



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E DIRITTO DEL LAVORO

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN : DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO
PRIVATO E DEL LAVORO

INDIRIZZO: DIRITTO DEL LAVORO

CICLO: XXII

**RECESSO DAL RAPPORTO E TUTELA DEL LAVORATORE: LA
SPECIALITÀ DEL DIRITTO DEL LAVORO**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Renato Pescara

Coordinatore d'indirizzo: Ch.ma Prof.ssa Adriana Topo

Supervisore: Ch.mo Prof. Michele Miscione

Dottorando: dott. Raffaele Garofalo

ANNO ACCADEMICO 2008 - 2009

ABSTRACT

L'equiparazione formale e sostanziale delle parti nel rapporto contrattuale, principio cardine del diritto comune, trova una deroga nel rapporto di lavoro, caratterizzato da una posizione di supremazia del datore di lavoro.

Il licenziamento, individuale e collettivo, e le dimissioni meglio di tutti gli altri istituti del diritto del lavoro sintetizzano il rapporto di potere tra datore di lavoro e lavoratore, spingendo continuamente il legislatore ad intervenire, di fatto specializzando la normativa, per far fronte alla sottoprotezione contrattuale del lavoratore, bisognoso di una tutela che ponesse un freno allo strapotere del datore di lavoro.

In realtà, la disciplina del licenziamento non è totalmente avulsa dalle regole comuni dei contratti, registrandosi, infatti, un continuo andirivieni dal e verso il diritto civile.

Certo v'è chi sostiene che il diritto del lavoro comunque dipenda dal diritto civile; altri, invece, ritengono non v'è <<dipendenza>>, ma un'evidente <<specialità>>, se non proprio <<autonomia>>, al punto che, forse, sono maturi i tempi per ragionare di una teoria generale del diritto del lavoro.

L'istituto del licenziamento rappresenta l'emblema di tale processo evolutivo. Il recesso *a latere datoris* deve essere considerato una speciale forma di recesso dal rapporto, non avendo eguali nel diritto civile, soprattutto con riferimento al sistema di tutele, diversificate sulla base di specifici criteri oggettivi e soggettivi: la tutela obbligatoria; la tutela reale; la tutela reale di diritto comune; la tutela in caso di licenziamento *ad nutum*.

La specialità della disciplina del licenziamento riguarda, quindi, proprio il sistema di garanzie, che impone un continuo confronto col diritto civile, in una logica essenzialmente diacronica. Da tale rapporto, però, emergono tradizionalmente due problematiche e, cioè, da un lato, il confronto tra il livello di tutela accordato al lavoratore rispetto a quello previsto dal codice civile in favore di qualsivoglia contraente; dall'altro lato, l'interazione, non sempre facile, tra le tecniche di tutela predisposte in favore del lavoratore subordinato e quelle approntate dal codice civile.

In un continuo confronto tra il diritto del lavoro e il diritto civile è utile, allora, sottoporre la disciplina del licenziamento e, in particolar modo, quella della cd. stabilità stabilità reale, ad una valutazione in ordine alla sua effettività. La specializzazione, in

alcuni casi eccessiva, di alcuni dei principi generali del diritto dei contratti, fa sorgere il ragionevole dubbio che le tutele del lavoratore illegittimamente licenziato non siano più idonee a garantire integralmente i suoi diritti, privilegiando, anche sulla spinta della riforma del 1990, l'aspetto economico del diritto al lavoro piuttosto che quello sociale (si allude alla tutela meramente risarcitoria in caso di mancata reintegra).

La specializzazione di alcuni principi generali del diritto civile ha determinato un *corpus* normativo frastagliato, non omogeneo, dove è stata ritenuta legittima un'evidente diseguaglianza tra le varie categorie di soggetti (vi sono, infatti, tutele diversificate in favore del lavoratore licenziato) ed una inevitabile tutela sostanzialmente di tipo economico, che costituisce il comune denominatore delle varie ipotesi disciplinate del legislatore.

