato nei confronti della controparte. Esempi tipici di questa tipologia di tecniche

⁴⁰ Il riferimento è all'*astreinte* francese o alle *zwangsstrafen* tedesche. Per una sintesi sui due strumenti di coercizione indiretta si veda G.F.Basini, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, 87 ss;

sono la “clausola penale espressa” e la “dazione di caparra” (elementi apponibili entrambi al contratto).

Com'è facile comprendere, tali strumenti sono posti a servizio, in prevalenza, di rimedi *in fatto* a carattere specifico, poiché sono diretti ad indurre l'obbligato ad adempiere la prestazione. Senza voler indugiare oltre su di un tema che non costituisce oggetto della nostra analisi, ci disponiamo a compiere la valutazione dei rimedi dal punto di vista giurisdizionale.

II.X IL RAPPORTO TRA GIUDICI E RIMEDI

La funzione propria di un giudice è quella di somministrare i rimedi che l'ordinamento predispone a tutela delle posizioni soggettive rilevanti. Mediante simile operazione, tesa a dare effettivo riscontro all'istanza di tutela promossa dai consociati, egli di fatto stabilisce quale sia il grado di giustiziabilità di determinati ordini di interessi, in relazione ad eventuali altri che si evidenziassero in termini antagonisti ad essi.

Un dato certamente interessante da valutare è il margine di libertà concesso al giudice in relazione alla scelta del rimedio più adeguato alle caratteristiche del caso concreto. Si tratta insomma di valutare quanto egli possa dirsi libero in proposito o, invece, vincolato ad apposite autorizzazioni legislative.

In riferimento a questa tematica, occorre segnalare che il sistema processuale ha abbandonato da tempo il principio di tipicità del rimedio, mantenendolo solo nell'ambito dell'art. 2908 c.c. per le azioni che danno luogo a pronunce costitutive: il che significa, in definitiva, che la protezione che il processo è in grado di offrire al privato in termini astratti è quella di tutte le forme di tutela esistenti

per le situazioni soggettive che possano averne in concreto bisogno⁴¹.

Pare interessante segnalare, qui di seguito, l'argomento tradizionale in base al quale la dottrina⁴² dà sostegno a questa tesi. In particolare, partendo dal considerare l'art. 24 Cost. come dato normativo di riferimento sul punto, essa definisce l'esatto concetto di *effettività* del diritto. Nel contenuto di tale disposizione è, difatti, frequente riconoscere una norma volta a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale nell'ordinamento italiano⁴³.

Come si vede, il problema sta tutto nel definire il delicato equilibrio tra l'atipicità della tutela, l'esistenza del diritto costituzionale ad un rimedio effettivo e l'esatta determinazione del rapporto tra norma processuale di tutela e contenuto sostanziale della situazione tutelata. Come la dottrina suggerisce *“tale argomento è talmente sfaccettato che può capitare di passare, in un momento, dalla convinzione che per qualunque situazione soggettiva si imponga sempre il livello massimo di protezione dato dalla tutela satisfattiva (da invocare in nome dell'art. 24 Cost., e perciò anche contro le scelte del legislatore ordinario, a meno che per esse non valgano ragioni di impossibilità naturale o eventuali principi, anch'essi di derivazione costituzionale, superiori a quelli di effettività), alla necessità di ripiegare sulla ricerca di principi ordinatori che permettano di stabilire se sia possibile allargare le maglie del sistema alla volta del rimedio più*

⁴¹ Cfr. Ilaria Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 7;

⁴² Vedi da ultimo U. Mattei, *op. cit.*, p. 123;

⁴³ Cfr. l'interessante analisi critica presente in. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, II ed. 1993 (I^a ed. 1982), p. 23 ss.;

appropriato, o, in caso contrario, costringano a riconoscere che la negazione o la mancata attribuzione di una tecnica di tutela adeguata finiscono per condizionare lo stesso modo d'essere della situazione soggettiva violata."⁴⁴

È un dato di comune acquisizione il fatto che la pura declamazione di un diritto, sia pure di matrice costituzionale, non sia sufficiente a garantire la soddisfazione effettiva della domanda sociale di giustizia. A tal fine si rende, piuttosto, necessario sviluppare un assetto istituzionale appositamente destinato al raggiungimento dell'obiettivo (U.Mattei, 2001).

Il rimedio, da parte sua, è il solo strumento istituzionale che possa ritenersi adatto a garantire l'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti. Stando alle impostazioni sopra riferite è dunque possibile fondare sul principio di effettività del diritto, atto a soddisfare la domanda sociale di giustizia, la validità di un approccio di tipo flessibile alla scelta del rimedio da assegnare.

Il riferimento è, come si vede, ad un approccio di **natura creativa**, da riconoscersi in capo al giudice.

Una soluzione di questo tipo⁴⁵, avrebbe l'effetto di assicurare all'autorità giudiziaria una completa libertà nel fornire il rimedio più adatto alle necessità del caso sottoposto alla sua attenzione.

Diversamente, si potrebbe configurare, in linea con quanto sopra esposto, la violazione di un principio di natura costituzionale (l'art. 24, s'intende), fermo restando, in ogni caso, l'impossibilità di scongiurare simile ipotesi

⁴⁴ I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 7;

⁴⁵ In dottrina tale posizione è sostenuta da U. Mattei. Si veda in proposito " *I rimedi*", *op. cit.* p. 123;

giustificando un'eccessiva disinvoltura nell'opera di selezione del rimedio: il giudice resterebbe pur sempre un organo soggetto alla legge ed inoltre totalmente sprovvisto del potere di operare un controllo di costituzionalità in merito ad stessa.

A partire da simili considerazioni è possibile esprimere, assieme alla dottrina qui commentata, interessanti rilievi dal punto di vista sociologico. Essi attengono a valutazioni di tipo comparatistico e, come tali, rendono necessario, per quanto ci riguarda, il riferimento alla figura dei giudici statunitensi.

In particolare, posto che l'estrema creatività di cui questi ultimi sono dotati si riconduce, storicamente, al fatto di detenere un controllo di costituzionalità sulle norme, al giudice italiano non resterebbe che dubitare della possibilità di intendere con altrettanta creatività la fase di concessione di un rimedio. Questi sarebbe, infatti, mosso dalla convinzione, e ciò in ossequio alla concezione gerarchica delle fonti del diritto, di non essere legittimato a creare rimedi che la legge formale (l'Ordinamento Giudiziario, il codice di Procedura Civile ed il VI libro del Codice Civile) non prevede alle volte per semplice dimenticanza, sciatteria od obsolescenza.

Una tale soggezione psicologica del giudice italiano verrebbe, peraltro, accentuata da un certo atteggiamento formalistico di gran parte della dottrina, che in più occasioni si è dimostrata pronta a muovere critiche ai più interessanti tentativi di affrancamento del diritto dalla soggezione al principio di tipicità dei rimedi (un esempio in tal senso viene offerto dalla coraggiosa lettura che si è tentata, in passato, dell'art. 700 c.p.c.).

II.XI TIPOLOGIE DI REGOLE

Per poter condurre l'analisi ad un livello più approfondito, si rende opportuno considerare la diversa natura delle regole presenti all'interno dell'ordinamento. L'obbiettivo è di evidenziare le principali classificazioni che vengono operate in campo teorico.

Analizziamo anzitutto la contrapposizione tra regole di validità e regole di responsabilità.

1. È noto che le **regole di validità** sono quelle norme aventi ad oggetto la definizione dei requisiti o degli elementi necessari a garantire la validità di un atto giuridico⁴⁶. Un esempio in tal senso è offerto dall'art. 1325 c.c., il quale stabilisce un elenco di requisiti che devono necessariamente appartenere al contratto (accordo, causa, oggetto e forma), pena la sua totale nullità (art. 1418, 2 c.). Per giungere alla corretta qualificazione di questa regola avremmo potuto, peraltro, ricorrere ad una seconda possibilità, e precisamente alle norme che stabiliscono quando un contratto possa dirsi annullabile. Anche la regola che ammette l'impugnativa del contratto, difatti, è da ricondurre alla categoria delle regole di validità.

Di contenuto totalmente differente sono, invece, le **regole di responsabilità**. Esse svolgono la funzione di affermare una responsabilità, appunto, in capo al soggetto che si mostri inadempiente ad alcuni obblighi contrattuali, o che comunque violi doveri precedenti alla fase della sua stipulazione. In questa seconda ipotesi la condotta del soggetto, andando ad

⁴⁶ A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009, p. 11;

incidere sulla fase formativa dell'accordo, integrerà un' ipotesi di c.d. *culpa in contrahendo*.

In termini generali, è possibile affermare che l'invalidità e la responsabilità sono forme di tutela tra di loro contrapposte. Esse, difatti, oltre ad esprimere valori diversi dal punto di vista sostanziale, arrivano a coprire esigenze protettive contrarie: le regole di validità-invalidità hanno per obiettivo quello di garantire che le negoziazioni non contrastino con norme di ordine pubblico o di buon costume (art. 1418 c.c.), che corrispondano ad interessi meritevoli di tutela e che siano espressione di una volontà negoziale non viziata; mentre le regole di responsabilità si prefiggono lo scopo di rimuovere il pregiudizio che una parte dovesse subire a seguito di comportamenti che la controparte assume in violazione di doveri.

Così, anzitutto, ove è operante la invalidità del negozio, non vi dovrebbe poter esser spazio per un giudizio di responsabilità (ad es. da parte di colui che era consapevole dell'errore in cui versava la controparte o del raggio di cui essa è rimasta vittima)⁴⁷. Da questo punto di vista occorre, infatti, considerare che l'invalidità, nella forma della annullabilità, è rimedio sufficiente per la parte che versi in errore o che è vittima dell'inganno ad opera dell'altro contraente o di terzi (in questo senso è sufficiente riflettere sul fatto che mediante l'eliminazione dell'atto, fonte di pregiudizio, si ristabilisce lo *status quo ante*). Parimenti, nell'ipotesi in cui ad operare sia, invece, una regola di responsabilità: in tal caso non dovrebbe potervi

⁴⁷ Cfr. A. Di Majo, *Le tutele*, op. cit., p. 12;

essere spazio per l'invalidità del negozio⁴⁸. Difatti, l'inadempimento di obblighi contrattuali può determinare la risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.) e non già la sua invalidità.

È tuttavia necessario evidenziare che la distinzione della quale ci stiamo occupando si basa su criteri mobili, i quali possono variare al punto da giustificare anche un passaggio dell'elemento normativo dal campo della responsabilità a quello dell'invalidità. A tale proposito, vale quanto espresso in precedenza, ossia che la classificazione tra regole di un tipo o dell'altro non è mai ontologica come quella tra una sedia ed un libro, ad esempio, bensì del tutto convenzionale. Questo dato rende evidente quanto non sia possibile porre, a conclusione di una riflessione che la riguardi, una verità assiomatica, bensì, tutt'al più, una tendenza.

Si comprende, allora, il motivo per cui la dottrina sul punto puntualizza che è *“difficile rinvenire nei sistemi giuridici verità assiomatiche. È più proprio parlare di orientamenti, di attitudini del legislatore e degli interpreti rispetto alle singole soluzioni normative”* (Di Majo)⁴⁹.

Tuttavia, resta indiscusso quanto espresso di recente dalla Corte di Cassazione a Sezione Unite⁵⁰, ossia la permanente validità della distinzione tra regole **di comportamento** e regole **di validità**. In questi termini la Corte ha precisato che la violazione delle prime non incide sulla genesi dell'atto negoziale e

⁴⁸ *ibidem*;

⁴⁹ Di Majo, *La tutela civile dei diritti* 3, ed. IV, 2003, p. 76;

⁵⁰ Sent. 19 dicembre 2007, n. 26724, in *FI*, 2008, 784;

può determinare delle responsabilità ma non l'invalidità dell'atto.

2. Regole di condotta (o sostanziali) e regole di decisione (o di tutela)

Quest'ulteriore classificazione normativa mette a confronto le regole **di condotta** con le regole di **decisione**. Cerchiamo di far chiarezza in merito a questo punto, al fine di decifrare quale natura abbia il legame che esse evidenziano con il diritto dei rimedi.

La prima categoria di regole svolge, come noto, la funzione di attribuire diritti ed imporre doveri ai consociati; andando così a determinare i contenuti della loro condotta. Un esempio di questo tipo è offerto dal divieto di accesso nella proprietà privata altrui o, ancora, dall'obbligo di saldare un debito contratto.

Le regole di decisione, al contrario, essendo preordinate ad apprestare strumenti volti a rimediare a situazioni in cui i diritti restino insoddisfatti e gli obblighi inadempiti, si indirizzano all'istituzione preposta alla risoluzione delle controversie, ovvero sia all'autorità giudiziaria. Si veda, a titolo di esempio l'art. 1218 c.c. che fornisce un rimedio per l'ipotesi in cui venga realizzato un danno da inadempimento.

Prendere in considerazione questa classificazione costituisce una scelta senz'altro utile dal nostro punto di vista, poiché ci mette nelle condizioni di stabilire quale natura abbia il diritto dei rimedi. Vale, difatti, la pena di domandarsi se sia più corretto far rientrare le sue norme tra le regole di condotta oppure tra le regole di decisione. La soluzione a questo problema non è soltanto teorica ma di notevole importanza

pratica, poiché è in grado di influire in termini positivi sulla corretta interpretazione del diritto oggettivo.

Secondo un'autorevole dottrina, la realtà dei rimedi sarebbe da ricondurre a questa seconda categoria di regole. Tuttavia, lo stesso Autore dichiara che una riflessione più attenta sul punto, metterebbe apertamente in luce il fatto che i rimedi appartengono anch'essi al piano del diritto sostanziale, poiché sono norme di tale settore a prevederli e regolarli⁵¹. Si pensi, a tale proposito, agli artt. 1218 o 1453 c.c., che definiscono, per l'appunto, obblighi di condotta.

Per trattare in maniera più comprensibile questo tema, la cui esposizione potrebbe aver dato luogo ad una spiacevole sovrapposizione di piani tra diverse categorie dogmatiche, scegliamo di riferirci alle indicazioni di un'Attenta dottrina che, nel valutare lo stesso fenomeno, sceglie di porsi da una prospettiva di tutt'altro tipo: quella dell'analisi economica del diritto⁵².

L'Autore parte dal considerare, a titolo esemplificativo, una norma come l'art. 2058 c.c., riguardante i rimedi in forma specifica o per equivalente, per poter stabilire a quale delle due categorie sopra menzionate essa possa ascrivere. In questo senso, Egli si domanda quali siano i destinatari diretti della norma: l'oblato, al quale verrebbe imposto un esatto adempimento della prestazione, oppure il giudice chiamato a scegliere tra la concessione del

⁵¹ A.Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009, p. 124;

⁵² Si veda U. Mattei, op. cit., p. 113;

rimedio pecuniario e quello specifico.⁵³ Se difatti si stabilisse che la regola si rivolge efficacemente all'oblato si dovrebbe concludere che l'*inadempimento efficiente*⁵⁴ è un fenomeno per nulla consentito dal nostro ordinamento. Se, al contrario, si concludesse per la soluzione opposta, ossia che essa si rivolge specificamente al giudice, incidendo quindi su decisioni assunte *ex post* da decisori secondari (l'oblato è invece decisore primario), se ne dovrebbe trarre il principio esattamente opposto⁵⁵. Si tratta di capire, in definitiva, se le regole relative ai rimedi possano e/o debbano avere un impatto diretto sulla condotta dei consociati, oppure no.

Ciò significa domandarsi se la regola giuridica derivante dall'interpretazione dell'art. 2058 c.c., ad esempio, abbia un effetto "prospettico", che come tale superi i confini del caso di specie giungendo ad influenzare la futura condotta di soggetti posti in posizioni analoghe, o se essa non debba, invece, esaurire la sua funzione nell'ambito della controversia che l'ha richiamata. Ciò in relazione ad un potere discrezionale del giudice che appunto modelli la

⁵³ Si veda E.L. Sherving, *Law and Equity in Contract Enforcement*, 50 Md L. R. 253, 1991, per l'applicazione del modello di Dan Cohen al diritto dei contratti. Fonte citata da Ugo Mattei, *I rimedi*, *op. cit.*, p. 113;

⁵⁴ Con ciò intendendosi la valutazione che chi conclude un contratto svolge in merito alla scelta se adempiervi o meno, comparando il prezzo che l'ordinamento impone per l'inadempimento con quello dell'alternativa più conveniente a cui egli dovrà rinunciare per adempiere. Come si vede, l'Autore tratta il tema affrontandolo dalla prospettiva dell'analisi economica del diritto servendosi, a tal fine, delle categorie concettuali proprie di questa disciplina (da qui, appunto, il riferimento al concetto di *inadempimento efficiente*);

⁵⁵ Cfr. Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, 1999;

giustizia rimediale sul caso di specie disinteressandosi del futuro⁵⁶.

Come si può facilmente desumere, il punto in questione riflette un'importanza notevole circa il tema fondamentale di *come* debbano essere formulate le regole giuridiche relative alla scelta dei rimedi (siano esse legali o interpretative). In definitiva, si tratta di stabilire se simile scelta debba basarsi su regole chiare o piuttosto su alcuni standards.⁵⁷

Se si sostiene, infatti, che la decisione giudiziale inerente al rimedio non debba avere impatto sull'agire futuro dei consociati, sarà più opportuno utilizzare degli *standards* di contenuto vago, che assicurino al giudice un più ampio margine di manovra nel pervenire alla soluzione del caso concreto. Se al contrario si ritiene che le regole sulla scelta del rimedio da elargire non siano “regole di decisione”, come tali rivolte soltanto al giudice, ma presentino marcate caratteristiche di “regole di condotta” rivolte alla collettività, potranno ritenersi preferibili le regole chiare rispetto agli *standards* poiché in tal modo i consociati sarebbero messi nella condizione di progettare attorno ad esse i propri rapporti, in anticipo, senza dover attendere l'esito di una dispendiosa lite giudiziaria.

Tutto quanto si è detto fin qui ci porta a fare il punto sulla situazione, ossia sull'interrogativo da cui siamo partiti inerente alla natura da imputare al diritto dei rimedi.

Più esattamente, ci aiuta a comprendere quanto sia difficile, se non impossibile, fornire ad esso una risposta

⁵⁶ Cfr. A. Abdullah, *To Make the Remedy Fit the Wong*, 115 Law Quart. Rev. 3776, 1999, citato da Ugo Mattei, *I rimedi*, *op. cit.*, p. 114;

⁵⁷ Si veda in materia il classico D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89, Harv. L. Rev. 1685, 1976, citato da Ugo Mattei, *I rimedi*, *op. cit.*, p. 114;

che sia valida in astratto: essa, difatti, varia in funzione dei rimedi differenti ⁵⁸.

Resta, allora, la possibilità di considerare l'atteggiamento del giudice in relazione ai precedenti giudiziari. A tale proposito, la stessa dottrina sostiene che l'atteggiamento di tale organo dovrebbe mutare a seconda che ad oggetto dell'interpretazione sia posta una regola di condotta oppure una regola di decisione. Soltanto nel primo caso, in particolare, la fedeltà al precedente potrà considerarsi portatrice di un valore in sé. E soltanto in esso, di conseguenza, potranno registrarsi risultati negativi in ordine alla qualità del rapporto tra giustizia del caso singolo ed efficienza complessiva del sistema.

Conclusivamente, se pure è vero che la natura ibrida del diritto dei rimedi poco si presta a formulare percorsi certi in merito alla soluzione da dare ai dubbi sopra espressi, di certo suggerisce la necessità di porsi simili interrogativi da un punto di vista generale.

II.XII RAPPORTO TRA RIMEDI E PROCESSO CIVILE

Malgrado sia indiscutibile che una parte molto consistente del diritto dei rimedi è contenuta all'interno delle regole sull'esecuzione, sparse tra il Codice Civile ed il Codice di Procedura Civile⁵⁹, non bisogna ritenere che i rimedi attengano solo a tale ambito. Quello dell'esecuzione forzata è, difatti, un meccanismo dal quale alle volte i rimedi prescindono: è quanto accade, ad esempio, in relazione a quelli di tipo dichiarativo, costitutivo o di autotutela.

⁵⁸ U. Mattei, *op. cit.*, p. 114;

⁵⁹ Cfr. Mandrioli, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *NN.D.I.*, 1957;

Per converso, il processo esecutivo disciplina molteplici aspetti relativi al **modo** in cui si possono ottenere i rimedi, andando così ad investire un ambito di fatto estraneo al diritto dei rimedi: quello proprio del diritto processuale.

D'altronde, come si è già avuto modo di precisare al riguardo, il fatto di domandarsi *quale* soddisfazione si possa ottenere (diritto dei rimedi) è cosa ben diversa dal chiedersi *in che modo* sia possibile ottenerla (diritto processuale).

Una simile differenza dovrebbe, peraltro, dare modo allo studio sul processo di acquisire una dose consistente di funzionalismo, quando invece la cultura processualistica resta ancorata saldamente al formalismo⁶⁰.

Una situazione di questo tipo si registra, ad esempio, in Italia, in considerazione del fatto che la competizione con la cultura privatistica si è giocata precisamente sul terreno metodologico⁶¹. Ne consegue che dottrina ed interpreti, nel valutare *in che modo* fornire soddisfazione mediante il processo, si dimenticano spesso di tener presente *quale* soddisfazione la macchina processuale dovrebbe assicurare.

Proviamo, a questo punto, a ricostruire il percorso che conduce all'acquisizione di un rimedio, da parte di un soggetto privato. Consideriamo anzitutto che il termine "tutela" si usa qualificare con l'aggettivo di

⁶⁰ U. Mattei, *op. cit.* p. 110, il quale segnala alcune autorevoli eccezioni in S. Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, 1980; A. Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, 1982; M. Taruffo, *Note sul diritto alla condanna ed alla esecuzione*, RCDP, 1986, p. 641; V. Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, 1953;

⁶¹ Si segnalano però alcune autorevoli eccezioni: Cfr. Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, 1982; M. Taruffo, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, RCDP, 1986, p. 641;

“giurisdizionale”. In effetti, in un sistema che impedisce la possibilità di farsi giustizia da sé, se non in casi rari, alla tutela non si giunge che per via giurisdizionale. È indicativo a tale riguardo il contenuto dell’art. 2907 c.c., che disciplina il c.d. diritto di azione.

Ciò malgrado, è realistico ipotizzare che chiunque ritenga di aver subito un torto si rivolga anzitutto all’autore del gesto al fine di ottenere soddisfazione. Ed è altrettanto verosimile che questi offra di collaborare soltanto ove ritenga di aver effettivamente trasgredito ad una regola di giusta condotta. In caso contrario, egli negherà la propria responsabilità e con essa il proprio contributo cooperativo. La funzione cui assolve il processo è appunto quella di apprestare un rimedio alla carenza di collaborazione che si verifica nei rapporti interprivati. Il che significa che soltanto ove tale **cooperazione** venga meno si manifesta concretamente il bisogno di ricorrere alla tutela giurisdizionale.

Occorre rilevare, peraltro, che tra le pieghe del nostro ordinamento sopravvive, occultato, un principio che si colloca, idealmente, tra la sfera di collaborazione fra privati e quella del loro agire nel processo. Si tratta del c.d. principio di autotutela privata.

In funzione di esso, è ammessa la possibilità che certi *offendicula* (vetri sopra i muri, filo spinato lungo le recinzioni, ad es.) siano posti a tutela di alcune posizioni giuridiche: si pensi al diritto di proprietà, o più in generale, alla possibilità per un privato di reagire ad un torto subito invocando la legittima difesa. Stesso dicasi in relazione al diritto di ritenzione con cui, ad esempio, al meccanico viene concesso di trattenere la vettura riparata fino a che il cliente non abbia saldato il conto. O, ancora, si pensi al deposito cauzionale che il locatore si procura dall’inquilino per tutelarsi rispetto ad eventuali danni che

fossero provocati all'appartamento. In tutte queste ipotesi, ed in molte altre che naturalmente non è possibile elencare, il fattore da tenere in debita considerazione è che l'autotutela non assurge a misura definitiva, comunque. Più semplicemente, essa ha l'effetto di determinare un'inversione della regola che definisce su chi debba ricadere l'onere di azione in giudizio. Questa conseguenza sarebbe sufficiente a far desistere dall'azione chiunque sapesse di aver violato una regola di comportamento.

Poste tali premesse risulta, invece, interessante considerare che tutta una serie di strumenti di soddisfazione (i rimedi appunto) sono messi a disposizione dei consociati direttamente dal potere giudiziario.

Essi coprono, per ragioni di prevalenza numerica, la stragrande maggioranza dei rimedi disponibili in generale. A motivo di questo, ci disponiamo, qui di seguito, a compierne la trattazione.

II.XIII TASSONOMIA DEI RIMEDI

Posto che il diritto dei rimedi è una branca tradizionale dei sistemi di *Common Law* e non di quelli romanistici⁶², è doveroso constatare, dal punto di vista dogmatico, che non esiste una tassonomia canonica alla quale riferirsi. È tuttavia possibile operare delle classificazioni per così dire “informali” dei rimedi, al fine di comprendere più da vicino gli aspetti fondamentali della loro natura.

Prima di dedicarci a questo tema ci limitiamo a segnalare che, in considerazione dell'ambito disciplinare in cui si inserisce tale indagine, essa vertirà sui soli rimedi di

⁶² Cfr. S.M.Waddams, *Remedies as a Legal Subject*, 3 Oxford J. Leg. Stud 113 (1983), citato da Ugo Mattei, *I rimedi*, *op.cit.*, p. 125;

carattere privatistico, intendendosi come tali quelli amministrati dalla giustizia ordinaria.

Sarebbe tuttavia un errore ritenere che i diritti soggettivi individuali siano protetti dai soli rimedi di natura privatistica. Un numero rilevante di forme di tutela è, difatti, apprestato dal diritto penale, i cui rimedi si caratterizzano per il fatto di non essere pensati direttamente nell'interesse della vittima dell'aggressione, ossia nell'intento di fornirle tutela, bensì per proteggere anzitutto un interesse di tipo generale⁶³.

Resta vero, ad ogni modo, che all'interno del nostro sistema giuridico anche alle Corti penali è affidata la possibilità di amministrare rimedi di carattere civile. Così, l'istituto della "costituzione di parte civile" consente alla parte lesa da un reato di prendere parte al processo penale (più celere e meno costoso di quello civile) e di ottenere, quale rimedio civilistico appunto, il risarcimento dei danni e/o le restituzioni (art. 185 c.p. e art. 74 c.p.). Entrambi questi strumenti, pur se incanalati all'interno di un processo penale che prende ad amministrarli, restano rimedi di carattere civile e non penale⁶⁴.

Diamo ora inizio alla classificazione che ci eravamo proposti, mettendo anzitutto in evidenza che le diverse tipologie rimediali, sparse nei vari ambiti del diritto privato, sono accomunate o rese differenti dalla funzione istituzionale che di fatto perseguono⁶⁵. La struttura del rimedio cambia, in effetti, in considerazione della natura della lesione verificatasi e di quella dell'interesse leso.

⁶³ Cfr. G.Fiandaca e E.Musco, *Diritto penale*, Parte Generale 2^a ed., 1989, 20 ss.

⁶⁴ Cfr. V. Zeno Zencovich, *La Responsabilità civile per danno da reato*, 1989;

⁶⁵ Così U. Mattei, *op. cit.*, p. 129;

Come ultima precisazione segnaliamo che nel compiere l'opera di ricognizione sposteremo la prospettiva secondo cui il concetto di "tecnica" è assunto come sinonimo di "rimedio". Riteniamo, infatti, che una scelta di questo tipo possa contribuire a rendere più agevoli i vari passaggi dell'analisi.

II.XIV RIMEDI PIENI E RIMEDI LIMITATI

La prima distinzione che è possibile tracciare in relazione ai rimedi è quella tra rimedi pieni e rimedi limitati. L'elemento differenziale tra i due risiede nel fatto, piuttosto ovvio, che soltanto ai primi è dato di rendere soddisfazione integrale al soggetto tutelato. In questo senso, mentre i rimedi pieni corrispondono al massimo sforzo possibile di tutela realizzato dall'ordinamento (date le condizioni oggettive della lesione) i rimedi limitati costituiscono uno sforzo rimediario di contenuto più limitato rispetto alle reali possibilità.

L'aver operato un riferimento alle circostanze oggettive della lesione serve a comprendere che la pienezza si raggiunge soltanto qualora, date appunto le circostanze, il rimedio ottenuto corrisponda al massimo immaginabile. Da questo punto di vista, un risarcimento per equivalente, ad esempio, sarebbe da intendere come rimedio pieno soltanto a fronte di un'assoluta impossibilità di ripristinare lo *status ex ante*. Si pensi, a tale riguardo, alla distruzione di bene unico e irripetibile come un'opera d'arte.

Più nel dettaglio, per stabilire se un rimedio rientri nell'una o nell'altra delle categorie considerate occorre porsi dalla prospettiva di che subisce la lesione.⁶⁶ Soltanto qualora, in

⁶⁶ Cfr. M.R.Marella, *Attuazione del diritto e regole di responsabilità*, 1996:

base alle circostanze realmente esistenti, il rimedio ottenuto corrisponda al massimo immaginabile per tale individuo, è configurabile una pienezza di tutela.

Spetta, dunque, alle circostanze determinare quale tipo di rimedio l'ordinamento possa concedere per garantire al consociato la sua piena difesa. Così, se il mio vicino di casa persistesse nell'attraversare in maniera indisturbata il mio fondo senza averne la titolarità, la piena soddisfazione del mio interesse passerebbe verosimilmente per l'emissione di un'inibitoria rivolta al futuro, e di un'eventuale condanna al risarcimento del danno (passato). Se, al contrario, la mia barca venisse distrutta da un improvviso incendio, il rimedio pieno potrebbe consistere nell'opera di rifacimento del bene. Ancora, se il mio vicino inavvertitamente, nel corso di una manovra di parcheggio, investisse ed uccidesse il mio gatto, non resterebbe per me che affidarmi al rimedio del risarcimento danni.

Da un punto di vista metodologico, è utile valutare come il riferimento ai tre settori del Diritto civile (il Contratto, la Responsabilità e la Proprietà) aiuti a percepire il mutamento che il concetto di pienezza subisce in relazione al tipo di rimedio: esso assume ora il contenuto di una tutela negatoria in ambito proprietario, ora quello di una tutela in forma specifica in materia extracontrattuale e dunque la forma di scioglimento del vincolo in materia contrattuale⁶⁷.

La fisionomia del rimedio varia così a seconda delle circostanze concrete ma, a ben vedere, anche della struttura del diritto sostanziale ad esse sottostante. Ecco perché in un caso di esternalità istantanea, quale ad esempio l'occlusione di un passaggio con masso, il

⁶⁷ Cfr. Mattei, voce "Proprietà" in Digesto/civ., XV, 1997, p. 342;

rimedio pieno consisterebbe nell'opera di rimozione dell'ostacolo stesso; mentre nel caso di distruzione di un bene unico, esso riguarderebbe lo strumento del tutto difforme del risarcimento danni.

Operate queste considerazioni, procediamo analizzando la tipologia di rimedi limitati.

Anzitutto, occorre notare che anch'essi si presentano in modo strutturalmente differente nei diversi settori dell'ordinamento. Innanzitutto, la tutela limitata può corrispondere al risarcimento danni operato al valore di mercato del bene, senza che l'ordinamento provveda ad accompagnare un simile rimedio, rivolto al passato, con un ulteriore strumento rivolto al futuro. Ancora, il rimedio limitato può presentarsi sotto forma di indennità di contenuto ridotto rispetto al preciso valore di mercato del bene danneggiato: è quanto accade nell'ipotesi in cui l'ordinamento ritenga di non dover scoraggiare certi comportamenti che, pur se potenzialmente lesivi in sé stessi, esprimono condotte virtuose (è il caso di chi abbia distrutto un bene nel tentativo di salvare la vita ad un ferito. In tale evenienza si prevede un'indennità ridotta rispetto al risarcimento sancito *ex art. 2045 c.c.* per il danneggiato).

Naturalmente, la distinzione tra rimedi pieni e rimedi limitati, al pari di qualunque altra classificazione operata sul tema, non è da intendersi in senso assoluto poiché, come già si è avuto modo di precisare, essa non riveste natura ontologica.

È, inoltre, necessario considerare che la misura parziale o piena della protezione che l'ordinamento garantisce a un dato interesse è frutto di una comparazione che il sistema opera tra l'interesse considerato, appunto, ed ulteriori posizioni antagonistiche ugualmente garantite. Così, un

rimedio non è pieno o limitato in senso assoluto, ma è piena o limitata la tutela che un interesse riceve date le circostanze concrete che si delineano in competizione con un interesse contrapposto⁶⁸.

Occorre, infine, tener presente che ogni qual volta il giudice neghi il rimedio pieno per concederne uno di contenuto limitato, si realizza di fatto una riallocazione di diritti dal punto di vista operativo. Simile riallocazione offre bene l'idea della dimensione declamatoria in cui può collocarsi ogni discorso sull'allocatione astratta *ex ante* dei diritti riconosciuti dall'ordinamento. Da questo punto di vista, è possibile affermare che la regola risarcitoria a differenza di quella riguardante la tutela in forma specifica, non si preoccupa di tutelare il diritto di chi subisce la lesione ma, più semplicemente, pone una condizione di liceità *ex post* all'esercizio di un diritto allocato sul piano operativo, a chi di fatto realizzi la lesione⁶⁹.

II.XV RIMEDI IMPERATIVI E RIMEDI VOLONTARI

La seconda distinzione che è possibile tracciare in ordine al nostro tema è quella tra rimedi imperativi e rimedi volontari.

Il dato da cui partire è che la maggior parte dei rimedi privatistici ha carattere volontario. Affermare che un rimedio è volontario significa considerare la sua natura in relazione alle parti nel cui interesse esso opera, rilevando

⁶⁸ Cfr. G. Calabresi, *Remarks: The Simple virtues of the Cathedral*, in 106 Yale L.J. 2201 (1997), 2205, citata da Ugo Mattei, *I rimedi*, op. cit., p. 140;

⁶⁹ Cfr. U. Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, 1987, p. 106 ss. e, da ultimo, *The Shadow of the Cathedral*, 106, Yale L.J., 2175;

in particolare che esse rimangono libere di accordarsi in maniera difforme da come il giudice abbia disposto. Si pensi all'ipotesi di due soggetti che, attraverso una conciliazione, riducano l'entità del risarcimento stabilito dal giudice, sulla base di una rinuncia del convenuto a promuovere un eventuale ricorso.

È dunque corretto affermare che la volontà delle parti è fonte di rimedi⁷⁰.

Un rimedio volontario particolarmente significativo è la c.d. clausola penale contrattuale, in relazione al cui impiego è bene segnalare che la giurisdizione dello Stato non resta preclusa alle parti. In riferimento ad un'evenienza di questo tipo il solo potere che avrebbe il giudice sarebbe, peraltro, quello di ridurre l'ammontare di essa ad equità, e non di operarne la rimozione dal contenuto del contratto (artt. 1382-1384 c.c.).

L'esempio più evidente di rimedio volontario si ha in materia di arbitrato, il quale rappresenta la più sofisticata fra le forme remediali della sua specie: come si può facilmente intuire esso offre un terreno particolarmente fertile per la produzione di rimedi creativi⁷¹.

Quanto ai rimedi imperativi, il loro tratto distintivo si esprime nell'impossibilità di apportare una qualche modifica a quanto stabilito dal giudice, ad opera delle parti.

A tale proposito, parrebbe senza dubbio interessante accertare l'eventualità di una correlazione tra la natura coercitiva o volontaria del rimedio e quella imperativa o dispositiva della regola giuridica. Tuttavia, un

⁷⁰ E.L. Shervin, *An Essay on Private Remedies*, 6 Can. J. Law & Jur 89 (1993), citato da Ugo Mattei, *I rimedi*, *op.cit.*, p. 124;

⁷¹ Cfr. A Berlinguer, *La Compromettibilità per arbitri*, 2 vol., 1999;

approfondimento di questo tipo travalicherebbe i confini della presente ricerca.

Dal nostro punto di vista, si rende necessario concentrare l'attenzione sull'elemento della coercizione. Esso, difatti, costituendo il dato in relazione al quale operare l'assai nota ripartizione, di origine tedesca, dei rimedi giudiziari in azioni dichiarative, costitutive e coercitive, fonda una tassonomia rimediale⁷².

A tale proposito, si può facilmente osservare che mentre l'attore che eserciti con successo una delle prime due azioni ottiene per ciò solo soddisfazione, il buon esito di un'azione coercitiva richiede la collaborazione, ulteriore, del convenuto o, in alternativa, l'intervento dello Stato tramite il meccanismo dell'esecuzione.

Operiamo ora delle necessarie puntualizzazioni dal punto di vista sistematico.

Come si è già avuto modo di precisare, i rimedi coercitivi si suddividono, a seconda del risultato cui conducono, in rimedi di forma specifica e rimedi per equivalente⁷³. I primi possono ulteriormente distinguersi, da un punto di vista operativo, in due grosse categorie: da un lato i rimedi eseguibili attraverso procedure di **surrogazione** e, dall'altro, i rimedi eseguibili in natura soltanto tramite la **collaborazione volontaria dell'obbligato**⁷⁴. In relazione ai primi elementi di questo secondo *sottoinsieme*, è bene considerare che il diritto organizza diverse procedure di sostituzione dell'obbligato. Di esse faremo parola soltanto in seguito, per ragioni di chiarezza espositiva.

⁷² Cfr. U. Mattei, *op. cit.*, p. 132;

⁷³ Cfr. in questo senso anche C. Catronovo, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno* in Mazzamuto (cur.) *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, 1989, p. 481;

⁷⁴ Cfr. S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, in Trattato Rescigno, 1980;

Il dato che, invece, sono in grado di mettere in evidenza i secondi, che sono comprensivi tanto degli obblighi di fare *intuitu personae* quanto degli obblighi di non fare, è che la riluttanza del nostro ordinamento a servirsi dello strumento esecutivo per eccellenza (la pena) finisce sostanzialmente per avvantaggiare in modo iniquo il convenuto ostinato e prepotente⁷⁵.

A tale proposito, è bene rimarcare che l'Italia ha accumulato notevoli ritardi tanto verso i sistemi di *common law* (dove l'istituto del *contempt of court* rende effettiva la decisione del giudice)⁷⁶ quanto verso i sistemi tedesco e francese. In particolare, l'esperienza dell'*astreinte* in questo ultimo sistema ci mostra come la pena per essere efficace non debba necessariamente essere detentiva o comminata dal diritto penale⁷⁷.

II.XVI RIMEDI REALI E RIMEDI PERSONALI

Simile classificazione risponde sostanzialmente all'interrogativo di chi siano i destinatari passivi del rimedio, e precisamente se essi debbano identificarsi con la generalità dei consociati oppure soltanto con una parte ben precisa di essi.

Tale suddivisione, che con le altre condivide il carattere non assiomatico, non riflette necessariamente la differenza tra diritti soggettivi assoluti e diritti relativi, o tra diritti reali e diritti di credito, e neanche quella tra azioni reali ed azioni personali. Sarebbe quindi, un errore riferirla

⁷⁵ Così U. Mattei, *op.cit.*, p. 134;

⁷⁶ Cfr. V. Varano, "Contempt of Court", in *Digesto/pen.*, III, 1983, 107;

⁷⁷ Cfr. J. Beardsley, *Compelling Contract Performance in France*, 1 *Hast. Int. & Comp. L.Rev.* 93 (1977), citato da Ugo Mattei, *I rimedi*, *op.cit.*, p. 134;

necessariamente ad esse, anche se non se ne deve escludere la comunanza di genotipo⁷⁸.

L'elemento caratterizzante del rimedio reale è da ricercare nel suo carattere di assolutezza, nel senso che la sua tutela non è legata alle caratteristiche specifiche di un convenuto, e neanche a quelle di una determinata lesione. Detto in altri termini, questo tipo di tutela protegge un interesse in quanto tale, disinteressandosi di aspetti legati al *quantum* di riprovevolezza della lesione o alle qualità di chi l'abbia prodotta. Per tale motivo questa forma di tutela è in grado di azionarsi di *per sé*.

Sofferamoci, ora, sulle caratteristiche della tutela personale. Essa ha, al contrario di quella appena vista, una natura determinata e condizionata. In questo senso, la si può azionare soltanto *per accident*, ossia a patto che qualcuno abbia leso l'interesse protetto con modalità particolari. Si consideri che questo particolare legame con la lesione è ciò che determina la legittimazione passiva⁷⁹ mettendo in evidenza che la tutela personale può esplicarsi soltanto nei confronti del particolare individuo che, a norma del diritto sostanziale, risulti essere responsabile della lesione.

II.XVII RIMEDI PREVENTIVI E RIMEDI SUCCESSIVI

Guardiamo adesso ai rimedi in base alla funzione che essi sono chiamati a svolgere. Da questo punto di vista, possiamo operarne la suddivisione da un lato, in rimedi finalizzati a prevenire una data lesione nell'assetto dei

⁷⁸ Cfr. A. Guarnieri, *Diritti reali e diritti di credito. Valore attuale di una distinzione*, 1979;

⁷⁹ Cfr. A. Gambaro, *La legittimazione passiva alle azioni possessorie*, 1979;

diritti, e dall'altro in rimedi diretti a riparare alla lesione una volta che essa si sia prodotta.

Naturalmente, l'agire in prevenzione comporta che si consideri giuridicamente rilevante e, quindi, suscettibile di sanzione una condotta che di per sé non risulta ancora essere lesiva di un diritto. Questo spiega come mai i rimedi volti a prevenire e quelli volti, invece, a curare si dirigano, rispettivamente, al futuro ed al passato.

I rimedi preventivi sono regole di condotta direttamente finalizzate a determinare certi comportamenti, ossia ad orientarne l'attuazione. I rimedi volti al passato, invece, sono prevalentemente regole di decisione tese a stabilire quale soluzione sia più appropriato assumere una volta che la lesione sia stata posta in essere. Tali ultimi sono dunque per lo più finalizzati a stabilire come quantificare il risarcimento del danno o quali forme esso debba assumere per risultare più soddisfacente (se ad esempio debba avere un contenuto specifico o meno).

È corretto affermare, peraltro, che essi assolvono indirettamente la funzione di regole di condotta, nella misura in cui incentivano i consociati ad agire prudentemente al fine di ridurre al minimo la possibilità di essere chiamati a risarcire⁸⁰.

Cerchiamo ora di definire un criterio valido ad individuare la tipologia dei rimedi in parola.