La Costituzione riconosce il diritto al lavoro come bene giuridico primario del lavoratore e l'art. 18 St. lav. dovrebbe rappresentare l'attuazione di tale garanzia, quale strumento di riequilibrio dei poteri all'interno del rapporto individuale di lavoro. E tale era sino al 1990, dove la reintegrazione in forma specifica costituiva la tutela principale, garantita sia direttamente con l'ordine di ripristino della funzionalità del rapporto, sia indirettamente, attraverso la previsione del diritto del lavoratore alle retribuzioni, quale sanzione per l'inottemperanza del datore di lavoro all'ordine giudiziale di ripristino della funzionalità del rapporto. Quest'ultima, quindi, rappresentava una misura di coercizione indiretta necessaria per fronteggiare l'ostacolo insuperabile dell'incoercibilità dell'obbligo del datore di lavoro di far lavorare il lavoratore, tesa a confermare la supremazia della reintegrazione in forma specifica sul risarcimento per equivalente, nel rispetto dei principi generali del diritto comune in tema di responsabilità contrattuale.

Con la riforma del '90, invece, e con l'unificazione della tutela risarcitoria per il periodo sia precedente sia successivo alla sentenza e con l'introduzione dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, il rapporto tra le predette tutele si è capovolto: la monetizzazione del rapporto prevale sul bene giuridico <<posto di lavoro>>, di fatto indebolendo la tutela ripristinatoria, e i tentativi della dottrina di trovare un rimedio a tale situazione hanno dovuto fare i conti con la resistenza della giurisprudenza, ancorata con forza, nel caso di specie, all'interpretazione letterale dell'art. 18.

La specializzazione del diritto del lavoro, in ogni caso, ha permesso la consacrazione del diritto del lavoratore, costituzionalmente garantito, alla conservazione del posto di lavoro (valutato, però, non come <<posto fisso>>, ma come diritto a non esserne privato se non per comprovate ragioni), quindi, alla stabilità, intesa come <<valore>>, che non deve essere eliminata perché di ostacolo all'aumento dell'occupazione, quale misura di politica di diritto di tipo promozionale, ma rinvigorita e resa compiutamente effettiva, per evitare di cadere nel paradosso che la tutela della stabilità del posto di lavoro è talmente <<forte>> che deve essere attenuata in una logica solidaristica in favore dei soggetti deboli. La tutela *sub* art. 18 è <<forte>> negli intenti, ma senza la sua idoneità a soddisfare compiutamente gli interessi dei soggetti da essa protetti rischia di rimanere un *flatus vocis*.

Una volta accettata, allora, l'idea della stabilità come <<valore>>, non in antitesi rispetto alla flessibilità, al centro della tutela deve essere collocato il posto di lavoro, quale diritto sociale del lavoratore, ponendo la tutela patrimoniale in una posizione di complementarietà o residualità, dovendo essere preferita soltanto nelle ipotesi in cui il diritto al posto di lavoro manca *ab origine*.

Per ottenere questo è evidente che occorre ritornare a discutere non solo dell'art. 18 e delle tutela complementari, in una logica di efficienza regolativa del diritto del lavoro, attraverso l'introduzione di misure di coercizione indiretta e una riforma del processo del lavoro, ma anche del quadro più complessivo nel quale tale norma si trova ad operare (*in primis*, mercato del lavoro), in quanto, a prescindere da ogni valutazione critica, è innegabile che la stabilità ha un effetto esocontrattuale di garanzia del sistema complessivo.

ABSTRACT

The formal and substantial equalization of the parties in a contractual relationships, a fundamental principle of civil law, is excluded in the working relationship, which is characterized by a position of supremacy of the employer.

The dismissal, individual or collective, and the resignation synthesize the power relations between the employer and the worker better than all the other regulatory schemes of labour law; the legislator has been driven to intervene specializing the rules, to face the contractual under security of the worker, needful of a brake to the overwhelming power of the employer.

In reality, the rules about dismissals is not completely out of the common rules of contracts, but there is a continual coming and going to civil law.

Somebody claims that labour law depends anyway on civil law; on the contrary others consider there is no “dependence” but an evident “specialty” or else “autonomy”, so that it's possible to discuss about a general theory of labour law.

The dismissal represents the emblem of such an evolutionary process. The *a latere datoris* recess must be considered a special form of recess from the relationship, not having equals in civil law, especially referring to the system of protections, diversified by given objective and subjective criteria; the mandatory protection; the real protection; the real protection of civil law; the protection in case of *ad nutum* dismissal. The specialty of the dismissal rules concerns the system of guarantees that orders a continuous comparison with civil law, in an essentially diachronic logic. But from this relation, two problems traditionally emerge: on one side, the comparison between the protection level granted to the worker and that one provided by the civil code in favour of any contracting party; on the other side, the interaction, not always simple, between the protection techniques established for the dependent worker and those ones provided by the civil code.

In a continuous comparison between labour law and civil law, then it's useful to evaluate the rules of the dismissal, and especially the rules of the so called real stability, in order to their effectiveness. The specialization, sometimes excessive, of some general principles of the contracts law induces to doubt that the protection of the wrongful dismissed worker isn't no longer fit to fully guarantee his rights,

privileging, also under the push of the reform of the 1990, the economic aspect of the right to work rather than the social one (referring to the indemnifying protection in case of missing reinstatement).

The specialization of some general principles of civil law determined a jagged normative *corpus*, not homogeneous, where an evident disparity between the various categories of subjects (there are different protections for the dismissed workers) and an inevitable substantially economic protection, that is the common denominator of the various hypothesis regulated by the legislator, have been considered legal.

The reform of the 1990, on the contrary, the unification of the indemnifying protection for the previous and the successive period to the judgment, and the introduction of the allowance replacing the reinstatement, overturn the relation between the foretold protections: the valuation in money of the relationship prevails on the “job”, weakening the restoring protection, and the efforts of the doctrine to find a remedy to this situation faced the resistance of the case law, strongly anchored to a literal interpretation of the Art. 18.

The specialization of the labour law, anyway, allowed the consecration of the constitutionally guaranteed right of the worker to the preservation of his job (not regarded as “fixed job” but as a right to being deprived of it only for proven reasons), so to stability meant as a “value”, which mustn't be removed as an obstacle to the increasing of the employment, as a promotional measure of law policy that is strengthened and made completely effective, avoiding the paradox that the protection of stability is so “strong” that it must be softened in favour of the weak subjects, in a logic of solidarity.

The protection provided by Art. 18 is “strong” in its purposes, but without its ability to satisfy completely the interests of the people it preserves, it may remain a *flatus vocis*.

Once the idea of stability is accepted as a “value”, not in antithesis with the flexibility, job has to be put at the centre of the protection as a social right of the worker, placing the patrimonial protection in a complementary or residual position, preferring it only when the work misses *ab origine*. So, it's necessary to go back and discuss not only about art. 18 and the complementary protection, in a logic of

normative efficiency of labour law, introducing measures of indirect coercion and reforming the labour trial, but also about the bigger frame where the rule acts (*in primis*, labour market), because, apart from any critical evaluation, it's undeniable that stability has a outside contractual effect of warrantee of the global system.

RECESSO DAL RAPPORTO E TUTELA DEL LAVORATORE: LA SPECIALITA' DEL DIRITTO DEL LAVORO

Premessa

pag. 4

PARTE I. LE FATTISPECIE ESTINTIVE

Capitolo 1. Le fonti di disciplina del licenziamento

1. La tutela del lavoratore nel codice civile: il recesso <<ordinario>> e <<straordinario>> pag. 7
2. Dalla Costituzione agli Accordi Interconfederali del 1947, 1950 e 1965 pag. 12
3. Dalla legge n. 604 del 1966 alla legge n. 223 del 1991: la fine del recesso *ad nutum* e la necessaria giustificazione pag. 14
- 3.1. Gli interventi legislativi degli anni '60 -'70... pag. 15
- 3.2. (segue)...degli anni '90 - '91 pag. 22
4. Il <<parallelismo delle tutele>> pag. 27
5. Diritto al lavoro e diritto alla conservazione del posto di lavoro nella Costituzione pag. 34
6. (segue)... e nel diritto comunitario pag. 43