La distinzione tra rimedi volti al passato e rimedi volti al futuro dipende, in definitiva, dalla localizzazione *ex ante* oppure *ex post* del rimedio, rispetto all'evento lesivo che lo stesso si prefigge di combattere. Essa, peraltro, non è legata necessariamente alla fonte da cui il rimedio

⁸⁰ Così U. Mattei, *op.cit.* p. 144; ma in senso contrario vedi J. Standen, *The Fallacy of Full Compensation*, 73 Wash. U.L.Q. 145 (1995);

promana: sarebbe alquanto riduttivo considerare il legislatore come il “soggetto” che agisce *ex ante*, plasmando il rimedio in via astratta e generale, ed i giudici come coloro che agiscono *ex post*, tutelando il diritto già leso. Si pensi al caso in cui il legislatore debba dare incarico al governo d’istituire con urgenza un fondo per compensare le vittime di un disastro naturale (rimedio *ex post*) o all’ipotesi in cui il giudice inibisca la commercializzazione di un prodotto pericoloso per la salute prima ancora che lo stesso venga immesso sul mercato (rimedio *ex ante*)⁸¹.

Vero è, semmai, che il giudice dispone tanto di rimedi futuri quanto di rimedi passati, e nulla impedisce, in particolare, che egli possa fare degli stessi un utilizzo disgiunto. Così, il giudice potrà condannare il soggetto responsabile al risarcimento dei danni prodotti in passato, rifiutando al contempo la concessione di un rimedio futuro. O, al contrario, potrà inibire un comportamento futuro, senza per questo dover condannare l’autore al risarcimento dei danni che il comportamento abbia già provocato. In relazione a quest’ultima ipotesi è sufficiente ricordare che ove il giudice non riscontri, nel caso di specie, la sussistenza certa dell’elemento soggettivo (colpa o dolo) in relazione alla condotta dell’agente, non sarà possibile configurabile alcuna forma di responsabilità di questi.

II.XVIII RIMEDI DEFINITIVI E RIMEDI TEMPORANEI

Spesso, a fronte di particolari condizioni d’urgenza si rende necessaria l’assunzione di una decisione immediata sui rimedi. A tal fine l’ordinamento predispone una forma

⁸¹ Esempi attinti da U. Mattei, *op. cit.* p. 145;

di tutela di tipo interinale che si compone di un certo numero di procedimenti definiti di urgenza.

Essi sono ottenibili al di fuori del contraddittorio ordinario (*inaudita altera parte*), secondo una modalità per cui il giudice, presa conoscenza sommaria dei fatti riportati dall'attore, ne valuta *prima facie* la fondatezza e stabilisce il rimedio più adeguato ad evitare, se non altro, che l'interesse messo in pericolo possa essere pregiudicato nelle more del processo ordinario⁸².

In tali ipotesi, dunque, l'autorità giudiziale si limita a compiere un'istruzione sommaria al fine di ammettere i soli mezzi indispensabili in relazione ai fini del provvedimento da emanare.

Un simile modello è previsto dal nostro ordinamento per tutelare una serie abbastanza cospicua di interessi rilevanti (ne sono un esempio il diritto industriale e la tutela del possesso). Esso trova una norma di chiusura nell'art. 700 c.p.c., il quale può essere impiegato per assicurare protezione a lesioni che non trovino adeguata tutela nella gamma di rimedi provvisori specificamente contemplati dal Codice civile⁸³. L'idea è di evitare che il *modo* e i *tempi* con cui si ottiene in concreto un rimedio (ambito del diritto processuale) finiscano per determinare il contenuto stesso del rimedio (nel senso di rendere inutilizzabile una forma di tutela più appropriata a causa del prodursi di eventi inevitabili del mondo esterno).

Il carattere temporaneo del rimedio rivela, in definitiva, che la decisione, necessariamente sommaria, ed assunta in condizioni d'urgenza dal giudice, non vuole avere impatto

⁸² U.Mattei, *I rimedi*, op. cit., p. 147; G.Arieta, *I provvedimenti d'urgenza*, 1983;

⁸³ Cfr. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*, 1983;

sul merito della controversia, e quindi sulla valutazione dei presupposti necessari alla concessione del rimedio. Una siffatta valutazione, in effetti, richiederebbe la pienezza del contraddittorio e la conseguente maggior durata dell'accertamento. Occorre semmai valutare che l'instaurazione di un giudizio di merito successivo alla fase cautelare⁸⁴ consente che quest'ultima possa svolgersi sulla base di un'attenta valutazione delle sole esigenze temporanee che la giustificano. Con l'evidente vantaggio, per l'autorità giudiziaria, di concentrare l'attenzione sul reperimento di un rimedio adeguato a scongiurare i rischi irreparabili. Quanto agli aspetti meno favorevoli riguardanti l'istituto, pare doveroso segnalare quanto espresso da una dottrina circa l'impiego di tale rimedio, ossia che *“occultandosi dietro allo schema formale di un sistema cautelare in via di anticipazione il ricorrente cerca in realtà di soddisfare un'esigenza di tutela definitiva”*.⁸⁵

In effetti, considerato che il contenuto della pratica non corrisponde mai del tutto precisamente a quello della teoria, è possibile che il corso degli avvenimenti alla fine

⁸⁴ Peraltro tale sviluppo è oggi soltanto eventuale, infatti, al fine di evitare l'introduzione di giudizi di merito, laddove non ve ne fosse un'effettiva esigenza, il legislatore ha introdotto, dapprima nel solo processo societario, la possibilità di sopravvivenza del provvedimento cautelare, anche in assenza del successivo giudizio di merito (art. 23 del D. Lgs. 5/2003), per poi adottare analoga soluzione, in via generalizzata per i procedimenti cautelari contemplati anche nel codice di procedura civile, in occasione dell'emanazione del D.L. 35/2005, conv. in L. 80/2005;

⁸⁵ Così S.Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, 1980, 228;

faccia sì che un rimedio temporaneo finisca per divenire, invece, definitivo⁸⁶.

È evidente che, ogni qual volta ciò accada, il compito del giudice si complica enormemente. Egli si trova, infatti, a dover decidere con uno scarso numero di informazioni, per un rimedio che di fatto assume lo *status* di una soluzione finale. Si spiega così l'atteggiamento del legislatore che nel tentativo di limitare questo genere di pratica, concede il rimedio cautelare soltanto nei confronti di "pregiudizi imminenti ed irreparabili" (art. 700 c.p.c.)

II.IX RIMEDI COERCITIVI E RIMEDI INIBITORI

Secondo l'impostazione tradizionale, nel nostro ordinamento non esiste un rimedio inibitorio flessibile ed adattabile ai caratteri specifici della lesione. Questa circostanza segna un'evidente frattura tra noi ed i sistemi di Common Law, i quali, per rispondere ad esigenze simili, dispongono, invece, dello strumento della *Injunction*.

L'inibitoria in Italia è di regola limitata agli obblighi di non fare mentre la tutela piena degli obblighi di fare si realizza tramite il procedimento di surrogazione⁸⁷. Il problema più serio cui si va incontro nel nostro Paese, da questo punto di vista, si riferisce al tema dell'*effettività* del diritto. Un ordine giudiziale privo di una forte coercizione indiretta a carattere quasi penale, rischia di relegare al piano delle vuote declamazioni di principio il diritto

⁸⁶ Cfr. Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, RTDPC, 1973, 1083;

⁸⁷ Cfr. S. Mazzamuto, (cur.) *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, 1989;

decretato ufficialmente dalle autorità competenti⁸⁸. Rispetto a questo tema, una tesi dottrinale minoritaria⁸⁹, secondo cui la soluzione al problema dell'effettività del sistema (*ex art. 24 Cost.*) sarebbe da ricercare nell'art. 700 c.p.c., parrebbe cogliere nel segno. Essa fa valere l'argomento secondo cui è illogico che il giudice possa provvedere in via d'urgenza in modo più efficace di quanto non possa fare in via definitiva. E poiché gli obblighi di fare vengono regolarmente comminati in via d'urgenza, tale potere di *injunction* dovrebbe coerentemente potersi esprimere anche in via definitiva.

II.XX RIMEDI RISARCITORI

All'interno del nostro ordinamento, i rimedi di tipo risarcitorio si distinguono in rimedi specifici⁹⁰ e rimedi per equivalente. Essi rappresentano la duplice alternativa che il sistema giuridico mette a disposizione della parte lesa da un evento di tipo dannoso⁹¹.

Questa può scegliere, anzitutto, di accontentarsi del risarcimento per equivalente ed in tal caso il giudice non avrà altra possibilità che quella di soddisfare la richiesta. Qualora, invece, la vittima opti per il risarcimento in forma specifica, il giudice potrà decidere se dar seguito alla richiesta o se ridurre a mera regola di responsabilità la tutela da offrire.

⁸⁸ Cfr. A Friganni, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria del diritto italiano*, 1974;

⁸⁹ U.Mattei, *op.cit.*, p. 158;

⁹⁰ Anche se, a ben vedere, la tutela in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c. va considerata più propriamente una tutela piena e non soltanto risarcitoria;

⁹¹ Cfr. A Proto Pisani, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, *FI*, 1983;

L'art. 2058 c.c. conferisce, in effetti, all'autorità giudiziaria il compito di raffrontare il beneficio per l'attore con il costo per il convenuto. Ciò significa che il giudice ha il potere di moderare il prezzo che l'attore può esigere dal convenuto, qualora la condizione specifica dell'uno o dell'altro contraente, anziché consentire un negoziato in condizioni di equilibrio, favorisca eccessivamente soltanto il primo.

Quanto ai principi da applicare nella quantificazione del danno, il nostro Codice civile stabilisce che il risarcimento deve costituire la risultante di due specifiche poste: da un lato l'interesse negativo (o danno emergente), dall'altro l'interesse positivo (o lucro cessante). È da notare che malgrado tali strumenti siano entrambi applicabili tanto in materia contrattuale che extracontrattuale, essi assumono, nell'uno e nell'altro caso, significati alquanto differenti. In ambito contrattuale, la perfetta compensazione ottenuta tenendo conto del lucro cessante deve corrispondere ad una somma di denaro idonea a rendere la parte lesa indifferente all'alternativa tra contratto e lesione⁹². In mercati perfettamente competitivi, questa somma corrisponde al risarcimento del costo opportunità, ossia dell'interesse positivo che la parte avrebbe ottenuto concludendo il migliore fra i contratti a cui ha dovuto rinunciare per dar spazio a quello poi rimasto inadempito. Più nel dettaglio potremmo affermare, sempre impiegando gli strumenti offerti dall'analisi economica del diritto, che in materia contrattuale il risarcimento del danno si evidenzia come allocazione di un beneficio e non, invece, di una perdita secca. Ciò darebbe conto di quanto siano ingiustificate le soluzioni che lasciano la parte lesa

⁹² Cfr. U. Mattei, *op. cit.* p. 160;

dall'inadempimento in una posizione "meno che indifferente" rispetto all'adempimento stesso.

In materia extracontrattuale opera invece il principio opposto, nel senso che si discute dell'allocazione di una perdita secca e non di un (mancato) *surplus* cooperativo⁹³. In tale ambito lo scopo della tutela consiste, infatti, nel riportare il soggetto leso in una posizione di sostanziale indifferenza: quella frutto del trasferimento della perdita prodottasi da chi l'ha subita, appunto, a chi l'ha determinata. Ne deriva che il rimedio può dirsi pienamente soddisfacente soltanto ove alla vittima resti indifferente l'alternativa fra il ricevere una somma che le permetta di ricomprare il bene distrutto ed il non subire il torto. In merito a quale sia l'ammontare della somma da liquidare è sempre l'analisi economica del diritto a fornirci i criteri utili da impiegare: la cifra in questione corrisponderà al valore di mercato del bene distrutto accompagnato da un risarcimento di mercato pari a tutti i costi transattivi che la parte abbia dovuto sopportare per ottenere il risarcimento, inclusi i costi della lite vittoriosa (per es. quanto avrebbe guadagnato la parte se avesse potuto dedicare il suo tempo al lavoro anziché alla conduzione di una lite giudiziale).⁹⁴

Resta solo da considerare che quanto più il risarcimento si discosta dal valore di mercato, tanto più cresce la riallocazione dei diritti, con la conseguenza, ulteriore, di scoraggiare atteggiamenti di prudenza da parte della collettività. In merito a questo particolare aspetto, varrebbe la pena di interrogarsi sull'effettiva natura del *quantum* del risarcimento, tentando di stabilire se esso rientri davvero nella categoria delle regole di decisione piuttosto che in

⁹³ Cfr. S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, 1967;

⁹⁴ Cfr. C. Rossello, *Il danno evitabile*, 1990;

quella delle regole di condotta. Un'indagine di questo tipo, tuttavia, travalicherebbe i confini della nostra analisi.

Mantenendo lo sguardo sul tema indagato, occorre considerare che un'ipotesi diversa rispetto a quella sopra delineata si configura nel caso in cui si debba gestire non più una perdita secca, bensì l'allocazione di un arricchimento. È il caso della distribuzione del *surplus* cooperativo in materia contrattuale, ad esempio. In tale evenienza, il giudice che sottostimi il risarcimento o che lo condizioni a particolari requisiti della condotta lesiva (i.e. dell'elemento soggettivo), anziché fondarlo sulla mera lesione del diritto, opera di fatto una riallocazione di diritti. Così operando, egli produce il risultato di rendere il risarcimento (cirscritto) una condizione di liceità di una condotta altrimenti antigiuridica⁹⁵.

II.XXI RIMEDI RESTITUTORI

Questa particolare tipologia di rimedi si colloca a metà strada tra la forma di tutela piena e la forma di tutela parziale. Dal punto di vista economico, il rimedio restitutorio costituisce anzitutto un aspetto del danno da atto illecito, sia esso civile o penale. In tal senso, a prescindere dall'effettiva entità di un risarcimento derivante da atto illecito, esso dovrà pur sempre includere le *restituzioni*. Naturalmente, a condizione che le stesse siano ancora possibili (pensiamo alle restituzioni dei frutti deliberatamente sottratti dal fondo del vicino; alle restituzioni della merce trafugata dal negozio o, ancora, alle restituzioni della somma di denaro ingiustificatamente acquisita). Se si guarda all'ipotesi di spossessamento di un bene, si può affermare che il rimedio restitutorio realizza la forma di tutela piena per eccellenza. Essa è conseguibile

⁹⁵ Cfr. U. Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, 1987;

tramite soluzioni differenti apprestate dall'ordinamento, quali:⁹⁶

- l'azione di rivendicazione di tipo reale;
- l'azione reipersecutoria a carattere personale e contrattuale;
- l'azione risarcitoria extracontrattuale in forma specifica (ex art. 2058 c.c.).

Un aspetto da non trascurare è che il rimedio restitutorio non si riconduce necessariamente alla lesione di un diritto, potendo anche sussistere in forma del tutto autonoma da esso. Le tre ipotesi rappresentative di un'eventualità di questo tipo, disciplinate dal nostro codice, sono la restituzione dell'indebitto, la gestione di affari altrui e l'arricchimento senza causa. Nel primo caso, non si realizza, appunto, alcuna forma di lesione dell'interesse dell'attore ad opera del convenuto: si tratta, più semplicemente di uno spostamento patrimoniale ingiusto a vantaggio altrui operato dallo stesso titolare del diritto. È allora corretto affermare che si determina un'esternalità positiva a cui il sistema reagisce.

Nel secondo e nel terzo caso questo atteggiamento da parte dell'ordinamento è reso ancora più manifesto: il sistema reagisce contro l'esternalità positiva allo scopo di incentivare il comportamento socialmente efficiente che la stessa produce. Se al contrario questa esternalità non fosse "internalizzata" e dunque permanesse, il comportamento sociale sarebbe scoraggiato e verrebbe assunto in un numero di casi inferiore a quello ritenuto desiderabile (un

⁹⁶ Cfr. Ferreri, *Le azioni reipersecutorie in diritto comparato*, 1989;

numero troppo scarso di interventi di emergenza a favore del vicino).

In definitiva, il diritto vuole che i consociati paghino quanto di loro spettanza, senza eccessive cautele, confidando nel contempo nella certezza che quanto loro dovuto sarà restituito.

In relazione all'ipotesi di restituzione dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto, è possibile notare un aspetto particolare dell'attività del giudice da essa messo in evidenza: il fatto che questi sia chiamato ad allocare *ex novo* un *surplus* che mai in precedenza era appartenuto all'attore. Ciò a dispetto del fatto che l'idea di restituzione richiami in sé stessa una condizione di precedente appartenenza, in capo all'attore, del diritto o dell'interesse ed il suo relativo trasferimento.

II.XXII RIMEDI COSTITUTIVI

La tutela che i rimedi di natura costitutiva sono in grado di fornire è di tipo decisamente satisfattivo. Fra di essi può considerarsi paradigmatica la sentenza di cui all'art. 2932 del Codice civile, con cui il giudice, tramite un proprio provvedimento, genera gli effetti di un contratto che la parte tenuta a concludere di fatto non ha concluso. In tal modo, la volontà dell'autorità giudiziaria si sostituisce a quella della controparte inadempiente, sulla base di un provvedimento che, in forza della sua natura costitutiva, ha l'effetto di realizzare uno *status* giuridico nuovo tra le parti coinvolte nella lite. Tale effetto si produce indipendentemente dalla disponibilità ad accettarlo del soggetto contro cui il provvedimento si rivolge.

È stato, peraltro, acutamente osservato⁹⁷ che la norma dell' art. 2932 mostra un tratto di peculiarità nella capacità di soddisfare a un tempo una funzione di tipo cognitivo ed una funzione di tipo esecutivo. E ciò malgrado la struttura cognitiva del processo che la stessa origina. In questo senso, la norma rappresenta un esempio peculiare di commistione tra cognizione ed esecuzione forzata. In particolare, l'aspetto cognitivo si coglie nella funzione di accertamento della pretesa (insoddisfatta) all'espressione di una manifestazione di volontà, mentre la funzione esecutiva si rivela nell'attuazione coattiva della pretesa stessa ad opera dell'intervento costitutivo di un terzo. In definitiva, l'azione cui la norma si riferisce consente al creditore di ottenere, mediante il provvedimento giudiziale, quel bene (il *facere* giuridico) che egli avrebbe dovuto conseguire per effetto di una prestazione spontanea di controparte. Proprio tale aspetto consente di individuare in essa una forma di tutela di carattere specifico.

Quanto alla materia contrattuale, le sentenze dagli effetti tipicamente costitutivi sono le sentenze di annullamento, di rescissione e di risoluzione del contratto. In materia proprietaria, troviamo invece la comunione di muro sul confine e la costituzione giudiziaria di una servitù (art. 1032 c.c.).

Il dato normativo di riferimento valido per qualunque ipotesi astrattamente configurabile sul tema è l'art. 2908 del Codice Civile, secondo cui “*nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*”.

⁹⁷ A.Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, p. 182;

La categoria dei rimedi di tipo costitutivo raggruppa in sé una serie di elementi estremamente diversificati, tanto sotto il profilo strutturale che funzionale. In merito ad essi, può dirsi che l'aspetto di reciproca comunanza sta nella mancata necessità, in capo al giudice, di ottenere la formale collaborazione del convenuto per soddisfare appieno la controparte⁹⁸. Rispetto alle modalità di funzionamento dei rimedi costitutivi occorre considerare che essi "risiedono" nel mondo delle pure costruzioni dogmatiche ed è lì che generano i propri effetti. In questo senso, essi modificano la realtà da un punto di vista prettamente giuridico. Ciò spiega come mai questa forma di tutela non possa quasi mai funzionare se non rifacendosi ad altri rimedi. In caso contrario la sua concessione rischierebbe di acquisire un valore puramente declamatorio. Si pensi, a tale proposito, all'ipotesi di una rescissione contrattuale cui non fosse accompagnato perlomeno un rimedio di tipo restitutorio.

Allo stesso modo, in materia proprietaria, la costituzione di una servitù resterebbe priva di utilità se non fosse accompagnata da un'effettiva tutela confessoria.

II.XXIII RIMEDI DICHIARATIVI

Tra i vari rimedi disponibili all'interno dell'ordinamento, quello attraverso cui un diritto può ricevere una tutela notevolmente anticipata rispetto alla sua effettiva messa in pericolo è, di norma, l'azione giudiziale dichiarativa.

Come noto, i rimedi dichiarativi non creano una nuova situazione dal punto di vista dei diritti, ma si limitano, piuttosto, a riconoscere uno stato giuridico già esistente sul

⁹⁸ Cfr. U. Mattei, *op. cit.*, p. 166;

piano astratto. In questo senso, il loro scopo si potrebbe considerare “esplicativo”⁹⁹.

Questa tipologia rimediale condivide con quella appena illustrata, la collocazione in una pura dimensione astratta. È difatti nel mondo teorico delle categorie giuridiche che essa esplica i propri effetti. Tuttavia, a differenza dei rimedi di tipo costitutivo il rimedio in parola non crea, si ribadisce, alcuna nuova situazione giuridica.

In generale, si può osservare, che i rimedi dichiarativi esplicano effetti rivolti al futuro. È un dato evidente, difatti, che la chiarezza delle situazioni giuridiche agisca anche nel senso di scoraggiare le liti giudiziarie.

Affinché sia consentito l’accesso a questo tipo di rimedio, è necessario che il soggetto ricorrente versi in uno stato di incertezza relativa ai suoi diritti, tale da ledere gli interessi di cui egli è portatore. Dal punto di vista tecnico, i rimedi dichiarativi si classificano in positivi e negativi. La natura del rimedio è un elemento determinato sempre dalla condotta del convenuto¹⁰⁰. Così, un rimedio dichiarativo ha contenuto positivo se il convenuto nega che l’attore sia titolare di un certo diritto e costui agisca invece per rivendicarlo. Esso ha invece contenuto negativo qualora il convenuto si attribuisca un certo diritto e l’attore agisca per confutarne la sussistenza.

Al pari di quella costitutiva, anche la tutela dichiarativa ha sovente bisogno, per poter essere efficace, del sostegno di altri rimedi. Non è un caso che chi agisce in negatoria richieda, normalmente, anche l’emissione di un’inibitoria per il futuro. Dopotutto, non avrebbe molto senso confidare nelle buone intenzioni del convenuto.

⁹⁹ Cfr. J. Leubsdorf, *Remedies for Uncertainty*, 61 Boston. U.L.R. 132 (1981), citato da Ugo Mattei, *I rimedi*, *op.cit.*, p. 153;

¹⁰⁰ Cfr. U. Mattei, *op.cit.*, 168;

Come ultima indicazione, rispetto a un tema che non ci è dato di approfondire ulteriormente, ci limitiamo a segnalare che il paradigma del rimedio dichiarativo è rappresentato dall'azione negatoria (*ex art. 949 c.c.*) e da quella confessoria (*ex art. 1079 c.c.*).

II.XXIV RIMEDI PUNITIVI

I rimedi punitivi a carattere civile possono rivestire una duplice natura. Da un lato, vi sono i rimedi privati contemplati direttamente dalle parti nel corso della loro contrattazione (è il caso della clausola penale o della caparra, di cui si è detto); dall'altro vi sono i rimedi di fonte giudiziale finalizzati a punire una delle parti quando la sua condotta venga considerata particolarmente riprovevole. Posto che dei primi abbiamo già avuto modo di occuparci, affronteremo, qui di seguito, il discorso relativo alla seconda categoria.

La punizione giudiziaria nel sistema civilistico riveste normalmente natura pecuniaria. Un elemento comune a tutti i tipi di rimedi punitivi è che essi non si limitano a riportare chi li ottiene nel medesimo stato di soddisfazione precedente alla lesione subita, ma addirittura ad un livello di soddisfazione superiore. In questo senso, il dato caratteristico dei rimedi punitivi è di andare oltre una perfetta compensazione.

Un dato significativo è che questa particolare tipologia di rimedi non figura tra quelle ammesse all'interno del nostro ordinamento, e ciò per ragioni indubbe di prudenza. Resta vero, comunque, che il giudice, in determinati settori del diritto, detiene un margine di discrezionalità piuttosto ampio, e ciò soprattutto in riferimento all'attività di quantificazione di un danno. Tale sua condizione è ciò che gli farebbe acquisire, di fatto, la disponibilità (sia pur in

termini soltanto potenziali) di uno strumento punitivo di tutela. Non è un caso che di recente un Autore abbia affermato che, nell'ipotesi di liquidazione del danno non patrimoniale da risarcimento, l'elemento punitivo faccia invariabilmente la sua parte¹⁰¹. Ci limitiamo, in proposito, a compiere un'unica osservazione, e in particolare che i danni punitivi possono fungere, all'evidenza, da sistema di prevenzione privata di un comportamento socialmente riprovevole. Ciò nonostante, lo stesso effetto di deterrenza realizzato tramite l'accrescimento del prezzo implicito dei comportamenti ingiusti, potrebbe essere ottenuto tramite il diritto penale o tramite la multa.

¹⁰¹ P.Gallo, *Pene private e risarcimento del danno*, 1996;

Capitolo III

LE DINAMICHE PROCESSUALI

Abbiamo fin qui illustrato l'ampia gamma di rimedi giurisdizionali volti a tutelare gli interessi dei privati. Come si è detto, il diritto ad essi riferibile, proprio perché riconducibile a regole di decisione, si indirizza fundamentalmente ai giudici¹⁰². Valutiamo ora secondo quale modalità i rimedi sono attivabili nell'ambito del processo.

Una prima considerazione riguarda l'azione processuale. Essa rappresenta lo strumento attraverso cui un soggetto fa valere il diritto di provocare l'esercizio della funzione giurisdizionale. Trattasi di un onere che l'ordinamento prescrive in capo a colui che intenda far valere un diritto in sede giudiziaria. Se esercitato a dovere, ossia conformemente alle modalità prescritte dalla legge, tale onere consente di ottenere la pronuncia dell'organo giudiziario, il cui contenuto muterà in funzione della natura dell'azione esperita (azione di cognizione, azione di esecuzione ed azione cautelare).

Consideriamo, a tale proposito, il meccanismo di funzionamento del processo.

¹⁰² Esso inerisce difatti ad aspetti quali le condizioni per la concessione del rimedio o la relativa tipologia strutturale, ad esempio. Tuttavia, è inevitabile rilevare che nella misura in cui lo stesso diritto si rende concretamente conoscibile ai consociati, esso può esplicare una funzione che va oltre la sfera delle parti presenti in giudizio: è l'influenza sulla condotta dei soggetti, esercitata normalmente dalle regole di condotta.

Esso costituisce, per definizione, un procedimento articolato in una serie di fasi successive che oltre ad essere concatenate tra loro sono preordinate al raggiungimento di un unico obiettivo: l'emissione di un provvedimento giudiziale.

Tipicamente, ad oggetto dell'attenzione del giudice viene posta una questione tendente a provocare la formulazione di un giudizio. Altre volte l'intenzione della parte è volta ad ottenere la soddisfazione, in via coattiva, di una pretesa giuridica già accertata, ed altre ancora ad ottenere che il giudice garantisca l'efficace svolgimento ed il proficuo risultato di una di tali due azioni.

Come si vede, l'elenco ripropone in maniera speculare quello riferito alle tre tipologie di azioni giudiziali esperibili. Così, se il meccanismo teso a provocare un giudizio dell'organo giurisdizionale è l'azione di cognizione, quello tendente a soddisfare in forma coattiva una pretesa già accertata è l'azione esecutiva. Quanto al sistema preordinato a garantire l'utile esperimento dei due meccanismi, esso è l'azione cautelare.

Spendiamo qualche parola in merito a questi istituti.

L'azione di cognizione è lo strumento attraverso cui il giudice è chiamato ad accertare la situazione giuridica sussistente fra i contendenti e a dichiarare chi dei due abbia torto o ragione. L'operazione tende a valutare la fondatezza della domanda, in vista del suo accoglimento o del suo respingimento.

A tal fine non basta che il giudice compia l'accertamento dei fatti storici sottoposti alla sua attenzione, dal punto di vista fenomenologico. Occorre altresì che a tale operazione ne segua un'altra, e precisamente la rivalutazione degli stessi in chiave giuridica. In questo senso, il giudice dovrà procedere all'individuazione delle norme riferibili alla

fattispecie concreta e, valutata la loro effettiva rispondenza al caso di specie, procedere all'applicazione delle stesse. Come si è detto, le azioni di cognizione si differenziano, al loro interno, per la natura del provvedimento cui esse tendono, ossia per il diverso tipo di sentenza richiesta al giudice dall'attore. Ne forniamo una rapida illustrazione qui di seguito.

- azioni di accertamento → puntano all'emanazione di una sentenza che **accerti** l'esistenza o l'inesistenza di un rapporto giuridico incerto o controverso, o di un fatto giuridicamente rilevante. L'obiettivo è di eliminare ogni incertezza in ordine alla situazione giuridica sussistente tra le parti.
- azioni di condanna → tendono ad ottenere dal giudice un vero e proprio **comando**, rivolto alla parte soccombente, di eseguire in favore dell'attore la prestazione dedotta in giudizio. Un intervento giudiziale di questo tipo presuppone un preliminare accertamento finalizzato a confermare l'esistenza del rapporto giuridico dedotto in giudizio (naturalmente a patto che lo stesso sia controverso).
- azioni costitutive → tendono ad ottenere una sentenza che **costituisca, modifichi o estingua** un particolare rapporto giuridico (es. azione di annullamento di un negozio; azione di risoluzione del contratto per inadempimento). Le azioni di questo genere si caratterizzano, a differenza di quelle appena viste, in funzione della loro tipicità. L'art. 2908 c.c. stabilisce, infatti, che l'autorità giudiziaria ha il potere di

costituire, modificare o estinguere dei rapporti giuridici nei soli casi previsti dalla legge.

Volgiamoci a considerare ora l'azione esecutiva.

Tramite questo fondamentale strumento di tutela, un soggetto creditore punta ad ottenere in via coattiva il soddisfacimento della pretesa di cui è titolare. Come noto, l'applicazione di misure di carattere esecutivo si fonda sulla necessaria sussistenza di un titolo esecutivo, il quale attestando l'esistenza sicura del diritto invocato, dà fondamento alla legittimità della pretesa azionata. Un elemento da non trascurare ai fini della corretta comprensione dell'istituto riguarda l'oggetto dell'accertamento. A seconda che il diritto sia stato accertato nella sua specificità, oppure come pretesa da eseguire in forma generica a seguito della sua trasformazione in denaro (o al suo sorgere direttamente come credito pecuniario), il processo di esecuzione si configura come:

1. esecuzione forzata in forma generica (detta anche espropriazione forzata)

È quel tipo di procedimento articolato in una serie di fasi tese a sottrarre coattivamente al debitore determinati beni facenti parte del suo patrimonio e a convertirli quindi in denaro. L'obiettivo è di realizzare la soddisfazione del creditore-procedente tramite l'attribuzione delle somma di denaro ricavata dalla vendita forzosa dei beni. Con tale procedura, che rappresenta una forma di esecuzione liquidativa e soddisfattiva, possono essere soddisfatti coattivamente debiti aventi ad oggetto una somma di denaro, sia che questo fosse il loro oggetto originario, sia che l'oggetto del credito sia divenuto tale soltanto in

vista della sua soddisfazione coattiva. Il dato normativo di riferimento del meccanismo in parola è l'art. 2740 c.c., che definisce il principio secondo cui i beni oggetto del patrimonio presente e futuro del debitore sono costituiti a garanzia generica delle obbligazioni da lui contratte. Il patrimonio intero è quindi costituito a garanzia generica del soddisfacimento dei diritti dei creditori.

Dal punto di vista della tutela, l'aspetto più rilevante di tale forma di esecuzione è la sua natura di meccanismo **indiretto**. In questo senso, esso non mira a garantire il bene originariamente tutelato dalla norma (di diritto sostanziale) posta a sua difesa, ma a realizzarne semmai la conversione in denaro. Occorre, infine, precisare che l'espropriazione forzata può valere come tecnica di natura coercitiva in riferimento all'adempimento di obblighi fungibili o infungibili di fare e di non fare.

2. Esecuzione forzata in forma specifica.

Tale forma di tutela, attinente all'esecuzione di specifici obblighi, si distingue in:

- Esecuzione forzata per consegna di cose mobili o rilascio di immobili (artt. 605-611 c.p.c) → è la forma di esecuzione tesa a far conseguire al soggetto creditore la disponibilità materiale di una cosa, mobile o immobile, oggetto del suo diritto. Essa ha luogo ogni qualvolta si tratti di trasferire dall'esecutato all'esecutante un bene dichiarato di appartenenza di quest'ultimo. L'art. 2930 c.c. stabilisce che se non è adempiuto l'obbligo di consegnare una determinata cosa, mobile o immobile, al

creditore è data la possibilità di ottenere la consegna o il rilascio forzosi di essa;

- Esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare (artt. 612-614 c.p.c.)→ tipologia di esecuzione forzata tesa a far conseguire al creditore l'esatta prestazione di "fare" posta ad oggetto del suo diritto, ovvero l'eliminazione di quanto realizzato dal debitore in violazione del suo obbligo di "non fare". L'art. 2931 c.c. dispone che se non è adempiuto un obbligo di fare, il creditore può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato. L'art. 2933 c.c. stabilisce, invece, che se non è adempiuto un obbligo di non fare, il debitore può ottenere che venga distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che sia stato realizzato in violazione del divieto.

Lo strumento dell'esecuzione forzata in forma specifica, puntando a realizzare una tutela "esatta" del diritto violato, anziché una sua conversione in denaro, attua una soddisfazione di tipo satisfattivo¹⁰³.

Da quanto affermato, sia pur succintamente, in merito ai diversi modelli di processo esecutivo emerge con particolare evidenza che il tratto differenziale tra l'esecuzione forzata diretta e quella indiretta risiede nel particolare criterio di realizzazione del diritto. Mentre la prima forma si attua per surrogazione delle attività del debitore, la seconda procede per coazione della sua stessa volontà.

Procediamo ora nell'illustrazione delle varie azioni processuali, considerando l'ultima rimasta: quella di tipo cautelare.

¹⁰³ Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano 1987, p.275 ss.

La sua caratteristica principale è di essere un'azione strumentale, in quanto diretta a garantire l'efficace svolgimento ed il proficuo esito dell'azione esercitata nelle sedi ordinarie. Essa punta ad evitare che il diritto azionato possa essere in qualche modo pregiudicato dai tempi di definizione della lite pari, evidentemente, alla durata del processo ordinario. Non è un caso che una delle condizioni necessarie all'esercizio dell'azione sia il fondato timore che mentre si attende quel tipo di tutela, vengano a cessare le condizioni favorevoli, di fatto, alla tutela stessa (c.d. *periculum in mora*). L'ulteriore condizione è rappresentata dal *fumus boni iuris*, ossia dalla ragionevole probabilità che il diritto di cui si chiede la tutela in via principale sia realmente sussistente.

Tra le molteplici azioni cautelari esperibili di fatto è possibile distinguere:

- le azioni tese ad assicurare una data situazione di fatto in vista della futura cognizione (ne sono un esempio l'accertamento tecnico preventivo ed il sequestro giudiziario);
- le azioni finalizzate ad attuare in via preventiva provvedimenti che, se fossero posti in essere in un momento successivo, risulterebbero vani (c.d. provvedimenti urgenti);
- le azioni che tendono ad assicurare preventivamente l'uguaglianza delle parti in conflitto (denunce di nuova opera e di danno temuto).

Completato il quadro ricostruttivo della dinamiche processuali ci disponiamo ad analizzare i vari elementi di cui l'apparato di tutela dei diritti si compone.

III.I COLLOCAZIONE SISTEMATICA DEI RIMEDI SANZIONATORI

Fin dalle prime pagine di questa trattazione si è fatto riferimento ad una serie di strumenti di tipo sanzionatorio, senza che se ne chiarisse però la collocazione dal punto di vista sistematico.

Prima di dedicarci ad un impegno di questo tipo, ci soffermiamo a precisare il campo d'indagine effettivo della presente analisi. *Essa mira a ricostruire il quadro delle tecniche sanzionatorie azionabili in riferimento a un rapporto di lavoro risoltosi ingiustificatamente. L'intento è, dunque, quello di indagare il contenuto dell'apparato di tutela che l'ordinamento mette a disposizione di un licenziamento ingiusto.*

E' chiaro che per poter comprendere il funzionamento di tali tecniche, si rende necessario individuare l'*ambito operativo* di ciascuna di esse, ossia la sede precisa di attuazione. A tal proposito si è parlato, ad esempio, di una sede di cognizione dei fatti e dei diritti soggettivi, nell'ambito della quale ad una regolare fase di accertamento si può accompagnare, ove necessario, l'emissione di un ordine giudiziale conseguente.

Il contenuto dei provvedimenti riferibili a questa sede, ovvero le sentenze di accertamento, di condanna e costitutive, è quanto ci consente di compiere la sistemazione degli strumenti sanzionatori menzionati.

In seguito potremmo rivolgere l'attenzione al loro specifico contenuto.

Quanto all'attività di accertamento sappiamo che essa si colloca alla base di una qualsivoglia statuizione giudiziale. All'interno del suo ambito sono davvero molteplici le situazioni riferibili ad un rapporto di lavoro: valga per tutti l'esempio della qualificazione di un dato rapporto

negoziale, o dell'accertamento della particolare condizione giuridica relativa alle parti. Un dato da tenere in debita considerazione riguardo all'ambito della cognizione è l'insieme dei rimedi che in essa si rendono esperibili. Qui di seguito formuliamo un elenco relativo alle principali tecniche di tutela contemplate dal diritto comune che, in quanto tali, possano essere impiegate come utili termini di riferimento per condurre l'analisi dei rimedi sanzionatori apprestati specificamente per il soggetto lavoratore.

In seguito, ci soffermeremo a considerare l'istituto del licenziamento individuale, in riferimento all'ambito operativo della tutela reale. A tale proposito svolgeremo un'attenta riflessione in merito ai profili prettamente sanzionatori della sua disciplina.

Elenco dei principali rimedi di diritto comune fruibili dal privato:

- 1) azione di esatto adempimento;
- 2) azione di risoluzione del rapporto per inadempimento;
- 3) azione di risarcimento danni;
- 4) azione di nullità;
- 5) azione di annullamento (o di invalidazione atti);
- 6) azione inibitoria;

III.II L'ADEMPIMENTO

L'adempimento costituisce il modo di estinzione tipico di un'obbligazione. Ad esso consegue, oltre all'effetto estintivo, la liberazione sostanziale del soggetto debitore. L'art. 2118 c.c. ci aiuta a comprendere che per adempimento s'intende l'esatta esecuzione della prestazione attesa, ossia la realizzazione del suo preciso oggetto operata nei modi, nel luogo ed entro i limiti di tempo stabiliti dalle parti. Ciò significa che un'esecuzione imperfetta (sul piano della quantità e/o qualità), del tutto assente o anche semplicemente tardiva configura un'ipotesi di inadempimento. Al verificarsi del fatto oggettivo della mancata esecuzione della prestazione consegue la responsabilità del debitore, il quale è tenuto, secondo le regole che esamineremo nel prossimo paragrafo, a risarcire il **danno** che il suo inadempimento abbia cagionato al creditore. Occorre, peraltro, segnalare che l'inadempimento riserva al contraente non inadempiente l'alternativa tra l'esigere l'adempimento in via coattiva da controparte o lo sciogliersi dal vincolo contrattuale, ove l'inadempimento sia grave (c.d. risoluzione, v.artt. 1453, 1455 c.c.). L'azione di esatto adempimento è lo strumento attraverso il quale è possibile chiedere alla controparte infedele di adempiere al proprio obbligo. Si tratta di una tecnica di **manutenzione del contratto** che in ogni caso lascia salvo il diritto ad ottenere il risarcimento del danno conseguente al ritardo con cui l'attore otterrà l'adempimento imposto dal giudice. A tale tecnica, attuata in sede di cognizione, segue, in assenza di un adempimento spontaneo da parte dell'obbligato, il rimedio dell'esecuzione forzata (artt. 2930 ss c.c. e 650 c.p.c.), teso a rendere effettivo il comando giudiziale espresso. L'esecuzione forzata costituisce uno **strumento**

restitutorio-satisfattivo, dal carattere repressivo, che si sviluppa nei termini di un'attuazione coattiva realizzata **in forma specifica** (esecuzione diretta). Come si vede, all'istituto dell'adempimento contrattuale è riferibile tutta una serie di strumenti rimediali, e precisamente l'azione di esatto adempimento, l'azione di risoluzione per inadempimento e l'azione di risarcimento per equivalente. Il nostro obiettivo è di svolgere una trattazione individuale di tali istituti, che permetta di focalizzarne al meglio la distinzione.

Ciò malgrado, temendo che una scelta di questo tipo possa favorire un eccesso di schematismo nella conduzione dell'analisi, procediamo ponendo in relazione tra loro gli istituti considerati. Naturalmente, laddove ciò si renda possibile e risulti conveniente dal punto di vista della comprensione degli istituti.

III.III PRESUPPOSTI SOSTANZIALI DELLA DOMANDA DI ADEMPIMENTO E PROFILI PROCESSUALI AD ESSA RELATIVI

L'azione di esatto adempimento è la domanda volta a garantire l'esecuzione in forma specifica della prestazione non esattamente eseguita. Essa mira a vedere soddisfatto l'interesse del creditore nei termini contrattualmente pattuiti. Né più e né meno, quindi, dell'esecuzione della prestazione, pur se tardiva. Più sinteticamente, si può affermare che la pretesa all'adempimento corrisponde all'attuazione del diritto violato. Cerchiamo di comprendere al meglio la natura di tale strumento istituendo un confronto diretto tra l'istituto ed una fattispecie simile ad esso in termini, invero, soltanto apparenti: il risarcimento in forma specifica.