Capitolo II . Il licenziamento tra diritto civile e diritto del lavoro

1. L'interpretazione dell'art. 18 tra diritto comune e diritto speciale pag. 52
2. Inefficacia, nullità e annullabilità nell'art. 18 pag. 55
- 2.1. (segue)... l'annullabilità pag. 57
- 2.2. (segue)... la nullità pag. 62
- 2.3. (segue)... l'inefficacia pag. 68
3. La messa in mora nel diritto civile... pag. 73
4. (segue)... e nel diritto del lavoro pag. 77
5. La messa in mora e il risarcimento del danno pag. 88
6. La messa in mora, l'inadempimento e il diritto alle retribuzioni pag. 94

7. L'estinzione del rapporto di lavoro...	pag. 103
7.1. (segue)... la risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta	pag. 104
7.2. (segue)... per impossibilità sopravvenuta	pag. 106
7.3. (segue)... la risoluzione per volontà delle parti	pag. 114

Capitolo III. Le dimissioni

1. Premessa	pag. 118
2. La natura giuridica delle dimissioni	pag. 120
3. La forma delle dimissioni	pag. 122
4. La tutela per le dimissioni invalide	pag. 125
4.1. (segue)... la nullità	pag. 126
4.2. (segue)... l'annullamento	pag. 129
4.2.1. Gli effetti dell'annullamento delle dimissioni	pag. 134
5. La tutela per particolari eventi	pag. 137
5.1. (segue)... per causa di matrimonio	pag. 137
5.2. (segue)... per gravidanza e puerperio	pag. 140

PARTE II. LA TUTELA A CERCHI CONCENTRICI

Premessa. La tutela reale ex art. 18 della legge n. 300 del 1970. Il c.d. T.U.

<u>del licenziamento viziato</u>	pag. 144
---	----------

Capitolo I. L'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro

1. L'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro	pag. 148
2. L'ordine giudiziale di reintegra: tutela in forma specifica o per equivalente?	pag. 152
3. L'ordine di reintegra quale condanna inibitoria	pag. 157
4. Incoercibilità assoluta o coercibilità parziale dell'ordine di reintegra?	pag. 161
5. Esecuzione specifica dell'ordine di reintegra	pag. 170
6. Coercizione indiretta, misure penali e possibili forme di <i>astreintes</i>	pag. 174

6.1. Le sanzioni penali	pag. 176
6.2. Le altre forme di <i>astreintes</i>	pag. 181
7. La monetizzazione del rapporto di lavoro: l'indennità sostitutiva della reintegra	pag. 190

Capitolo II. Il risarcimento del danno

1. Dalla retribuzione al risarcimento del danno quale conseguenza della sentenza <i>ex art. 18</i>	pag. 203
2. Il risarcimento del danno per il periodo precedente la sentenza	pag. 206
3. La tutela risarcitoria in caso di mancata reintegra	pag. 221
4. La quantificazione del danno e l'onere probatorio	pag. 228
4.1. <i>Aliunde perceptum</i>	pag. 240
4.2. <i>Aliunde percipiendum</i>	pag. 247
5. La revoca del licenziamento e il risarcimento del danno	pag. 254
6. La tutela processuale. Gli effetti della riforma della sentenza	pag. 266
6.1 L'immediata esecutività della sentenza	pag. 272
6.2 L'impugnazione	pag. 282
6.3 Il ricorso alla procedura d'urgenza e la tutela del dirigente sindacale	pag. 291
7. La tutela della posizione previdenziale	pag. 303

<u>Conclusioni</u>	pag. 308
---------------------------	----------

<u>Legenda delle abbreviazioni</u>	pag. 314
---	----------

<u>Bibliografia</u>	pag. 316
----------------------------	----------

PREMESSA

L'equiparazione formale e sostanziale delle parti nel rapporto contrattuale, principio cardine del diritto comune, trova una deroga nel rapporto di lavoro, caratterizzato da una posizione di supremazia del datore di lavoro, costringendo il legislatore ad intervenire continuamente per riequilibrare in senso sostanziale la posizione delle parti (parità dinamica delle parti, secondo gli insegnamenti di John Rawls).

Il licenziamento, individuale e collettivo, e le dimissioni meglio di tutti gli altri istituti del diritto del lavoro sintetizzano il rapporto di potere tra datore di lavoro e lavoratore; il recesso <<ordinario>>, previsto nel codice civile, consentiva alle parti di recedere dal rapporto senza alcuna giustificazione, a salvaguardia della temporaneità del rapporto, onde evitare la perpetuità dei vincoli obbligatori e, al tempo stesso, garantire la libertà dei singoli e la circolazione dei beni, ivi compreso il capitale umano. Col tempo, però, è emersa l'esigenza di porre dei limiti al potere del datore di lavoro di recedere senza giustificazione, spesso e volentieri in maniera del tutto arbitraria, dal rapporto. Gli Accordi Interconfederali del biennio '50 – '60, prima, e la normativa protezionistica degli anni '60 – '70, poi, rappresentano il tentativo più significativo di far fronte alla sottoprotezione contrattuale del lavoratore, bisognoso di una tutela che ponesse un freno allo strapotere del datore di lavoro.

L'introduzione della giustificazione obbligatoria del recesso, ad eccezione di particolari e circoscritte categorie di lavoratori, rende <<ordinario>> quello che Mancini definì, ovviamente nell'ottica del codice civile, il recesso <<straordinario>>, cioè, quello giustificato; mentre il licenziamento libero diventa ipotesi residuale e del tutto eccezionale.

Alla continua attenzione del legislatore per la disciplina del recesso *a latere datoris* non ne è seguita, però, un'uguale per quella del recesso *a latere lavoratoris*, ancor'oggi disciplinata dalle norme codicistiche e dai necessari rinvii ai principi generali del diritto comune, in tal modo diversificando la tutela del lavoratore in caso di dimissioni invalide rispetto a quella conseguente al licenziamento, anch'esso invalido.

Con ciò non si vuol dire che la disciplina del licenziamento sia totalmente avulsa dalle

regole comuni dei contratti, registrandosi, infatti, un continuo andirivieni dal e verso il diritto civile. Un rapporto difficile, quello tra diritto del lavoro e diritto dei contratti, caratterizzato da una continua evoluzione (soltanto) del primo; il diritto del lavoro nasce dal diritto civile, è cresciuto e si è sviluppato autonomamente, carpando gli insegnamenti del “padre”.

Certo v'è chi sostiene che il diritto del lavoro comunque dipenda dal diritto civile; altri, invece, ritengono non v'è <<dipendenza>>, ma un'evidente <<specialità>>, se non proprio <<autonomia>>, al punto che, forse, sono maturi i tempi per ragionare di una teoria generale del diritto del lavoro.

L'istituto del licenziamento rappresenta l'emblema di tale processo evolutivo, il che spiega l'ambito di ricerca prescelto. Il recesso *a latere datoris* deve essere considerato una speciale forma di recesso dal rapporto, non avendo eguali nel diritto civile, soprattutto con riferimento al sistema di tutele, diversificate sulla base di specifici criteri oggettivi e soggettivi: la tutela obbligatoria; la tutela reale; la tutela reale di diritto comune; la tutela in caso di licenziamento *ad nutum*.