Com'è facile comprendere, nella pretesa a che venga eseguito correttamente un particolare impegno non rientra

affatto l'idea del risarcimento, il quale è concettualmente del tutto diverso. Il risarcimento del danno tende a porre il contraente danneggiato nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se non si fosse verificato l'evento lesivo¹⁰⁴. Vi è una profonda differenza tra l'agire per ottenere l'esecuzione (esatta) della prestazione contrattualmente convenuta, e l'agire affinché i danni prodotti dall'inadempimento siano rimossi. Nella prima ipotesi, si vuole ottenere, anche se tardivamente, esattamente ciò che era stato concordato; si richiede per l'appunto l'esecuzione della prestazione. Nella seconda, dandosi per definitivo l'inadempimento di controparte, si domanda che i danni da esso prodotti vengano rimossi¹⁰⁵: ciò equivale sostanzialmente a non richiedere alcuna esecuzione e quindi a non prendere più in considerazione la prestazione. Cerchiamo di comprendere al meglio il concetto di rimozione riferito alla conseguenza dannosa. A tal fine si rende necessario distinguere tra condotte attive del danneggiante e comportamenti integranti delle vere e proprie ipotesi di omissione. Rispetto alle prime, è possibile affermare che la rimozione delle conseguenze dannose permette di ripristinare lo *status quo ante*. Questo non equivale, evidentemente, a dare attuazione al diritto leso, poiché pretendere che il diritto leso venga attuato significherebbe pretendere, nel caso di conegni dannosi attivi, che l'azione dannosa non si fosse mai compiuta¹⁰⁶. Basti pensare alle ipotesi di illecito extracontrattuale che si precisano solitamente in comportamenti attivi del

¹⁰⁴ Cfr. Christian Romeo, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Giuffrè, 2008, p. 33;

¹⁰⁵ Vedi M.Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1993, p.1102;

¹⁰⁶ Vedi C.Romeo, *op. cit.* p.34;

danneggiante. Diversa è l'ipotesi riguardante l'inadempimento, in cui di norma il contegno illecito è costituito da un'omissione, sia essa totale, parziale o consistente in una non esatta esecuzione della prestazione. Rispetto a casi di questo genere il diritto leso, consistente nel non aver ottenuto ciò che era stato pattuito, ben può essere attuato, ma attraverso la domanda di inadempimento (esatto). Se in alternativa, si facesse ricorso all'azione di risarcimento in forma specifica, varrebbe un ragionamento non dissimile da quello delineato sopra in riferimento allo stesso rimedio. In tal caso, infatti, non si avrebbe un'attuazione del diritto leso ma, ancora una volta, né più e né meno che un ripristino dello *status quo ante*. Esso però, ed è questo il punto da considerare, non si risolverebbe in un ripristino in senso proprio dello stato leso ma nella costruzione della situazione ipotetica che si sarebbe avuta nel caso di esatto adempimento. Con ciò si vuol evidenziare che lo scopo della forma di riparazione in natura del danno non è la restaurazione della precisa situazione di fatto esistente prima dell'accadimento dannoso, ma di quella ipotetica situazione che sarebbe esistita se il fatto dannoso non si fosse verificato. Ne risulta che attraverso la riparazione in natura (al pari, peraltro, di quella per equivalente) si tende principalmente ad eliminare le conseguenze dannose pregiudizievoli del fatto dannoso e non a garantire la mera restaurazione dello *status quo ante*. È vero allora che con la riparazione in natura del danno si intende in primo luogo soddisfare l'interesse all'integrità della sfera giuridica del danneggiato.

Quanto indicato fin qui ci permette di individuare i presupposti necessari ad esperire le due azioni in commento. In tal senso, poiché il fondamento dell'azione per l'adempimento è il mero vincolo (inattuato) del

contratto, a presupposto del rimedio vi è solo l'allegazione dell'obbligazione rimasta inadempita. Ne consegue l'irrilevanza dell'elemento soggettivo della colpa, e con essa la mancata necessità di formulare un giudizio di responsabilità in capo al soggetto. Presupposto, invece, del rimedio consistente nella riparazione del danno in natura, è, pur sempre, che un danno possa individuarsi con riguardo alla persona o alle cose del danneggiato. (E soltanto ove si chiedi l'adempimento dell'obbligazione, anziché il risarcimento per equivalente, il creditore sarà esonerato dal provare la composizione del danno). Occorre specificare, inoltre, che è necessario fornire la prova della colpa dell'inadempiente. Non solo. La domanda del risarcimento postula anche la prova del nesso di causalità ed è soggetta al limite di prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c.; mentre per l'attuazione vera e propria del diritto non occorre né la prova del primo, né d'altro canto, è operante il limite della prevedibilità.

Ciò detto, interrompiamo ogni valutazione di ordine comparativo tra i due istituti considerati e concentriamoci esclusivamente sui contenuti dell'azione di esatto adempimento.

III.IV L'AZIONE DI ESATTO ADEMPIMENTO (ART. 1453 C.C.)

Affinché si possa domandare l'adempimento di un'obbligazione è, in primo luogo, necessario che risulti ancora possibile operarne l'esecuzione. Come noto, il concetto di possibilità, in questi casi, rileva come condizione prettamente materiale o soltanto giuridica. Vi sono situazioni in cui l'impossibilità di eseguire la prestazione è frutto di accadimenti materiali (si pensi alla distruzione del bene di cui doveva essere effettuata la

consegna), ed altre situazioni in cui l'impossibilità è conseguenza dell'operare di norme preclusive della possibilità di esigere l'adempimento (è il caso della domanda di adempimento, la quale non è più giuridicamente possibile una volta che sia stata proposta quella di risoluzione, malgrado vi possa essere una possibilità ancora materiale di esecuzione). Trascurando l'ipotesi di un inadempimento solo temporaneo, situazione alla quale può ancora far seguito l'adempimento tardivo, operiamo qualche utile precisazione in merito all'inadempimento definitivo. Rispetto a tale ipotesi occorre distinguere, però, a seconda che l'impossibilità sia imputabile o meno al debitore: se pure è vero che in entrambi i casi non vi è più alcuna possibilità di richiedere l'adempimento, posta l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, nel primo caso permane una responsabilità del debitore, il quale rimarrà tenuto al risarcimento del danno per equivalente (l'impossibilità imputabile è dunque fonte di obbligazione risarcitoria); mentre nel secondo le parti saranno liberate dalle rispettive obbligazioni e tenute alle restituzioni secondo le norme che regolano la ripetizione dell'indebito *ex art. 1463 c.c.* Rispetto a quest'ultima evenienza è utile specificare che il debitore sarà liberato soltanto ove provi, distintamente, sia che la prestazione sia divenuta impossibile sia la non imputabilità a sé stesso della causa che all'impossibilità ha dato origine¹⁰⁷.

Soffermiamoci ora sul secondo limite cui è soggetta la domanda. Poiché il fine di essa è di ottenere una condanna del giudice a che il debitore esegua esattamente ciò che si era impegnato a svolgere, una condizione necessaria è che

¹⁰⁷ Sulla doppia fase del giudizio di esonero da responsabilità vedi F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, tomo I, Padova 1993, p.54;

l'oggetto della domanda corrisponda a quello dell'obbligazione violata; simile corrispondenza deve potersi rilevare non soltanto sul piano qualitativo ma anche quantitativo. Non sarà, cioè, possibile domandare nulla di più di quello che era stato pattuito, né domandare nulla di diverso. La richiesta dovrà corrispondere, in definitiva, alla prestazione inadempita. Ne segue che ogni altra pretesa che il creditore dovesse vantare nei confronti del debitore e che ecceda l'oggetto originario, potrà trovare tutela attraverso un'azione di risarcimento danni da inadempimento i cui presupposti, come già rilevato, sono diversi da quelli della domanda di adempimento. In altri termini, per le pretese che esulino dal contenuto dell'obbligazione violata o che richiedano un comportamento differente rispetto all'obbligo assunto si dovrà accertare se esse siano da qualificarsi come danni conseguenti all'inadempimento, e quindi se ed in che modo esse possano trovare soddisfazione, oppure se debbano essere ritenute come altre pretese giuridicamente irrilevanti e prive di tutela¹⁰⁸.

III.V LA PRESCRIZIONE

In assenza di una precisa indicazione legislativa¹⁰⁹, bisogna ritenere che il termine di prescrizione dell'azione di adempimento sia quello ordinario decennale, e che il *dies a quo* decorra dal momento in cui il diritto a domandare l'adempimento possa essere fatto valere (art. 2935 c.c.), ossia da quando ricorra l'inadempimento¹¹⁰. La

¹⁰⁸ Cfr. Christian Romeo, *I presupposti*, op. cit., p. 66;

¹⁰⁹ Fanno eccezione le norme dettate a riguardo dei contratti tipici; così, ad esempio nel caso di vendita di beni di consumo (art. 132 cod.cons.) o di appalto (art. 1667, 3° comma, c.c.);

¹¹⁰ Cfr. Christian Romeo, *I presupposti*, op. cit., p. 197;

giurisprudenza ha, in più occasioni, affermato che il semplice ritardo del creditore nell'esercitare il proprio diritto non equivale ad esprimere una tacita rinuncia ad esso¹¹¹ né, sotto altro profilo, può significare volontà implicitamente manifestata di modificare il rapporto contrattuale¹¹². In tali casi, rimarrebbe invariata la facoltà di agire sino ai termini previsti dalla legge per ottenere l'esatta esecuzione della prestazione. Sarebbe invece necessario, al fine di ritenere rinunciato il diritto, che all'inerzia si accompagnassero comportamenti concludenti univoci¹¹³.

In merito al dubbio se tra i presupposti necessari a fare in modo che il giudice accolga la domanda di adempimento figuri anche la prova, da parte dell'attore, di aver adempiuto l'obbligazione a suo carico, pare che esso debba ritenersi infondato, tanto per la dottrina¹¹⁴ che per la giurisprudenza¹¹⁵: il fatto costitutivo dell'azione di adempimento, che ai sensi dell'art. 2697 c.c. deve essere provato dall'attore, sarebbe solamente il titolo sul quale si fonda il diritto. Una simile conclusione è supportata dalla circostanza che l'ordinamento, al fine di evitare il pericolo

¹¹¹ Cass.15 marzo 2004, n. 5249, in *FI*, 2004, c. 1397;

¹¹² Cass. 29 gennaio 1994, n. 466; Cass. 18 marzo 2003, n. 3964, in *Contratti*, 2003, p.869;

¹¹³ Cass. 22 ottobre 2004 n. 20595; Cass. 27 giugno 1991 n. 7215; Cass. 16 giugno 1980 n. 3616, in *Arch.civ.*,

¹¹⁴ Vedi U.Carnevali, *Della risoluzione*, cit., p.71; G. Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *RDC*, 2002, II, p.709; S. Patti, *Delle prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1987, p.117;

¹¹⁵ Da ultimo Cass.S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, 113, con nota critica di U.Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*;

che un soggetto pretenda l'adempimento senza a sua volta aver adempiuto, mette a disposizione dei consociati lo strumento dell'eccezione di inadempimento. Quest'ultimo prevede che la parte di un contratto sinallagmatico che abbia diritto di esigere la prestazione dalla controparte possa rifiutare di adempiere a propria volta, qualora questa non esegua, sempre che ciò non sia contrario alla buona fede (art. 1460 c.c.). Come si vede, si tratta di un rimedio profondamente diverso da quello della risoluzione per inadempimento di cui a breve tratteremo: mentre l'eccezione di inadempimento è un rimedio che lascia integro il contratto, puntando semmai a sollecitare la piena esecuzione di esso, la risoluzione per inadempimento ha una funzione assai più ampia poiché, come dice la parola stessa, offre la possibilità al contraente insoddisfatto di sciogliere definitivamente il contratto e quindi di eliminare la sua forza vincolante rispetto alle due prestazioni dedotte in contratto (Dalmartello, 1960, p. 352 ss.).

Posto tutto quanto si è detto, è possibile sintetizzare che il debitore potrà esser condannato all'adempimento qualora vi sia corrispondenza tra il contenuto dell'obbligazione e quello della domanda, l'adempimento sia possibile e l'azione non risulti ormai prescritta.

III.VI ALCUNE PRECISAZIONI NORMATIVE

Come si è detto più volte, l'azione di esatto adempimento costituisce uno dei rimedi messi a disposizione del creditore rimasto insoddisfatto. Essa è contemplata, assieme al rimedio della risoluzione del contratto, dall'art. 1453 del codice civile, il quale, peraltro, non rappresenta il solo dato normativo di riferimento per l'ipotesi in questione.

L'ulteriore norma a cui riferirsi è l'art. 1218 c.c., secondo cui *“il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.”* Come si vede, tale disposizione mette in luce chiaramente come a fronte di un inadempimento contrattuale, il rimedio di cui il creditore è tenuto ad avvalersi sia quello risarcitorio (*i.e.* in luogo di qualunque adempimento). Ciò posto, come conciliare il contenuto delle due disposizioni sopra considerate? Mentre difatti l'una offre l'alternativa tra l'adempimento e la risoluzione (fermo restando il diritto al risarcimento), l'altra sembra rimandare al solo rimedio risarcitorio.

L'interrogativo, per nulla sconosciuto alla dottrina, ha dato molto da pensare nel corso degli anni e, sebbene non sia questa la sede idonea a ripercorrerne gli sviluppi, pare comunque sensato, ai fini della presente trattazione, evidenziare i passaggi più significativi di tal confronto. In estrema sintesi, il punto in discussione è se il creditore abbia diritto anzitutto all'esatto adempimento della prestazione, ripiegando solo in seconda battuta, ad un'equivalente monetario o se, piuttosto, egli non debba puntare, stante la disciplina in vigore, direttamente su quest'ultima soluzione. Detto in altri termini, occorre valutare se il creditore abbia diritto a valersi di rimedi che assicurino ciò che il contenuto del diritto vantato gli garantisce sul piano sostanziale (tutela in forma specifica) o se piuttosto la sua tutela non si concreti nel solo ristoro in termini pecuniari del pregiudizio sofferto. Tralasciando il complicato intreccio di questioni che fanno da premessa a quest'ampia riflessione ci limitiamo ad operare, qui di seguito, alcune puntualizzazioni che si rendono possibili già a partire dalla nostra analisi.

La soluzione, che qui non ci attardiamo a rivelare, è che non si è ancora giunti a chiarire, nell'ambito del dibattito dottrinale, se il Codice civile legittimi l'affermazione che attesta la priorità dell'adempimento, o se, al contrario, la tecnica generale di reazione all'inadempimento consista nel convertire la prestazione in natura in prestazione per equivalente. Tuttavia, che il risarcimento del danno non rappresenti la sola sanzione giudiziale presente nel campo dei rapporti obbligatori è convinzione anche di quella dottrina che pur restringe di molto le ipotesi in cui la sanzionabilità del dovere di adempiere può concretarsi nell'esecuzione specifica. Questa dottrina reputa infatti che *“l'art. 1218 non escluda (...) che il creditore abbia diritto innanzitutto all'esatto adempimento della prestazione e che perciò questo diritto - finché o purché la specifica esecuzione dell'obbligo sia materialmente o giuridicamente possibile – preceda o accompagni quello al risarcimento”*.¹¹⁶ Malgrado la notevole complessità del tema, questo semplice dato ci induce a considerare con particolare interesse la tesi, dai toni senz'altro più decisi, di chi ritiene che dall'art. 1218 c.c. non discenda il principio per cui, in caso di inadempimento, il creditore debba necessariamente richiedere al giudice il risarcimento del danno¹¹⁷. La norma attesterebbe, semmai, che il debitore è tenuto ad operare il risarcimento del danno, in luogo dell'adempimento, solo qualora vi sia la prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione. In questo senso, fin quando detta prestazione non sia divenuta oggettivamente impossibile, si potrà pretendere

¹¹⁶ L.Montesano, voce *Esecuzione specifica*, in *Enc.dir.*, Milano, 1996, pagg. 524-525;

¹¹⁷ I.Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, 2004, p.20;

giudizialmente che la prestazione venga eseguita, senza che si assuma alcuna conversione di essa in obbligo risarcitorio. Una volta subentrata l'impossibilità sopravvenuta, invece, questa potrà giocare in due diverse direzioni: se è imputabile al debitore, essa libera dal solo vincolo dell'adempimento in natura, lasciando in vita l'obbligo della prestazione sostitutiva, per equivalente; se non gli è imputabile, libera dal vincolo stesso dell'obbligazione, senza che residui alcuna forma di responsabilità. Più esattamente, la soluzione al problema deriverebbe dalla lettura combinata dell'art. 1218 e 1256 c.c. Proprio quest'ultimo stabilisce che l'obbligazione si estingue soltanto a patto che la prestazione diventi definitivamente impossibile oppure che l'impossibilità (temporanea) perduri fino al punto da far venir meno l'interesse del creditore all'adempimento. Se ne dovrebbe trarre la conclusione che il creditore non ha neppure garantita la possibilità di scegliere. Egli può domandare la condanna del debitore al risarcimento del danno in luogo dell'adempimento (salvo naturalmente il ricorso al rimedio della risoluzione *ex art.* 1453) soltanto ove sia dimostrata l'impossibilità sopravvenuta della prestazione.¹¹⁸ Finché la prestazione è possibile, dunque, il creditore dovrà agire per l'esatto adempimento dell'obbligazione inadempita senza poter optare per il risarcimento dei danni: il codice civile ribadisce, sia pure attraverso norme dalla formulazione poco limpida, il principio della priorità dell'adempimento sulla conversione della prestazione (in natura) in obbligo risarcitorio.

Alla luce delle considerazioni svolte, e valutata l'incertezza ancora dominante in campo teorico rispetto al

¹¹⁸ Così L.Mengoni, in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S.Mazzamuto, Napoli, 1989, I, p.152;

tema considerato, sembra concesso avanzare un'impressione.

In particolare, ci sembra di intuire che al fondo di tutta questa quest'ampia problematica si collochi un'imprecisione di ordine concettuale in merito all'esatta portata del concetto di *inadempimento*. Pare, in definitiva, non esservi un concetto sufficientemente condiviso di adempimento, nell'ambito della comunità teorica.

Più nel dettaglio, ci sembra di avvertire che in campo teorico si affronti il tema considerato acquisendo tale concetto in senso solo apparentemente univoco, quando invece occorrerebbe considerare che in realtà esso è destinato a variare in funzione del contesto in cui lo si inserisce. A noi pare che, invece, tale differenza di accezione debba essere opportunamente considerata. A tal fine occorre precisare che essa si rende evidente in funzione della situazione entro cui il termine viene impiegato: la dimensione fisiologica del vincolo obbligatorio (l'adempimento appunto) o quella patologica riferita al mancato adempimento e, come tale, inerente al carico di responsabilità del soggetto debitore.

Spieghiamoci in termini più precisi.

Sulla base dell'art. 1453 c.c. è indubitabile che al creditore insoddisfatto sia offerta la possibilità di richiedere un adempimento della prestazione attesa. Ma, sebbene possa ritenersi, come già indicato, che quest'ultimo coincida con un *esatto* adempimento fino a che l'obbligazione graviti nell'area del fisiologico (dunque fin tanto che non si configuri concretamente un inadempimento), non si capisce come mai debba darsi per scontato un impiego del termine nella stessa accezione laddove si stia, invece, ragionando di un'ipotesi di inadempimento e quindi di rimedio da invocare.

Il rimedio offerto da un ordinamento, in quanto soluzione posta dall'esterno e rispondente, quindi, a scelte di tipo discrezionale, può anche non modellarsi alle esigenze precise della situazione sostanziale da risolvere. Affermare che il *Diritto oggettivo* consente l'adempimento non ci dice nulla se prima non ci viene indicata l'accezione secondo cui l'ordinamento ha inteso considerare l'adempimento. E' un po' come perdere di vista la distinzione tra quesito e soluzione. Nel mondo del diritto, le soluzioni offerte sul piano della tutela non riproducono necessariamente i contenuti (le esigenze) che la realtà esprime in termini ontologici. Ciò che è adempimento in termini fattuali, e poi anche giuridici all'occorrenza, non riflette necessariamente quanto l'ordinamento punti a ricreare attraverso un rimedio volto a riparare all'inadempimento. Insomma, non vi è alcuna necessità logica di considerare le due situazioni come elementi speculari di una relazione simmetrica.

Una conferma indiretta del possibile valore di questa intuizione potrebbe derivare dalla riflessione dottrinale per cui il *c.d. esatto adempimento non può essere nient'altro che un risarcimento in forma specifica*¹¹⁹. L'Autore che la compie traccia, nel tentativo di fugare il rischio di possibili sovrapposizioni concettuali, la distinzione tra tutela specifica vera e propria e risarcimento in forma specifica. A tal fine, segnala che mentre la prima forma di tutela conduce alla mera restaurazione della situazione lesa, l'altra contiene un "*quid pluris*" che la distingue, appunto, dalle forme ripristinatorie. Più precisamente, la tutela

¹¹⁹ C.Castronovo, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, I, p.492;

risarcitoria mira a porre il patrimonio, secondo una valutazione ipotetica, nella stessa consistenza quantitativa (risarcimento per equivalente) o qualitativa (risarcimento in forma specifica) che esso avrebbe avuto se non si fosse verificato l'inadempimento. Al contrario, la nozione di tutela specifica racchiude in sé stessa tutte le ipotesi in cui la lesione della situazione sostanziale, anziché produrne l'estinzione e la nascita, al suo posto, di un credito al risarcimento del danno, come accade nella tutela risarcitoria (anche in forma specifica), fa sorgere in capo all'autore dell'illecito soltanto il dovere di porre la situazione lesa nel suo stato precedente.

Viene, peraltro, rilevato da altra dottrina¹²⁰ che il rischio di incorrere in indebite sovrapposizioni concettuali sul tema, si ripropone in realtà proprio nel pensiero dello stesso Autore considerato, in relazione all'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni. Egli difatti definisce in termini di risarcimento in forma specifica ciò che si sarebbe portati a qualificare come attuazione coattiva del diritto di credito (negli artt. 1218 e 1453 c.c.). In questo senso, egli afferma che il c.d. esatto adempimento non possa essere nient'altro che un risarcimento in forma specifica, poiché, ed è questo il punto, il presupposto della domanda giudiziale di adempimento della prestazione in realtà è proprio l'inadempimento, che è fonte di responsabilità e perciò, *ex art. 1218 c.c.*, dell'obbligazione di risarcimento del danno. In definitiva, si tratterebbe di comprendere che l'esatto adempimento, adempimento non è più e ciò a motivo del presupposto che gli è necessario: l'inadempimento.

¹²⁰ Cfr. Ilaria Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, 2004, p. 10;

Tornando al contenuto dell'impressione da noi percepita, si potrebbe facilmente obiettare che è lo stesso Codice civile a fornire indicazioni, sia pur indirette, sul concetto di inadempimento; e lo fa stabilendo all'art. 1218 le conseguenze relative all'inesatto svolgimento della prestazione dovuta (arrivando in sostanza ad indicare in questo evento il contenuto del concetto stesso). Ad un ipotetico rilievo di questo tipo, riteniamo si possa ragionevolmente obiettare che nel formulare l'articolo citato il Codice non fa altro che avvalersi di un linguaggio descrittivo, al fine evidente di richiamare il fenomeno dell'inadempimento e non di fornire una definizione tecnico-giuridico dello stesso. Per restare all'espressione di cui ci siamo avvalsi sopra potremmo affermare che il legislatore impiega il concetto considerato assumendo l'obbligazione nella sua dimensione fisiologica e non invece in quella patologica in cui il rimedio *tecnicamente* la conduce.

III.VII LA RISOLUZIONE

Nella disciplina codicistica è possibile rilevare quattro fattispecie diverse che conducono tutte al medesimo risultato della risoluzione. Fra di esse, una soltanto ha natura giudiziale mentre le altre tre sono stragiudiziali. Vediamo, qui di seguito, l'elenco relativo a queste ipotesi:

- la **pronuncia giudiziale** di risoluzione del contratto, emessa su istanza di una delle parti, e formulata sulla base dell'accertamento di un inadempimento di non scarsa importanza delle obbligazioni contrattuali (artt. 1453 e 1455 c.c.);

- il vano decorso del termine entro cui una parte ha **intimato** all'altra di adempiere (art. 1454 c.c.);
- la dichiarazione di un soggetto contrattuale di volersi avvalere di una particolare clausola, che è possibile inserire nell'atto, in base alla quale si avrà risoluzione del contratto in caso di inadempimento di una determinata obbligazione (art. 1456 c.c.);
- la mancata richiesta di adempimento nei tre giorni successivi al termine, da considerarsi essenziale, fissato nel contratto (art. 1457 c.c.).

Sul piano giuridico, l'effetto prodotto da tutte queste fattispecie è lo stesso e consiste nel ripristinare la situazione patrimoniale delle parti, che è mutata in considerazione della stipula del contratto (salvo quanto previsto per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, in relazione alle prestazioni già eseguite. Vedi in proposito l'art. 1458 c.c.). L'inadempimento può condurre, tuttavia, ad una situazione differente: il legittimo rifiuto opposto dalla controparte insoddisfatta. Quest'ultima, difatti, ove sia richiesta di adempiere la propria prestazione, ha facoltà di negare, in via di **eccezione** la propria prestazione (art. 1460 c.c.). Salvo che, naturalmente, tale facoltà sia impedita da un'apposita clausola contrattuale (art. 1462 c.c.).

Volgiamo ora l'attenzione al solo rimedio di carattere giudiziale presente tra quelli indicati nell'elenco.

III.VIII AZIONE DI RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO (ART. 1453 C.C.)

L'azione di risoluzione per inadempimento è la tecnica di ripristino della situazione anteriore alla stipulazione del contratto e costituisce, dopo l'azione di adempimento, la seconda alternativa che l'ordinamento mette a disposizione per rispondere alla situazione di inadempimento. Chi agisce in questi termini ottiene di essere esonerato dall'eseguire la propria prestazione o, se l'aveva già eseguita, può chiedere all'autorità giudiziaria di pronunciare, oltre alla **risoluzione** del rapporto giuridico, anche la condanna dell'altra parte alla **restituzione** della prestazione ricevuta. Tale tecnica, che attua l'estinzione del rapporto giuridico tramite una pronuncia costitutiva, lascia salvo in ogni caso il diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito.

È senza dubbio interessante domandarsi quale sia la ragione giustificatrice dell'istituto. Grazie al contributo offerto dalla dottrina e dalla giurisprudenza è possibile rilevare che tale *ratio* è da ricercare nel rapporto di corrispettività che lega le prestazioni dei contratti sinallagmatici¹²¹. Essa risiede nell'esigenza di difendere il rapporto di interdipendenza delle reciproche prestazioni contrattuali.¹²² È dunque necessario, ogni qual volta si tratti di applicare il rimedio risolutorio ad un determinato negozio, verificare se questo appartenga alla categoria dei contratti sinallagmatici, poiché l'istituto della risoluzione per inadempimento si rende applicabile soltanto in relazione ad essi. La giurisprudenza nel definire l'elemento

¹²¹ V., da ultimo, Cass. 3.1.2002, n. 27, *GI*, 2002, p.920;
v. Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, L'attuazione, Milano, 1946, p.382; Sacco-De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p.600;

della sinallagmaticità statuisce che essa si delinea quando le prestazioni previste nell'atto *“siano legate e contrapposte nel sinallagma negoziale, nel senso che l'una venga concepita ad assumta come reciproco giustificativo dell'altra”* (Cass. 30.7.84, n. 4534, *MGC*, 1984, fasc.7; Cass. 9.1.97, n. 97).

Soffermiamoci ora a considerare la **natura** giuridica dell'istituto, ossia la veste che l'ordinamento gli assegna. La soluzione in proposito non è pacifica, ed anzi riflette il contributo di una pluralità di opinioni dottrinali. Esse prevedono, rispettivamente, che:

- A) l'istituto è da ascrivere all'ambito delle determinazioni volitive delle parti, riconoscendosi in esso una condizione risolutiva tacita;
- B) l'istituto è da imputare all'ambito delle forme di invalidità contrattuali in quanto espressione di patologia della causa;
- C) l'istituto è da assumere come mezzo finalizzato a punire l'inadempimento di una delle parti;
- D) l'istituto è da considerare come espressione del potere, accordato al soggetto, di mutare il proprio rapporto contrattuale.

A prescindere dalla notevole varietà delle prospettazioni indicate, a noi sembra interessante prediligere, nell'economia della ricerca condotta, quella che tra di esse riconosce nell'istituto una forma di sanzione civile: in sostanza, la terza dell'elenco.

In riferimento ad essa, viene in rilievo uno studio che ancora oggi costituisce una pietra miliare nell'evoluzione

della dottrina del settore. L'Autore¹²³ che lo conduce sostiene la tesi per cui la finalità dell'istituto consiste proprio in logiche punitive. Secondo la Sua ricostruzione, alla violazione della norma che impone di eseguire le prestazioni a cui ci si è obbligati, l'ordinamento reagirebbe, da un lato, tramite una **misura afflittiva** tesa a punire il trasgressore con la perdita del suo diritto alla controprestazione e, dall'altro, con una **misura satisfattiva** diretta a liberare il contraente insoddisfatto dall'obbligo di adempiere. Se così non fosse, ossia se irrimediabilmente si mantenesse fermo il vincolo contrattuale, la parte incolpevole, tenuta ad eseguire comunque la propria prestazione, si troverebbe a dover fare i conti con una *pericolosa* lacuna normativa. L'ordinamento invece, così si argomenta, offre la soluzione di una misura risolutiva sanzionatoria, senza la quale la parte incolpevole dovrebbe affidare il soddisfacimento degli interessi di cui è portatrice (conseguenti anche all'aver adempiuto in maniera completa) alla speranza del buon esito delle procedure di esecuzione forzata del credito, da un lato, e di richiesta di risarcimento dei danni, dall'altro. Situazioni quest'ultime che peraltro potrebbero avere, se valutate in rapporto alla lentezza dei procedimenti giudiziari ed al conseguente rischio di insolvibilità del debitore, lo spiacevole effetto di porre il creditore in una situazione peggiore di quella della parte inadempiente. Proprio al fine di rimediare ad un evento di questo tipo l'ordinamento concede che venga attuato lo scioglimento del vincolo contrattuale.

Malgrado il carattere indiscutibilmente persuasivo di tale elaborazione non sembra possibile prescindere dal

¹²³ G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, 1942, Milano, p.147-8;

contributo di alcuni più recenti approfondimenti condotti sul tema, che sono pervenuti a soluzioni differenti¹²⁴. In particolare, si è rilevato come la teoria indicata trascuri di considerare che la risoluzione, oltre a determinare l'effetto svantaggioso, in capo all'inadempiente, dell'estinzione del proprio diritto alla controprestazione, determina anche la sua liberazione dall'obbligo di rendere la prestazione contrattualmente prevista. Questo aspetto, configurandosi come un fatto di valore indubbiamente positivo, si mostrerebbe incompatibile con il concetto stesso di sanzione punitiva. Seguendo la stessa impostazione logico-giuridica è stato anche rilevato che *“la risoluzione del contratto per inadempimento non sembra produrre conseguenze obiettivamente punitive nei confronti dell'inadempiente giacché (...) opera in modo equidistante tra i contraenti i quali, dopo che essa ha prodotto i proprio effetti, si trovano in una situazione identica, e cioè in quella cui erano anteriormente alla nascita del rapporto contrattuale.”*¹²⁵

Ad ogni modo, occorre considerare che il rimedio della risoluzione per inadempimento resta escluso, al pari della responsabilità del debitore (art. 1218 c.c.), quando la parte inadempiente provi che la prestazione è divenuta impossibile per causa ad essa non imputabile. In questo senso, la giurisprudenza suole affermare che *“non basta accertare l'esistenza del fatto oggettivo del mancato o tardivo adempimento e della sua attitudine a turbare*

¹²⁴ Natucci, *Risoluzione per inadempimento e prescrizione*, in *RDC*, II, p. 608; Sacco, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p.585; Carresi, *Il contratto*, Tomo II, In *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, 1987, Milano, p.910;

¹²⁵ Dell'Aquila, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *RDC*, II, 1983, p.853;

l'equilibrio del sinallagma contrattuale, ma occorre, altresì, accertare che l'inadempimento sia imputabile all'obbligato quanto meno a titolo di colpa, la quale, pur presumendosi (art. 1218 c.c.) va, tuttavia, esclusa quando ricorrano circostanze oggettive idonee a provare la sua inesistenza"¹²⁶.

Un'ulteriore statuizione che ricorre costantemente nelle pronunce giurisprudenziali stabilisce che: *“per la sussistenza dell'inadempimento di un'obbligazione, non è sufficiente il fatto oggettivo della mancata o incompleta esecuzione della prestazione, richiedendosi altresì che esso sia imputabile all'obbligato, quanto meno a titolo di colpa.*¹²⁷”

Ai sensi dell'art. 1218 c.c., la colpa dell'inadempimento deve essere presunta (così Cass. 7.5.1982, n. 2852, MGC, 1982, fasc.5), incombendo perciò sul debitore l'onere di provare l'assenza di colpevolezza. Secondo un orientamento decisamente minoritario, invece, la colpevolezza dell'obbligato sarebbe da intendere come fatto costitutivo posto alla base della domanda giudiziale di risoluzione del contratto ed, in quanto tale, elemento che l'attore deve provare per ottenere una decisione favorevole¹²⁸.

Ai requisiti ora richiamati si aggiunge, ai fini dell'attuazione della risoluzione, quello ulteriore riferito alla rilevanza dell'inadempimento. È necessario che si tratti di un inadempimento di non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse di controparte (art. 1455 c.c.). In

¹²⁶ Vedi per tutte Cass. 28/02/1985, n. 1741, in Arch. Civ., 1985, p. 1091; Cass. 9/07/1984, n. 4024, in MFI, 1984;

¹²⁷ Cass. 12.6.1987, n. 5143, RCP, 1988, p.25; conf. Cass. 14.8.1986, n. 5050, FI, 1987, I, 93; Cass. 12.6.1985, n. 3516, MGC, 1985, fasc.6; Cass. 11.6.1983, n. 4014, MGC, 1983, fasc. 6;

¹²⁸ V.App. Cagliari 2.2.1985, RGS, 1986, p.731;

altre parole, occorre che l'inadempimento di una parte sia tale da rendere ormai priva di giustificazione la controprestazione dell'altra.

In merito all'importanza dell'inadempimento, occorre ulteriormente precisare che, costituendo essa una *condizione dell'azione*, deve essere valutata anche d'ufficio dal giudice (Cass. 5.9.66 n. 2319, FP, 1967, I, p.966), indipendentemente da una specifica domanda di parte (Cass. 20.5.1986, n. 3353, MGC, 1986, fasc.5). Tanto che *“va cassata la sentenza di merito in cui il giudice, chiamato a provvedere sulla domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, abbia ommesso di indicare il motivo per cui ritiene il motivo di non scarsa importanza”* (Cass. 16.2.94, n. 1507, FI, 1995, I, 3548).

Vi è ancora da considerare che la norma fondamentale dell'art. 1453 c.c. prevede che quando *“uno* dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, *l'altro può”* agire per la risoluzione del contratto. Nulla invece prevede il legislatore in relazione al caso in cui entrambe le parti siano inadempienti. Per rimediare a questa lacuna normativa il percorso che la dottrina e la giurisprudenza hanno costruito è il seguente. Innanzitutto, il punto fermo da cui partire è che l'inadempimento di una parte costituisce **fatto impeditivo** del sorgere, in capo ad essa, del diritto ad ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte. E' quindi necessario che quest'altro contraente non sia, a sua volta, inadempiente. Se ciò fosse, probabilmente l'inadempimento del primo (cioè del soggetto passivo della risoluzione) non sussisterebbe, potendosi trattare di un legittimo rifiuto (*ex art. 1460 c.c.*) della prestazione da lui dovuta. Ma se anche si volesse pensare all'ipotesi di due situazioni di inadempimento, entrambe motivate, è chiaro che il potere

di risoluzione potrebbe competere solo a quello dei due contraenti che, prima di domandare la risoluzione per inadempimento dell'altro, dimostrasse di voler sanare la propria posizione di inadempimento, mediante l'offerta, anche non formale (art. 1220 c.c.) della propria prestazione. Occorre, in sostanza, che chi agisce in risoluzione non versi, per parte sua, in situazione di inadempimento; il che non significa che deve aver già adempiuto e quindi essere già adempiente; è sufficiente che egli sia non inadempiente, ad es., perché il termine previsto a sua disposizione, non è ancora scaduto¹²⁹.

Muovendo da questo principio, la giurisprudenza afferma che si può addivenire alla risoluzione soltanto ove si riconosca che è stato l'inadempimento di uno dei contraenti a spezzare l'equilibrio sinallagmatico, e perciò “*non può pronunciarsi la risoluzione giudiziale del vincolo contrattuale per inadempienze equivalenti dei contraenti*” (Cass. 15.7.1971, n. 2303, CG, 1971, I, p.967). A tal fine, il giudice deve porre a confronto i due inadempimenti per valutare se ce ne sia uno che prevale sull'altro. La regola giurisprudenziale fondamentale richiede dunque la valutazione comparativa delle inadempienze: il giudice dovrà accertare quale di esse sia prevalente sull'altra, sì da giustificarla. I criteri che devono guidare il magistrato nella valutazione comparativa dei rispettivi inadempimenti sono quelli cronologico (in base al quale prevalente sarebbe il primo inadempimento), eziologico (in forza del quale prevale l'inadempimento che ha maggior incidenza causale sulla rottura dell'equilibrio sinallagmatico) e di proporzionalità (che conferisce rilievo principale

¹²⁹ V. Dalmartello, *Risoluzione del contratto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, 1969, p. 137;

all'inadempimento che ha assunto "dimensioni" maggiori, in relazione al contenuto del contratto).

Per inciso, dopo un primo periodo in cui è prevalso il criterio cronologico, la giurisprudenza è attualmente attestata sull'applicazione congiunta dei criteri eziologico e quantitativo.

III.IX DISTINZIONE TRA INADEMPIMENTO, RITARDO NELL'ADEMPIMENTO ED ADEMPIMENTO RITARDATO

Al fine di non commettere errori di valutazione è bene cogliere la distinzione tra inadempimento (definitivo) e ritardo nell'adempire. A stretto rigore, per inadempimento si dovrebbe intendere la situazione in cui la prestazione contrattuale è definitivamente ineseguibile. Diverso è il caso in cui la prestazione, malgrado sia scaduto il termine di adempimento, resti ancora realizzabile: il debitore, cioè, non ha agito nei tempi stabiliti, ma potrebbe ancora assolvere al suo obbligo. Si tratta dell'ipotesi di ritardo nell'adempire; ritardo al quale potrà far seguito l'adempimento ritardato, oppure il definitivo inadempimento¹³⁰. Dalla distinzione tracciata discende una diversificazione sul piano degli effetti e della disciplina applicabile all'istituto. Prima di analizzare tali aspetti si rende, tuttavia, necessario compiere alcune precisazioni.

Anzitutto, non bisogna confondere il ritardo nell'adempimento con l'adempimento ritardato. Concettualmente, le due situazioni sono distinte.

¹³⁰ Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Artt. 1218-1222, Bologna-Roma, p.172;

Il ritardo è quella situazione giuridica che viene a crearsi quando, scaduto il termine entro cui doveva essere adempiuta l'obbligazione, il debitore non ha adempiuto e non si sa se lo farà o meno. In tal senso, il ritardo configura quella situazione di incertezza in cui viene a trovarsi il rapporto obbligatorio scaduto, ma che ancora potrebbe essere adempiuto. L'adempimento ritardato rappresenta, invece, l'ipotesi di adempimento compiuto con ritardo¹³¹.

Naturalmente, in entrambe le ipotesi il termine scaduto da cui si origina il ritardo è di natura **non essenziale**, poiché altrimenti la risoluzione si verificherebbe in modo automatico con lo spirare stesso del termine, dando vita ad un inadempimento definitivo e ad una risoluzione automatica (non giudiziale). A tale proposito, è utile segnalare che un ideale confine tra adempimento ancora legittimamente possibile, seppur tardivo, ed inadempimento è segnato dall'art. 1453, III comma, c.c., ai sensi del quale dal momento della domanda di risoluzione (da intendersi come data della notifica della citazione¹³²) *“l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione”*. Peraltro, un ulteriore effetto che discende dalla proposizione della suddetta istanza giudiziale è l'interruzione del decorso del termine prescrizione del diritto ad agire per ottenere lo scioglimento del contratto *ex art. 1453 c.c. (art. 2934 c.c.)*. A tale proposito, viene in evidenza che siccome la legge non offre alcuna indicazione in merito a quale debba essere il termine utile ad esperire l'azione risolutoria, è possibile ritenere applicabile quello ordinario decennale (art. 2946 c.c.).¹³³

¹³¹ Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1959, p.70;

¹³² Sacco, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 601;

¹³³ Cfr. Christian Romeo, *I presupposti*, *op. cit.*, p. 197;

Resta, infine, da considerare che il ritardo nell'adempire non è assimilabile direttamente all'inadempimento e, di conseguenza, esso non costituisce sempre una causa di risoluzione: un ritardo molto breve rappresenta inadempienza di scarsa importanza¹³⁴ ed è noto che in forza dell'art. 1455 c.c. non può darsi risoluzione del contratto se l'inadempimento non si evidenzia come importante.

Da tutto quanto si è detto in merito a queste due prime tecniche di tutela emerge chiaramente che, ai sensi dell'art. 1453 c.c., il creditore che sia rimasto vittima di un inadempimento di controparte, è titolare della facoltà di scegliere se agire per il conseguimento della prestazione attesa, oppure se adoperarsi al fine di ottenere l'estinzione del rapporto giuridico.

III.X L'ONERE DELLA PROVA

Un elemento da non trascurare rispetto al tema in trattazione è l'entità del carico probatorio, ossia di cosa debba provare chi agisce per ottenere la risoluzione del contratto. In particolare, si rende necessario stabilire se sia sufficiente che questi provi soltanto l'esistenza del proprio credito contrattuale oppure, in aggiunta a tale elemento, anche la sussistenza dell'inadempimento di controparte. In dottrina sono state sostenute entrambe le posizioni. Secondo una prima teoria, si ritiene che l'**inadempimento** sia un fatto costitutivo della domanda e che, come tale, debba rientrare tra gli elementi che l'art. 2697 c.c. pone a carico di chi propone, appunto, la domanda. Questa tesi ha

¹³⁴ Sacco, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p.89;

l'effetto di aggravare, evidentemente, l'onere probatorio dell'attore¹³⁵.

Secondo una prospettiva contraria, viene invece sostenuto che un fatto costitutivo dell'azione di risoluzione non è l'inadempimento, bensì il **contratto** stesso. Ne deriva la necessità, per chi esercita tale azione, di fornire la prova di questo **solo** elemento.¹³⁶ La giurisprudenza della Suprema Corte, che in un primo momento ha sostenuto la prima tesi¹³⁷, ha progressivamente mutato orientamento e pare essersi ormai attestata sulla scelta di ritenere adeguatamente assolto l'onere probatorio, gravante sull'attore, con la dimostrazione dell'esistenza e dell'efficacia del contratto¹³⁸.