La specialità della disciplina del licenziamento riguarda, quindi, proprio il sistema di garanzie, che impone un continuo confronto col diritto civile, in una logica essenzialmente diacronica e non sincronica: il diritto del lavoro fa propri i principi generali del diritto dei contratti e li modella sulle peculiarità del rapporto di lavoro, fino a creare un *corpus* normativo che è speciale, ma generale allo stesso modo, in quanto ad essi in ogni caso rinvia.

La specialità del recesso dal rapporto di lavoro pone tradizionalmente due problemi e, cioè, da un lato, il confronto tra il livello di tutela accordato al lavoratore rispetto a quello previsto dal codice civile in favore di qualsivoglia contraente; dall'altro lato, l'interazione, non sempre facile, tra le tecniche di tutela predisposte in favore del lavoratore subordinato e quelle approntate dal codice civile.

In un continuo confronto tra il diritto del lavoro e il diritto civile è utile, allora, sottoporre la disciplina del licenziamento e, in particolar modo, quella della cd. stabilità stabilità reale, ad una valutazione in ordine alla sua effettività. La specializzazione, in alcuni casi eccessiva, di alcuni dei principi generali del diritto dei contratti, fa sorgere il ragionevole dubbio che le tutele del lavoratore illegittimamente licenziato non siano più

idonee a garantire integralmente i suoi diritti, privilegiando, anche sulla spinta della riforma del 1990, l'aspetto economico del diritto al lavoro piuttosto che quello sociale (si allude alla tutela meramente risarcitoria in caso di mancata reintegra).

Elogio della stabilità o critica della sua effettività? Oggi più di ieri è necessario soffermarsi su tale interrogativo, al fine di verificare se il tentativo di <<fuga>> dal diritto civile effettuato dalla disciplina del recesso dal rapporto di lavoro, abbia portato quel *quid pluris* necessario per tutelare, in maniera più significativa rispetto alle regole del diritto comune, il contraente debole per antonomasia e, cioè, il lavoratore.

PARTE I. LE FATTISPECIE ESTINTIVE

CAPITOLO PRIMO

Le fonti di disciplina del licenziamento

Sommario: **1.** La tutela del lavoratore nel codice civile: il recesso <<ordinario>> e <<straordinario>>. **2.** Dalla Costituzione agli Accordi Interconfederali del 1947, 1950 e 1965. **3.** Dalla legge n. 604 del 1966 alla legge n. 223 del 1991: la fine del recesso *ad nutum* e la necessaria giustificazione. **3.1.** Gli interventi legislativi degli anni '60 - '70.... **3.2.** (segue)... degli anni '90 - '91. **4.** Il <<parallelismo delle tutele>>. **5.** Diritto al lavoro e diritto alla conservazione del posto di lavoro nella Costituzione. **6.** (segue)... e nel diritto comunitario

1. La tutela del lavoratore nel codice civile: il recesso <<ordinario>> e <<straordinario>>

Il licenziamento è, probabilmente, l'istituto del diritto del lavoro che più d'ogni altro rappresenta il frutto della profonda mutazione che i principi del diritto dei contratti e, quindi, le sue ramificazioni hanno subito a causa dell'affermarsi della rivoluzione industriale.

Il vecchio sistema europeo-continentale del diritto civile, infatti, che ancor si reggeva sull'eredità dello *ius privatum* romano, ha subito una progressiva quanto rapida evoluzione, in seguito alle pressanti esigenze della nascente economia industriale, dovendosi necessariamente adeguare alla nuova realtà socio-economica e, nello specifico, ai nuovi strumenti di organizzazione e produzione aziendale.

Nell'ambito giuslavoristico, poi, lo sviluppo industriale ha necessariamente spostato il baricentro del contratto verso il lavoratore dipendente, inteso, a differenza del diritto civile, quale contraente debole; la storia, infatti, del diritto del lavoro coincide non poco con quella della tutela del lavoratore subordinato e l'istituto del licenziamento ne rappresenta, probabilmente, la più importante manifestazione.