III.XI AZIONE DI RISARCIMENTO DANNI

L'azione di risarcimento danni è presa in considerazione tanto dal legislatore penale, come forma di sanzione civile, quanto dal legislatore del Codice civile. In riferimento a quest'ultimo *campo*, il solo di cui ci andremo ad occupare, la tutela risarcitoria ha per oggetto le obbligazioni derivanti da una situazione di inadempimento (art. 1218) oppure da fatto illecito (per violazione di diritti, *ex art.* 2043). A fronte dell'assunzione di comportamenti da cui

¹³⁵ Micheli, *L'onere della prova*, 1966, Padova, p.370; Comoglio, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 1989, Torino, p.237;

¹³⁶ Rossetti, *Sub art.1453*, in *Commentario al codice civile-Aggiornamento*, diretto da Cendon, II, 2002, Torino, p.778;

¹³⁷ V.Cass. 9.1.1997, n. 124, *MGC*, 1997, p.23; Cass. 19.7.1995 n. 7863, *MGC*, 1995, p.1398; Cass. 29.1.1993, n. 1119, *FI*, 1993, I, p.1469;

¹³⁸ V.Cass. 25.9.2002. n. 13925, *MGC*, 2002, p. 1716; Cass. 27.3.1998, n. 2332, *MGC*, 1998, p.676;

derivino atti e/o fatti di questo genere la linea tendenziale del sistema è di addossare al responsabile il “costo economico” ad essi corrispondente, al fine ultimo di ripristinare i meccanismi alterati del mercato¹³⁹. La tutela risarcitoria è diretta a realizzare la riparazione di un danno che possa qualificarsi come “ingiusto” ed è la forma di “tutela minima” assicurata dalle regole finalizzate, appunto, a garantire la riparazione dei danni. Per quanto riguarda il settore della responsabilità contrattuale l’ “ingiustizia” del danno è il riflesso dell’inadempimento di un obbligo preesistente (art. 1218c.c.). La tutela in parola presuppone, a differenza della forme di tutela c.d. specifica, che si possa anzitutto configurare un giudizio sulla responsabilità del soggetto agente (sussistenza del dolo o della colpa) e che risultino comprovati, inoltre, gli effetti di carattere patrimoniale che l’illecito abbia prodotto nella sfera della vittima.¹⁴⁰

Dal punto di vista processuale, la tutela risarcitoria si *appoggia* alla c.d. tutela di condanna ossia a quella forma di tutela basata su una tipologia di sentenza che ordina al soggetto, soccombente in giudizio, l’esecuzione di una data prestazione di fare, di non fare o di dare (si pensi al pagamento di una somma di denaro o all’adempimento di altra specifica obbligazione). Oltre ad alcuni effetti di natura processuale, la tutela in commento ne produce altri che si collocano a metà strada tra il diritto sostanziale e quello processuale. Tra gli effetti del primo tipo, di natura interamente processuale, è possibile annoverare l’idoneità della condanna a fungere da titolo esecutivo che autorizzi il titolare del diritto di credito a promuovere l’ “esecuzione forzata per espropriazione” (artt. 474, 493 c.p.c.). Questi

¹³⁹ S.Mazzamuto, *L’attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978;

¹⁴⁰ Cfr. C.Salvi, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985;

potrà procedere, in tal senso, a far espropriare i beni del debitore secondo quanto stabilito dalle norme del Codice di procedura civile (art. 2910 c.c.). Ne deriva che la tutela risarcitoria condivide con altre forme di tutela, quella restitutoria e quella satisfattiva, la possibilità di impiegare, nell'ambito della propria sfera, le **c.d. tecniche di coazione**. È bene precisare che queste ultime hanno ad oggetto, nel caso specifico della tutela risarcitoria, il patrimonio del debitore.

Quanto, invece, agli effetti eterogenei (che si collocano a metà strada tra quelli di carattere processuale e quelli di natura sostanziale) se ne possono annoverare precisamente due: il fatto che la sentenza di condanna sia titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore (art. 2818 c.c.) ed il fatto che, ai diritti per i quali è intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato, si applichi la prescrizione ordinaria anziché quella breve (art. 2953). A tali effetti si attribuisce un contenuto anche processuale: basti pensare a come la costituzione di ipoteca miri non soltanto a tutelare l'avente diritto dal rischio di insolvenza dell'onerato, ma anche ad esercitare su di lui una pressione psicologica che lo induca ad ottemperare all'ordine giudiziale.¹⁴¹

Dal punto di vista funzionale della tecnica, è bene considerare che l'azione in parola consta di due varianti, le quali, rispettivamente, attuano una forma di tutela risarcitoria per equivalente ed una forma di tutela risarcitoria in forma specifica.

Vediamole qui di seguito.

- la tutela risarcitoria per equivalente (art. 1218 c.c.)

¹⁴¹ A.Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *RTDPC*, 1978, 1104 ss;

Si tratta di una tutela di carattere obbligatorio che non garantendo l'effettiva realizzazione dell'interesse protetto dalla norma ne presuppone il sacrificio andando ad addossare al responsabile il relativo costo. Essa è diretta ad offrire una riparazione in termini pecuniari del bene leso, tramite un'attività di natura meramente liquidativa. Il meccanismo sul quale la tecnica si fonda è quello dell'espropriazione forzata (artt. 2910-2929 c.c. e 4893 ss c.p.c.), detta anche **esecuzione indiretta**.

È bene chiarire che in linea di massima, all'interno del nostro ordinamento, il risarcimento svolge una funzione soltanto riparatoria, e non invece punitiva. Esso si pone, in tal senso, come rimedio ad un danno realmente verificatosi e comprovato nella sua entità. Ne deriva che il risarcimento è conseguenza soltanto eventuale di un illecito compiuto, dovendosi accertare che un danno effettivo sia stato prodotto e soprattutto che ne sia stata fornita la prova in giudizio.

- la tutela risarcitoria in forma specifica (ex. art. 2058 c.c.).

L'istituto è applicabile anche nell'ambito della responsabilità contrattuale ed ha la finalità di garantire al danneggiato, in alternativa o insieme al risarcimento pecuniario per equivalente, la "riparazione in natura" del pregiudizio subito. Tale attività mira a rimettere il danneggiato nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato in assenza della commissione dell'illecito dannoso ad opera del responsabile. Il danneggiato è autorizzato, ex art. 2058 c.c., a richiedere la reintegrazione in forma specifica, a condizione che essa sia in tutto o in parte

possibile. Il giudice può, tuttavia, disporre che il risarcimento avvenga soltanto per equivalente, se tale forma di reintegrazione risulti eccessivamente onerosa per il debitore.

Come si vede, quali che siano le concrete modalità di riparazione dei danni (in natura o per equivalente) trattasi pur sempre di forme di tutela tese ad apprestare un risarcimento.

In tempi più recenti si è affermato che l'azione risarcitoria si potrebbe impiegare anche in qualità di tecnica inibitoria.¹⁴² A tal fine, mediante l'art. 2058 c.c., si potrebbe ottenere, oltre alla riparazione del danno già subito, una pronuncia che provochi la cessazione dell'attività illecita. Ciò avrebbe l'effetto di assegnare alla norma la funzione di reprimere condotte a carattere continuativo ed iterativo che, oltre ad aver già provocato dei danni, siano tali da potere arrecare ulteriori pregiudizi in futuro. Resta salva l'eventualità che un effetto di tipo inibitorio risulti, invece, già garantito da norme di carattere speciale (es. art. 18, l.300/70) che, in quanto tali, debbano trovare applicazione necessaria.

Volgendo ora lo sguardo sulla figura di nostro interesse, quella del lavoratore subordinato, possiamo rilevare che, in determinati casi, questi dispone di strumenti processuali molto più efficaci della tecnica ora considerata: è il caso disciplinato dall'art. 28 della L.300/70. Esso mette in pista una particolare soluzione che attraverso l'ordine di cessazione

¹⁴² A. D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, Cedam, Padova, 2002, p. 43 e ss., il quale sottolinea come la giurisprudenza utilizzi l'art. 2058 in funzione inibitoria in particolare nell'ambito della tutela della salute.

dell'illecito (inibitoria) e la rimozione degli effetti (ripristino), è certamente tale da garantire il risultato atteso. Ciò avviene senza che, oltretutto, ricorrano i limiti posti dall'art. 2058 c.c., riguardanti la "possibilità" e la "non eccessiva onerosità" della prestazione risarcitoria.

Un aspetto di fondamentale importanza riguarda la distinzione tra tutela risarcitoria in forma specifica e tutela finalizzata a realizzare coattivamente gli obblighi inadempiti (*ex art. 2930 c.c.*). Individuare la linea di confine tra le due forme di tutela è tutto sommato semplice: occorre comprendere che l'utilizzo di misure "coattive", tanto dirette quanto indirette, volte ad ottenere l'adempimento di obblighi inadempiti (*ex art. 2930 ss.*), è cosa ben diversa dall'utilizzo di forme di tutela finalizzate alla riparazione di danni provocati. Indipendentemente dalle concrete modalità secondo cui codesta riparazione si realizzi (in forma specifica o per equivalente), la tutela risarcitoria resta pur sempre finalizzata ad operare la riparazione di un danno. Ciò significa che tale forma di tutela non si avvale, almeno direttamente, di elementi di coercizione del soggetto responsabile, ma che di essi sfrutta la cooperazione (la sua o quella del soggetto danneggiato e autorizzato a riparare il danno). Tale cooperazione ha per oggetto l'attività di ripristino delle "condizioni fattuali" che sarebbero esistite se il fatto dannoso non si fosse prodotto (riparazione del bene danneggiato, ripristino delle condizioni di salute, ad es.). In merito alla tutela dei diritti garantita da forme di soddisfazione coattiva, occorre considerare che l'attenzione si rivolge fundamentalmente al diritto che dev'essere in qualche modo reintegrato e/o soddisfatto, e ciò a prescindere dalla specifica condizione del soggetto

contro il quale si invochi la misura coercitiva. In primo piano vi è il diritto e l'esigenza della sua soddisfazione.

Al contrario, nella tutela assicurata dalla riparazione in natura dei danni, si guarda soprattutto all'esistenza del danno e quindi all'esigenza della sua rimozione. L'aspetto inerente alla violazione del diritto in sé è, invece, uno degli elementi utili a valutare l'*ingiustizia* del danno e quindi la sua stessa risarcibilità. Tutto quanto si è detto fin qui vale a comprendere che non si tratta di forme alternative di condanna ma di forme che possono **concorrere tra di loro**. Esse puntano, infatti, a soddisfare bisogni differenti di tutela. Posto che la forma di riparazione in natura del danno si iscrive, poi, nel più generale sistema di responsabilità, il soggetto leso sarà tenuto a dar prova della responsabilità di colui al quale si intende trasferire il peso della riparazione in natura del danno, e ciò sulla base dei ben noti criteri di giudizio della responsabilità.

III.XII ALCUNE IMPORTANTI PRECISAZIONI

Privilegiare la tutela risarcitoria rispetto all'esecuzione forzata in forma specifica (*ex art. 2930 ss.*) significa sostanzialmente ritenere che la forma generale di tutela delle obbligazioni civili sia il risarcimento del danno, cui si ricollega, in via indiretta, l'attività di espropriazione universale dei beni del debitore per soddisfare con il ricavato della vendita i creditori. Una simile opinione ha, però, il difetto di trascurare la portata della clausola generale di "esatto adempimento", a partire da quanto espresso dall'art. 1218 c.c. Non è un caso che il principio opposto, in base al quale il creditore è autorizzato a chiedere l'adempimento in natura della prestazione fino a quando questa resti possibile, sia difeso da una parte

considerevole della dottrina¹⁴³. Essa ne individua il fondamento nel ben noto principio Chiovendiano secondo cui l'art. 24 Cost. vorrebbe che il mezzo processuale fornisca “*tutto quello e solo quello cui il soggetto ha diritto*”.

Si rende ora necessario un chiarimento. Nelle pagine precedenti si è accennato al fatto che nel nostro sistema giuridico l'inadempimento è in grado di generare una situazione di responsabilità in capo al soggetto debitore. Questi è, infatti, tenuto a risarcire il danno che il suo inadempimento abbia cagionato al creditore. A tale principio se ne correla però uno ulteriore: quello secondo cui il debitore è ammesso a provare che la mancata esecuzione della prestazione è stata determinata da una sopravvenuta impossibilità della prestazione, e che tale impedimento è scaturito da una causa a lui non imputabile. Il dato normativo di riferimento è l'art. 1218 c.c., nel quale confluiscono entrambi i principi in parola. È possibile affermare che tale norma favorisca la figura del creditore, nella misura in cui pone ad oggetto della legittima pretesa di questi al risarcimento, il semplice fatto oggettivo della mancata o inesatta esecuzione della prestazione di controparte. Al contrario, il debitore interessato a sottrarsi a tale responsabilità, è gravato dell'onere della **duplice prova**: da un lato, circa l'impossibilità sopravvenuta di stampo oggettivo, che non sia tale quindi da riferirsi ad una sua personale difficoltà, e dall'altra circa la completa estraneità della sua persona alla causa che l'ha determinata. Tale condizione comporta non soltanto che il

¹⁴³S.Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978; L. Mengoni, in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, I, p. 152; I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, 2004, p.20;

debitore si attivi nell'identificazione della causa specifica, ma che sostenga il carico delle cosiddette cause ignote.

Un ulteriore profilo da considerare rispetto alla tutela risarcitoria è che talvolta in essa viene ricompresa, come componente *interna*, una forma aggiuntiva di tutela, definita tradizionalmente come tutela ripristinativa o restitutoria. In realtà, la dottrina civilistica¹⁴⁴ si sforza da sempre di mantenere distinte le due realtà, mettendo in evidenza la loro diversa caratterizzazione dal punto di vista funzionale. Mentre quest'ultima tecnica punta a rimuovere l'alterazione venutasi a creare sul piano giuridico o fattuale, e ciò a prescindere da un eventuale danno verificatosi, la prima mira a porre il patrimonio, sulla base di una stima ipotetica, nella stessa consistenza quantitativa (risarcimento per equivalente) o, se possibile, qualitativa (risarcimento in forma specifica), che esso avrebbe avuto ove non si fosse verificato l'inadempimento¹⁴⁵. In questi termini occorre considerare, stando alle indicazioni della dottrina sopra richiamata, che se *restituire* significa ristabilire le condizioni materiali e giuridiche che denotavano la posizione del soggetto leso prima dell'evento lesivo (ed indipendentemente dal pregiudizio che si sia potuto produrre), risarcire significa “*reagire massimamente contro il danno prodotto nella sfera patrimoniale del soggetto, assicurando ad esso una forma di compensazione*”. In merito a quest'ultima, occorre, peraltro, tener presente che essa si esprime in termini

¹⁴⁴ A.Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 319 ss;

¹⁴⁵ C.Castronovo, *Il risarcimento in forma specifica*, in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S.Mazzamuto, Napoli, 1989, I, 490 (attualmente ne *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p.500);

quantitativi ove trattasi di risarcimento per equivalente, e qualitativi ove trattasi di risarcimento in forma specifica. Chiariti questi aspetti è, tuttavia, possibile incorrere nel rischio di una sovrapposizione concettuale tra le due forme di tutela sopra considerate, tale per cui quella restitutoria resta sostanzialmente ricompresa in quella risarcitoria. Simili interferenze trovano ragion d'essere per due motivi particolari: quello per cui vi sono rimedi risarcitori che operano secondo tecniche restitutorie (basti considerare quanto prevede l'art. 2058 c.c. ad esempio), è quello per cui negli effetti da rimuovere non possono non essere ricompresi gli effetti dannosi.

Per cogliere a dovere il valore dell'osservazione appena svolta è possibile considerare l'esempio dell'art. 28 dello Statuto, segnalato come valido riferimento, in proposito, da un'attenta dottrina¹⁴⁶. In tale norma è previsto che il giudice, in presenza di determinate circostanze, possa ordinare al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti dell'atto.

Simile operazione giudiziale si presta, astrattamente, a ricevere una doppia qualificazione: quella di tutela risarcitoria in forma specifica, qualora la condotta antisindacale abbia prodotto un danno il cui ristoro si realizzi sul piano della rimozione degli effetti della violazione (ad esempio, l'applicazione di accordi separati potrebbe aver danneggiato l'immagine sindacale, sicché l'ordine di riaprire le trattative con tutti i sindacati consentirebbe di rimediare al pregiudizio) e quella di tutela ripristinatoria effettiva ove sia ordinato al datore di lavoro

¹⁴⁶ I.Pagni, *Diritti del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, RIDL, 2005, I, p. 499;

di rimuovere un volantino, o di concedere un locale per una riunione sindacale, qualora l'azione rappresenti il modo per reintegrare il diritto leso nello *status quo ante*. Ciò, peraltro, a prescindere dall'eventualità che un qualsiasi danno si sia prodotto nella sfera patrimoniale del soggetto.

III.XIV L'AZIONE DI NULLITÀ DELL'ATTO

Come noto, l'invalidità di un atto, come di un negozio, può essere configurata in due diverse modalità: la nullità e l'annullabilità. Nelle ipotesi di nullità si sa che l'atto è totalmente privo di effetti giuridici e che tale sua condizione può essere accertata e dichiarata giudizialmente *in qualsiasi tempo*. Ne deriva il carattere imprescrittibile dell'azione (art. 1422 c.c.).

Affermare la totale incapacità di un atto a produrre effetti equivale in sostanza a rilevare la sua completa inidoneità a costituire, trasferire, modificare o estinguere una qualsivoglia situazione di tipo giuridico. Ne consegue che se il negozio nullo ha comunque avuto esecuzione, le prestazioni svolte, essendo prive di una causa, vanno restituite, secondo quanto previsto della disciplina sulla ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.). A tale proposito è bene segnalare che l'applicazione di quest'ultima disciplina può di fatto vanificare quella specifica della nullità: l'azione di ripetizione è soggetta all'ordinario termine decennale di prescrizione, perciò, se questa azione si è già prescritta, a nulla gioverà l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, e l'intervenuta sentenza che dichiara nullo il contratto non consentirà di ripetere la prestazione già eseguita.

È noto che la causa di nullità può riguardare direttamente l'intero negozio, oppure soltanto una o più clausole dello

stesso. In questo secondo caso si pone il problema di stabilire se la nullità si debba estendere all'intero negozio giuridico, o se piuttosto questo non debba permanere, privato delle clausole nulle. A tale proposito la legge stabilisce che la nullità parziale non si propaga all'intero contratto quando riguardi pattuizioni non essenziali nell'ambito dell'operazione negoziale complessiva (art. 1419, c.1 c.c.).

La nullità è una condizione che può essere rilevata dal giudice d'ufficio (art. 1421 c.c.), di conseguenza questi può dichiarare nullo un contratto che sia stato dedotto in giudizio, anche in assenza di una apposita domanda o eccezione dell'interessato. La rilevabilità d'ufficio della nullità, concessa dal Codice civile, deve però accordarsi con i principi del Codice di procedura civile e, precisamente, con il principio della domanda (art. 99 c.p.c.) e della corrispondenza fra domanda o eccezione e giudicato (art. 112 c.p.c.), nonché con il principio della disponibilità delle prove (art. 115 c.p.c.).

È importante rilevare che la composizione tra le due fonti è stata operata dalla giurisprudenza attraverso le seguenti regole:

- il giudice può rilevare d'ufficio la nullità di un contratto a patto che la validità di esso sia elemento costitutivo della domanda e se ad oggetto della contestazione tra le parti vi sia l'applicazione o l'esecuzione del contratto¹⁴⁷;

¹⁴⁷ Cass. 15/02/1991, n. 1589, in *Archiv. Civ.*, 1991, p. 692; Cass. 12/12/1986, n. 7402, in *MFI*, 1986; Cass. 29/11/1985, n. 5958, *ivi* 1985; Cass. 24/01/1984, n. 596, in *FI*, 1984, I, c. 2196;

- il giudice ha la facoltà di rilevare d'ufficio la nullità del contratto anche se la parte interessata abbia prospettato un rimedio di carattere diverso, come l'annullamento¹⁴⁸ o la risoluzione¹⁴⁹, o se a fondamento della richiesta di nullità sia stata posta una diversa causa;
- il giudice può rilevare d'ufficio la nullità solo se la causa di nullità emerge dagli atti e non implica ulteriori indagini di fatto¹⁵⁰;
- la nullità del contratto può essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, sempre che il giudice di grado inferiore non abbia pronunciato sulla validità del contratto, determinando ciò il formarsi di un giudicato che impedisce il successivo esame della materia¹⁵¹.

III.XV AZIONE DI ANNULLAMENTO (O DI INVALIDAZIONE ATTI)

Come noto, l'annullamento è la seconda forma di invalidità di cui possa essere affetto un atto giuridico. La tecnica di invalidazione in cui esso si esprime produce conseguenze profondamente diverse rispetto a quelle della nullità, poiché la correzione dell'attività illegittima avviene mediante rimozione dell'atto lesivo stesso.

¹⁴⁸ Cass. 2/04/1997, n. 2858, in *Mass. Foro it.*, 1997, che innova rispetto a Cass. 22/04/1995, n. 4607, *ivi*, 1995

¹⁴⁹ Cass. 18/04/1970, n. 1127, in *FI*, 1970, I, c. 1907, con nota di Proto Pisani,

¹⁵⁰ Cass. 16/05/1991, n. 5480, in *MFI*, 1991; Cass. 12/10/1985, n. 4955, *ivi*, 1985;

¹⁵¹ Cass. 5/07/1984, n. 3931, in *MFI*, 1984; Cass., 2/06/1984, n. 3341, *ivi*, 1984;

Tramite l'azione di annullamento il giudice pone fine agli effetti di un atto interrompendone, quindi, la produzione.

La sentenza che annulla l'atto opera retroattivamente tra le parti eliminando qualunque effetto si fosse già prodotto in capo ad esse. Quanto ai terzi, la dichiarazione di annullamento opera soltanto nei confronti di quelli di mala fede, che quindi conoscevano, o avrebbero potuto conoscere, la causa di annullamento impiegando l'ordinaria diligenza. Al contrario, la dichiarazione di annullamento non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi in buona fede (art. 1445 c.c.).

È noto che l'annullamento può essere rilevato dal giudice soltanto su domanda o su eccezione della parte legittimata, ossia quella nel cui interesse il rimedio sia stato predisposto dalla legge. L'azione è, di norma, soggetta al termine di prescrizione quinquennale (art. 1442, c.1 c.c.), ma alla regola restano sottratti alcuni istituti rispetto ai quali vale non un termine prescrizione bensì un termine di decadenza. Quest'ultimo, di durata normalmente più breve, risponde all'esigenza di imprimere certezza ai rapporti giuridici.

In merito a questo aspetto, conviene precisare che la prescrizione riguarda l'azione, e non invece l'eccezione. Così, sebbene l'annullamento non possa più esser domandato qualora siano trascorsi ormai cinque anni, potrà al contrario essere eccepito anche in seguito, se l'altra parte si deciderà soltanto allora a richiedere l'esecuzione del contratto (art. 1442, c.4, c.c.).

III.XVI AZIONE INIBITORIA

La reazione che l'ordinamento offre contro l'atto illecito mira preventivamente ad impedire che lo stesso venga compiuto, e successivamente ad eliminarne le

conseguenze. Di conseguenza, prima che l'atto illecito sia compiuto, il diritto opera non solo con la minaccia della successiva sanzione¹⁵², capace di scoraggiare il comportamento vietato, ma anche con misure di carattere immediato volte ad impedire il comportamento lesivo.

È bene considerare che nelle ipotesi eccezionali in cui l'urgenza del pericolo non consente altro rimedio, la legge permette al privato di difendersi da sé ricorrendo all'uso specifico della forza (art. 2044 c.c.). Al di là di queste ipotesi interviene, invece, la difesa pubblica, la quale si esprime, nel campo del diritto privato, nella concessione del rimedio dell'azione inibitoria al soggetto minacciato: un'azione con la quale si chiede che venga impedito il fatto lesivo.

L'azione inibitoria è lo strumento attraverso il quale l'ordinamento garantisce in via preventiva determinate situazioni giuridiche, rispetto alle quali la tradizionale tutela di tipo risarcitorio (o restitutorio), proprio in quanto destinata ad operare a seguito dell'avvenuta violazione del diritto, apparirebbe inadeguata. Si pensi all'ipotesi in cui la violazione, producendo un danno non valutabile in termini economici, rendesse inapplicabile o inefficace la tutela risarcitoria, conducendo ad una effettiva mancanza di tutela. O, in alternativa, al caso in cui la tutela restitutoria non consentisse l'eliminazione integrale degli effetti prodotti dalla violazione, determinando così l'inadeguatezza almeno parziale della tutela stessa.

¹⁵² Alle tecniche suddivise in giudiziali e non giudiziali si aggiunge il rimedio rappresentato dalle sanzioni afflittive per la violazione del precetto sostanziale. Esse sono poste a corredo della fattispecie astratta e generale stabilita dalla legge e sono volte a dissuadere il soggetto obbligato dall'assumere una condotta inadempiente;

Dal punto di vista funzionale, in dottrina si è rilevato che la tecnica inibitoria è *volta ad impedire che una violazione sia compiuta o ripetuta, in un'equilibrata alchimia tra cessazione dell'illecito e prevenzione dello stesso*¹⁵³.

In effetti, la caratteristica essenziale dell'azione inibitoria è quella di essere una tecnica di tutela giurisdizionale rivolta al futuro, e ciò a prescindere dal fatto che tra i suoi presupposti di esperibilità sia richiesta o meno una violazione già avvenuta (o che il comportamento illecito abbia già avuto inizio). Più precisamente, i presupposti di esperibilità del rimedio prescindono dalla sussistenza di un danno patrimoniale o non patrimoniale già verificatosi, oltre che di un comportamento colpevole in capo al soggetto contro cui l'azione è rivolta¹⁵⁴. Ciò che rileva, da questo punto di vista, è unicamente la sussistenza di un'attività illecita di natura continuativa o iterativa, ovvero l'effettiva configurabilità del pericolo di assunzione di una condotta illecita. Per la concessione dell'azione inibitoria la legge richiede, in definitiva, non la possibilità di individuazione di un danno, bensì che un atto illecito sia stato già compiuto, e se ne tema la ripetizione o la continuazione in futuro. Tuttavia, altre volte l'ordinamento considera sufficiente l'esistenza di *atti preparatori* diretti in modo non equivoco al compimento dell'atto illecito (arg. Da art. 157, l. dir. aut.). Questa regola, peraltro, potrà trovare applicazione generale, pur con la cautela necessaria ad evitare che il semplice

¹⁵³ I.Pagni, *Diritti del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, in *RIDL* n.4, 2005, p.499;

¹⁵⁴ A. Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974;

sospetto possa legittimare intollerabili interferenze nella sfera della libertà personale e delle attività lecite¹⁵⁵.

La ragione per cui l'inibitoria prescinde dal fatto che si abbia un danno nella sfera giuridica della parte attrice, è da ricercare nel fatto che all'azione compete una funzione eminentemente preventiva.¹⁵⁶ Quanto al requisito della colpa, invece, esso non figura tra i requisiti necessari poiché, essendo l'azione rivolta al futuro, resta oggettivamente impossibile valutare in anticipo l'elemento soggettivo di un comportamento illecito non ancora attuato.

Come si vede, la funzione dell'azione inibitoria è radicalmente diversa da quella della tutela risarcitoria. Mentre la prima rappresenta una forma di tutela “**piena**” proprio perché diretta a prevenire l'illecito, l'altra è, invece, “**sostitutiva**” in quanto fondata sulla conversione del diritto a ricevere l'attuazione in forma specifica della prestazione, con quello ad ottenerne l'equivalente monetario. Vi è, comunque, da tener presente che nei casi in cui l'azione risarcitoria può rivestire una qualche utilità, la tutela inibitoria si configura come complementare e preliminare ad essa: complementare nella misura in cui le due forme di tutela non si escludono ma si completano in un sistema rafforzato di protezione giurisdizionale dei diritti; preliminare, in ragione dell'evidente funzione preventiva svolta dall'azione considerata (senza contare che l'opera di prevenzione è in grado di eliminare, di per sé, la necessità di una tutela risarcitoria)¹⁵⁷. Non è un caso che nella maggior parte delle ipotesi espressamente

¹⁵⁵ Cfr. P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, p. 175;

¹⁵⁶ T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960. p. 36, 176 e 259-269;

¹⁵⁷ A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987;

regolate l'azione inibitoria venga prevista quale rimedio aggiuntivo rispetto all'azione risarcitoria, e dunque proponibile indipendentemente o in aggiunta a quest'ultima¹⁵⁸.

Un dato che non deve stupire, a motivo di quanto si è già avuto modo di precisare, è che le condanne inibitorie, proprio perché espressione di un ordine a fare o a non fare quanto necessario a prevenire la violazione di un diritto, sono da considerarsi inesequibili se relative a prestazioni di natura infungibile.

¹⁵⁸ C.Rapisarda, M.Taruffo, *Azione Inibitoria I* (voce), in *EGT*, Vol. XXIX;

Capitolo IV

IL MECCANISMO DELLA TUTELA REALE. UN RIMEDIO DI DIRITTO SPECIALE.

L'obiettivo di questa sezione della tesi è quello di considerare le conseguenze che l'ordinamento riconduce all'intimazione di un licenziamento invalido, dal punto di vista sanzionatorio.

Più nello specifico, si punta a ricostruire l'apparato di tecniche difensive di cui si compone il regime di tutela reale apprestato dall'art. 18 della L.300/70. Esso, difatti, rappresenta la massima espressione di tutela offerta al prestatore di lavoro subordinato, a difesa del proprio interesse alla stabilità del posto di lavoro.

È opportuno segnalare, in proposito, che l'art. 18 viene indicato dalla dottrina come *prototipo* ispirato ad una logica combinatoria di tecniche sanzionatorie. Esso è, difatti, l'esempio *esclusivo* di utilizzazione legislativa di tre differenti rimedi: la tecnica invalidante dell'atto basata sull'accertamento costitutivo ad opera del giudice (o sull'accertamento dichiarativo della nullità e dell'inefficacia); la tecnica inibitorio-restitutoria, consistente nella condanna del datore alla cessazione dell'illecito (la c.d. reintegrazione nel posto di lavoro); e la tecnica risarcitoria, riguardante non più il solo periodo precedente all'emissione della sentenza ma, a seguito delle novella attuata dalla l. 108/90, anche quello ricompreso tra la data di quest'ultima e quella di effettivo ripristino del rapporto.

L'art. 18 costituisce, in definitiva, il “*modello che racchiude in sé tutta la tastiera degli strumenti esperibili*”¹⁵⁹.

Prima di affrontare l'analisi di un meccanismo di tutela tanto peculiare, si rende, peraltro, necessario svolgere una rapida ricostruzione storica degli eventi che lo hanno interessato, poiché quanto è possibile affermare oggi in relazione all'istituto del recesso datoriale è frutto di un *iter* storico e culturale ben preciso.

IV.I BREVE INDAGINE STORICA

L'originaria normativa del codice civile del 1942 contemplava la piena libertà di recesso del datore di lavoro dal rapporto a tempo indeterminato, con il solo limite dell'obbligo di preavviso, ovvero della corresponsione di un'indennità ad esso sostitutiva (art. 2118 c.c.). Tale obbligo veniva meno in presenza di una giusta causa di risoluzione del rapporto lavorativo, tale da non consentire la prosecuzione neanche provvisoria dello stesso (art. 2119 c.c.). Detta disciplina sopravvisse, nella sua generale portata, sino alla legge 15 luglio 1966, n. 604, con la quale fu introdotto il principio di necessaria giustificazione del licenziamento (art.1), richiedendosi in particolare che l'atto di recesso datoriale fosse in ogni caso sorretto da una giusta causa (art. 2119 c.c.) ovvero da un giustificato motivo (art. 3, legge n. 604 del 1966), alla cui insussistenza conseguiva l'obbligo del medesimo di riassumere il dipendente o, alternativamente, di versargli una indennità risarcitoria, secondo quanto stabilito dall'art.

¹⁵⁹ Mario Napoli, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Atti del convegno Foggia, 14-15 novembre 2003, p.54;

8 della stessa legge n. 604. A tale regime, detto di tutela obbligatoria, dal quale rimanevano esclusi in linea generale (e salvo ulteriori specifiche esclusioni) i datori di lavoro che occupassero sino a 35 dipendenti (art. 11), ha fatto seguito la legge 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori), il cui art.18 introdusse, per i casi di accertata inefficacia, nullità o mancanza di giustificazione del licenziamento, il regime di c.d. tutela reale del posto di lavoro, sia pure limitandone l'applicazione (art. 35 della stessa legge n. 300) alle sole imprese, industriali e commerciali, che occupassero più di 15 dipendenti nell'ambito dell'unità produttiva ovvero nell'ambito dello stesso comune, nonché alle imprese agricole che occupassero, in analoghe situazioni, più di 15 dipendenti. La stessa norma stabilì (dal quarto al settimo comma) una speciale procedura atta a garantire la sollecita risoluzione delle controversie nelle quali fosse parte il prestatore di lavoro sindacalista. La c.d. tutela reale, nei termini in cui risulta attualmente disciplinata dopo l'intervento in materia operato dalla legge 11 maggio 1990, n. 108 (art. 1), comporta, oltre all'obbligo di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, quello del risarcimento del danno dal medesimo subito, in ragione di un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione (ed in ogni caso, non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto), cui si aggiunge il versamento, per lo stesso periodo, dei contributi assistenziali e previdenziali. Spetta, inoltre, al lavoratore la facoltà indiscussa di richiedere, in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro, il pagamento di una indennità sostitutiva pari a 15 mensilità della retribuzione globale di fatto.

Dagli interventi normativi sopra indicati è derivato un quadro disciplinare che, secondo le indicazioni della medesima legge n. 108 del 1990, comporta:

- 1) un'area di applicazione dell'art. 18, legge n. 300 del 1970, che riguarda tutti i datori di lavoro, imprenditori e non, nell'ambito dei previsti limiti dimensionali, ma con estensione dell'area stessa all'ulteriore ipotesi di datori di lavoro che occupino più di 60 dipendenti (art.1);
- 2) un'area di applicazione della legge n. 604 del 1966, estesa ai datori di lavoro, imprenditori non agricoli e non imprenditori, che occupino sino a 60 dipendenti qualora non sia applicabile art.18, legge n. 300 del 1970, come modificato dalla stessa legge n. 108 del 1990 (art. 2, comma 1);
- 3) l'applicazione della tutela reale *ex art. 18* nel caso di licenziamento discriminatorio, quale che sia il numero dei dipendenti occupati, con estensione di tale tutela anche ai dirigenti (art. 3);
- 4) la restrizione (art. 4), ferma restando la tutela di cui al precedente art. 3 nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio, dell'area di libera recedibilità a talune circoscritte ipotesi, specificamente individuate ovvero chiaramente desumibili in via di interpretazione: lavoro domestico (legge n. 339 del 1958); lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici (salvo che abbiano optato per la prosecuzione del rapporto lavorativo); dirigenti (eccezione ricavabile dal fatto che l'art. 19, legge n. 604 del 1966 non è stato oggetto di modifica);
- 5) l'esclusione (art. 4) della tutela reale nei confronti delle c.d. organizzazioni di tendenza che non abbiano fini di lucro (le quali, secondo la consolidata

giurisprudenza, sono soggette al regime di tutela obbligatoria).

L'introduzione di forme di tutela "reale" del posto di lavoro si inserisce nella più generale tendenza, propria degli ordinamenti europei del secondo dopoguerra, a riconoscere al lavoratore un interesse alla stabilità del proprio rapporto di lavoro¹⁶⁰. Questa tendenza si esprime in due diversi atteggiamenti. In primo luogo, tramite l'affermazione del principio per cui la *motivazione* è requisito essenziale della validità del licenziamento; ed in secondo luogo, nella individuazione di forme di tutela che mirano, non tanto a riparare al danno economico che il prestatore di lavoro abbia subito a causa del licenziamento illegittimo, quanto a realizzare **in forma specifica** il suo interesse alla continuità dell'impiego.

Parlare di tutela "reale" del posto di lavoro è possibile nella misura in cui l'esercizio del potere di licenziamento venga subordinato alla sussistenza di un motivo lecito e sindacabile nel merito. Tale caratteristica non è però la sola a rendere individuabile un rapporto di lavoro stabile. È necessario, infatti, che a fronte di un esercizio abusivo del potere, siano approntate anche misure di tutela (siano esse indennitarie, restitutorie o inibitorie) che presuppongano la continuità giuridica del rapporto di lavoro e siano tese a riattivare la collaborazione materiale tra le parti¹⁶¹.

La nascita di una tutela reale del posto di lavoro, negli ordinamenti dei paesi europei, è un fenomeno che trova spiegazione nel distacco della materia dei licenziamenti

¹⁶⁰ M. Napoli, *La stabilità reale del posto di lavoro*, Milano, 1980, p. 11 ss;

¹⁶¹ Cass. S.U. 12 aprile 1976, n. 1268, in *RGL*, 1976, II, p.49;

dal Codice civile e dalla disciplina generale dei contratti.¹⁶² Mentre, fino al secondo conflitto mondiale, l'estinzione del rapporto di lavoro era retta, tanto nei paesi a tradizione codicistica che a tradizione di *common law*, da principi comuni ad altri contratti di durata (nel nostro ordinamento, gli artt. 2118 e 2119 c.c. segnano la distinzione tra recesso ordinario con preavviso e recesso straordinario per giusta causa comune ad altri contratti a prestazioni continuative), dalla fine degli anni settanta la materia dei licenziamenti viene assimilata da leggi speciali. Queste ultime, oltre ad assoggettare la legittimità del licenziamento ad una motivazione sindacabile in sede giurisdizionale (o ad impedirlo in assoluto in certi casi o in certi periodi), detengono la caratteristica di sfruttare, in misura più o meno ampia, tecniche di tutela "reale" dell'interesse del lavoratore a mantenere la stabilità del proprio impiego. Ed è proprio a tale interesse che si riconnette il fondamento della tutela reale come tecnica normativa: essa si riconduce ad una particolare concezione del rapporto lavorativo, che viene inteso come situazione sociale alla cui *permanenza* sono legati interessi del lavoratore che superano l'orizzonte patrimoniale del rapporto di lavoro. Le tecniche di tutela reale si mantengono distinte dalle normali azioni contrattuali per scioglimento del contratto, per inadempimento delle prestazioni assunte o per mancata cooperazione all'adempimento, poiché di fatto mirano a realizzare un obiettivo differente. Esse puntano ad avverare non tanto gli interessi dedotti dal prestatore di lavoro **nel contratto**, i quali fundamentalmente si concentrano attorno al credito retributivo, quanto l'interesse dello stesso **al contratto**, ossia alla stabilità

¹⁶² M. D'Antona, *Tutela reale del posto di lavoro* (voce), in *EGT*, vol. XXXI, 1994;

della relazione contrattuale. Detto in altri termini, il distacco della tutela reale dal diritto comune dei codici è da ascrivere alla diversa natura degli interessi tutelati, rispettivamente, dalle azioni contrattuali e da quelle a tutela della stabilità dell'impiego.

Una prima caratteristica di quest'ultima forma di intervento è data dall'efficacia generalmente *ex tunc* dell'annullamento del licenziamento risultato privo di giustificazione, il quale si considera a tutti gli effetti come mai avvenuto. La seconda caratteristica, si esprime nel carattere quasi restitutorio della tutela della retribuzione e delle altre posizioni di vantaggio (es. diritti pensionistici o di anzianità) compromesse dal licenziamento; la terza, è data dalla possibilità di ottenere misure cautelari che dispongono la continuazione del rapporto o, se non altro, il mantenimento della retribuzione in attesa della sentenza.

Una quarta ed ultima caratteristica è invece rappresentata dalla previsione, dopo l'accertamento negativo della invalidità del licenziamento e quindi della continuità del rapporto di lavoro, di specifiche misure di manutenzione del rapporto (reintegrazione) la cui attuazione viene generalmente assicurata o da misure di esecuzione indiretta o da cospicue penali, in caso di reintegrazione difficile, o anche dell'esecuzione specifica solo parziale (si pensi all'accesso del lavoratore in azienda per poter esercitare i diritti sindacali). Occorre, peraltro, considerare che l'esecuzione forzata dell'ordine di reintegra non costituisce la strumentazione normale della tutela reale, ma una tecnica limitata al ripristino di aspetti soltanto parziali della reintegrazione.

IV.II I PRINCIPI DELLA TUTELA REALE DEL POSTO DI LAVORO

Come si è detto, all'interno del nostro ordinamento giuridico, la tutela reale del posto di lavoro trova la propria disciplina all'interno dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, così come novellato dalla legge n. 108 del 1990. Tale forma di tutela consta di una serie di principi che la dottrina sintetizza nel seguente modo:¹⁶³

- 1) il licenziamento non assistito da una causa di giustificazione non interrompe giuridicamente il rapporto di lavoro ma ne compromette la funzionalità sul piano di fatto. In questo senso, l'accertamento negativo circa la giustificazione, la liceità o l'efficacia del licenziamento opera sempre *ex tunc*.
- 2) Al lavoratore è garantita un'indennità commisurata alle retribuzioni globali di fatto che egli non ha potuto percepire a causa del licenziamento. Un dato caratteristico di tale attribuzione è che il suo ammontare non può risultare inferiore a cinque mensilità. Un dato di particolare importanza è che tale forma di tutela appare, per i criteri stessi che la definiscono, più vicina alla restituzione in pristino che non al mero risarcimento del danno.
- 3) Il giudice, con la sentenza con cui rileva l'invalidità del licenziamento, ordina la reintegrazione del soggetto nel posto di lavoro. Così facendo egli pone in essere una forma di manutenzione del rapporto.

¹⁶³ M. d'Antona, *Tutela*, *op. cit.*, p. 2;

- 4) Qualora il datore di lavoro non ottemperi all'ordine giudiziale di reintegrazione del lavoratore, egli sarà tenuto a continuare a corrispondere a questi un'indennità pari alla retribuzione globale di fatto fino al momento della sua effettiva reintegrazione. Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia stato intimato nei confronti di un soggetto investito di compiti di rappresentanza sindacale, il datore di lavoro è tenuto a versare un'ulteriore somma al Fondo pensioni, che rileva come forma di penale per il ritardo nell'ottemperare all'ordine del giudice.
- 5) La somma liquidata al lavoratore a titolo di inottemperanza all'ordine di reintegrazione da parte del datore di lavoro, deve essere restituita, come in seguito vedremo, qualora la sentenza che accerta l'illiceità del licenziamento venga riformata in secondo grado. Fino a poco tempo fa si sosteneva, invece, il principio opposto facendo valere l'argomento per cui tale somma non era dovuta a causa del licenziamento poi ritenuto legittimo da una sentenza successiva, bensì a titolo di corrispettivo di una prestazione che si considerava come eseguita comunque (posto che la mancata esecuzione era da ricondurre alla libera scelta datoriale di non dare ottemperanza al comando giudiziale). Si trattava della c.d. equiparazione della non utilizzazione della prestazione lavorativa alla sua effettiva utilizzazione.
- 6) L'ordine di reintegrazione non può essere interamente soddisfatto tramite l'esecuzione forzata in forma specifica *ex artt. 612 ss. c.p.c.*; sono infatti suscettibili di esecuzione forzata soltanto alcune prestazioni di carattere strumentale (quali, ad

esempio, il reinserimento del lavoratore nel libro paga e matricole, o il suo accesso materiale nei locali dell'azienda per poter esercitare i diritti sindacali). Non lo sono, invece, le prestazioni che rientrano nelle prerogative specifiche del datore di lavoro. Si pensi, a tale proposito, all'assegnazione di nuove mansioni al soggetto reintegrato.

- 7) il lavoratore che abbia ottenuto una sentenza di condanna alla reintegra ha facoltà di richiedere, al posto della reintegrazione nel posto di lavoro, una indennità pari a 15 mensilità della retribuzione globale di fatto. Il pagamento dell'indennità da parte del datore di lavoro produce l'effetto di risolvere il rapporto di lavoro.

IV.III AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA TUTELA REALE

La tutela reale ha un campo di applicazione circoscritto da requisiti di carattere soggettivo ed oggettivo¹⁶⁴. La normativa si applica ai datori di lavoro che superino determinate soglie dimensionali occupazionali, salvo che per i licenziamenti discriminatori, per i quali si prescinde dai parametri dimensionali, comunque. Nell'ambito della sua sfera applicativa, la tutela reale si "espande", peraltro, ad ogni ipotesi di nullità o di inefficacia del licenziamento, anche se non espressamente richiamata dall'art. 18 della legge n. 300

¹⁶⁴ M.Grandi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1991, p.3;

del 1970. Si tratta della c.d. *forza espansiva* della tutela reale¹⁶⁵.

Occorre considerare che, in seguito all'entrata in vigore della legge n. 108 del 1990, il licenziamento è subordinato a due ordini di limitazioni. Da un lato è ravvisabile un *limite interno* di portata generale che risulta essere espresso dalla nozione di cui il legislatore si avvale nel definire tecnicamente il licenziamento (il riferimento è, in definitiva, alla necessità che i motivi adottati siano realmente sussistenti)¹⁶⁶, dall'altro lato sono configurabili alcuni *limiti esterni*, quindi stabiliti da altre norme e consistenti, a seconda dei casi, in divieti assoluti o relativi, requisiti formali o regole di carattere procedurale. Come esempio di questa seconda categoria di limitazioni è possibile indicare:

- 1) il divieto di licenziamento discriminatorio per motivi politici, religiosi, sindacali, razziali, di lingua, di sesso, di *handicap*, di età o basati sull'orientamento sessuale piuttosto che sulle convinzioni personali del prestatore di lavoro;
- 2) il divieto di licenziamento in determinati periodi di tempo (si pensi all'ipotesi di malattia o di gravidanza) o in specifiche situazioni (è il caso del matrimonio della lavoratrice);

¹⁶⁵ V. in proposito Cass. 4 aprile 1992, n. 4147, in *Mass. giur.lav.*, 1992, p. 380; Cass. 21 novembre 1990, n. 11218, in *RIDL*, 1990, II, p. 462; Cass., 11 maggio 1990, n. 4072, in *NGL*, 1990, p.648;

¹⁶⁶ In merito alla sfera di applicazione residuale dell'istituto del recesso *ad nutum* vedi G. Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, in *EGL*, fondata da G.Mazzoni, diretta da G. Suppiej, V bis, Padova, 1993, p. 5 ss;

- 3) le regole formali disciplinanti le modalità di comunicazione del licenziamento (la forma scritta dell'atto di intimazione; la comunicazione per iscritto dei motivi, qualora siano tempestivamente richiesti dal soggetto);
- 4) le regole procedurali da osservare in caso di attuazione di un licenziamento disciplinare (art. 7 l. n. 300/1970).

Dalle due tipologie di limitazioni sopra indicate deriva una generale distinzione tra:

- licenziamento ingiustificato → risulta annullabile in quanto non è assistito da una causa giustificatrice comprovata (giusta causa o giustificato motivo, oggettivo o soggettivo);
- licenziamento discriminatorio → è affetto da radicale nullità;
- licenziamento viziato → risulta, a seconda dei casi, nullo o inefficace per violazione di divieto legale, requisito di forma o regola procedurale.

IV.IV IL LICENZIAMENTO INGIUSTIFICATO

Nell'ipotesi di licenziamento ingiustificato la tutela reale si applica ai datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, che nelle singole unità produttive occupino più di quindici dipendenti; ai datori di lavoro imprenditori agricoli che nell'ambito dell'unità produttiva occupino più di cinque dipendenti (cumulabili, in entrambe le ipotesi, in riferimento allo stesso ambito comunale); ed infine, ai

datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, che occupino più di sessanta dipendenti nel complesso. Restano esclusi dal raggio di applicazione dell'art. 18 l. 300/70, e ciò a prescindere dalle specifiche dimensioni occupazionali, i datori di lavoro non imprenditori che svolgano senza fini di lucro un'attività c.d. di tendenza.¹⁶⁷ Al di sotto di tale soglia dimensionale, e come si è appena visto nelle organizzazioni di tendenza, il licenziamento privo di una causa di giustificazione è assoggettato ad una sanzione attenuata e fundamentalmente di contenuto indennitario. Ai sensi dell'art. 8 della legge n. 604/1966, come novellato dalla l. n. 109/1990, il prestatore di lavoro ha, difatti, "diritto" ad ottenere la riassunzione oppure, a discrezione del datore di lavoro, la corresponsione di un'indennità di valore ricompreso tra 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (estensibili fino ad un massimo di 14, in presenza di specifici presupposti)¹⁶⁸. Questa seconda tecnica, che si contrappone a quella di carattere reale, prende il nome di tutela obbligatoria, a motivo della capacità di incidere sulla riattivazione del rapporto di lavoro in termini soltanto eventuali, risolvendosi il più delle volte in un'obbligazione indennitaria. Un dato che è possibile osservare a livello generale è che nell'area della tutela obbligatoria il vincolo

¹⁶⁷ V. G.Pera, *Le organizzazioni di tendenza nella legge sui licenziamenti*, in *RIDL*, 1991, I, p.455 ss;

¹⁶⁸ E' tuttavia necessario segnalare l'intervento operato con sentenza n. 44/1996 dalla Corte cost., la quale ha respinto l'inquadramento dell'obbligo di riassunzione o risarcimento, ex art. 8 L. 604, in termini di obbligazione alternativa ex art. 1285 c.c. (che richiederebbe l'applicazione della regola ex art. 2186 c.c. il quale stabilisce che la scelta spetti al debitore), aderendo, invece, alla lettura che considera il risarcimento ex art. 8 come "una delle conseguenze dell'illegittimità del licenziamento";

della giustificazione non costituisce propriamente un limite al potere datoriale di disposizione del licenziamento: quest'ultimo resta nei fatti discrezionale, mentre ciò che si accresce è il costo del suo esercizio¹⁶⁹.

IV.V IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO

In merito al licenziamento discriminatorio ci limitiamo a segnalare, nell'economia di questo elaborato, che esso, oltre ad essere affetto da una radicale nullità, si configura fundamentalmente in relazione ai motivi espressamente indicati dal legislatore (v. art. 15 l. 20 maggio 1970, n. 300). Dal punto di vista del regime sanzionatorio ad esso riferibile occorre, invece, considerare che trova applicazione, in ogni caso, ossia indipendentemente dalle dimensioni occupazionali proprie dell'impresa, la tutela di tipo reale.

IV.VI IL LICENZIAMENTO VIZIATO DA NULLITÀ O DA INEFFICACIA

Come si è già avuto modo di precisare, il licenziamento viziato per inosservanza di un divieto temporaneo, di un requisito di forma o di una regola procedurale, è totalmente privo di effetti. Esso è difatti nullo o inefficace. E' vero, peraltro, che la tutela reale trova applicazione rispetto a tale tipo di recesso invalido unicamente ove risulti soddisfatto il requisito dimensionale di cui si è detto sopra. A tale proposito, è importante considerare che l'attività di qualificazione del vizio nell'ambito della tutela reale è un'operazione che tutto sommato riveste un'utilità

¹⁶⁹ G.Mancini, *Il nuovo regime del licenziamento*, in AA.VV., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Milano, 1973, p. 191 ss.;

marginale. Se è vero, infatti, che l'operazione qualificatoria di norma risponde all'esigenza di individuare quale sia la disciplina applicabile in relazione al vizio rilevato, il regime di tutela apprestato dall'art. 18 è, da questo punto di vista, "generale", ossia tale da trovare applicazione verso ogni genere di invalidità astrattamente configurabile al suo interno.

In riferimento a questo tema, la Corte Cost. ha affermato ripetutamente che l'art. 18, "*avendo carattere di norma generale è dotato di una forza espansiva che ne proietterebbe l'applicabilità in tutti i casi in cui il diritto del lavoro non esprima una sanzione speciale*"¹⁷⁰.

Al di sotto delle soglie numeriche indicate - e nei casi di esclusione soggettiva cui si applica la disciplina del recesso *ad nutum* - al licenziamento viziato nullo o inefficace si applica, a seconda dei casi, o la disciplina di diritto comune oppure il regime di tutela obbligatoria, rispetto al quale il datore di lavoro è tenuto ad indennizzare il soggetto o a riassumerlo, ma non a reintegrarlo¹⁷¹.

Un problema particolare riguarda il licenziamento disciplinare intimato in violazione delle regole formali cui è soggetto. Per anni si sono registrati orientamenti giurisprudenziali oscillanti tra l'alternativa di considerarlo nullo, per violazione di norma imperativa di cui all'art. 7 St., imputandolo quindi alla disciplina di diritto comune¹⁷² e la scelta di ritenerlo, in assenza dei requisiti dimensionali

¹⁷⁰ V. per tutti Corte Cost. 30 novembre 1982, n. 204;

¹⁷¹ V. Pret. Macerata, 8 febbraio 1991, in *FI*, 1992, I, p. 276; Pret. Foggia, 14 luglio 1991, in *DPL*, 1992, p. 3343; V. Marino, Il vizio di forma nel licenziamento, in *RIDL*, 1992, I, p. 518 ss;

¹⁷² Cass. 22 gennaio 1991, n. 542, in *FI*, 1992, I, p. 1142, con nota di De Luca; Cass. 4 marzo 1992, n. 1992, n. 2596, in *GI*, 1993, I, 1, p. 840, con nota di F.Proietti;

richiesti per l'applicazione della tutela reale, assoggettabile al regime di tutela obbligatoria¹⁷³.

Com'è facile intuire, se alla fattispecie in questione si applicasse il regime di diritto comune (nullità *ex art.* 1418 c.c.) ne conseguirebbe l'obbligo, per il datore di lavoro, di corrispondere al lavoratore tutte le retribuzioni maturate a far data dal licenziamento, le quali, potenzialmente, andrebbero a formare un risarcimento di ammontare piuttosto considerevole. Diversamente, se trovasse applicazione il regime di tutela obbligatoria, l'attribuzione economica da corrispondere al soggetto rimarrebbe contenuta entro un limite minimo di 2,5 mensilità ed un limite massimo di 6, così come stabilito dall'art. 8 L. 604/1966.

A dirimere il conflitto sono intervenute, nella prima metà degli anni novanta, le S.U.¹⁷⁴ statuendo che, in relazione alla tipologia di licenziamento disciplinare, fosse applicabile il regime *ex art.* 8 l. n. 604 del 1966, concedente l'alternativa al datore di lavoro. Tale statuizione della Corte è apprezzabile a livello sistematico, poiché ha il pregio di ristabilire un equilibrio generale del sistema dal punto di vista delle soluzioni sanzionatorie fornite in risposta alle varie ipotesi di licenziamento illecito.

Difatti, quella prevista dall'art. 8 è una sanzione dagli effetti evidentemente meno incisivi di quelli prodotti dalla nullità o dal risarcimento liquidato ai sensi dell'art. 1418 c.c. Non sarebbe ragionevole, del resto, che un licenziamento viziato sul piano (soltanto) procedurale -

¹⁷³ v. Cass. 24 febbraio 1993, n. 2249, in *FI*, 1993, I, 1848; Cass., 5 febbraio 1993, n. 1433, in *FI*, 1993, I, p. 373; Cass., 23 novembre 1992, n. 12486, in *FI*, 1993, I, p. 374;

¹⁷⁴ Cass. S.U., 26 aprile 1994, n. 3966, in *FI*, 1994, I, p. 1708;

ma, fino a prova contraria, giustificato nella sostanza- fosse assoggettato ad un regime più severo di quello previsto per un licenziamento viziato nel merito e dunque legato ad una motivazione infondata o pretestuosa.

Quanto rilevato consente di operare una stima, e precisamente di stabilire quale sia il dato di incidenza per così dire “limitativa” detenuto dalle singole norme sul licenziamento. Per compiere simile valutazione è sufficiente considerare gli effetti che tali norme producono in relazione al negozio estintivo (il recesso datoriale) da un lato, e in merito al rapporto di lavoro, dall’altro.

E’ quindi possibile distinguere tra¹⁷⁵:

- norme limitative “*più che perfette*” → esse prevedono, oltre all’invalidità del negozio estintivo, misure riparatorie aggiuntive, incidenti direttamente sul rapporto di lavoro. È l’ipotesi della tutela reale, la quale non soltanto comporta l’invalidazione dell’atto di recesso, **impedendo l’estinzione** del rapporto, ma anche la reintegrazione del soggetto nel posto di lavoro;
- norme limitative “*perfette*” → esse prevedono la nullità del negozio estintivo, ma rinviano al diritto comune quanto agli effetti che si determinano sul piano del rapporto lavorativo. È la tutela di diritto comune, la quale risolvendosi in una totale nullità dell’atto, determina, al pari della tutela reale, la **non estinzione** del rapporto lavorativo considerato;
- norme limitative “*meno che perfette*” → esse, pur apprestando misure riparatorie, non giungono a

¹⁷⁵ M. D’Antona, *Tutela reale, op. cit.*, p. 4;

sancire l'invalidità del negozio estintivo (o atto di recesso). È l'ipotesi della tutela obbligatoria che, pur decretando l'invalidità di tale negozio, determina pur sempre l'**estinzione** del rapporto lavorativo.

Può essere utile, a questo punto, ribadire la distinzione tra tutela reale, tutela obbligatoria e tutela di diritto comune.

Tra la tutela obbligatoria e la tutela reale, la differenza risiede innanzitutto nel diverso fondamento della **responsabilità del datore** di lavoro.¹⁷⁶ Nell'ambito della tutela obbligatoria (art. 2 l. n. 604/1966, così come novellato dalla l. 108/1990) il licenziamento illegittimo è fonte di responsabilità per il datore di lavoro in quanto ha **prodotto l'estinzione** del rapporto di lavoro, malgrado il suo carattere privo di giustificazione. A tale effetto estintivo rispondono, in qualità di rimedi, tanto l'obbligo di riassunzione del lavoratore (ossia di costituzione di un rapporto lavorativo diverso e nuovo rispetto a quello ormai estinto) quanto l'obbligo, alternativo al primo, di indennizzare il prestatore di lavoro della perdita del posto di lavoro subita. È facile intuire come tale ultimo effetto abbia come suo logico presupposto l'efficacia, appunto, estintiva del recesso datoriale.

Per quanto riguarda, invece, l'ambito della tutela reale il licenziamento è fonte di responsabilità per il datore di lavoro per **non aver prodotto l'estinzione** del rapporto lavorativo. La circostanza che quest'ultimo continui a produrre i suoi effetti implica, conseguentemente, che la

¹⁷⁶ Per tale distinzione vedi M.D'Antona, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, in *RGL*, 1987, I, p. 377; R. De Luca Tamajo, M. D'Antona (a cura di), *Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Nuove leggi civ.*, 1991, n. 1-2, p. 133;

collaborazione tra le parti si riattivi anche sul piano materiale.

È importante ribadire che l'elemento su cui si plasma l'intera strumentazione della tutela reale è proprio il diverso fondamento della responsabilità datoriale. In particolare, il lavoratore ha diritto ad ottenere, a titolo di risarcimento danni, il recupero di tutte le retribuzioni perse nel corso del periodo intermedio. La funzione cui tale emolumento risponde, riveste, a seconda delle varie ricostruzioni elaborate al riguardo, carattere restitutorio, sanzionatorio oppure risarcitorio.

Di esse ci occuperemo nel prosieguo di questa trattazione.

Al momento, occorre, invece, considerare che alla garanzia risarcitoria si accompagnano misure di altro tipo, e precisamente misure manutentive del rapporto volte a riattivare la funzionalità materiale di esso (rimedi di carattere inibitorio come l'ordine di reintegra nel posto di lavoro), e misure preventive quali la condanna in futuro a corrispondere un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto fino al momento dell'effettiva reintegra.

IV.VII TUTELA REALE VS TUTELA DI DIRITTO COMUNE

Mettiamo ora a confronto il meccanismo della tutela reale con quello della tutela di diritto comune (da applicarsi al licenziamento viziato nullo o inefficace che non rientri nell'ambito della tutela reale). Nel farlo, definiamo anzitutto il punto di convergenza delle due forme di tutela, il quale è da ricercare, ancora una volta, nel fondamento della responsabilità datoriale. In entrambi i casi, questo è rappresentato dall'**inidoneità** del licenziamento (nullo o inefficace) **ad estinguere** il rapporto lavorativo, che di conseguenza prosegue assicurando al lavoratore il diritto a recuperare le retribuzioni perse.

I due meccanismi differiscono, invece, dal punto di vista degli effetti prodotti dalla tutela. Difatti, laddove, per ragioni di organico, non possa trovare applicazione la tutela reale, il datore di lavoro è chiamato a rispondere dell'inadempimento dei soli obblighi *contrattuali primari*, la cui caratteristica sta nel riconnettersi a quella che è la dimensione statica del negozio (il riferimento è sostanzialmente all'obbligazione retributiva). Egli non risponderà, invece, del complesso di obblighi di natura strumentale e dinamica che sono preordinati al ripristino, anche fattuale, del rapporto lavorativo interrotto. Per inciso, è a questo secondo genere di obblighi che appartiene il meccanismo della tutela reale del posto di lavoro. Ciò significa che quando un datore di lavoro è chiamato a rispondere di un licenziamento illegittimo (sia esso privo di giustificazione, viziato o discriminatorio) ai sensi dell'art. 18 dello Statuto, dall'operazione giudiziale di accertamento della continuità del rapporto lavorativo, sorgono *ex lege* obblighi ulteriori che vanno ad aggiungersi a quelli staticamente correlati al contratto. Essi sono strumentali tanto al **ripristino**, in forma restitutoria e sanzionatoria, della posizione contrattuale del lavoratore, quanto alla **manutenzione** del rapporto, in modo tale che si riattivi la materiale collaborazione tra le parti. Diversamente, qualora non trovi applicazione il meccanismo di tutela reale, il rapporto di lavoro (che il recesso nullo o inefficace non ha estinto) usufruisce della tutela statica di diritto comune. Resta quindi esclusa, in questo secondo caso, la possibilità di richiedere la reintegrazione nel posto di lavoro, residuando soltanto il diritto ad ottenere il pagamento delle retribuzioni non percepite a causa della sopravvenuta interruzione del rapporto lavorativo. Quanto al fondamento di simile attribuzione, sono molteplici le soluzioni che la dottrina ha

prospettato nel tempo, attribuendone il significato ora all'inadempimento dell'obbligazione retributiva, ora ad una forma di responsabilità per mancata cooperazione creditoria, ed infine all'esito di una traslazione del rischio per sopraggiunta impossibilità della prestazione, imputabile al datore di lavoro.¹⁷⁷

Tornando al ragionamento sopra svolto, è dunque possibile sostenere che la distanza tra diritto comune e diritto speciale, in materia di responsabilità del datore di lavoro per la rottura del rapporto, è la stessa che si possa ravvisare in qualsiasi tipo di rapporto contrattuale duraturo, tra la dimensione statica di esso (la garanzia degli effetti vantaggiosi già prodotti) e quella dinamica (la stabilità del rapporto nel tempo, come condizione necessaria per il soddisfacimento durevole di tutti gli interessi che vi si ricollegano).¹⁷⁸

Conseguentemente, le tecniche di tutela reale del posto di lavoro si differenziano dalle normali azioni contrattuali per inadempimento degli obblighi ad esso relativi, proprio perché orientate a realizzare non tanto l'interesse dedotto *nel contratto*, che si riassume fondamentalmente nell'interesse alla retribuzione, ma l'interesse del lavoratore *al contratto*, ossia alla stabilità del complesso di situazioni che si riconducono alla condizione di occupato

¹⁷⁷ V. G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965, Giuffrè, Milano; P. Alleva, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966, n. 604 allo Statuto dei lavoratori*, in *RDL*, 1971, I, p. 85 ss; E. Ghera, F. Liso, *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, In *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 977 ss; E. Balletti, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990; V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992;

¹⁷⁸ U. Natoli, *Evoluzione e involuzione del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1967, I, p. 207;

(sicurezza del reddito, maturazione dei diritti pensionistici, sviluppo della professionalità, libertà sindacale).

IV.VIII TUTELA DI DIRITTO COMUNE VS TUTELA OBBLIGATORIA

Procediamo ora a tracciare la distinzione tra tutela di diritto comune e tutela obbligatoria. La prima forma di tutela opera nel campo di applicazione della tutela obbligatoria e nelle zone di residua applicazione del recesso *ad nutum* (art. 2118 c.c.). Essa agisce nei confronti dei licenziamenti viziati nulli o privi di efficacia, che restano esclusi dal campo di applicazione della tutela reale. La tutela obbligatoria opera, invece, nei confronti dei licenziamenti privi di giustificazione e come tali illeciti. È appena il caso di ribadire che la tutela obbligatoria presuppone l'avvenuta estinzione del rapporto lavorativo ad opera di un licenziamento pur invalido. Essa schiude la possibilità, al datore di lavoro, di optare in maniera del tutto discrezionale per l'effettiva riassunzione del soggetto, o in alternativa, per la corresponsione di un indennizzo economico che trova giustificazione nella **definitiva** perdita del posto di lavoro del soggetto. Ciò significa, che sulla base di un tale meccanismo di tutela il legislatore non impedisce che si produca comunque l'effetto estintivo sul rapporto di lavoro.

Quanto, invece, al licenziamento nullo o inefficace, si è ribadito ormai più volte che esso è fin dall'origine inidoneo ad estinguere il rapporto lavorativo.

IV.IX IL LICENZIAMENTO E LA NULLITÀ DI DIRITTO

COMUNE

Prima di addentrarci definitivamente nell'analisi del meccanismo di tutela reale, è utile svolgere qualche ulteriore considerazione in merito al licenziamento nullo assoggettato alla disciplina di diritto comune. L'obiettivo è di evitare fraintendimenti e sovrapposizioni concettuali con i temi che saranno sviluppati in seguito e che riguarderanno, anziché il regime di nullità di diritto comune, quello unitario apprestato dall'art. 18 dello Statuto.

Anzitutto, è bene evidenziare che la fattispecie cui ci si riferisce in questo paragrafo è quella del licenziamento intimato in violazione dei commi 1 e 2 dell'art. 2, legge n. 604/1966 (quindi inefficace), al quale non trovi applicazione la tutela reale per carenza dei requisiti numerici richiesti¹⁷⁹. Il punto da cui partire è che in ragione della mancanza di una specifica disciplina delle conseguenze del licenziamento inefficace la giurisprudenza ha ricondotto il regime di tale vicenda a quello proprio della nullità di diritto comune.

Proprio l'aver compiuto simile qualificazione ha generato rilevanti incertezze nella ricostruzione delle conseguenze sanzionatorie che si profilano in merito alla fattispecie.

¹⁷⁹ In realtà si esclude che possa trovare applicazione la disciplina reale ritenendosi che l'efficacia espansiva dell'art. 18 non operi in assenza dei presupposti numerici indicati dall'art. 18, 1° comma. In questo senso V. Nuzzo, *Forma e procedura per il licenziamento*, in R. De Luca Tamajo, F. Bianchi D'Urso, 2006, p. 301 ss., e *ivi* riferimenti. La dottrina prevalente e soprattutto la giurisprudenza non hanno accolto la proposta formulata da M. Napoli di estendere la tutela reale ad ogni ipotesi di nullità di licenziamento. Vedi di tale Autore, *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 169 ss.;

Malgrado la giurisprudenza, infatti, si sia mostrata concorde nel ritenere che il licenziamento nullo è improduttivo di effetti e dunque inidoneo ad incidere sulla continuità del rapporto, essa si è, invece, diversamente orientata nel ricostruire le conseguenze di tale licenziamento sulle obbligazioni datoriali. Più nello specifico, la giurisprudenza è stata a lungo favorevole a riconoscere al lavoratore licenziato il diritto alla corresponsione di tutte le retribuzioni perdute per effetto del licenziamento, fino al ripristino della concreta funzionalità del rapporto.¹⁸⁰ Tale orientamento si fondava sul riconoscimento della continuità del rapporto e quindi dei conseguenti obblighi retributivi in capo ad datore di lavoro. La continuità derivava, a sua volta, dall'inidoneità del licenziamento a determinare l'estinzione del rapporto.¹⁸¹

In seguito la giurisprudenza, allineandosi alla sentenza delle S.U. n. 508/1999, ha escluso che in caso di nullità del licenziamento per vizio di forma il lavoratore avesse diritto alle retribuzioni perdute, riconoscendogli piuttosto il diritto al risarcimento del danno (rapportato eventualmente

¹⁸⁰ Cass. 1° marzo 1996, n. 1596, in *RIDL*, 1996, II, p. 881, con nota di Tullini, *Sugli effetti del vizio formale del licenziamento intimato nelle imprese minori: un problema ancora aperto*, e ivi riferimenti;

¹⁸¹ M.D'Antona, Commento all'art. 1, commi 4-5, in Commentario della legge 11 maggio 1990, n. 108, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, 1991, ora in *Opere*, III, 1, Giuffrè, Milano, 2000, p. 385 ss; F.Mazziotti, *Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, p. 660;

alle mancate retribuzioni, ma comunque calcolato secondo i principi generali per esso stabiliti).¹⁸²

In alcune decisioni che hanno fatto ricorso alla disciplina civilistica della mora del creditore (art. 1206 ss. c.c.) il diritto al risarcimento è stato talora collegato non all'estromissione di fatto del lavoratore, ma all'effettiva offerta (intimazione a ricevere nelle forme d'uso: art. 1217, comma 2) della prestazione da parte del lavoratore: offerta per la quale si è richiesto un comportamento che dimostrasse l'effettiva prontezza ad adempiere, che non sempre si riteneva soddisfatta dalla sola impugnazione del risarcimento.¹⁸³

Ricostruito, sia pur in termini essenziali, il quadro giurisprudenziale relativo all'istituto pare opportuno soffermarsi sui contenuti principali della sentenza n. 508/1999, al fine di identificare le logiche interne al percorso evolutivo descritto.

Fondamentalmente, il principio espresso dalle Sezioni Unite è che *“gli intervalli di tempo non lavorati non implicano il diritto alla retribuzione”*.

Nel definire una soluzione di questo tipo è evidente che la Corte fa ricorso ad una concezione del sinallagma contrattuale in termini di biunivoca corrispondenza: laddove non vi sia stata un'effettiva esecuzione della prestazione lavorativa non sorge in capo al lavoratore alcun diritto a percepire le retribuzioni maturate nel frattempo. Sorge semmai il diritto ad ottenere il risarcimento del danno. Il richiamo vale ad escludere la

¹⁸² In questo senso Cass. 15 marzo 2005, n. 5611, in *NGL*, 2005, p. 491; Cass. 5 giugno 2003, n. 9022, *RIDL*, 2004, II, p. 147, con nota di Ruggiero; Cass. S.U. 31 agosto 2000, n. 708;

¹⁸³ Cfr. Cass. 25 novembre 2003, n. 17987, in *NGL*, 2004, p. 345 ed *ivi* riferimenti;

necessità di calcolare il risarcimento sulle retribuzioni perdute dal lavoratore a causa dell'interruzione materiale del rapporto. Peraltro, si aggiunge che “*in assenza di una disciplina specifica del suo ammontare (com'è per il caso di licenziamento nullo), soccorrono i normali criteri fissati per i contratti in genere*”, non escludendosi neppure la riduzione di tale ammontare quanto il lavoratore, con dolo o con colpa, abbia ritardato l'impugnazione del licenziamento. Con la puntualizzazione ulteriore che il diritto al risarcimento decorre dal momento dell'effettiva costituzione in mora del datore di lavoro, ossia da quando il lavoratore dimostri prontezza nell'adempire.

In merito a tale statuizione della Corte, vale insomma la considerazione che se la corrispettività biunivoca tra prestazione lavorativa e retribuzione è la regola generale, l'erogazione del trattamento economico in assenza di lavoro costituisce un'eccezione che deve essere oggetto di un'espressa previsione di legge o di contratto. Condizione quest'ultima che non si delinea in caso di licenziamento nullo per vizio di forma cui non risulti applicabile l'art. 18 dello Statuto.

Una conclusione di questo tipo lascia, tuttavia, perplessa quella parte della dottrina che riconduce il diritto del lavoratore alla percezione di una somma non inferiore alle retribuzioni perse, alla semplice circostanza della continuità del rapporto lavorativo.¹⁸⁴ Da questo frangente si afferma che anche a voler accogliere la tesi opposta che ricostruisce l'obbligazione datoriale in termini risarcitori, in particolare ricorrendo al meccanismo della *mora credendi*, resterebbe comunque difficile negare la traslazione sul creditore del rischio di impossibilità

¹⁸⁴ M.V.Ballestrero, *La stabilità nel diritto vivente. Saggi su licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Torino, 2009, p. 66;

sopravvenuta della prestazione di lavoro (e con essa la perduranza, ai sensi dell'art. 1207 c.c., dell'obbligo di fornire la controprestazione, ossia l'erogazione della retribuzione). Chi già sosteneva questa impostazione in passato affermava che anche a voler impiegare lo schema ricostruttivo basato sulla mora del creditore, *“la ragione giustificatrice del pagamento della retribuzione (...) è sicuramente diversa dal principio di corrispettività. Infatti, in tale ipotesi l'obbligo di effettuare la controprestazione consegue alla responsabilità del creditore il quale impedisce al debitore di adempiere per un fatto a lui imputabile e, pertanto, se ne deve accollare le relative conseguenze”*.¹⁸⁵

IV.X I TRATTI SALIENTI DEL MECCANISMO DI TUTELA REALE

Definito il quadro delle tecniche azionabili nelle diverse aree di tutela del licenziamento, ci soffermiamo a considerare quella maggiormente garantistica dal punto di vista del lavoratore: l'area di applicazione della tutela reale.

Il dato da cui partire è che il riconoscimento dell'interesse alla stabilità dell'impiego è avvenuto attraverso l'introduzione di modelli normativi privatistici, e tuttavia autonomi rispetto al diritto comune dei contratti. Essi possono essere ricondotti ai seguenti principi.

- l'esercizio del potere di licenziamento è subordinato alla sussistenza di una motivazione lecita e seria che il datore di lavoro, con inversione dell'onere della prova, è tenuto a dimostrare.

¹⁸⁵ V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992, p. 305;

- il licenziamento è in ogni caso vietato, sotto pena di nullità, in una serie di motivi “qualificati” ed espressamente indicati dall’art. 15 dello Statuto come manifestazioni di atteggiamenti discriminatori;
- i rimedi esperibili in caso di licenziamento illegittimo, pur configurandosi come assai diversi per contenuto ed ampiezza, muovono fundamentalmente dal presupposto della **continuità giuridica del rapporto** di lavoro, come se il licenziamento illegittimo non si fosse mai verificato. Ne consegue che il credito retributivo del lavoratore è tutelato mediante tecniche di stampo non propriamente risarcitorio, bensì sanzionatorio (prevedendosi una indennità forfettaria) e restitutorio (riconoscendosi il diritto del lavoratore ad ottenere le retribuzioni maturate a prescindere dalla necessità di provare il danno).
- Nel contempo, viene perseguito l’obiettivo di una riattivazione della collaborazione tra le parti anche per il futuro; e ove il ripristino effettivo del rapporto non sia garantito da forme di esecuzione specifica diretta o indiretta, un ulteriore indennizzo è di norma previsto a fronte di una reintegrazione ostacolata, o resa impossibile, dal comportamento ostativo del datore di lavoro.

IV.XI IL REGIME DELLA TUTELA REALE

Ai sensi dell’art. 18, commi 1 e 4, St. Lav. (così come modificato dalla legge n. 108/90), il giudice con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell’art. 2 della legge n. 604/1966, o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo, ovvero ne dichiara la nullità a norma della stessa

legge, ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro. Con lo stesso provvedimento il giudice *“condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata l’inefficacia o l’invalidità stabilendo un’indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell’effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento a quello dell’effettiva reintegrazione; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto”*.

Riformulando in questo modo gli originari primi due commi dell’art. 18, il legislatore ha eliminato la divisione tra periodo precedente e periodo successivo alla sentenza che ordina la reintegrazione, contenuta nella precedente formulazione, alla quale si accompagnava un diverso **titolo** delle attribuzioni patrimoniali: il risarcimento del danno per il primo periodo; la retribuzione per il secondo. La novella del 1990 unifica l’attribuzione patrimoniale nell’unico titolo “risarcimento del danno”, la cui entità è commisurata alle retribuzioni globali di fatto dalla data del licenziamento invalido fino a quella dell’effettiva reintegrazione, statuendo così sia per il passato che per l’avvenire.

È importante considerare che la riformulazione di tale articolo da parte del legislatore ha dato vita ad un groviglio di questioni interpretative, nelle quali **il titolo** del risarcimento si intreccia con il problema della **qualificazione dell’invalidità** del licenziamento.

Tuttavia, prima di occuparci dei potenziali nodi problematici della norma, si rende opportuno procedere

alla scomposizione ideale della sua formula legislativa al fine di inquadrarne l'esatto contenuto.

IV.XII IL MECCANISMO DI TUTELA REALE

Secondo le indicazioni di Autorevole dottrina, l'operazione di scomposizione dell'azione di tutela reale nelle sue varie componenti, conduce all'individuazione di un *impianto tecnico* costituito da:

- A) un'azione di inadempimento a carattere speciale¹⁸⁶;
- B) un'azione di manutenzione del rapporto di lavoro¹⁸⁷.

Se dovessimo stabilire gli obiettivi cui tende la prima delle due azioni, potremmo affermare che essi riguardano:¹⁸⁸

- l'accertamento negativo della illegittimità del licenziamento;
- l'accertamento positivo della continuità del rapporto di lavoro;

¹⁸⁶ A. Proto Pisani, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in M. De Luca, M.D'Antona, A. Proto Pisani, C.M. Barone, O. Fanelli, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali (legge 11 maggio 1990, n. 108)*, in *FI*, 1990, V, p.371; G. Massetani, *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, in *FI*, 1989, I, p. 841;

¹⁸⁷ M.D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, p. 115 ss; U. Natoli, *Evoluzione e involuzione del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1967, I, p. 207;

¹⁸⁸ M. D'Antona, *Tutela reale nel posto di lavoro*, *op. cit.*, p. 6;

- la condanna datoriale al pagamento di un'indennità commisurata alle retribuzioni non corrisposte per effetto del licenziamento;

Diversamente, l'azione di manutenzione tende a realizzare i seguenti¹⁸⁹:

- la condanna, di carattere *inibitorio*, alla reintegrazione del soggetto nel posto di lavoro;
- la condanna *in futuro* al pagamento di un'indennità commisurata alle retribuzioni globali di fatto fino al momento dell'effettiva reintegrazione.

È bene comprendere che le due azioni indicate sono frutto di una scomposizione della norma dell'art. 18 condotta soltanto a livello ideale. Esse sono, infatti, racchiuse all'interno della sola ed unica azione volta a promuovere l'impugnazione del licenziamento. La scissione del contenuto di tale azione in più parti si rende, tuttavia, opportuna al fine di consentire una coerente ricostruzione del meccanismo di tutela da essa apprestato.¹⁹⁰ Occorre considerare, in tal senso, che “*la tutela reale è per definizione plurireattiva ed incide in senso diacronico sulla crisi di funzionalità del rapporto di lavoro provocata dal licenziamento illegittimo, puntando all'integrale eliminazione della situazione antigiuridica*” (M. D'Antona)¹⁹¹.

Soffermiamoci a considerare come ciò avvenga.

¹⁸⁹ *Ibidem*;

¹⁹⁰ In giurisprudenza, sulla autonomia dell'azione risarcitoria rispetto alla reintegrazione v. Cass., 19 luglio 1985, n. 4287, in *GC*, 1985, I, p. 3023;

¹⁹¹ M.D'Antona, *Tutela, op. cit.*, p.6;

In merito alla tutela reale si è detto che il legislatore, a differenza di quanto accade nell'ambito della tutela obbligatoria, assoggetta al medesimo regime giuridico le tre diverse situazioni di inefficacia, annullabilità e nullità del licenziamento, le quali, invece, nel diritto delle obbligazioni producono effetti ben differenziati. In questo senso l'art. 18 statuisce che il giudice, quando dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'art. 2 l. 604, o annulla il licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo, ovvero ne dichiara la nullità, dispone un doppio ordine di conseguenze giuridiche:

- a) **per il futuro** ordina la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ed il pagamento dell'indennità fino ad avvenuto ripristino effettivo del rapporto;
- b) **per il periodo anteriore** alla sentenza condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore, per effetto del licenziamento illegittimo, commisurandolo nel minimo a cinque mensilità di retribuzione.

Sebbene l'innovazione più rilevante introdotta dalla legge n. 108/90 sia consistita nell'aver attribuito al lavoratore il potere, unilaterale ed insindacabile, di optare per il pagamento di un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione, in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro, tale legge ha anche modificato la struttura dell'obbligazione per il c.d. periodo intermedio¹⁹², promuovendone un'articolazione più ampia.

¹⁹² Con tale espressione si usa indicare il periodo ricompreso tra la data di intimazione del licenziamento e quella di effettivo ripristino, in termini anche fattuali, del rapporto di lavoro interrotto;

Mentre in precedenza lo spartiacque era rappresentato dalla sentenza, prima della quale era espressamente dovuto un risarcimento e, successivamente una somma corrisposta a titolo di retribuzioni (spettanti in considerazione dell'ormai ricostituito rapporto e quindi della sua ulteriore perduranza), nel nuovo testo si afferma che è dovuta un'indennità risarcitoria commisurata a tutte le retribuzioni perdute dal momento del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione¹⁹³. Non solo, la condanna, puntando alla ricostruzione integrale degli effetti del rapporto, sancisce anche la ricostruzione della posizione previdenziale del soggetto.

In riferimento alla sussistenza di un obbligo contributivo sulle somme versate per l'illegittimo recesso datoriale, occorre considerare quanto già espresso dalla Corte Cost. prima della riforma (sia pure nell'ambito di una dichiarazione di infondatezza della censura costituzionale stessa), e precisamente che l'incapacità dell'atto di recesso di incidere sul rapporto lavorativo determina automaticamente il permanere del vincolo assicurativo e contributivo (Corte Cost. 86/7).

La normativa indicata, dunque, non solo ha apportato modifiche sostanziali all'apparato sanzionatorio nell'area della tutela reale, così eliminando lo spartiacque prima sussistente, ma ha soprattutto conferito al lavoratore il potere di scegliere fra l'effettiva riammissione nel posto di lavoro e la percezione di un'indennità sostitutiva di ammontare specifico (pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto).

Rinviando ad un momento successivo la trattazione di questo tema, ci disponiamo ad affrontare il problema

¹⁹³ O. Mazzotta, *Diritto del lavoro 3*, Trattato di diritto privato, G. Iudica e P. Zatti (a cura di), Giuffrè, 2002, p. 614;

riguardante la qualificazione dell'invalidità del licenziamento intimato nell'area di tutela reale. Si consideri, al riguardo, che malgrado la possibilità di operare alcune connessioni, il tema dell'indagine resta distinto dal quello, già trattato, dell'invalidità di un licenziamento affetto da vizio formale: il riferimento è al recesso inefficace *ex art. 2, L. 604*, cui non sia applicabile l'art. 18 St.

IV.XIII L'INVALIDITÀ DEL LICENZIAMENTO

In merito alla qualificazione dell'invalidità del licenziamento, tema sul quale la novella del 1990 non è intervenuta, si profilano in generale due tesi radicali.

Nell'attuale formulazione dell'art. 18, così come in quella precedente, è sancita l'**unificazione del regime sanzionatorio** applicabile al licenziamento, e ciò a prescindere dalla qualificazione dell'invalidità in termini di inefficacia (licenziamento viziato nella forma), nullità (licenziamento discriminatorio) o annullabilità (licenziamento privo di ragione giustificatrice). A differenza di quanto non avvenga nel diritto delle obbligazioni le tre diverse forme di invalidità producono, quindi, i medesimi effetti di carattere giuridico. Questa peculiare unificazione ha indotto gli interpreti a domandarsi "*se essa fosse stata operata nell'intenzione del legislatore, sul versante della nullità o su quello dell'annullabilità*".¹⁹⁴

Dal punto di vista tecnico, la scelta tra l'una e l'altra soluzione produce, in effetti, conseguenze alquanto significative. Se il licenziamento è soltanto annullabile, anziché nullo, esso è produttivo di effetti estintivi fino

¹⁹⁴ O. Mazzotta, *Diritto del lavoro* 3, *op. cit.*, p. 679;

all'emanazione della sentenza costitutiva dell'annullamento. Ne consegue la necessità di tenere comunque distinto il periodo precedente da quello successivo all'emissione del provvedimento giudiziale. In questo senso, se pure è vero che l'annullamento opera *ex tunc*, e dunque con effetti retroattivi¹⁹⁵, è altrettanto vero che proprio il carattere costitutivo della sentenza impone la necessità, da un punto di vista logico, di considerare diversamente i due periodi. Nel primo, in particolare, che va dal licenziamento alla sentenza il rapporto è da considerarsi effettivamente estinto, con la conseguenza che il lavoratore non matura il diritto alla retribuzione. Invece, una volta ricostituito con effetto retroattivo il rapporto, il lavoratore ha diritto al risarcimento dei danni provocati dal licenziamento invalido, i quali tendenzialmente coincidono con l'ammontare delle retribuzioni mancate a causa dell'interruzione illegittima del rapporto.¹⁹⁶

Qualora si sostenga, invece, che l'unificazione del regime operata dall'art. 18 abbia prodotto il risultato di ricondurre l'invalidità del licenziamento nell'alveo della nullità, si dovrà pervenire a conseguenze opposte.

In base a tale ipotesi ricostruttiva, infatti, il recesso datoriale non avrebbe alcun effetto estintivo, *medio tempore*, limitandosi a produrre, semmai, un'interruzione della funzionalità materiale del rapporto. In dottrina si

¹⁹⁵ Tali effetti sono da riferire in particolare al decorso dell'anzianità e dei diritti ad essa connessi, inclusi quelli previdenziali;

¹⁹⁶ E' questa la tesi di M. Napoli, il quale insiste nel qualificare il licenziamento ingiustificato come annullabile, anche dopo la novella del 1990. Egli ritiene, infatti, che l'unificazione del periodo operata dal nuovo art. 18 abbia avvalorato la sua tesi. V. M.Napoli, *Licenziamenti, Digesto*, IV ed., vol. IX, Commerciale, Utet, Torino, 1993, p, 183;

sostiene che tale soluzione sia avvalorata dalla stessa novella dell'art. 18 la quale, riunendo in uno soltanto i due periodi considerati, non farebbe che ricostruire in forma integrale gli effetti del rapporto tra le parti.¹⁹⁷ Ricondurre l'invalidità del licenziamento al regime della nullità equivale, in sostanza, ad affermare l'ideale continuità del rapporto lavorativo sul piano giuridico, e dunque la sua mancata interruzione.

Valutiamo, qui di seguito, le principali posizioni dottrinali e giurisprudenziali che si profilano sul tema.

IV.XIV IPOTESI RICOSTRUTTIVE SULLA NATURA DELL'INDENNITÀ RISARCITORIA

Sebbene la nuova formulazione dell'art. 18 lasci propendere per la soluzione della nullità del licenziamento affetto da invalidità, essa fa sorgere invece problemi interpretativi di una certa rilevanza rispetto al titolo del risarcimento ed alla qualificazione del suo regime. Sul tema, uno dei problemi più spinosi che si sono profilati in dottrina nell'arco del tempo riguarda l'esatta natura delle attribuzioni relative al periodo intermedio.

Il 4° comma dell'art. 18 sancisce che l'indennità “è commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione” ed, inoltre, che “in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto”.

¹⁹⁷ La tesi che riconduce alla nullità gli effetti del licenziamento invalido è espressa da G.F. Mancini, *Reintegrazione nel posto di lavoro*, in G. Ghezzi, G.F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Statuto dei lavoratori. Commentario del codice civile*, Scialoja e Branca (a cura di), Zanichelli- Il Foro Italiano, Bologna- Roma, sub art. 18;

Definire la soluzione al problema è importante poiché in funzione della natura assegnata alle attribuzioni si stabilisce il criterio da impiegare nella quantificazione delle somme dovute (in sostanza, se sia quello determinativo del danno o, piuttosto, quello della retribuzione).

Sebbene la totalità delle opinioni espresse sul tema siano concordi nell'affermare che il licenziamento nullo è improduttivo di effetti, e come tale inidoneo ad incidere sulla continuità del rapporto, giurisprudenza e dottrina restano diversamente orientate nel definire le conseguenze prodotte sulle obbligazioni datoriali da un licenziamento nullo. Si tratta, in sostanza, di stabilire il titolo delle attribuzioni da corrispondere *ex art.* 18.

Prima di considerare ciascuno dei vari pareri espressi sul tema, è opportuno individuare le due macroaree di riferimento.

Fondamentalmente, per chi assegna titolo retributivo¹⁹⁸ alle attribuzioni in parola, il risarcimento svolge una **funzione reintegratoria** delle utilità perdute in relazione a tutto il periodo intermedio, con la conseguenza di configurare la somma in termini di danno emergente (si aggiunge, peraltro, la **funzione sanzionatoria** del minimo di cinque mensilità di retribuzione comunque spettanti). Cerchiamo di comprendere meglio i contenuti di questa ricostruzione dottrinale.

In base ad essa il datore di lavoro risponde del licenziamento nullo a titolo di inadempimento degli obblighi primari retributivi: non avendo il licenziamento estinto il rapporto, sono dovute al lavoratore tutte le retribuzioni maturate in conseguenza della ininterrotta

¹⁹⁸ M.D'Antona, *Tutela del posto di lavoro, EGT*, vol. XXXI, 1994;

prosecuzione del rapporto. Malgrado la corrispettività tra retribuzione e prestazione lavorativa, l'obbligazione retributiva non si è estinta, poiché la mancata esecuzione della prestazione non è frutto di un inadempimento imputabile al prestatore di lavoro e neanche all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, ma ad un atto invalido (il recesso nullo) imputabile al datore di lavoro, con il quale l'esecuzione del rapporto è stata di fatto interrotta. Dall'obbligazione retributiva primaria inadempita si fa derivare l'obbligazione del datore di lavoro di risarcire il lavoratore per il danno subito. Tuttavia, proprio la natura retributiva che tale ricostruzione assegna alle attribuzioni patrimoniali, fa sì che la responsabilità datoriale assuma una portata più restitutoria che risarcitoria. Il risarcimento dovrà allora contenere in primo luogo proprio le retribuzioni alle quali il lavoratore ha diritto. Peraltro, secondo un'opinione che trova largo credito in giurisprudenza, dalla liquidazione del danno non è possibile escludere la *compensatio lucri cum damno*, con la conseguenza che la misura del risarcimento può essere ridotta in relazione a quei guadagni del lavoratore che trovino causa immediata nel venir meno della collaborazione col datore recedente. Il riferimento è ai guadagni che il lavoratore abbia conseguito occupandosi altrove.

Tale elaborazione che assegna titolo retributivo alle attribuzioni patrimoniali considerate, mette in evidenza come il risarcimento svolga una **funzione reintegratoria** delle utilità perdute (per l'intero periodo intermedio: passato e futuro). Si spiega così la configurazione in termini di danno emergente, sopra riferita.

A tale impostazione se ne affianca principalmente un'altra, secondo cui il lavoratore illegittimamente licenziato non avrebbe diritto a conseguire le retribuzioni perse, bensì un

vero e proprio risarcimento (eventualmente commisurato alle mancate retribuzioni, ma comunque calcolato secondo i principi generali relativi al risarcimento). Quanto alla fase di mancata attuazione del rapporto, tale diverso orientamento intende la posizione delle parti in termini di *mora accipiendi*, offrendone, peraltro, ricostruzioni tra loro differenziate.¹⁹⁹ Pur partendo dal dato comune dell'estromissione del lavoratore dall'impresa come illegittimo rifiuto della cooperazione creditoria, alcuni assegnano alle attribuzioni patrimoniali carattere **meramente risarcitorio** (di ristoro, per equivalente, del lucro cessante)²⁰⁰, altri, invece, **carattere reintegratorio** delle utilità perdute, ritenendo che la mora non escluda, in riferimento al recesso datoriale invalido, la permanenza dell'obbligo retributivo in capo al creditore inadempiente²⁰¹.

Mediante il ricorso all'istituto della mora *credendi* (ex art. 1206 ss. c.c.) la posizione del lavoratore licenziato è equiparata a quella del debitore che costituisce in mora il creditore che illegittimamente *accipere* di ricevere la prestazione offerta (artt. 1210 e 1217 c.c.), rifiutando così

¹⁹⁹ Si può rinviare alla rassegna critica delle diverse opinioni in materia di V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992, p. 293 ss.;

²⁰⁰ E' questa la tesi di G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965, Giuffrè, Milano; condivisa da G.F. Mancini, *Reintegrazione, op. cit.* Si esprimono, invece, criticamente sul ricorso all'istituto della mora del creditore M.V. Ballestrero, in *I licenziamenti*, F. Angeli, 1975, Milano e M. Napoli, in *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, F. Angeli, 1980, Milano;

²⁰¹ E. Ghera, F. Liso, *Mora del creditore (dir. lav.)*, (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Giuffrè, 1976, Milano. Peraltro, tale versione non pare più sostenibile alla luce del novellato art. 18 St.;

quella cooperazione all'adempimento della quale è onerato (non obbligato). Per quanto il ricorso all'istituto della *mora credendi* non comporti conseguenze univoche, secondo l'autorevole dottrina che lo ha a suo tempo proposto²⁰², l'effetto della costituzione in mora è il risarcimento del danno che deriva al lavoratore dall'essere stato messo in condizioni di non poter adempiere la propria prestazione, perdendo così il diritto alla retribuzione corrispettiva.

IV.XV LA NATURA DELL'INDENNITÀ RISARCITORIA

Malgrado le semplificazioni fin qui operate per chiarezza espositiva, le posizioni espresse dalla dottrina riguardo al tema trattato sono alquanto differenti, e ciò in considerazione del diverso modo di intendere il concetto di corrispettività nel contratto di lavoro.

Si rilevano in particolare quattro orientamenti.

Secondo una prima impostazione, il legislatore avrebbe collegato le attribuzioni al **danno effettivo** subito dal lavoratore.²⁰³ Il termine di riferimento per operare simile valutazione sarebbe da ricercare nel valore delle retribuzioni non corrisposte. Con la peculiarità di ammettere, però, una gradazione del *quantum* sulla base delle disposizioni dettate dal Codice civile in tema di danno. A conferma del valore di simile ricostruzione vi sarebbe la lettera stessa della norma, che tutto sommato

²⁰² vedi i riferimenti indicati alla nt. 201;

²⁰³ Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, in *EGL*, fondata da Mazzoni, diretta da G. Suppiej, V bis, Padova, 1993, p. 58 ss; U. Romagnoli, *La tutela contro i licenziamenti: un passo avanti e due indietro?*, in *RTDPC*, 1990, I, p. 1217 ss; De Angelis, *La giurisprudenza sulla reintegrazione del lavoro al primo impatto con la l. n. 108 del 1990*, in *FI*, 1990, I, c. 2272. In giur. v. Trib. Monza 28.01.1993, *RCDL*, 1993, p. 678;

parla di risarcimento del danno “subito” (v. art. 18, 4°c.). Ne conseguirebbe la possibilità di recuperare tutta quanta l’elaborazione giurisprudenziale precedente alla riforma, riferita alle somme da corrispondere fino alla sentenza di reintegra (prima termine temporale dello spartiacque). Simile prospettiva **totalmente risarcitoria** delle attribuzioni riferite al periodo intermedio, consentirebbe, proprio in quanto tale, la detraibilità dell’*aliunde perceptum*²⁰⁴, nonché dell’*aliunde percipiendum*, ex art. 1227 c.c., c.2, determinati in funzione delle attitudini professionali del soggetto, della sua età e della contingente situazione di mercato²⁰⁵. Tuttavia, sarebbe lasciata in mano al lavoratore la possibilità di far valere un eventuale maggior danno²⁰⁶, in aggiunta al danno da svalutazione subito. In termini di distribuzione di carico probatorio, spetterebbe al datore di lavoro dimostrare *l’aliunde perceptum e percipiendum*²⁰⁷, ed al lavoratore fornire la prova del maggior danno subito²⁰⁸.

²⁰⁴ Si veda a tale proposito Cass. 92/12498; Cass. 90/3686; Cass. 90/1895; Cass. 90/969, nonché Dell’Olio, *MGL*, 1986, p. 291, secondo il quale si verificherebbe altrimenti un ingiusto arricchimento. In senso contrario v. Cass. 90/5045; Cass. 88/5464; Cass. 87/6624, con nota di Petrelli, *GI*, 1989, I, 1, 381, secondo cui non sussiste alcun nesso causale tra guadagno esterno ed illecito contrattuale;

²⁰⁵ Cass. 89/5645; Cass. 87/585; Cass. 85/6052; Cass. 5/305;

²⁰⁶ Cass. 90/3686; Cass. 90/1895; Cass. 89/473;

²⁰⁷ In riferimento al primo v. Cass. 92/12498; Cass. 90/7380; Cass. 90/3696. Contra v. Cass. 91/425, secondo cui starebbe al lavoratore che invochi un risarcimento superiore al minimo legale provare di non aver trovato altra occupazione, non operando alcuna presunzione di danno oltre le cinque mensilità di legge. Relativamente *all’aliunde percipiendum* v. Cass. 87/8646; Cass. S.U. 85/2762. Contra, Cass. 83/2586;

²⁰⁸ Cass. 92/12498; Cass. 83/4088;

In riferimento a questa prima ricostruzione dottrinale è stato mosso il rilievo che ricondurre la quota indennitaria ad un regime integralmente risarcitorio comporta la riduzione della forza coercitiva dell'obbligo di "retribuzione", in caso di mancata reintegra. Pertanto, le regole civilistiche sulla quantificazione del danno non dovrebbero trovare applicazione (almeno) in relazione al periodo successivo alla sentenza²⁰⁹.

Soffermiamoci ora sulla seconda elaborazione teorica.

Secondo tale indirizzo il nuovo art. 18 configurerebbe, al pari del vecchio testo, un **sistema risarcitorio di diritto speciale**²¹⁰. Esso sarebbe fondato sulla *tendenziale* corrispondenza tra retribuzione persa e ristoro economico, quanto al periodo precedente alla sentenza, e sul valore delle retribuzioni vere e proprie quanto al periodo successivo²¹¹. Detto in altri termini, rispetto al periodo precedente alla sentenza, si renderebbe possibile dedurre dalla somma dovuta quanto il lavoratore abbia percepito impiegandosi altrove (mediante un'attività lavorativa equivalente). Quanto, invece, al risarcimento riferito al periodo successivo alla sentenza, esso sarebbe da considerare intangibile e di ammontare pari alle retribuzioni non corrisposte. A tale proposito occorre

²⁰⁹ Così Garofalo, in *RGL*, I, p. 169; A. Niccolai, *Gli effetti del licenziamento individuale illegittimo*, in *LD*, 1992, p. 119 ss;

²¹⁰ Così D'Antona, *Licenziamento illegittimo e prova del danno: la stabilità "economica" del rapporto di lavoro secondo le sezioni unite*, in *FI*, 1985, I, p. 2247; Id., *Licenziamento illegittimo, effetti retributivi della "crisi di funzionalità" del rapporto di lavoro e contribuzione previdenziale*, in *FI*, 1986, I, p. 1785; Mazzotta, *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo fra "sanzione" e "adempimento"*, in *FI*, 1978, I, p. 2165;

²¹¹ Prima della riforma vedi in questo senso, Cass. S.U. 82/1669; Cass. 89/3013;

precisare che il valore della condanna in futuro, a cui si riferisce il comando relativo al periodo successivo alla sentenza, è condizionato al compimento di un illecito di parte datoriale, ossia all'inottemperanza all'ordine di reintegrazione emesso dal giudice. Ne consegue, che il risarcimento svolge, in quest'ambito, una funzione diversa da quelle sopra indicate, e precisamente quella (non risarcitoria) di **coazione indiretta** dell'obbligo datoriale di reintegrare (così derogando alla regola generale di effettività del danno)²¹².

In definitiva, il perdurare dello spartiacque permetterebbe di conformare il risarcimento all'effettivo danno nel periodo precedente alla sentenza, e di conservare il carattere sanzionatorio, oltre che ristoratorio, delle retribuzioni *post sententiam*²¹³.

Una prospettiva di questo tipo viene indicata, per le ragioni esposte, come **parzialmente risarcitoria**.

Si aggiunge, poi, una terza elaborazione dottrinale, di stampo minoritario, in virtù della quale la "commisurazione" del risarcimento alla retribuzione perduta (*ex art. 18*) porrebbe in essere una forma di **indennità legalmente forfezzata**²¹⁴. Ossia una

²¹² M.D'Antona, *Tutela reale nel posto di lavoro*, in *EGT*, vol. XXXI, 1994;

²¹³ V. M.D'Antona, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali (legge 11 maggio 1990, n. 108): La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *FI*, 1990, V, cc. 356 ss; O.Fanelli, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali (legge 11 maggio 1990, n. 108): orientamenti giurisprudenziali e nuova disciplina*, in *FI*, 1990, V, p. 381 ss; Bianchi D'Urso, in *MGL*, 1991, p. 338 ss; E.Ghera, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, in *LD*, 1992, p. 463 ss;

²¹⁴ M.Napoli, *La tutela reale contro i licenziamenti*, in Carinci F. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti*, p. 129 ss; G.Loy, *I mezzi*

determinazione legale forfettaria del danno nella misura dell'intero ammontare della retribuzione globale di fatto. Ne deriverebbe l'impossibilità di applicare i criteri civilistici per la quantificazione del risarcimento, e con ciò l'esclusione, non solo della deducibilità dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum*²¹⁵, ma anche della risarcibilità dell'eventuale ulteriore pregiudizio. Com'è facile dedurre, una prospettiva simile realizza l'avvicinamento sostanziale del meccanismo sanzionatorio della tutela reale all'apparato del regime obbligatorio, il quale si caratterizza per la predeterminazione di un'indennità (tramite la definizione di un tetto massimo ed uno minimo) non modulabile in base alle regole sul risarcimento per inadempimento contrattuale. Rispetto a tale opinione la novella del 1990 avrebbe il pregio di rendere *“finalmente esplicito il senso complessivo della prevista responsabilità risarcitoria, consentendo di individuarne il fondamento nell'illegittima estromissione del lavoratore dal posto di lavoro: prima della sentenza, per effetto del licenziamento invalido; successivamente al licenziamento stesso, in conseguenza dell'illecito comportamento di inottemperanza all'ordine di*

di tutela: la reintegrazione ed il risarcimento, in Loy (a cura di), *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, p. 57. In senso contrario vedi particolarmente M.D'Antona, *op. cit.*, F.Tosi, *Il nuovo regime della cosiddetta tutela reale*, in M. De Cristofaro, *I licenziamenti individuali*, p. 55 ss;

²¹⁵ Così G. Ferraro, Art. 1 *Reintegrazione*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti individuali. Commento alla legge 11 maggio 1990*, n. 108, ESI, Napoli, p. 54 ss.; vedi anche V. Napolitano, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, p. 197 ss. ove l'Autore sostiene la tesi per cui la retribuzione rappresenta il limite minimo al di sotto del quale non si può scendere;

reintegrazione” che impedisce il ripristino della collaborazione materiale tra le parti.²¹⁶

Come si vede, mentre per le prime due elaborazioni, che insieme godono di maggior credito, la retribuzione costituisce “soltanto” un parametro in base al quale calcolare il risarcimento del danno, per quest’ultima, indicata come minoritaria, essa definisce l’ammontare preciso da corrispondere.

Per inciso, riguardo all’opinione prevalente (espressa dalle due impostazioni sopra riferite)²¹⁷ è opportuno considerare che secondo alcuni la prevista “commisurazione” dell’indennità alla retribuzione esprime l’intenzione del legislatore di voler indicare nelle retribuzioni perdute un criterio “reale” di commisurazione del danno: reale in quando riferito al valore oggettivo della prestazione inadempita a causa del recesso datoriale e non al criterio differenziale della perdita patrimoniale subita dal lavoratore. Ne consegue che, confermata l’applicazione del principio generale sull’effettività del danno, per il periodo precedente la sentenza, può essere dedotto quanto il lavoratore abbia altrimenti percepito impiegandosi altrove. Al contrario, resta intangibile (e di valore pari alle retribuzioni non corrisposte) il risarcimento per il periodo successivo alla sentenza. Con la precisazione che, esprimendo tale provvedimento una condanna in futuro (condizionata alla mancata ottemperanza del datore di lavoro all’ordine giudiziale), esso assolve anche ad una

²¹⁶ S. Liebman, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *I licenziamenti individuali*, in *QDLRI*, n. 26, p. 37;

²¹⁷ Questa soluzione che sostanzialmente ripropone la separazione tra i due periodi *ante e post sententiam*, è stata a lungo sostenuta da un diffuso consenso giurisprudenziale. Vedi riferimenti nel paragrafo successivo;

funzione non risarcitoria di coazione indiretta dell'obbligo di reintegrazione.²¹⁸

Resta, infine, isolata la posizione di un Autore²¹⁹ secondo il quale, nel contenuto dell'art. 18 si potrebbe configurare un **cumulo tra retribuzione e danni**, dal momento che il datore di lavoro è, o può essere messo, in mora e pertanto è tenuto a retribuire secondo i principi civilistici, oltre che a risarcire, secondo quanto stabilito dalla norma di diritto speciale.

IV.XVI IL QUADRO GIURISPRUDENZIALE

Al fine di tracciare l'evoluzione giurisprudenziale relativa all'istituto considerato si rende opportuno operare una suddivisione temporale.

Prima della novella del 1990, la prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione, basandosi sulla formulazione dell'art. 18, manteneva distinto il regime giuridico delle attribuzioni patrimoniali, qualificando come **risarcitorio in senso tecnico**, quello relativo al periodo precedente alla sentenza di reintegrazione, e come, invece, **retributivo** quello riferito alle attribuzioni del periodo successivo ad essa.

Al contrario, l'elemento sul quale i giudici mantenevano posizioni discordi era il fondamento dell'obbligo retributivo, ossia della somma da corrispondere per il periodo successivo alla sentenza.

In un primo tempo le S.U. (sentenza n. 1669/1982) avevano ritenuto che le retribuzioni relative a tale periodo

²¹⁸ M.D'Antona, *Tutela reale nel posto di lavoro*, in *EGT*, vol. XXXI, 1994;

²¹⁹ D.Garofalo, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, in Curzio-Savino (a cura di), *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, p. 53 ss.;

avessero titolo non nell'illegittimità del licenziamento (come il risarcimento relativo al primo periodo), ma piuttosto nella sentenza che ordinava la reintegrazione: ordine al quale la Corte attribuiva una funzione di **sanzione compulsiva**, di esecuzione indiretta del ripristino del rapporto. In seguito le stesse S.U. (sentenza 2925/1988) avevano, invece, fondato il diritto del lavoratore alla retribuzione, anche in assenza di reintegrazione, sulla *“riaffermata vigenza della lex contractus e sulla ininterrotta continuità del rapporto di lavoro con la correlativa equiparazione dell'effettiva utilizzazione delle energie lavorative del dipendente alla mera utilizzabilità di esse, in relazione alla disponibilità del lavoratore, ove richiesto, a riprendere servizio”*. La Corte riteneva, quindi, che il divario tra prestazioni effettivamente rese o solo messe a disposizione dovesse ricadere sul datore di lavoro che, restando inottemperante all'ordine, si era posto in stato di *mora credendi*.

La soluzione in termini retributivi anziché risarcitori delle somme erogate dal datore di lavoro che non avesse reintegrato il lavoratore aveva condotto la S.C. a concludere per la non ripetibilità di esse in caso di riforma in appello della sentenza. Così mentre le somme pagate a titolo di risarcimento per il licenziamento illegittimo dovevano essere restituite dal lavoratore a seguito della sentenza di riforma (essendo venuto meno il titolo di risarcimento), le somme corrisposte a titolo di retribuzione non dovevano essere restituite neppure nel caso in cui, non avendo il datore di lavoro provveduto alla reintegrazione, al lavoratore fosse stato impossibile adempiere.

A seguito della novella del 1990, la soluzione in termini di irripetibilità delle somme erogate dopo la sentenza, in caso

di mancata reintegra, venne mantenuta.²²⁰ Il titolo del risarcimento veniva nuovamente ricondotto non alla continuità del rapporto ma all'inottemperanza all'ordine di reintegra. Inoltre, alle attribuzioni patrimoniali veniva ancora attribuita natura retributiva.

L'orientamento interpretativo della S.C. è mutato a partire dalla sentenza n. 8263 del 2000, alla quale hanno fatto seguito un numero significativo di decisioni conformi.²²¹

Posto che la nuova formulazione dell'art. 18 elimina la distinzione del periodo intermedio in due fasi, il ragionamento che la Corte segue può essere così riassunto:

- tutte le somme corrisposte in esecuzione della sentenza contenente l'ordine di reintegrazione costituiscono esclusivamente risarcimento del "danno ingiusto" subito dal lavoratore per l'illegittimo licenziamento;
- la commisurazione del danno alla somma equivalente alle retribuzioni globali di fatto non percepite funge da "mero parametro" di liquidazione del danno da risarcire;
- anche le somme corrisposte al lavoratore che non sia stato reintegrato derivano direttamente dalla sentenza che annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro a riammettere in servizio il lavoratore;

²²⁰ Cass. 14 maggio 1998, n. 4881, in *MGL*, 1998, p. 671; Cass. 10 dicembre 1999, n. 13854, *RIDL*, 2000, II, p. 565;

²²¹ Cass. 1° aprile 2003, n. 4943, in *ADL*, 204, p. 397 ss. con nota di Valentini, *Reintegrazione nel posto di lavoro e riforma della sentenza in appello*, in *ADL*, p. 161; Cass. 21 febbraio 2004, n. 3509, in *DL*, 2004; Cass. 13 gennaio 2005, n. 482, in *RIDL*, 2006, II, p. 142, con nota di Mosca; Trib. Genova 22 settembre 2005, *ivi*, p. 149, con nota di Mariani;

- “l’ordine di reintegrazione non è una nuova ed autonoma fonte di diritti sostanziali, poiché esso deriva dalla sentenza dichiarativa dell’illegittimità del licenziamento, per cui, riformata la sentenza che così abbia statuito, deve venir meno anche l’ordine di reintegrazione nel posto di lavoro”²²²;
- “venendo a cadere l’illecito ascritto al datore di lavoro e non sussistendo più l’obbligo di risarcimento a suo carico, tutte le somme percepite dal lavoratore perdono il titolo legittimante e debbono essere di conseguenza restituite fin dal momento della riforma”²²³.

Così argomentando la S.C. mostra di aderire compiutamente alla tesi che attribuisce alla “indennità”, di cui al comma 4 dell’art. 18, natura esclusivamente risarcitoria. Il passaggio decisivo per arrivare a simile conclusione è la qualificazione del licenziamento illegittimo come illecito civile (con la conseguente rilevanza dell’elemento soggettivo ai fini della responsabilità per l’ingiusto danno).

Ciò che occorre valutare è che sebbene dottrina e giurisprudenza siano concordi nel considerare il licenziamento illegittimo quale fonte del danno subito dal lavoratore, esse divergono sul titolo da assegnare alla responsabilità risarcitoria datoriale. La definizione di tale aspetto è, peraltro, fondamentale se si considera che in funzione del titolo si stabilisce il criterio di imputazione della responsabilità e la quantificazione stessa del danno. Le soluzioni prospettabili al riguardo sono fondamentalmente due. Si tratta, infatti, di stabilire se il

²²² Cass. 13 gennaio 2005, n. 482, *cit.*;

²²³ Cass. 1° aprile 2003, n. 4943, *cit.*;

datore di lavoro risponda per aver leso l'interesse del lavoratore a non essere "ingiustamente licenziato" (ciò che integra un'ipotesi di responsabilità da fatto illecito, ex art. 2043 c.c.), o se piuttosto debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale, per non aver adempiuto alle proprie obbligazioni negoziali, interrompendo illegittimamente l'esecuzione del rapporto di lavoro. In questa seconda evenienza, le retribuzioni perse dal lavoratore a causa dell'illegittima interruzione del rapporto rappresenterebbero il parametro "reale" del risarcimento del danno, poiché permarrebbe l'identità giuridica tra l'obbligazione originariamente dovuta e quella sorta a seguito del comando giudiziale.²²⁴ Nel primo caso, invece, la retribuzione non corrisposta costituirebbe solo un parametro di riferimento, essendo il titolo del risarcimento sganciato dalla vigenza della *lex contractus*: tant'è vero che pur a fronte di un licenziamento illegittimo il datore andrebbe esente da responsabilità se, in capo ad egli, non fosse configurabile l'elemento soggettivo della colpa (si pensi al caso in cui sia stato indotto in errore da un accertamento medico, poi rivelatosi infondato, attestante la sopravvenuta inidoneità del lavoratore ai sensi dell'art. 5 St.).

La Cassazione di recente ha fatto propria tale impostazione sostituendo alla ricostruzione del risarcimento in termini di responsabilità contrattuale quella in termini di responsabilità aquiliana. Ne è prova il riferimento operato dai giudici nel trattare questo tema alla figura dell'"illecito civile" ed a quella del "danno ingiusto".

Più nello specifico, la Suprema Corte ha chiarito un punto fondamentale in merito agli effetti della declaratoria

²²⁴ Così M.V.Ballestrero, *La stabilità nel diritto vivente. Saggi su licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Giappichelli, 2009, p. 141;

giudiziale di illegittimità del recesso datoriale, stabilendo che essa “*non determina automaticamente la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno nella misura stabilita dal quarto comma, con esclusione di ogni rilevanza dei profili del dolo e della colpa nel comportamento del recedente*”.²²⁵ In definitiva, non è possibile configurare simile evenienza in termini di responsabilità oggettiva. Trova, tuttavia, applicazione la “sanzione” delle cinque mensilità, da intendersi come penale da riferire al carattere invalido del licenziamento. Sempre all’interno della stessa pronuncia si è precisato che il difetto di colpa del datore di lavoro nel determinarsi al licenziamento (a seguito delle giustificazioni erronee fornite dal lavoratore circa la propria condotta in sede di procedimento disciplinare) pur non valendo di per sé ad escludere l’illegittimità del licenziamento (ove questo non risulti essere sorretto da una causa giustificatrice) possa tuttavia incidere sull’ulteriore domanda di risarcimento del danno subito dal lavoratore per la parte eccedente la misura minima garantita, consentendone la liquidazione in misura inferiore rispetto alla retribuzione di fatto globale dal giorno del licenziamento a quello dell’effettiva reintegrazione.

Si è stabilito, ancora, che, fermo restando il limite minimo legale, il risarcimento commisurato alle retribuzioni *medio tempore* non percepite, non sia dovuto allorché il datore di lavoro fornisca la prova che l’inadempimento consegue ad un’impossibilità della prestazione a lui non imputabile²²⁶.

²²⁵ Cass. 05/11401, *RIDL*, 2006, II, p. 640, con nota di Palla;

²²⁶ Cass. 04/8364, *Gius.*, 2004, 19, p. 3446; Cass. 04, 13, p. 2692; Cass. 02/10260; Cass. 00/9624; Cass. 00/9624; Trib. Modica 12.7.2000, *DL*, 2001, II, p. 327 con nota di Pietropaoli;

È del tutto verosimile ritenere che tale mutamento di indirizzo della S.C. sia da ricondurre ad un intervento della Corte Costituzionale la quale, esprimendosi in senso negativo rispetto al dubbio di costituzionalità avanzato sulla presunzione del danno minimo di cinque mensilità, ha affermato che *“la responsabilità risarcitoria del datore di lavoro per l’illegittimo licenziamento intimato in regime di tutela c.d. reale non si discosta dalla disciplina ordinaria, perché implica comunque, per il danno eccedente la suddetta misura minima, la sussistenza della colpa dello stesso, in mancanza della quale non c’è danno ulteriore risarcibile”*.²²⁷

Il riferimento espresso all’elemento soggettivo della colpa che la Corte opera a fronte di una disposizione che, al contrario, gli imputa senz’altro la responsabilità del licenziamento illegittimo (responsabilità oggettiva), sembra aver avviato un processo di alterazione del dato normativo che partendo dal risarcimento ha finito per travolgere l’intero significato della “tutela reale”. Con l’aggravante di favorire, peraltro, una significativa riduzione del costo del licenziamento.²²⁸

IV.XVII LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO

Il riferimento alla riduzione del costo del licenziamento ci introduce direttamente nei problemi relativi alla quantificazione dell’indennità risarcitoria. Ci disponiamo, quindi, a valutare i criteri di calcolo impiegati dalla giurisprudenza nella determinazione di tale somma. Il punto da cui partire è che, a seguito dell’entrata in vigore

²²⁷ Corte Cost. n. 420/1998;

²²⁸ Così Papa commentando Cass. 21 febbraio 2004, n. 3509, in *DL*, 2004, p. 142;

della l. n. 108/90 pare essersi affermato il principio secondo cui, per l'intero arco temporale che va dal licenziamento all'effettiva reintegrazione del lavoratore, trova applicazione la disciplina generale del risarcimento danni (art. 1218 c.c.)²²⁹.

Un elemento di specialità rispetto al regime ordinario tuttavia permane, ed è la garanzia del minimo di cinque mensilità di retribuzione. Essa è da intendere come una sorta di "penale" assistita da una presunzione assoluta di danno, con cui, secondo il giudizio della Corte Costituzionale, "*il legislatore ha operato un non irragionevole bilanciamento complessivo per il fatto di aver simmetricamente riconosciuto al datore di lavoro l'esercizio della facoltà di recesso, idonea ad incidere unilateralmente ed immediatamente nella sfera degli interessi del lavoratore*".²³⁰

Sebbene, in questo senso, le cinque mensilità costituiscano una forma di risarcimento forfettario ed irriducibile²³¹, occorre considerare che l'elemento costitutivo del diritto a percepire tale somma è da ricercare nell'interruzione effettiva del rapporto. Ne consegue che in caso di revoca del licenziamento da parte del datore di lavoro, che sia accettata dal lavoratore (ciò che produce l'effetto di ripristinare *de jure* il rapporto) questi non potrà giovare della presunzione del danno minimo.

Al di fuori di tale specifica ipotesi, vale il principio per cui se per il minimo delle cinque mensilità il danno è presunto, e dunque il regime del risarcimento è speciale, il risarcimento spettante nel complesso al lavoratore è

²²⁹ Cass. 00/11341; Trib. Milano 31.5.2001, *LG*, 2001, p. 943, con nota di Banzola;

²³⁰ Corte Cost. n. 420/1998;

²³¹ Cass. 5 dicembre 1997, n. 12366, in *RIDL*, 1998, II, p. 351;

assoggettato (dalla giurisprudenza) al regime ordinario. Così, eliminata la distinzione in fasi temporali (a seguito del *revirement* della Cassazione, di cui si è detto) ed unificato il titolo delle attribuzioni, la quantificazione del danno segue le stesse regole per tutto il periodo che va dal licenziamento all'effettiva reintegrazione del lavoratore.

Compriamo ora un passo in avanti.

Secondo un orientamento consolidato in giurisprudenza (e condiviso dalla dottrina prevalente) l'art. 18, commisurando l'indennità risarcitoria alla retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento non fa altro che stabilire una presunzione legale *semplice* circa l'entità del danno subito dal lavoratore. In considerazione della natura prettamente risarcitoria di tale indennità, la giurisprudenza ammette la possibilità di detrarre dall'ammontare della retribuzioni complessivamente maturate *l'aliunde perceptum*, in applicazione della regola della *compensatio lucri cum damno* (art. 1223 c.c.).²³² Ciò a condizione che il datore di lavoro sia in grado di provare che il lavoratore si sia *medio tempore* impiegato altrove, percependo la relativa retribuzione (in quanto reddito conseguito attraverso l'impiego della medesima capacità lavorativa non impegnata nell'attività cessata a causa del licenziamento illegittimo).²³³

Controversa è, invece, la questione della detraibilità dal risarcimento dell'indennità di disoccupazione percepita del lavoratore nel corso del periodo d'inattuazione del rapporto, in ragione del licenziamento. Su di essa in

²³² vedi fra le tante, Cass. 03/8492; Gius 03, 22, p. 2547; Cass. 02/10116; Cass. 02/2853; Cass. 01/12534; Cass. 98/2630;

²³³ Cass, 13 novembre 2007, n. 23565, in *RIDL*, 2008, II, p. 635, con nota di Baldieri; Cass. 20 febbraio 2003, n. 2529, in *MGL Rep.* 2003, p. 103;

passato si era registrato un orientamento favorevole alla detrazione²³⁴, sulla base dell'argomento che il vantaggio costituito dalla percezione dell'indennità di disoccupazione è conseguenza immediata e diretta del licenziamento, a nulla rilevando la diversità tra colui che è tenuto al suddetto risarcimento (il datore di lavoro) ed il soggetto tenuto ad erogare l'indennità di disoccupazione (l'INPS)²³⁵. Inoltre, la S.C. aveva affermato che sarebbe stato giuridicamente scorretto far lucrare al lavoratore un doppio ristoro di una situazione pregiudizievole sostanzialmente unica.²³⁶

Tale orientamento pare attualmente esser superato dalla considerazione della diversità dei titoli di erogazione (oltre che dei soggetti obbligati) tra indennità di disoccupazione e risarcimento del danno. Non ha quindi senso che l'indennità sia portata in detrazione poiché l'Istituto previdenziale potrà chiederne la restituzione a seguito della pronuncia giudiziale, essendo ormai venuto meno il presupposto sostanziale dell'erogazione (ossia lo stato di disoccupazione).²³⁷

La stessa difficoltà interpretativa si è posta in riferimento al trattamento pensionistico percepito dal lavoratore dopo il licenziamento illegittimo. Attualmente la Corte ne esclude la detrazione poiché devono reputarsi

²³⁴ Cass. 4 febbraio 1998, n. 1150, in *RIDL*, 1999, II, p. 189;

²³⁵ Cass. 96/2906, *RIDL*, 97, II, p. 873, con nota di Marino; Cass. 97/9483; contra Trib. Milano 14.03. 1998, *OGL*, 98, I, p.182; in dottrina Tarelli, *Il licenziamento individuale collettivo*, p. 56-7;

²³⁶ Cass. 29 marzo 1996, n. 2906, in *RIDL*, 1996, II, p. 873;

²³⁷ Cass. 06/18687, *RIDL*, 2006, 4, p. 1229, con nota di Cafiero; Cass. 06/18137 *OGL*, 2006, I, p. 695; Cass. 1° marzo 2005, n. 4261, in *NGL*, 2005, p. 679; Cass. 30 gennaio 2003, n. 1489, in *MGL rep.*, 2003, p. 102; Cass., 16 marzo 2002, n. 3904, in *RIDL*, 2003, II, p. 142;

compensativi del danno soltanto i redditi conseguiti attraverso l'impiego della medesima capacità lavorativa occupata nell'attività resa libera dal licenziamento illegittimo²³⁸. A tale proposito, occorre anche considerare che, discendendo il diritto al pensionamento dal verificarsi di requisiti di età e di contribuzione stabiliti dalla legge, le utilità che ne derivano si riconducono a fatti giuridici estranei al potere di recesso datoriale.²³⁹

Detraibile, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., è ritenuto, infine, anche *l'aliunde percipiendum*, ma solo quando sia provato un fatto colposo del lavoratore in relazione al danno economico (mancato guadagno) che lo stesso avrebbe potuto evitare attivandosi nella ricerca di una nuova occupazione (nonché per ottenere la corresponsione dell'indennità di disoccupazione).²⁴⁰ In generale, in merito all'*aliunde percipiendum* valgono le seguenti considerazioni.

Anzitutto, si è escluso che possa assumere rilievo, ai fini della deduzione, il ritardo del lavoratore licenziato nell'attivare la richiesta giudiziale.²⁴¹ In secondo luogo, si deve ritenere, in forza dei principi generali che governano

²³⁸ Cass. 03/2529; Cass. 00/6548, *RIDL*, 2001, II, p. 351, con nota di Carsinovi; Cass. 04/11134, *Gius.* 04, 22, p. 3886;

²³⁹ Cass. 06/18687; Cass. 04/3088; Cass. 03/11758; 03/1099; 02/12194. In dottrina, per un orientamento favorevole alla non detraibilità, v., da ultimo, Ballestrero, in Ballestrero, *La stabilità come valore e come problema*, p. 3-29;

²⁴⁰ Cass. 02/2853; Cass. 98/2630; Cass. 96/2906, *F. it.* 97, I, p. 554, con nota di Gentile. In senso contrario Cass. 9 ottobre 2007, n. 21066, in *RIDL*, 2008, II, p. 447, con nota di Giunta; Cass. 98/2630; Cass. 02/3904, che argomenta sulla base della limitata possibilità di reperire un nuovo impiego;

²⁴¹ Cass. 91/7872; Cass. 93/4672; Cass. 94/5766. Di diverso avviso Cass. 02/11786;

la ripartizione dell'onere della prova, che il lavoratore non sia tenuto a dimostrare la persistenza dello stato di disoccupazione che lo riguarda, gravando integralmente sul datore di lavoro l'onere della prova in ordine a circostanze di fatto che determinano il ridimensionarsi del danno²⁴².

Per quanto riguarda l'estensione di tale onere sarebbe sufficiente, secondo il prevalente orientamento, fornire la dimostrazione dell'avvenuta occupazione lavorativa del dipendente, senza necessità alcuna di provare l'ammontare del compenso percepito da questi.²⁴³ Spetterebbe, difatti, al lavoratore dimostrare che i guadagni ottenuti dal successivo impiego sono inferiori alle retribuzioni perse a causa del licenziamento illegittimo²⁴⁴. Ciò malgrado, occorre segnalare alcune pronunce secondo le quali è necessario che il datore di lavoro fornisca la prova anche di quanto il lavoratore ha percepito mediante la nuova occupazione "*essendo questo il fatto che riduce l'entità del danno*"²⁴⁵. Simile impostazione non sarebbe da condividere, posto che imputa al datore di lavoro la dimostrazione, pressoché impossibile, di elementi inerenti ad un rapporto di lavoro che gli è totalmente estraneo²⁴⁶. Secondo un'ulteriore pronuncia, ai fini della prova dell'*aliunde perceptum* non sarebbe necessaria la dimostrazione dell'avvenuta percezione di denaro da parte

²⁴² Cass. 01d/14592; Cass. 99/5662; Trib. Modena 22.02.2005, *DG*, 2005, 20, p.36;

²⁴³ Cass. 04/14849, *RIDL*, 2005, II, p. 431, con nota di Alvaro;

²⁴⁴ Cass. 96/924; Cass. 97/11308;

²⁴⁵ Cass. 04/6668, *Gius.* 04, 18, p. 3282; Cass. 00/11341; in tal senso anche Cass.00/9716, secondo cui sarebbe inidonea, ai fini della prova dell'*aliunde perceptum*, la mera richiesta di esibizione del libretto di lavoro;

²⁴⁶ v. Niccolai, in Mazzotta, *I licenziamenti*, p. 800;

del prestatore di lavoro, poiché sarebbe sufficiente quella del conseguimento di un equivalente vantaggio patrimoniale, che compensi in tutto o in parte il danno²⁴⁷.

Da un altro punto di vista, occorre precisare che resta ammessa, in linea generale, la possibilità per il lavoratore di provare di aver subito un **danno maggiore** rispetto alla perdita della retribuzione.²⁴⁸

In proposito è possibile distinguere tra:

- il danno ulteriore da dequalificazione professionale (o danno alla professionalità) derivante dalla mancata ottemperanza del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione²⁴⁹. Quanto all'ampiezza dell'onere probatorio una pronuncia ha precisato che il lavoratore è tenuto a dimostrare la sussistenza di un pregiudizio ulteriore e diverso da quello rappresentato dalla mera perdita della retribuzione²⁵⁰;
- il danno ulteriore da licenziamento ingiurioso, riferibile alle modalità particolarmente offensive di intimazione del licenziamento.²⁵¹

²⁴⁷ Cass. 01/13451;

²⁴⁸ Cass. 02/10116; Pret. Roma 7.12.1995, *GL*, Lazio 1996, p. 449; Pret. Roma 7.4.1995, *GC*, 96, I, p. 1843; Trib. Roma 30. 4. 1988, *DL*, 1988, p. 305;

²⁴⁹ Cass. 02/10203, *RIDL*, 2003, II, p. 380, con nota di Lovo;

²⁵⁰ App. Firenze 4.5.2004, *Gius*, 2004, 18, p. 3330;

²⁵¹ Cass. 03/7479; Cass. 97/5850; Trib. Ferrara 11.7.1995, *OGL*, 1996, I, p. 451; Trib. Rieti 9.8.1995, *GL Lazio*, 1996, p. 557; Pret. Ferrara 25.11.93, *RIDL*, 1994, p. 562, con nota di Tullini. In dottrina vedi sulla specifica funzione assunta nell'ambito della tutela risarcitoria, Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *GDL*, 2006, II, p. 195 ss.;

Fondamentalmente, la giurisprudenza distingue tra i danni all'integrità psico-fisica che si riconducono in maniera solo indiretta al licenziamento, i quali per questo non sono risarcibili (essendo il risarcimento limitato ai danni causati immediatamente dal licenziamento: e cioè la perdita del lavoro e della retribuzione), dai danni (risarcibili) che possono trovare causa in un comportamento illecito del datore di lavoro: è l'ipotesi, appunto, del licenziamento ingiurioso che leda l'integrità psico-fisica del lavoratore. Tali danni devono essere provati dal lavoratore.²⁵²

In termini più generali, occorre, invece, segnalare un'intuizione dottrinale, condivisibile, secondo cui la possibilità concessa al lavoratore di provare il maggior danno è coerente alla considerazione della retribuzione come "mero parametro" di riferimento, e non come limite invalicabile della quantificazione del danno²⁵³.

IV.XVIII INQUADRAMENTO FUNZIONALE DELL'INDENNITÀ RISARCITORIA

A partire da un'attenta riflessione sul sistema di determinazione del *quantum* dell'indennità risarcitoria è, tuttavia, possibile trarre l'argomento più convincente per stabilire la **portata restitutoria**²⁵⁴. Pervenire a simile conclusione equivale sostanzialmente a respingere l'idea che ad essa faccia capo una **funzione risarcitoria**. Dopotutto, occorre considerare che il *quantum* dell'attribuzione è legalmente commisurato, anziché al pregiudizio determinato dal licenziamento, al valore

²⁵² Cass. 5 marzo 2008, n. 5927, in *LG*, 2008, p. 597, nota di Mannacio;

²⁵³ M.V.Ballestrero, *La stabilità*, *op. cit.*, p. 145;

²⁵⁴ M. D'Antona, *Tutela*, *op. cit.*, p. 6;

oggettivo della prestazione non effettuata, quindi alla retribuzione globale di fatto.

A tale riguardo, è interessante quanto suggerito da un'Attenta dottrina ossia che “*conseguire le retribuzioni perse non è ricevere un risarcimento qualsiasi, ma è incassare il prezzo del posto di lavoro*²⁵⁵” (M. Napoli).

L'Autore osserva che il posto di lavoro non è un'entità fisica, bensì un concetto relazionale che sintetizza il rapporto tra la prestazione lavorativa ed il suo corrispettivo. Ne consegue, da un lato, che il valore del posto di lavoro è un elemento determinabile a priori e dall'altro che in caso di sua illegittima privazione il costo del non lavoro equivale al prezzo del lavoro.

Tutto ciò supporterebbe la tesi secondo cui la responsabilità datoriale assume, in relazione a tale attribuzione, una **portata di tipo retributivo**: trattasi di un'entità risarcitoria proporzionata a tutte le retribuzioni perdute a motivo del licenziamento, dalla data di intimazione fino all'effettiva ripresa della prestazione lavorativa.

IV.XIX CONSIDERAZIONI CIRCA GLI ASPETTI FUNZIONALI DELL'INDENNITÀ

Interrogarsi su quale sia la natura dell'attribuzione riferita al periodo intermedio (se retributiva o risarcitoria) significa cercare di comprendere il profilo funzionale ad essa appartenente. La conclusione sopra indicata, che assume la natura retributiva come la soluzione preferibile

²⁵⁵ M. Napoli, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Atti del convegno di Foggia 14-15 novembre 2003, Milano, Giuffrè, 2004, p. 55;

tra le due prospettate, è tuttavia un risultato ancora parziale. Cerchiamo di comprenderne il motivo.

È bene precisare, anzitutto, che malgrado la qualificazione legale in termini di *indennità risarcitoria*, non si tratta di un qualsiasi risarcimento del danno, secondo quello che potrebbe aversi in materia di diritto civile²⁵⁶. È semmai un risarcimento del danno per licenziamento dichiarato invalido o inefficace. Ne deriva che il criterio di diritto comune che ricollega, a seconda dei casi, il risarcimento all'inadempimento contrattuale oppure al fatto illecito, lascia il posto, in questo caso, ad una fattispecie non rinvenibile in altre ipotesi. Il tutto, con evidenti ripercussioni sul valore del risarcimento.

Basti considerare che il legislatore attribuisce automaticamente al lavoratore le retribuzioni non percepite e i contributi previdenziali non versati, senza prevedere alcun onere probatorio a suo carico.

Non solo, il modello di risarcimento accolto dall'art. 18 mostra chiaramente di mantenere un profilo di specialità, irriducibile al diritto comune, anche in relazione all'ammontare stesso del risarcimento, il quale, come si è detto, non può scendere al di sotto delle cinque mensilità (sia pure a fronte di un danno effettivo ed eventuale di minore consistenza).

Ciò malgrado, la dottrina giuridica, seguita in ciò dalla giurisprudenza²⁵⁷, ha ricondotto alla logica del diritto comune tale risarcimento, ammettendo la detraibilità dell'*aliunde perceptum*, senza arrivare a cogliere che la tecnica di tutela reale implica il conseguimento di tutte le

²⁵⁶ *Ibidem*;

²⁵⁷ V. ad esempio Cass. 5 giugno 1996, n. 5228, n. *DL*, 1997, II, p. 358. In senso contrario, Cass. 19 maggio n. 6548, in *D&L*, 2000, p. 228;

retribuzioni perse. Ed ammettendo, al contempo, altre voci di risarcimento incomprensibili nell'ottica della specificità della tutela²⁵⁸. Ad un simile atteggiamento dovrebbe rimproverarsi, come rilevato da Autorevole dottrina, una contraddizione interna, poiché all'opera di riduzione dell'ammontare dei danni risarcibili pari alle retribuzioni perse (definita dall'*aliunde perceptum*) segue un allargamento a dismisura dell'ambito dei danni risarcibili.²⁵⁹

Altra parte della dottrina reputa, invece, indubitabile che il risarcimento del danno nella misura di un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto, assolva a **diverse funzioni**²⁶⁰.

In particolare, per il periodo che va dal licenziamento alla sentenza esso risponderebbe all'esigenza di mantenere indenne il lavoratore dei pregiudizi subiti in conseguenza dell'illegittimità del licenziamento. Per il periodo successivo, la pronuncia giudiziale sancirebbe, invece, un obbligo di risarcimento che è soltanto eventuale, non potendosi escludere che il datore di lavoro inviti il dipendente a riprendere il lavoro, immediatamente dopo la lettura del dispositivo. In ogni caso, essendo, tale ordine,

²⁵⁸ V. Cass. S.U. 29 aprile 1985, n. 2764, in *RGL*, 1985, II, p. 85;

²⁵⁹ M Napoli, *Elogio alla stabilità*, in *QDLRI*, n. 26, 2002, p. 16;

²⁶⁰ L'attitudine "plurifunzionale" del danno previsto dall'art. 18 era stata sostenuta dalla giurisprudenza anche rispetto al risarcimento previsto dalla norma antecedente alla riforma del 1990. Tale attitudine è confermata, per la nuova formulazione dell'art. 18 dello Statuto, anche in E. Ghera, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *DLRI*, 1991, p. 641; V. Speciale, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Atti del convegno di Foggia, 14-15 novembre 2003, Giuffrè, p. 109;

riferito ad un evento futuro e incerto (non è dato di sapere in anticipo se l'ottemperanza all'ordine di reintegrazione vi sarà o meno, ad opera del datore di lavoro), esso svolgerebbe la funzione di indurre quest'ultimo ad eseguire quanto riportato nella sentenza²⁶¹.

Ci si troverebbe, allora, in presenza di una *astreinte*, “consistente nell'imposizione al debitore, condannato all'adempimento in natura, del pagamento di una somma di denaro, ove esso non dia esecuzione all'obbligo arrecato dalla condanna.”²⁶²

Ad una prospettazione di questo tipo sarebbe conseguente la necessità di assegnare al danno riferito al periodo successivo alla sentenza una **funzione compulsiva**.²⁶³ In un secondo momento esso si trasformerebbe, invece, in una **sanzione** per l'inadempimento datoriale (oltre che nel risarcimento predefinito del pregiudizio subito).

Il riconoscimento di una finalità compulsiva in capo al danno considerato troverebbe conferma, del resto, nel collegamento che la nuova formulazione dell'art. 18 dello Statuto (successiva alla riforma del 1990) istituisce tra risarcimento ed *effettiva* reintegrazione. Il legislatore renderebbe, quindi, evidente che l'indennità persegue anche lo scopo di indurre il datore di lavoro ad eseguire la reintegra, realizzando il ripristino fattuale del vincolo obbligatorio²⁶⁴.

Il fatto stesso che, poi, il risarcimento sia soltanto “commisurato” alla retribuzione globale di fatto (e non

²⁶¹ V. Speciale, *Situazioni delle parti, op. cit.*;

²⁶² A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 273;

²⁶³ Così Cass. 4 marzo 1978, n. 1094;

²⁶⁴ V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992, p. 334; O. Mazzotta, *I licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 831 ss;

invariabilmente corrispondente ad essa), si rivela in linea con la natura dell'*astreinte*, caratterizzata dalla possibilità di modifica equitativa del suo ammontare, ad opera del giudice, in funzione delle condizioni economiche dell'obbligato o di altre valutazioni (quali ad esempio, "la presumibile capacità di resistenza all'adempimento").²⁶⁵

A tale proposito, la dottrina sottolinea che "*la somma di denaro è commisurata non ai danni che può subire il creditore, ma all'entità ritenuta dal giudice idonea a privare l'obbligato dell'interesse all'inadempimento ed a spingerlo all'adempimento spontaneo*"²⁶⁶.

Sempre la dottrina afferma che "*il criterio di determinazione di essa non viene messo in relazione con il presumibile danno provocato al creditore dall'inadempimento, ma con le capacità finanziarie del debitore e con la presumibile capacità di resistenza di esso nell'ostinarsi a non adempiere*" (A. Di Majo).²⁶⁷

Peraltro, se, com'è vero per tale ricostruzione, la natura particolare del risarcimento in **funzione compulsiva** esclude la possibilità di dedurre dall'indennità eventuali altri redditi percepiti dal lavoratore (in base al principio del danno effettivo), resta tuttavia al giudice la possibilità di variare l'entità della somma dovuta "commisurandola" alle reali esigenze di coazione indiretta che essa deve

²⁶⁵ A. Di Majo, *La tutela civile, op. cit.*, p.273; considerazioni analoghe sono svolte da M.Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in S. Mazzamuto (a cura di), in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Jovene, Napoli, 1989, p. 93-4; M.G. Garofalo, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in *RGL*, 1990, I, p. 195;

²⁶⁶ A. Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli, 2003, p. 122;

²⁶⁷ A. Di Majo, *op. cit.* p. 273;

soddisfare. Al riguardo, si è osservato come la condotta del datore di lavoro che si rifiuti di ottemperare all'ordine di reintegra sia certamente dolosa e, come tale, produttiva dell'aggravio del *quantum* del risarcimento (il dolo è una componente *attiva* in questo senso)²⁶⁸. Ciò consentirebbe all'autorità giudiziaria di accrescere l'entità della somma stabilita dall'art. 18 proprio in relazione alla protrazione nel tempo del comportamento omissivo del datore di lavoro.

Quanto puntualizzato ci consente di esprimere una considerazione conclusiva riguardo alla configurazione dell'indennità risarcitoria.

Stando alla riforma attuata dalla l. 108/90 non è più possibile distinguere tra periodo precedente e periodo successivo alla sentenza, come, invece, il testo previgente imponeva di fare impiegando una terminologia tecnica ben distinta in relazione ad essi (“risarcimento del danno”, per il primo periodo e “retribuzioni” per il secondo). Tuttavia, ad una riflessione più attenta, sembra emergere chiaramente che la distinzione tra un “prima” e un “dopo” è tuttora un'esigenza da soddisfare.

Basti considerare che in fase di emanazione della sentenza il giudice è in grado di liquidare, a titolo di indennità risarcitoria, unicamente le retribuzioni non percepite dal lavoratore dal momento del licenziamento alla sentenza, le quali rappresentano danno attuale, certo e misurabile. Diverso è, invece, il caso delle retribuzioni che non saranno percepite a causa dell'omessa reintegrazione nel posto di lavoro del soggetto, le quali costituiscono, nel momento attuale, un danno puramente eventuale. Anzi,

²⁶⁸ S.Mazzamuto, *La prospettiva civilistica*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, in *Atti del convegno di Foggia*, 14- 15 novembre 2003, p. 28;

come si è detto, non è neppure certo, al momento della sentenza, l'inadempimento che dovrebbe originarle, e quindi l'omessa reintegrazione del soggetto ad opera del datore di lavoro.²⁶⁹

Tutto ciò rende ragione del fatto che non tutti in dottrina siano concordi nell'affermare che la riforma del 1990 abbia effettivamente rimosso la separazione tra periodo precedente e posteriore alla sentenza.²⁷⁰

IV.XX I CONTENUTI DELLA CONDANNA GIUDIZIALE

Torniamo ora a considerare la struttura interna della condanna giudiziale emessa *ex art. 18* dello Statuto. È interessante valutare che sebbene essa venga espressa in un unico comando, in realtà i capi di condanna idealmente identificabili sono due, e precisamente²⁷¹:

- a) la **condanna a pagare** a titolo di responsabilità per inadempimento un'indennità pari alla somma certa delle retribuzioni globali di fatto perdute dal licenziamento alla sentenza (o la somma maggiore o minore, se viene dedotto un danno ulteriore o, al contrario, il datore di lavoro eccepisce che il lavoratore ha, nel frattempo, percepito altri guadagni);

²⁶⁹ R. De Luca Tamajo, M. D'Antona (a cura di), Legge 11 maggio 1990, n. 108. *Disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Nuove leggi civ.*, 1991, n. 1-2, p.165 ss.;

²⁷⁰ v. con diverse motivazioni, Sandulli, Vallebona, Pisani, *op. cit.*, p. 41ss; Mazziotti, *I licenziamenti*, p. 122; Garofalo, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, In Curzio-Savino (a cura di), *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, p. 53 ss;

²⁷¹ Cfr. M. D'Antona, *La tutela reale*, *op. cit.*, p. 7;

b) la **condanna in futuro a pagare** a titolo *preventivo e comminatorio* la medesima indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto in funzione del ritardo nell'ottemperare all'ordine giudiziale di reintegrazione.

Osservando lo stesso fenomeno da un'ottica invertita, ossia da una prospettiva non più giudiziale ma riferita alla parte che si attiva in giudizio, è possibile giungere ad un risultato diverso. In tal caso, la scomposizione *ideale* della formula normativa dell'art. 18 conduce, infatti, alla definizione di quel complesso sistema difensivo indicato già nelle pagine precedenti. Come rilevato, esso ha per componenti:

- **un'azione di inadempimento** a carattere speciale²⁷² → relativa al periodo compreso tra il licenziamento e la sentenza di condanna;
- **un'azione di manutenzione** del rapporto lavorativo²⁷³ → relativa al periodo successivo all'emissione della sentenza.

²⁷² Come già indicato alla nota 186, cfr. Proto Pisani, *Giudizio di legittimità*, in M. De Luca, M. D'Antona, A. Proto Pisani, C. M. Barone, O. Fanelli, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali* (legge 11 maggio 1990 n. 108), in *FI*, 1990. V, p. 371);

²⁷³ Come riportato alla nota 187, cfr. M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, p. 115; U. Natoli, *Evoluzione e involuzione del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1967, I, p. 207);

E' appena il caso di ribadire che entrambe le azioni, in realtà, coesistono in maniera implicita all'interno della sola ed unica azione di impugnazione del licenziamento esercitata *ex art.* 18.

Da un punto di vista più generale è, invece, possibile evidenziare che le specificazioni strutturali operate in relazione alla condanna giudiziale, da un lato, e all'azione giudiziale, dall'altro, sono tra loro caratterizzate da un rapporto di simmetria: nel senso che le une si pongono in una relazione di corrispondenza con le altre²⁷⁴.

IV.XXI IL PERIODO COMPRESO TRA IL LICENZIAMENTO E LA SENTENZA

In riferimento all'azione di inadempimento si è puntualizzato, nel paragrafo precedente, che ad essa appartiene una natura speciale. Tale condizione è da ricondurre al fatto che una serie di emolumenti, corrisposti a titolo di risarcimento, vengono assicurati al lavoratore in aperta deroga all'art. 1223 c.c..

Essi sono:

- a) il recupero integrale della retribuzioni globali di fatto;
- b) un minimo inderogabile di cinque mensilità;
- c) il maggior danno eventualmente dedotto in giudizio e provato dal prestatore di lavoro (si pensi agli oneri per prestiti, sfratti, danno biologico, danno alla professionalità, danno da ingiuria...).

Dal punto di vista sanzionatorio, tale deroga all'art. 1223 c.c. indica sostanzialmente che l'art. 18 dello Statuto

²⁷⁴ Cfr. M. D'Antona, *La tutela, op. cit.*, p. 7;

adotta una tecnica di riequilibrio patrimoniale che **non è risarcitoria** in senso proprio **ma piuttosto indennitaria**²⁷⁵. Come noto l'indennità è una modalità di riparazione del pregiudizio patrimoniale che deroga al principio risarcitorio della compensazione integrale del danno per equivalente. E ciò per due possibili ragioni: o perché il presupposto della tutela non è la reazione al danno, oppure perché il *quantum* è fissato secondo criteri diversi da quelli validi per la riparazione del danno cagionato da un responsabile.²⁷⁶

Come sancito dalla lettera della norma, l'art. 18 successivo alla novella, commisura l'indennità spettante al lavoratore al valore oggettivo della prestazione inadempita (la retribuzione globale di fatto) anziché alla diminuzione patrimoniale da lui subita. Da un punto di vista tecnico, simile scelta del legislatore indica che la tutela apprestata riveste, un fondamento di tipo indennitario. Ciò che, peraltro, si rivela in linea col presupposto della responsabilità datoriale: la mancata attuazione di un rapporto che, non essendosi mai validamente interrotto, ha continuato a generare le proprie utilità.

Il prestatore di lavoro non è gravato dell'onere di provare il danno, e ciò non perché sia disposta un'inversione eccezionale di esso, ma perché è la legge stessa a sancire, mediante tecnica di tipo restitutorio, il *quantum* dell'indennità spettante con riferimento al valore oggettivo della prestazione inadempita. Proprio a partire da una considerazione di questo tipo si esclude da Autorevole

²⁷⁵ *Ibidem*;

²⁷⁶ Così C. Salvi, *Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1091; cfr. inoltre R. Scognamiglio, *Indennità*, in *DI*, VIII, Torino, 1962, p. 594;

dottrina ²⁷⁷ la correttezza della pretesa di accollare al lavoratore l'onere di attivarsi per trovare un impiego altrove (pretesa che ammette la deducibilità dell'*aliunde percipiendum*).²⁷⁸

Lo stesso Autore segnala, inoltre, che dal punto di vista della struttura del danno (nelle voci interne che lo compongono, di lucro cessante e di danno emergente) l'indennità legalmente predefinita nel suo ammontare (con riferimento al valore oggettivo delle retribuzioni non percepite), andrebbe assimilata al **danno emergente**, e non di certo al lucro cessante. È solo il primo dei due, difatti, a rappresentare la mancata percezione di un'utilità che il rapporto di lavoro mai estinto ha continuato a produrre, e che è stata ingiustamente sottratta al patrimonio del lavoratore. Il "lucro cessante", invece, presuppone la situazione inversa, ossia quella di un rapporto che, venuto a mancare ingiustamente, determina il pregiudizio di legittime aspettative di guadagno. Ne dovrebbe derivare la necessità di reputare come insensata la pretesa di ricorrere a criteri, quali *l'aliunde percipiendum* in particolare, dettati specificamente per delimitare la sfera di risarcibilità del lucro cessante in relazione alla condotta del danneggiato. Sarebbe sufficiente considerare che l'indennità riflette un'utilità che la continuità del rapporto produce a prescindere dal comportamento del lavoratore. Peraltro, malgrado l'evidente deroga che il sistema considerato attua rispetto all'art. 1223, sarebbe alquanto semplicistico ritenere che i principi generali di

²⁷⁷ M.D'Antona, *Tutela reale, op. cit.*, p.7;

²⁷⁸ v. Cass. 2 ottobre 1985, n. 4782, in *FI*, 1985, I, p. 2554. In dottrina cfr. M. Dell'Olio, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, in *MGL*, 1979, p. 504; G.Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, in *EGL*, fondata da G. Mazzoni, diretta da G.Suppiej, V bis, Padova, 1993, p. 61 ss.;

liquidazione del risarcimento non possano trovare applicazione. È vero, infatti, quanto si è già avuto modo di affermare, ossia che il concetto di “commisurazione” riferito all’attribuzione indennitaria da corrispondere non esclude che il suo ammontare possa essere diverso da quello delle retribuzioni di riferimento. Il termine commisurare significa “misurare in base a”, stabilire una proporzione, e non già rendere assolutamente coincidenti.²⁷⁹

Del resto, per poter escludere totalmente l’incidenza delle regole generali sul risarcimento, occorrerebbe presupporre la natura di **penale** dell’indennità, e ciò non soltanto in riferimento alle cinque mensilità obbligatorie ma all’intero suo ammontare.

Al contrario, l’applicazione delle norme di carattere generale impedisce che si attuino risarcimenti o restituzioni laddove non esiste pregiudizio, e ciò certamente accade nell’ipotesi in cui il soggetto leso abbia nel frattempo conseguito una prestazione di valore pari a quella che deve essergli restituita.

Sulla base dei principi indicati non vi è motivo, quindi, di impedire al datore di lavoro di eccepire la *compensatio lucri cum damno* allo scopo di ridurre la misura legale dell’indennità di un valore pari a quello dei guadagni che il lavoratore licenziato avesse conseguito occupandosi altrove.²⁸⁰

²⁷⁹ M. Dell’Olio, *La nuova disciplina del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo: considerazioni generali*, in *DL*, 1991, I, p. 205;

²⁸⁰ Sulla rilevanza dell’*aliunde perceptum* v. G.Pera, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *RIDL*, 1990, I, p. 251; R. Cosio, *Reintegrazione e risarcimento del danno*, in *DPT*, 1990, n. 38, p. 2337;

Non ci si dovrebbe dimenticare, tuttavia, della specialità del congegno apprestato dall'art. 18. Se il *quantum* dell'indennità è legalmente determinato in funzione del valore oggettivo della prestazione retributiva inadempita, anziché del pregiudizio soggettivo subito dal lavoratore, e ciò in deroga all'art. 1223 c.c., resta vero che quest'ultimo articolo non può trovare applicazione diretta e meccanica. In tal senso, non qualunque guadagno percepito dal lavoratore licenziato sarebbe deducibile dalla somma a lui dovuta (come avverrebbe se il presupposto dell'indennità fosse il lucro cessante per l'*estinzione* del rapporto, e non invece la mancata percezione di utilità che il rapporto ha continuato a produrre proprio in ragione della sua prosecuzione). Resterebbero semmai deducibili i soli guadagni che trovano la precisa ragione d'essere nel venir meno dell'impegno professionale richiesto dal rapporto di lavoro cessato e che corrispondono ad un posto di lavoro equivalente a quello venuto a mancare. Solo a tali condizioni il pregiudizio si potrebbe considerare attenuato o annullato dal conseguimento di un "bene" di pari valore.²⁸¹

IV.XXII IL PERIODO COMPRESO TRA LA SENTENZA E L'EFFETTIVA REINTEGRAZIONE

Come noto mediante la sentenza d'invalidazione del licenziamento, o di attestazione della sua nullità, il giudice ordina la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e la condanna in futuro del datore di lavoro a pagare

²⁸¹ Si consideri che, come si è detto, sotto il previgente testo, in giurisprudenza prevaleva l'orientamento che riteneva deducibile qualsiasi guadagno conseguito dal lavoratore occupandosi altrove.

l'indennità risarcitoria fino ad effettiva esecuzione della sentenza.

Come si è già avuto modo di precisare, la condanna in futuro a pagare detta somma prescinde dall'inadempimento datoriale poiché al momento dell'emissione della sentenza esso è soltanto un dato eventuale. Nulla esclude, difatti, che il datore di lavoro, subito dopo la lettura del dispositivo, possa invitare immediatamente il lavoratore a riprendere servizio.

È dunque evidente che tra le funzioni della sentenza vi sia anche quella di **sanzionare anticipatamente** il ritardo datoriale nell'ottemperare all'ordine del giudice.

Un dato di rilevante importanza è che il legislatore scelga di stabilire una relazione tra il valore dell'indennità a quello delle retribuzioni globali di fatto maturate fino alla reintegrazione. Simile scelta produce l'effetto di rendere l'indennità un elemento certo nel suo ammontare. Peraltro, il fatto che per tutto il tempo del ritardo l'indennità sia immediatamente esigibile ad ogni scadenza, in ragione dell'esecutività della sentenza, rende la tecnica della condanna in futuro un meccanismo di **tutela preventiva** della retribuzione. Ciò va ad aggiungersi alla funzione, appena segnalata, di sanzionare in via anticipata il ritardo datoriale ad adempiere (tale è la forza detenuta da una condanna esecutiva per il futuro).

Ancor più nel dettaglio, la tecnica considerata realizza un obiettivo ulteriore, ossia una **funzione comminatoria**.²⁸²

Del resto, il carattere immediato della reazione esecutiva, che è in grado di manifestarsi ad ogni scadenza, esercita

²⁸² Cfr. M. D'Antona, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *FI*, 1990, V, p. 356; E. Ghera, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori ed innovazioni legislative*, in *DLRI*, 1991, p. 635 ss.;

un'evidente pressione psicologica sul datore di lavoro affinché egli si decida ad eseguire l'ordine.

Come si vede, malgrado l'indennità riferita al periodo successivo alla sentenza abbia anch'essa natura indennitaria ed il suo valore sia determinato con lo stesso parametro valido per la liquidazione della somma relativa al periodo precedente, i presupposti e le funzioni che l'indennità svolge risultano differenti nell'uno e nell'altro periodo.

In dottrina si rileva che la natura dell'indennità successiva alla sentenza quale meccanismo preventivo di tutela del credito retributivo (modello di sanzione per un inadempimento futuro e comminatoria per l'adempimento spontaneo) dovrebbe comportare l'esclusione dal suo sistema di calcolo di ogni principio di riduzione proprio del risarcimento danni.²⁸³ In questo senso, tornando a quanto si affermava in precedenza, al lavoratore spetterebbe, fino al tempo della sua effettiva reintegrazione, una somma pari alla retribuzione globale di fatto, e ciò indipendentemente dalla circostanza di aver trovato o meno un'altra occupazione.

IV.XXIII MANUTENZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

L'ordine con cui il giudice dispone la reintegrazione nel posto di lavoro del soggetto licenziato costituisce una misura di manutenzione del rapporto volta a ripristinarne la materiale funzionalità, interrotta a causa dell'intervenuto licenziamento. Esso si fonda sull'accertamento giudiziale

²⁸³ M. G. Garofalo, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, RGL, 1990, I, p. 190; G. Ghezzi, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: analisi e prospettive di evoluzione*, in *Pol. Dir.*, 1992, p. 206;

che il recesso, pur avendo compromesso la fase attuativa del rapporto, non ne ha prodotto l'estinzione.

L'obiettivo del legislatore è, chiaramente, quello di assicurare al lavoratore, illegittimamente estromesso dal suo posto di lavoro, una **tutela in forma specifica**: ciò si attua tramite un'effettiva riammissione in azienda e la ripresa del normale svolgimento della prestazione lavorativa.²⁸⁴

Quanto al significato da attribuire all'ordine di reintegrazione, da un punto di vista tecnico, sono due le opinioni nel complesso rilevabili.

Secondo alcuni esso appartiene alla famiglia delle inibitorie²⁸⁵ e come tale si caratterizzerebbe per la produzione di due specifici effetti. Da un lato, quello di costituire in capo al datore di lavoro un obbligo inesistente prima della sua emanazione; dall'altro, quello di determinare l'assunzione (obbligatoria) di condotte funzionali alla cessazione, o alla rimozione, di una certa situazione anti-giuridica.

Posto che l'obiettivo di un'inibitoria consiste nell'imporre al datore di lavoro di desistere dal proprio comportamento e di astenersi dal ripeterlo per il futuro, l'inottemperanza all'ordine darebbe luogo, appunto, alla sanzione

²⁸⁴ In questo consiste il concetto di "reintegrazione". Vedi in proposito M. D'Antona, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *FI*, V, p. 356;

²⁸⁵ Così M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Cedam, Padova, p. 217 ss.; V. Speciale, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Atti convegno Foggia, *op. cit.* In senso contrario v. D. Buoncristiani, *sub art. 18 St. lav.*, in O. Mazzotta, 1999, p. 889;

compulsiva del risarcimento danni. Ed, eventualmente, all'applicazione di sanzioni penali.²⁸⁶

L'opinione contraria ritiene, invece, addirittura vano l'ordine di reintegrazione, poiché alla sua emanazione non conseguirebbero ulteriori effetti rispetto a quelli già prodotti dai principi generali.²⁸⁷

Sono conformi a questa seconda opinione gli sviluppi dell'evoluzione giurisprudenziale verificatasi negli orientamenti della S.C. rispetto alle conseguenze prodotte dalla riforma in appello della sentenza di reintegrazione. In essi si sostiene non solo che *“l'ordine di reintegrazione non è una nuova ed autonoma fonte di diritti sostanziali, poiché esso deriva dalla sentenza dichiarativa dell'illegittimità del licenziamento, per cui, riformata la sentenza che così abbia statuito, deve venire meno anche l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro”*, ma soprattutto si nega, in relazione all'indennità dovuta dal datore di lavoro inottemperante all'ordine, il carattere di *astreinte*, ossia di misura sanzionatorio-compulsiva tendente ad indurre all'adempimento tramite una coercizione indiretta.²⁸⁸

²⁸⁶ La giurisprudenza prevalente esclude l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 388 c.p.; ma cfr. Cass. Pen., sez. I, 27 gennaio 2005, n. 2603, in *MGL*, 2005, p. 985, che, dopo aver escluso l'applicabilità all'inottemperanza datoriale dell'art. 650 c.p., afferma la possibilità di configurare il reato *ex art.* 388 c.p. (naturalmente a patto che ne ricorrano gli elementi costitutivi, i quali non si riducono, peraltro, ad un comportamento meramente omissivo);

²⁸⁷ M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *DLRI*, 1987, p. 423;

²⁸⁸ Così Cass. 1° aprile 2003, n. 4943, *cit.*;

Secondo i suggerimenti di un'Attenta dottrina²⁸⁹, tali esiti possono essere ritenuti *neo-conservatori* per due ragioni sostanziali: anzitutto, perché alimentano un impoverimento della tecnica di reintegrazione come fondamentale strumento di tutela del diritto al lavoro; e, secondariamente, perché rovesciano il rapporto tra tutela in forma specifica e risarcimento per equivalente, assegnando un ruolo primario alla tutela risarcitoria proprio nell'ambito del rapporto lavorativo.²⁹⁰

Secondo una valutazione complessiva è ragionevole ritenere che tali esiti, forse deludenti per i più, trovino la loro ragione d'essere nella difficoltà di assicurare l'esecuzione in forma specifica della prestazione datoriale di reintegra. Ma prima di occuparci di questi aspetti è opportuno svolgere alcune considerazioni conclusive in merito all'ordine di reintegrazione.

È bene precisare, anzitutto, che parte delle incertezze teoriche riguardanti l'istituto, concernono l'individuazione del diritto tutelato mediante l'ordine stesso. Si pensa, da parte di alcuni, che quest'ultimo sia preordinato alla tutela di un (ritenuto) diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro²⁹¹, da parte di altri che sia un meccanismo teso a proteggere un (ipotetico) diritto di lavorare (il quale

²⁸⁹ M.V.Ballestrero, *La stabilità*, op. cit., p. 148;

²⁹⁰ Tuttavia, occorre segnalare che le S.U., in una nota sentenza hanno rovesciato nuovamente la prospettiva, affermando la priorità della tutela reintegratoria sul risarcimento per equivalente: Cass. S.U. n. 141/2006, in *RIDL*, 2006, II, p. 440, con nota di A. Vallebona;

²⁹¹ Così M.D'Antona, *La reintegrazione*, op.cit., p. 217 ss., M.Pivetti, *Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica*, in *RGL*, I, p. 145;

sarebbe simmetrico all'obbligo datoriale di far lavorare)²⁹² ed, infine, che sia una forma di tutela del (anch'esso ipotetico) diritto di eseguire la prestazione lavorativa scaturente dall'ordine di reintegra (o, meglio ancora, dal conseguente obbligo datoriale di cooperare all'adempimento).²⁹³

Quanto al *proprium* dell'ordine di reintegrazione, si pensa, invece, che esso consista nel rendere doverosi per il datore di lavoro comportamenti che nel normale andamento del rapporto lavorativo rientrano, invece, tra le facoltà di soggetto creditore. La circostanza che, difatti, l'ordine di reintegra promani da un provvedimento giudiziale fa sì che il normale onere datoriale di cooperazione all'adempimento si trasformi in un vero e proprio obbligo²⁹⁴ o, il che è lo stesso, la semplice aspettativa vantata nei confronti del lavoratore si traduca nella necessità di ottenere da lui un risultato effettivo.

Tutto ciò indica, sostanzialmente, la costituzione in capo al datore di lavoro dell'obbligo di perseguire l'interesse imprenditoriale suo proprio, assumendo, tramite l'esercizio del potere direttivo, le misure necessarie a rendere la prestazione lavorativa utile alla sua organizzazione.

Tale capovolgimento dell'assetto ordinario degli obblighi delle parti è comprensibile, stando alle indicazioni dottrinali, soltanto ammettendo che l'ordine di

²⁹² M.V.Ballestrero, Cassa integrazione e contratto di lavoro. F. Angeli, Milano, 1985, p. 390 ss.; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 660;

²⁹³ V. Speciale, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica del rapporto di lavoro*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nei rapporti di lavoro*, Atti del convegno di Foggia, 14-15 novembre 2003, Giuffrè, 2004, p. 94;

²⁹⁴ *Ibidem*;

reintegrazione esplicita, al pari di qualunque inibitoria, una funzione costitutiva e non meramente attuativa di un preesistente diritto del lavoratore a svolgere la prestazione.²⁹⁵ In tal modo, considerato che l'ordine inibitorio ha l'effetto di convertire il normale onere di cooperazione del datore di lavoro in un obbligo giuridico, non vi sarebbe alcuna necessità logica di ricorrere alle impostazioni che invocano un vero e proprio diritto al lavoro (con conseguente obbligo di far lavorare il soggetto).²⁹⁶

Con l'ulteriore precisazione che gli obblighi per così dire "straordinari" del datore di lavoro, i quali afferiscono a ciò che il lavoratore deve a titolo preparatorio all'adempimento (si pensi alla necessità che il datore di lavoro tolleri l'ingresso del lavoratore in fabbrica)²⁹⁷ troverebbero la propria ragione d'essere nell'ordine stesso di reintegra.

IV.XXIV PROFILI PROCESSUALI DELL'ORDINE DI REINTEGRAZIONE NEL POSTO DI LAVORO

Come si è precisato nelle pagine precedenti, il provvedimento che ordina la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro costituisce una delle maggiori novità introdotte dall'art. 18 dello Statuto in relazione alle conseguenze prodotte da un licenziamento invalido.

Questo genere di provvedimento può essere emanato sia nell'ambito di un rito ordinario del lavoro sia in occasione

²⁹⁵ Così M.D'Antona, *Tutela reale*, *op. cit.*, p. 8;

²⁹⁶ Cfr. V. Speziale, *Situazioni delle parti*, *op. cit.*, p. 94;

²⁹⁷ Ma si può pensare anche alla necessità di assumere le misure necessarie a consentire all'altro l'attuazione della prestazione lavorativa;

dell'assunzione di misure cautelari, ad opera del giudice.²⁹⁸ Quello indicato all'art. 18 non è, peraltro, l'unico caso riguardante la possibilità di emanazione di un ordine di reintegra. Ad esso si affianca l'ipotesi enunciata all'art. 28 dello Statuto, finalizzata a reprimere i tentativi di condotta antisindacale posti in essere dal datore di lavoro. Manteniamo, ad ogni modo, la nostra attenzione sul contenuto dell'art. 18, ed in particolare sull'azione esperibile al fine di impugnare un licenziamento illegittimo.

Anche in merito a quest'ultima si rende possibile attuare un'opera di scomposizione ideale che condurrebbe ad identificare in essa:

- un'azione ordinaria di reintegrazione;
- un'azione di impugnazione dell'atto invalido di recesso.

Simile ricostruzione impone di rilevare che la domanda di reintegrazione introduce un *petitum* ulteriore e conseguente rispetto alla domanda tesa a far dichiarare l'invalidità del licenziamento. In questo senso essa si pone come strumento di perfezionamento di tutela.²⁹⁹

Occorre tener presente che, poiché in sede di tutela si tratta di far emergere tutte le conseguenze derivabili dal carattere invalido del licenziamento, la reintegrazione è un provvedimento che deve essere ordinato comunque, anche

²⁹⁸ Si tratta del caso in cui l'ordine di reintegrazione del lavoratore è contenuto in un provvedimento di urgenza emanato ex art. 700 c.p.c.;

²⁹⁹ Cfr. M. Taruffo, *Reintegrazione nel posto di lavoro, II, profili processuali* (voce), Enciclopedia Treccani, vol. XXX;

in assenza di un'esplicita domanda del lavoratore.³⁰⁰ Dovendosi, inoltre, escludere la sussistenza di una *causa petendi* specificamente riferita alla reintegrazione, non occorrono, per fondare la domanda stessa, fatti costitutivi ulteriori rispetto a quelli che integrano la fattispecie del licenziamento illegittimo. La *causa petendi* è, difatti, sempre rappresentata dall'inesistenza, in capo al datore di lavoro, del potere di determinare, tramite un suo atto decisionale, l'estinzione del rapporto lavorativo.³⁰¹

In riferimento all'ampio dibattito dottrinale sviluppatosi in merito a quale sia il contenuto specifico dell'ordine di reintegrazione, e quindi se esso imponga al datore di lavoro tutti i comportamenti attivi e passivi richiesti dal caso, o soltanto la parte di essi di natura infungibile, ci limitiamo a segnalare, nell'economia del presente elaborato, alcune tra le principali conclusioni cui il dibattito è pervenuto.

In particolare, se in tempi meno recenti si sosteneva che l'ordine di riammissione emanato nei confronti del datore di lavoro imponesse l'integrale riammissione in servizio del lavoratore licenziato, gravando l'onere di ogni comportamento che si rendesse necessario a questi fini³⁰², nel tempo si è arrivati a percepire che l'ordine in parola riveste natura complessa e che, pertanto, si compone di un insieme di prestazioni di varia natura. Per alcune di esse non vi sarebbero i tradizionali limiti cui è soggetta la tutela in forma specifica. Difatti, la reintegrazione presuppone anzitutto alcuni obblighi negativi di astensione, che si

³⁰⁰ Cass., 16 novembre 1991, n. 12294;

³⁰¹ Cass. 27 giugno 1994, n. 6172;

³⁰² V. per tutti M. Napoli, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 51;

sottraggono all'alterativa *fungibilità/infungibilità*.³⁰³ Sarebbe allora certamente possibile imporre all'imprenditore quelle azioni del lavoratore che richiedono soltanto una manifestazione di tolleranza da parte sua: si pensi, come si è detto, al reingresso del lavoratore in azienda o, diversamente, all'esercizio dei diritti sindacali.

Nella stessa ottica sarebbero senza dubbio fungibili, in quanto surrogabili dall'agire di un soggetto terzo, una serie di prestazioni di fare che, consistendo in condotte puramente materiali, sarebbero suscettibili di esecuzione da parte di soggetti diversi dal datore di lavoro.³⁰⁴

Secondo l'opinione assolutamente prevalente, l'attività non surrogabile va ravvisata nell'esercizio del potere direttivo valutato nelle sue varie componenti (assegnazione delle mansioni, definizione della modalità esecutive dalla prestazione e dei tempi di lavoro, controllo dell'attività, ecc.). Esse, nella misura in cui rappresentano manifestazioni del potere organizzativo datoriale, sarebbero da ritenere necessariamente infungibili.³⁰⁵

³⁰³ A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 289;

³⁰⁴ Si pensi, a tale riguardo, al reinserimento coattivo nel luogo di lavoro da parte dell'ufficiale giudiziario; la reinscrizione nei libri paga e matricola; la riapertura della posizione previdenziale; il pagamento dello stipendio. Stesso dicasi in relazione alla consegna delle materie prime o delle attrezzature necessarie a svolgere la prestazione lavorativa.

³⁰⁵ E.Ghera, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in S.Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, II, Jovene, Napoli, 1989, p. 1083; M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979, p. 192 ss.;

Occorre, peraltro, considerare che, l'accentuata automazione dei processi produttivi ha nel tempo creato figure professionali caratterizzate da mansioni ripetitive, che traducendosi in compiti esattamente predefiniti, consentono al lavoratore di agire in piena autonomia, successivamente alla fase iniziale di adibizione e di avvio del lavoro.

Peraltro, le innovazioni introdotte nei modi di produrre hanno dato vita a mansioni che, al pari della tradizionali figure dirigenziali, sono caratterizzate da un elevato grado di autonomia, il quale consente a chi le esegue di operare in assenza di direttive costanti e puntuali. In tali casi, il semplice reinserimento del prestatore di lavoro al proprio posto è in grado di ricostruire pienamente la dimensione fisiologica del rapporto, restituendo il dipendente all'insieme delle sue funzioni.

Si potrebbe ragionevolmente ritenere che tutto ciò realizzi un'espropriazione del potere organizzativo imprenditoriale, posto che l'art. 41 della Costituzione, preservando la libertà di iniziativa economica datoriale, pare sancire il carattere esclusivo di tale potere.

Invero, secondo le indicazioni di un'Autorevole dottrina³⁰⁶, la norma costituzionale sarebbe da riferire, propriamente, all'iniziativa economica privata considerata nella dimensione fisiologica di attività eseguita nel rispetto della legge e dei limiti che essa pone nel tutelare la dignità umana.

Diversamente, si dovrebbe ammettere che la norma costituzionale legittimi una sorta di "immunità" dell'imprenditore rispetto a quanto disposto da un provvedimento giudiziario. L'osservanza di un simile

³⁰⁶ Cfr. V. Speziale, *Situazioni della parti e tutela in forma specifica*, op. cit., p. 94;

comando è, invece, espressione di un obbligo che, se ed in quanto legittimo sotto il profilo costituzionale, non può essere eluso in base ad una disposizione come l'art. 41 che non è certo pensata per tutelare l'inadempimento.

La possibilità che si venga a configurare un'espropriazione del potere datoriale resta dunque esclusa nel caso considerato, poiché l'effettuazione della prestazione avviene in piena conformità all'assetto produttivo liberamente scelto e realizzato dal datore di lavoro. La reintegra non è che il ripristino della situazione preesistente.

Ne consegue che l'infungibilità del potere direttivo, e dunque l'impossibilità di surrogarlo tramite il comportamento di terzi, si evidenzia nei confronti di quelle mansioni che richiedono direttive continue e sempre variabili, o quando si tratti di introdurre mutamenti rispetto alla situazione preesistente (modificando, ad esempio, la struttura organizzativa, i tempi di produzione, gli orari, gli obiettivi aziendali).

Resta da precisare che in tali casi non si configura un'infungibilità di tipo materiale, poiché astrattamente anche questi comportamenti potrebbero essere eseguiti da un'altra persona. Si configura, semmai, un'impossibilità di ordine giuridico: trattasi, infatti, dell'esercizio di poteri che, riguardando il "se" ed il "come" organizzare il lavoro e la produzione, implicano scelte valutative che costituiscono la sostanza specifica dell'iniziativa economica. Come tali esse non possono che essere esercitate dall'imprenditore.

In tali situazioni la mera riammissione in servizio del lavoratore non è in grado di ripristinare la fisiologia del rapporto di lavoro, occorrendo a tal fine un'attività di ulteriore specificazione organizzativa da parte del datore di

lavoro, che renda noto il contenuto delle mansioni da eseguire.

Ne consegue che la reintegrazione nel posto di lavoro non potrà essere eseguita in forma specifica se non tramite la realizzazione degli obblighi strumentali prima indicati i quali, esercitando una pressione psicologica sull'imprenditore, lo stimolino a collaborare per ricostituire interamente il vincolo obbligatorio.

Qualora il dipendente riassegnato ai suoi compiti fosse, invece, in grado di svolgerli in perfetta autonomia senza la necessità che si attuino ulteriori specificazioni datoriali, l'esecuzione in forma specifica della reintegrazione si sarebbe già interamente compiuta, perché essa consiste nel reingresso del lavoratore in azienda e nella riattivazione forzata del vincolo obbligatorio.

Quanto alle vicende successive a tale evento, la dottrina in commento sostiene che esse non afferiscano più alla tutela coattiva dell'obbligo di reintegra (ormai già realizzatosi), bensì alla dinamica ordinaria del rapporto di lavoro. Pertanto se, dopo aver consentito al dipendente reinserito nel posto di lavoro di svolgere nel primo giorno le sue ordinarie mansioni, in seguito gli fosse impedito l'ingresso in azienda, si configurerebbe un'ipotesi di mora *credendi* e non d'inattuazione dell'obbligo di reintegra (già eseguito). Ne conseguirebbe l'impossibilità per il lavoratore di attivare nuovamente gli strumenti di tutela specifica previsti, e la necessità di far ricorso, piuttosto, alla disciplina sancita dagli artt. 1206 e ss. del c.c. (intimazione a ricevere la prestazione e, in caso di mancato accoglimento dell'invito, diritto alle retribuzioni, al risarcimento danno, ecc.). Come si vede, in un caso di questo genere la tutela in forma specifica trova fondamento non nell'obbligo di reintegra emesso a seguito di un licenziamento illegittimo (esauritosi con il reingresso

in azienda e la ripresa dell'attività lavorativa), bensì nel principio per cui a fronte di un inadempimento contrattuale, al datore di lavoro è imposta, *ex art. 1453 c.c.*, l'esecuzione del programma negoziale (ovvero l'obbligo di far lavorare il dipendente).³⁰⁷

Da tutto quanto si è detto in merito al tema trattato, emergono due aspetti meritevoli di considerazione. Da un lato, il fatto che il principio dell'incoercibilità degli obblighi di fare è specificamente posto a tutela della libertà personale. Ne deriva che esso è invocabile soltanto qualora la prestazione da rendere debba essere necessariamente attuata dal debitore in persona. Dall'altro, il fatto che l'adempimento dell'obbligo di reintegra comporta un insieme di comportamenti dovuti che si esprimono non soltanto in obblighi di *non facere* e di *pati* (come tali suscettibili di coercizione) ma altresì in obblighi di *facere* di contenuto non strettamente personale; e, peraltro, surrogabili ad opera di un terzo. In relazione ad essi dovrebbe, pertanto, ammettersi, come si è più sopra indicato, la possibilità di attuare una forma di esecuzione forzata.

Da ultimo occorre evidenziare che la giurisprudenza della Cassazione, largamente condivisa in dottrina, è costante nel ritenere che le sentenze di condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro ordinino un *facere* infungibile ed incoercibile, dunque insuscettibile di esecuzione forzata.³⁰⁸

³⁰⁷ Cfr. V. Speziale, *Situazioni delle parti*, *op.cit.*, p. 106;

³⁰⁸ Cfr. M. Pivetti, *Ombre e luci*, *op.cit.*, p. 160 ss., ed *ivi* citazioni della giurisprudenza recente della Cassazione sul tema;

IV.XXV ACCERTAMENTO E CONDANNA

Un punto che val la pena di chiarire, al fine di evitare ogni possibile fraintendimento, riguarda il rapporto tra condanna alla reintegrazione e condanna al risarcimento. Tale rapporto non è da intendere in termini di alternatività, poiché, semmai è vero il contrario, ossia che i due obblighi si cumulano. Il diritto del lavoratore al risarcimento del danno esiste, difatti, sino a che l'ordine di reintegra non venga attuato.³⁰⁹ Se da un lato, quindi, il datore di lavoro che risarcisce il danno non può esimersi dal reintegrare il lavoratore, dall'altro la reintegrazione non fa venir meno l'obbligo di risarcire il danno.

Ne deriva che il giudice ben potrà disporre il solo risarcimento del danno qualora la reintegrazione sia divenuta impossibile.³¹⁰

Soffermiamoci ora a considerare i contenuti della declaratoria d'invalidità del recesso.

Come si è avuto modo di precisare nelle pagine precedenti, tale provvedimento presenta una struttura complessa ed articolata. Poiché il capo principale della domanda riguarda l'impugnazione del licenziamento invalido, essa contiene in ogni caso una pronuncia di accertamento (mero o costitutivo a seconda dei casi) con la quale si dichiara appunto l'invalidità del licenziamento. In conseguenza di ciò, ossia dell'accertata illegittimità del comportamento datoriale, nascono precise necessità: da un lato quella di eliminare le conseguenze di tale illecito a partire dal momento in cui esso si è verificato, e dall'altro quella di fare in modo che la situazione di fatto torni ad essere corrispondente agli obblighi derivanti dal rapporto di

³⁰⁹ V. Mario Napoli, *I licenziamenti*, in *Dig. Comm.*, IX, Torino, 1993, p. 45 ss;

³¹⁰ Cass., 13 febbraio 1993, n. 1815;

lavoro, il quale perdura per effetto della dichiarazione di invalidità del licenziamento.

Si avrà allora la condanna del datore di lavoro al pagamento dell'indennità dovuta a titolo di risarcimento del danno, secondo il parametro fissato dall'art. 18 ed, in aggiunta, la condanna ad operare la reintegrazione, che è lo strumento diretto ad ottenere la cessazione dell'illecito e l'adeguamento dello stato di fatto alla situazione normativa ristabilita dalla sentenza. Essa, difatti, non mira alla ricostituzione del rapporto, che già avviene per effetto della dichiarazione giudiziale, ma alla cessazione del comportamento illecito datoriale (consistente nell'ingiustificata privazione del posto di lavoro) e all'eliminazione degli effetti di siffatto comportamento.³¹¹

Si riassume in questi termini la funzione inibitoria riconosciuta alla pronuncia che ordina la reintegrazione.³¹²

Da quanto precisato, emerge con chiarezza che si tratta di una condanna generale a contenuto eterogeneo e complesso, che riflette un fascio di obblighi sussistenti in capo al datore di lavoro in virtù non solo del rapporto di lavoro, ma anche in conseguenza dell'illegittimo licenziamento.

Come si è precisato nelle pagine precedenti, tale insieme include posizioni di diverso genere:

- **obblighi di dare** relativi al pagamento dell'indennità dovuta per il risarcimento del danno;
- **obblighi di *pati*** per quanto riguarda, ad esempio, l'ingresso del lavoratore in azienda;

³¹¹ M. Napoli, *Licenziamenti*, in *Dig.comm.*, IX, Torino, 1993, p.71;

³¹² M.D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1980;

- **obblighi di facere** per tutti i comportamenti attivi che spettano al datore di lavoro (consegna di materiali e attrezzature, assunzione di direttive, e così via).

Occorre valutare che, posta la necessità di dover ripristinare in termini materiali l'esatta situazione delle parti preesistente al licenziamento, è ad essa che occorre far riferimento per individuare ogni prestazione che il datore deve eseguire ai fini della reintegrazione. D'altronde, una caratteristica peculiare della condanna alla reintegra è che *“essa non impone prestazioni nuove o diverse rispetto a quelle che occorrono per ottemperare agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, ma impone al datore esattamente e tutte le prestazioni che occorrono per ristabilire una situazione concreta conforme a tali obblighi”*.³¹³

Con la precisazione che resta, tuttavia, garantita al datore di lavoro la possibilità di esercitare lo *jus variandi* in presenza di valide ragioni tecniche, organizzative e produttive.³¹⁴

IV.XXVI EFFETTI DELLA CONDANNA ALLA REINTEGRAZIONE

Malgrado la riforma del 1990 abbia generalizzato il principio di immediata esecutività della sentenza di primo grado, è importante precisare che l'art. 18 dello Statuto contiene un'apposita norma relativa alla provvisoria esecutività di tale sentenza (vedi comma 6).

³¹³ Cass., 1 dicembre 1994, n. 10284;

³¹⁴ V. per tutte Cass., 13 gennaio 1993, n. 314, in *MGL*, 1993, p. 326;

Tale *status* del provvedimento giudiziale fa sorgere il problema delle modalità con cui esso possa essere coattivamente eseguito, posto che la norma non dispone nulla al riguardo.

Occorre premettere che due sono le misure di esecuzione astrattamente configurabili in relazione ad un ordine giudiziale: quelle ad incidenza diretta e quelle ad incidenza indiretta (tra le quali vi sono da ricomprendere le *astreintes*).

Posto che non vi dovrebbero essere problemi ad individuare la tipologia delle misure di coazione diretta (valga per tutti l'esempio dell'accompagnamento coattivo del lavoratore in azienda, ad opera di un ufficiale giudiziario), per intendere le altre si potrebbe citare l'esempio dell'art. 28 dello Statuto.

Esso anziché prevedere, per l'appunto, modalità dirette di esecuzione dell'ordine giudiziale, stabilisce l'applicazione dell'art. 650 c.p. per il caso in cui il datore di lavoro non si decida ad adempiere spontaneamente.

Identicamente, l'ultimo comma dell'art. 18, riguardante l'ipotesi del rappresentante sindacale licenziato illegittimamente, appresta una misura coercitiva di tipo indiretto, sia pur rientrante nella specifica categoria di "*astreinte*".

I due casi considerati mettono chiaramente in evidenza quanto il legislatore si sia preoccupato dell'eventualità che l'ordine del giudice non venga spontaneamente adempiuto, apprestando misure di coercizione indiretta tese ad indurre il datore di lavoro all'esecuzione.

Nulla di simile sembra, invece, essere accaduto in merito all'ipotesi principale di condanna alla reintegrazione: rispetto all'art. 18 dello Statuto non sono, infatti,

configurabili specifiche previsioni di *astreintes* o di altre misure coercitive indirette.³¹⁵

A conferma di ciò si può considerare che il datore di lavoro resta libero di poter scegliere se ottemperare spontaneamente o non ottemperare all'ordine giudiziale; con la precisazione che nella seconda evenienza egli rimarrà obbligato, a tempo indefinito, al pagamento dell'indennità per il risarcimento del danno (come si è detto, per una somma pari alla retribuzione globale di fatto).

E' bene precisare che, in relazione a quest'ultima ipotesi, non è ravvisabile alcuna forma di coercizione esecutiva a carico del datore di lavoro, poiché l'obbligo a lui riferibile deriva dalla legge e dall'operazione *giuridica* di ricostituzione del rapporto lavorativo operata dall'autorità giudiziale.³¹⁶

Tuttavia resta indiscusso che il datore di lavoro, tenuto comunque al risarcimento, possa determinarsi per l'effettiva reintegrazione del soggetto piuttosto che per la rinuncia alle sue prestazioni.

IV.XXVII L'ESECUZIONE DELLA CONDANNA ALLA REINTEGRAZIONE

Nelle pagine precedenti si è messa in evidenza la quasi totale mancanza di strumenti esecutivi o coercitivi idonei a garantire la concreta attuazione dell'ordine di reintegrazione.

In merito a questo tema si rende ora necessario definire alcuni aspetti.

³¹⁵ M.Taruffo, *Reintegrazione nel posto*, op. cit., p. 5;

³¹⁶ Cfr. M. Napoli, *Licenziamenti*, in *Dig. Comm.*, IX, Torino, 1993, 71;

Si è posto, anzitutto, il problema relativo alla possibilità di riconoscere una forma di esecuzione **coattiva diretta** dell'ordine.

La soluzione al riguardo è positiva per quella parte di condanna inerente all'indennità risarcitoria dei danni subiti dal lavoratore illegittimamente licenziamento. Qualora il datore di lavoro non provveda al pagamento, il lavoratore potrà avvalersi dei classici strumenti previsti per l'esecuzione coattiva della prestazioni a contenuto pecuniario, ossia dell'esecuzione per espropriazione, *ex* artt. 483 ss. c.p.c.

Non esiste, invece, una soluzione altrettanto ovvia per quanto riguarda l'esecuzione delle prestazioni del datore di lavoro necessarie ad effettuare concretamente la reintegrazione.

In mancanza di norme specifiche, l'unica possibilità astrattamente configurabile potrebbe consistere nel far riferimento alle modalità ordinarie per l'esecuzione coattiva degli obblighi di fare e di non fare, ossia agli artt. 612 ss. c.p.c.

A partire dal 1970 questo tema ha costituito oggetto di numerosi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali.

Come si è brevemente accennato sopra, una parte della dottrina, assieme a una parte della giurisprudenza, ha tentato di configurare un'eseguibilità in forma specifica almeno parziale dell'ordine di reintegrazione.

La dottrina ha evidenziato che diverse prestazioni dovute dal datore sono fungibili e quindi eseguibili in forma specifica.³¹⁷ Parte della giurisprudenza ha seguito analogo indirizzo, disponendo, come indicato, l'accompagnamento coattivo del lavoratore sul luogo di lavoro tramite

³¹⁷ v. per tutti M.Taruffo, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione*, in *RTDPC*, 1976, p. 804 ss.;

l'ufficiale giudiziario,³¹⁸ oppure nominando un commissario *ad acta* con il compito di porre in essere quanto necessario per reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro.³¹⁹

Sono, invece, isolate le pronunce della Corte di Cassazione che ammettono l'esecutorietà almeno parziale dell'ordine di reintegrazione.³²⁰

Altra parte della dottrina, invece, ha totalmente escluso la possibilità di configurare l'eseguibilità in forma specifica dell'ordine di reintegrazione, invocando il principio *nemo ad factum praecise cogi potest* e l'assoluta infungibilità delle prestazioni dovute dal datore di lavoro. Ne è derivata l'impossibilità di far riferimento agli artt. 612 ss. c.p.c. al fine di promuovere l'esecuzione forzata in forma specifica di tali prestazioni.³²¹

Questa tesi è stata seguita da numerose decisioni delle Corte di Cassazione fino a stabilirsi, in maniera definitiva, come assolutamente prevalente nella sua giurisprudenza.³²²

³¹⁸ v. Pret. Milano, 31 gennaio 1975 e 28 gennaio 1975, in *FI*, 1975, I, p. 736; Pret. Domodossola, 14 aprile 1979 e Pret. Milano, 20 febbraio 1979, in *RGL*, 1979, P. 682;

³¹⁹ v. ad es. Pret. Roma, 25 agosto 1979, in *Foro it.*, 1979, I, p. 2132;

³²⁰ Cass. 20 gennaio 1978, n. 262, in *FI*, I, p. 1489; Cass. 13 aprile 1985, n. 2458, in *FI*, 1986, I, p. 1655;

³²¹ Crf. A. Aranguren, *La tutela dei diritti del lavoratore*, Padova, 1981, p. 104 ss., C. Mandrioli, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *RDC*, 1975, p. 9 ss.; D. Buoncrisiani, *Commento all'art. 18 dello statuto dei lavoratori. Sez. III. Profili processuali*, in M. Mazzotta (a cura di), *I licenziamenti*, Milano, 1992, p. 828 ss.;

³²² V. ad es. Cass., 4 settembre 1990, n. 9125, in *NGL*, 1990, p. 689; Cass., 11 gennaio 1990, n. 47; Cass. 11 gennaio 1990, n. 48, in *DPL*, 1990, p. 1231;

In definitiva, ciò rende ragione del motivo per cui l'espressa previsione dell'ordine di reintegrazione sia stata poi ridotta, da buona parte della dottrina, a mero *flatus vocis* del legislatore³²³. Stesso dicasi in relazione alla previsione di esecutorietà della sentenza *ex art. 18, c. 6.*

IV.XXVIII L'OPZIONE PER L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA

Secondo un giudizio d'insieme, è ragionevole ipotizzare che il costante atteggiamento giurisprudenziale di chiusura rispetto alla possibilità di rendere coercibile l'obbligo di reintegra, abbia prodotto delle ricadute dal punto di vista legislativo.

Non pare essere un caso, del resto, che il legislatore del 1990, innovando profondamente rispetto all'originaria formulazione del'art. 18 St., abbia introdotto la possibilità per il lavoratore di monetizzare l'incoercibile reintegrazione. Questi, a seguito della riforma attuata dalla l. n. 108 del 1990, è titolare della facoltà di optare, in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro, per un'indennità sostitutiva di valore pari a 15 mensilità di retribuzione globale di fatto.

Se si considera che il problema che sta alla base della tutela di carattere reale è che la legge n. 108 del 1990 non è in alcun modo intervenuta a disciplinare le modalità di esecuzione forzata dell'ordine di reintegra, la situazione pare, da questo punto di vista, essersi aggravata.

³²³ vedi per tutti, M. Taruffo, *Reintegrazione nel posto di lavoro, profili processuali*, in *EGT*, vol. XXX, p. 5; in senso contrario S. Mazzamuto, *La prospettiva civilistica*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Atti del convegno di Foggia 14-15 novembre 2003, p. 28;

Così facendo, infatti, il legislatore ha trascurato la possibilità di rafforzare la tutela del lavoratore illegittimamente licenziato, in termini di effettività.

Semmai la riforma del 1990 ha mostrato di agire in direzione opposta, introducendo l'istituto dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, come la più rilevante tra le modifiche disposte.³²⁴ L'obiettivo perseguito è quello di offrire, dopo l'accertamento dell'invalidità del licenziamento e l'emissione della condanna alla reintegrazione, un'alternativa al lavoratore per evitare il protrarsi di situazioni di incertezza o il reinserimento in una struttura che lo ha in precedenza rifiutato.

Dal punto di vista tecnico, trattasi di un diritto potestativo stabilito a favore del prestatore di lavoro. Così, la contropartita dell'impossibilità di ottenere la reintegrazione, a fronte della mancata disponibilità del datore di lavoro ad eseguirla spontaneamente, consiste nella facoltà del lavoratore di rinunciare alla reintegrazione in cambio di un'indennità.³²⁵

È importante considerare che operando in questi termini il legislatore non solo ha mancato di rafforzare la tutela del lavoratore sul piano esecutivo, ma non ha nemmeno influito sulla facoltà del datore di lavoro di eludere l'ordine giudiziale di reintegrazione. Egli ha soltanto agito nel senso di rendere ancor meno conveniente questa possibile scelta datoriale, dal punto di vista economico. Peraltro, con l'ulteriore effetto di disincentivare un atteggiamento risoluto del lavoratore nel determinarsi per

³²⁴ V. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro. Aggiornamenti 1992-1993*, Bologna, 1993, p. 48;

³²⁵ L. De Angelis, *L'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro tra diritto e processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, p. 139 ss.;

la reintegrazione³²⁶: si predispone, infatti, a suo favore un'indennità compensativa della rinuncia ad essa.

In dottrina si rileva come simile scelta legislativa abbia prodotto l'effetto di far acquisire un valore predeterminato al posto di lavoro (M. Napoli).³²⁷

Si può allora affermare che la tutela è "reale" dal punto di vista del solo datore di lavoro, poiché formalmente non è venuto meno il suo obbligo di reintegrare il lavoratore. Quanto al lavoratore, invece, il fatto che non vi siano strumenti volti a costringere l'altro ad eseguire la reintegrazione, lo proietta in una condizione molto simile a quella garantita dalla tutela di tipo obbligatorio. Egli, difatti, rimane sostanzialmente titolare del (solo) diritto ad ottenere la monetizzazione della rinuncia alla reintegrazione.³²⁸

A questo punto, è importante svolgere alcune considerazioni in merito agli aspetti funzionali e procedurali dell'istituto.

Sebbene la lettera della norma suggerisca diversamente, l'indennità sostitutiva non "sostituisce" la reintegrazione, bensì compensa la rinuncia del lavoratore alla continuità del rapporto lavorativo. La sentenza ha, difatti, già accertato simile continuità e compito della reintegrazione sarebbe soltanto quello di perfezionarla. L'opzione del lavoratore incide, così, non sulla reintegrazione ma (più a fondo, ossia) sulla continuazione del rapporto lavorativo producendone l'estinzione, a fronte del pagamento di un indennizzo. Ne deriva che essa conduce all'**estinzione del rapporto** e non già dell'obbligo di reintegrazione.

³²⁶ M. Taruffo, *Reintegrazione nel posto di lavoro, profili processuali*, in *EGT*, vol. XXX, p. 5,

³²⁷ M. Napoli, *Licenziamento*, *op. cit.*, p. 75;

³²⁸ Così L. De Angelis, *L'indennità*, *op. cit.*, p. 147;

Quest'ultima, difatti, riguardando la ripresa materiale della relazione tra le parti, presuppone la condizione inversa, ossia la continuità giuridica del rapporto.³²⁹

Quanto agli aspetti procedurali, la richiesta dell'indennità sostitutiva dovrà essere effettuata dal lavoratore entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza che ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato.

Da un punto di vista tecnico, invece, posto che è attribuita al lavoratore la facoltà insindacabile di "monetizzare" il diritto alla reintegrazione, può ritenersi pacifica la qualificazione dell'istituto in termini di "obbligazione con facoltà alternativa" dal lato del creditore.³³⁰ Ne sarebbero una conferma gli interventi della Corte costituzionale operati sul tema.³³¹

In ordine alla determinazione della somma erogata a titolo d'indennità sostitutiva una pronuncia relativamente recente della Corte di Cassazione³³² ha disposto che la "retribuzione globale di fatto", indicata al quinto comma dell'art. 18, debba individuarsi con gli stessi parametri di quella prevista al comma precedente per la quantificazione degli importi risarcitori³³³. Non ha dunque rilevanza il fatto

³²⁹ M.D'Antona, *Licenziamento illegittimo e indennità sostitutiva della reintegrazione: la Corte costituzionale gioca d'anticipo*, in *FI*, 1992, I, p. 2045

³³⁰ Così Cass. 5 dicembre 1997, n. 12366, in *RIDL*, 1998, II, p. 351;

³³¹ Corte Cost. 30 marzo 1992, n. 141;

³³² Cass. 07/1833, in *NGL*, 2007, 2, p. 210;

³³³ Ci si potrebbe, in realtà, domandare se nella quantificazione dell'indennità *ex art.* 18, c.5, non debba rientrare anche la rata di Trattamento di Fine Rapporto, dato che il presupposto su cui essa si fonda è l'estinzione del rapporto lavorativo e non, invece, la sua protrazione, come avviene per l'ipotesi d'indennità di cui al 4 comma dello stesso articolo;

che il risarcimento derivi dall'illegitto comportamento del datore di lavoro e che l'opzione rappresenti il frutto di una scelta, invece, personale del lavoratore.

Si discute, inoltre, su quale sia il momento di estinzione del rapporto di lavoro. Sempre la Corte Costituzionale ha stabilito che l'effetto estintivo non deve essere ricondotto alla ricezione della manifestazione di volontà da parte del datore di lavoro, bensì al pagamento dell'indennità.³³⁴

Conseguentemente, fino a quando questo non venga eseguito, dovrebbe delinarsi la perduranza dell'obbligo risarcitorio in capo al datore di lavoro.³³⁵

Va segnalata l'impostazione che distingue fra il caso in cui il lavoratore abbia esercitato l'opzione in assenza di un precedente invito datoriale a riprendere servizio e l'ipotesi in cui l'opzione sia stata, invece, comunicata dopo una formale offerta di tal genere: nel primo caso l'obbligo retributivo permanerebbe, mentre nel secondo il datore di lavoro sarebbe esonerato dal pagamento, non potendosi configurare, in capo ad egli, una situazione di *mora credendi*.³³⁶ Di questo avviso è la giurisprudenza, secondo cui, finché il datore non esegua la prestazione, permangono sia l'obbligo retributivo³³⁷, che il diritto del lavoratore a far valere come titolo esecutivo la sentenza che, nel disporre la reintegrazione del lavoratore licenziato, ha attribuito a titolo risarcitorio le retribuzioni globali di fatto dalla data del licenziamento a quella della riassunzione.³³⁸

³³⁴ Corte Cost. 92/81; vedi anche Cass. 00/10326;

³³⁵ Cass. 28 luglio 2003, n. 11609, in *MGL, Rep.*, 2003, p. 101;

³³⁶ Amoroso, *DL*, 1992, II, p. 129;

³³⁷ Cass. 07/2898, *RCDL*, 2007, p. 293; Cass. 03/3380, *GL*, 2003, 25, p. 12;

³³⁸ Cass. 03/11609, *RIDL*, 04, II, p. 155, con nota di Agostini;

Ciò malgrado si registrano numerosi orientamenti giurisprudenziali di segno opposto, soprattutto di merito, in base ai quali con l'esercizio dell'opzione il rapporto di lavoro cessa, venendo conseguentemente meno anche il connesso obbligo retributivo.³³⁹

Alcune sentenze di merito precisano che l'eventuale tardività del pagamento, lungi dall'essere idonea a generare l'ultrattività del rapporto, legittima semmai il lavoratore ad azionare i mezzi ordinari previsti per l'inadempimento negoziale.³⁴⁰

Un ulteriore aspetto da considerare è il fondamento del diritto del lavoratore di optare per l'indennità in sostituzione della reintegrazione: esso è da ricercare nell'elemento fiduciario che lega le controparti di un rapporto di lavoro. Ne deriva che la lesione di tale vincolo non soltanto può porsi a fondamento di un licenziamento disposto per giusta causa, ma anche del diritto del lavoratore all'attribuzione dell'indennità sostitutiva (eventualmente) conseguente al recesso datoriale illegittimo.³⁴¹

Possiamo ora riflettere sui principali problemi cui l'applicazione dell'art. 18, 5 comma ha condotto. Una prima questione riguarda la possibilità di richiedere l'indennità prima che sia intervenuta la sentenza che ordina la reintegrazione, e cioè se il lavoratore possa esercitare fin da subito il diritto di opzione, o se, invece, non debba attendere, come necessario presupposto, la

³³⁹ Cass. 98/6005; *LG*, 98, p. 853; Cass. 98/2975; per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Genova 5 marzo 2007, in *RCDL*, 2007, 3, p. 914; Trib. Roma 10 gennaio 2006, *LG*, 2006, 9, p. 905;

³⁴⁰ Trib. Torino 12 novembre 2005, *RIDL*, 2006, II, p. 924; Trib. Torino 14 settembre 2005 e Trib. Torino 19 agosto 2005, *DRI*, 2007, 2, p. 493;

³⁴¹ M.V. Ballestrero, *La stabilità*, *op. cit.*, p. 150;

sentenza indicata. La Cassazione si esprime in senso favorevole alla prima soluzione: secondo la Corte, premesso che l'attribuzione dell'indennità sostitutiva è collegata all'illegittimità del recesso (e non alla sentenza di reintegrazione), sarebbe del tutto irragionevole imporre al lavoratore di richiedere la condanna del datore ad una reintegrazione cui egli abbia già deciso di rinunciare. Così come sarebbe irragionevole obbligare entrambe le parti ad attendere la conclusione dell'*iter* giudiziario. Il solo limite sussistente per il lavoratore è il termine di decadenza per l'esercizio dell'opzione, che decorre dal deposito della sentenza. Come si è detto, il termine ha la funzione di eliminare la situazione di incertezza determinata dalla coesistenza della decisione che afferma l'illegittimità del licenziamento con la facoltà del lavoratore di non conformarsi alla decisione.³⁴²

Un secondo problema emerso in sede applicativa, riguarda la necessità di corrispondere l'indennità al lavoratore anche in caso di intervenuta revoca del licenziamento.

In relazione a questo tema, la giurisprudenza risponde diversamente a seconda che alla revoca sia seguito o meno il ripristino del rapporto. Nel primo caso, la Cassazione esclude che il lavoratore abbia diritto all'indennità sostitutiva³⁴³; nel secondo, invece, posto il carattere unilaterale della revoca, la S.C. ritiene che permanga il diritto del lavoratore a riceverla. Diversamente, infatti, la

³⁴² Cass. 25 febbraio 2005, n. 4000, in *MGL*, 2005, p. 615;

³⁴³ In senso contrario v. Cass. 11 febbraio 2001, n. 1925, in *RIDL*, 2002, II, p. 626, ove si afferma che la facoltà riconosciuta al lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva non viene meno né per il protrarsi delle prestazioni anche in seguito all'emissione della sentenza di reintegra, né per effetto di un provvedimento cautelare di reintegrazione (ex art. 700 c.p.c), quando l'attività sia ripresa proprio in forza di tale provvedimento;

revoca, preordinata ad impedire la pronuncia giudiziale di reintegrazione, priverebbe il lavoratore della possibilità di esercitare un diritto, il cui esercizio verrebbe di fatto ad essere rimesso al datore di lavoro.

Non resta che compiere un'osservazione conclusiva.

Posto quanto si è detto in merito alla diffusa convinzione che l'obbligo di reintegra non sia suscettibile di esecuzione forzata, si rende necessario, ai fini di un'effettiva reintegrazione del lavoratore, l'assunzione da parte del datore di lavoro di un comportamento attivo. In questo senso, egli deve procedere ad "invitare" il lavoratore a riprendere servizio, offrendogli di riprendere le mansioni precedenti od altre di contenuto a quelle equivalente.

L'art. 18, comma 5, assegna al lavoratore un termine di 30 giorni dall'invito del datore di lavoro per riprendere servizio (mettendosi a disposizione dell'altro in termini effettivi).

Decorso inutilmente tale periodo "il rapporto s'intende risolto".

BIBLIOGRAFIA

Alleva P., *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966, n. 604 allo Statuto dei lavoratori*, in *RDL*, 1971, I, p. 85;

Auletta G., *La risoluzione per inadempimento*, 1942, Milano;

Ballestrero M.V., *La stabilità nel diritto vivente. Saggi su licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Torino, 2009;

Barassi F., *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Milano, 1946;

Barraco E., *Tutela reale e processo: rimedio (eccezionale) di mero accertamento?*, in *ADL*, 4-5/2008, p. 1064 ss.;

Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Artt. 1218-1222, Bologna-Roma, p. 172;

Borrione M., *La risoluzione per inadempimento*, Cedam, 2004;

Boscati A., *I regimi di tutela contro il licenziamento illegittimo*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da M.Bessone, F.Carinci (a cura di), Tomo II, Giappichelli, 2007; p. 229 ss.;

Buoncristiani D., sub art. 18 St. lav., in O. Mazzotta, 1999, p. 889;

Castronovo C., *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S.Mazzamuto, Napoli, 1989, I, P. 492

- Chiarloni S., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, 1980;
- Corsio R., *Reintegrazione e risarcimento del danno*, in *Dir.prat.lav.* 1990, n. 38, p. 2337;
- Dalmartello V., *Risoluzione del contratto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, 1969, p. 137;
- D'Adda A., *Il risarcimento in forma specifica*, Cedam, Padova, 2002;
- D'Antona M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979;
- D'Antona M., *Tutela reale del posto di lavoro* (voce), in *EGT*, vol. XXXI, Roma, 1994;
- D'Antona M., *Commento all'art. 1, commi 4-5*, in *Commentario della legge 11 maggio 1990, n. 108, Disciplina dei licenziamenti individuali (1991)*, ora in *Opere*, III, 1, Giuffrè, 2000, p. 385;
- D'Antona M., *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, in *RGL*, 1987, I, p. 377;
- D'Antona M., *Licenziamento illegittimo e indennità sostitutiva della reintegrazione: la Corte costituzionale gioca d'anticipo*, in *FI*, 1992, I, p. 2045;
- D'Antona M., *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *FI*, 1990, V, p. 356;
- De Angelis L., *L'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro tra diritto e processo*, in *RTDPC*, 1996, p. 139;
- De Felice Alfonsina, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, 2003;

De Luca Tamajo R., D'Antona M. (a cura di), Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali, in *Nuove leggi civ.*, 1991, n. 1-2, p. 133;

Dell'Aquila, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *RDC*, II, 1983, p. 853;

Dell'Olio M., *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *DLRI*, 1987, p. 423;

Dell'Olio M., *La nuova disciplina del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo: considerazioni generali*, in *DL*, 1991, I, p. 205;

Di Majo A., *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, ed. 2009;

Di Majo A., *La tutela civile dei diritti 3*, IV ed., 2003;

Di Majo A., *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, S.Mazzamuto (a cura di), I, ed. 1989;

Di Majo A., *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*, in *EGT*, vol. XXXI;

Ferraro G., *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 1989, p. 555;

Ferraro G., Art. 1 Reintegrazione, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti individuali. Commento alla legge 11 maggio 1990, n. 108*, ESI, Napoli, P. 54 ss.;

Ferreri, *Le azioni esecutorie in diritto comparato*, 1989;

Fiandaca G. e Musco E., *Diritto penale, parte generale*, ed. II, 1989;

Frignani A., *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria del diritto italiano*, 1974;

Franzoni M., Dei fatti illeciti, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1993;

Galgano F., Diritto civile e commerciale, Vol. II, tomo I, Padova, 1993;

Gallo P., Pene private e risarcimento del danno, 1996;

Gambaro A., La legittimità passiva alle azioni possessorie, ed. 1979;

Garofalo D., *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, in Curzio-Savino (a cura di), La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: atti Convegno Bari, 1-2 marzo 1991;

Ghera E., *Le tecniche di tutela:statuto dei lavoratori ed innovazioni legislative*, in DLRI, 1991, p. 641;

Ghera E., *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in S.Mazzamuto (a cura di), Processo e tecniche di attuazione dei diritti, II, Jovene, Napoli, 1989, p. 1083;
Ghezzi G., La mora del creditore nel rapporto di lavoro, Milano, Giuffrè, 1965;

Ghezzi G., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: analisi e prospettive di evoluzione*, in Pol. Dir., 1992, p. 206;

Giorgianni, L'inadempimento, Milano, 1959;

Grandi M., *Il campo di applicazione della nuova disciplina della reintegrazione nel posto di lavoro*, in DL, 1991, p. 3;

Guarnieri A., Diritto reali e diritto di credito. Valore attuale di una distinzione, ed.1979;

Liebman S., *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *I licenziamenti individuali*, in *QDLRI*, n. 26, p. 37;

Loy G., *I mezzi di tutela: la reintegrazione ed il risarcimento*, in Loy (a cura di), *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, p. 57;

Mancini F., *Il recesso unilaterale nei rapporti di lavoro*, Milano, vol. I, ed. 1962;

Mancini G., *Il nuovo regime del licenziamento*, in AA.VV., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori. Tendenze ed orientamenti*, Milano, 1973, p. 191 ss.;

Mancini G.F., *Reintegrazione nel posto di lavoro*, in G. Ghezzi, G.F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Statuto dei lavoratori, Commentario del codice civile*, Scialoja e Branca (a cura di), Zanichelli, *Il Foro Italiano*, Bologna-Roma, sub art. 18;

Mandrioli L., *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *RDP*, 1975, p. 9;

Marella M.R., *Attuazione del diritto e regole di responsabilità*, 1996;

Mattei U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, 1987;

Mattei U., *I rimedi*, in *Trattato di Diritto Civile*, Sacco, II, *La parte generale del diritto civile. Il Diritto soggettivo*, Utet, 2001;

Mazzamuto S., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato Rescigno*, 1980;

Mazzamuto S., *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978;

Mazzamuto S., *La prospettiva civilistica*, in La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro, in Atti convegno Foggia, 14-15 novembre 2003, p.28;

Mazziotti F., *Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno*, in Scritti in onore di G. Suppiej, Sedam, Padova, p. 660;

Mazzotta O., *Diritto del lavoro 3*, Trattato di diritto privato, G. Iudica e P. Zatti (a cura di), Giuffrè, 2002;

Mazzotta O., *I licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 1999;

Mazzotta O., *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in LD, n. 4, 2007, p. 537;

Mengoni L., in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto S., Napoli, 1989, I, p. 152;

Micheli, *L'onere della prova*, Padova, 1966;

Montuschi L., *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in DRI, n. 1, 1997, p. 3;

Napoli M., *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, in La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro, Atti del convegno di Foggia, 14-15 novembre 2003, p. 54 ss.;

Napoli M., *La stabilità reale nel posto di lavoro*, Milano, 1980

Napoli M., *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 196;

Napoli M., *I licenziamenti*, Digesto Comm., vol IX, Utet, Torino, 1993;

Napoli M., *Elogio della stabilità*, in *QDLRI*, n. 26, 2002, p. 9;

Natoli U., *Evoluzione e involuzione del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1967, I, p. 207;

Nogler L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 660;

Nuzzo V., *Forma e procedura per il licenziamento*, in R. Del Luca Tamajo, F. Bianchi D'Urso, p. 301;

Pagni I., Tutela specifica e per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa, Giuffrè, 2004;

Pagni I., *Diritti del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, *RIDL*, 2005, I, p. 489;

Passerini Glazel L., *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*, Quodlibet, Macerata, ed. 2005;

Patti S., *Delle prove. Disposizioni generali*, in Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna- Roma, 1987;

Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, *RTDPC*, 1973;

Pera G., *Le novità della disciplina dei licenziamenti*, in *EGL*, fondata da Mazzoni, diretta da G.Suppiej, V bis, Padova, 1993, p.5, ss.;

Pera G., *Le organizzazioni di tendenza nella legge sui licenziamenti*, in *RIDL*, 1991, p. 455 ss.;

Pivetti M., *Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica*, in *RGL*, I, p. 145;

Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, ed. 2002;

Proto Pisani A., *Appunti sulla giustizia civile*, 1982;

Proto Pisani, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, *RIDL*, 1983;

Proto Pisani A., *Appunti sulla tutela di condanna*, in *RTDPC*, 1978, p. 1104 ss.;

Proto Pisani A., *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in M. De Luca, M. Proto Pisani A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli, 2003;

Rapisarda C, Taruffo M., *Azione inibitoria I*, (voce), in *ECG*, vol. XXIX;

Rodotà. S., *Il problema della responsabilità civile*, 1964;

Romeo C., *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Giuffrè, Milano, 2008;

Rossetti, Sub art. 1453, in *Commentario al codice civile – Aggiornamento*, diretto da Cendon, II, 2002, Torino, p. 778;

Sacco L.- De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 1993;

Salvi C., *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985;

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

Speziale V., *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *La tutela in forma*

specifica dei diritti nel rapporto di lavoro, Atti convegno Foggia, 14-15 novembre 2003, Giuffrè, 2004;

Taruffo M., *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, RCDP, 1986;

Taruffo M., *Reintegrazione nel posto di lavoro*, II, profili processuali (voce), EGT, vol. XXX;

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

Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*, 1983;

Tosi, *Il nuovo regime della cosiddetta tutela reale*, in M.De Cristofaro, *I licenziam. individuali*, p. 55;

Trimarchi F., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2002;

Vallebona. A., *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995;

Villa G., *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in RDC, 2002, II, p. 709;