Storicamente, la maggior frattura causata al vecchio sistema contrattualistico di matrice romana è attribuita all'elaborazione del concetto di "recedibilità" che determina la crisi

del radicato principio del *mutuus dissensus* quale unico strumento di risoluzione di un contratto a prestazioni sinallagmatiche. La recedibilità diviene, pertanto, l'attributo caratterizzante il "nuovo" contratto di lavoro, ponendo fine al principio dell'intangibilità del vincolo che era stato proprio della vecchia *locatio-conductio*¹.

È nella riflessione del Barassi che, in Italia, questo conflitto tra tradizione giuridica e nuove istanze sociali ed economiche riceve l'analisi più approfondita.

L'ordinamento giuridico dell'Italia post-unitaria, infatti, era saldamente ancorato al suddetto principio dell'intangibilità del vincolo obbligatorio, in base al quale quest'ultimo poteva essere risolto unicamente sulla base del mutuo dissenso delle parti: l'art. 1123 del codice civile del 1865 stabiliva, infatti, che "*i contratti non possono essere revocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge*". V'era, poi, l'art. 1165 in base al quale la risoluzione anticipata del contratto sinallagmatico, in assenza di mutuo dissenso, poteva essere provocata da una pronuncia giudiziale: "*Il contratto non è sciolto di diritto; la parte, verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta di costringere l'altro all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandare lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi. La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze*".

La *quaestio iuris* si poneva, allora, nei termini della possibilità di rinvenire un'ipotesi di recesso unilaterale, in deroga al (allora) diritto ordinario dei contratti. Sul punto, scriveva Barassi: "*La questione grave e di grande importanza pratica è se il contratto di lavoro possa essere revocato per la pura e semplice volontà di una delle parti; e se, in altre parole, possa essere ammesso il recesso unilaterale*"². Come si vede, la *ratio* della ricerca barassiana si fondava, essenzialmente, sull'esigenza di difendere la libertà del lavoratore da un possibile vincolo contrattuale *sine die*, non ritenendo l'eventuale termine apposto al contratto una garanzia sufficiente della medesima libertà del lavoratore.

Sulla possibilità di sciogliere il contratto di lavoro ad iniziativa della singola parte si era già espresso, prima del Barassi, Carnelutti, il quale aveva proposto l'ammissibilità di

¹ Cfr. G. Zangari, *Licenziamento*, voce *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1974.

² V. L. Barassi, *Il contratto di lavoro*, II, Milano, 1917, p. 794.

tale soluzione ricorrendo all'applicazione, in via analogica, al diritto del lavoro dell'art. 1609 del c.c. del 1865, che prevedeva la disdetta volontaria della locazione cui non era stato apposto un termine³.

Nell'opera del Barassi emergevano, dunque, le linee fondamentali che hanno caratterizzato la disciplina del nuovo codice civile del 1942, e prima d'esso, la legge sul contratto d'impiego privato, il r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825. In quest'ultimo provvedimento hanno trovato luogo i due tipi di licenziamento elaborati dalla dottrina, ovvero il recesso *ad nutum*, cautelato dal preavviso, ed il recesso giustificato anche per "grave mancanza" della parte⁴, che richiama, più direttamente, il concetto dell'inadempimento contrattuale⁵. Il codice civile del 1942, invece, ha accolto, generalizzandola, la piena ed insindacabile facoltà delle parti di recedere *ad nutum* dal contratto di lavoro. Per la verità, la disposizione dell'art. 2118 c.c. (1942) rappresentava un vero e proprio punto di sintesi di posizioni dottrinali che si erano diffuse a ridosso dell'indagine barassiana. Ed infatti, il recesso, se da un lato, veniva inserito *al di fuori* della disciplina contrattuale, configurandosi conseguentemente come autonoma causa estintiva⁶, dall'altro lato, invece, veniva concepito come forma di espressione della *voluntas* dei contraenti, (solo) da essi, pertanto, disciplinata⁷.

Il successivo art. 2119, poi, rifacendosi al concetto di "giusta causa" già accolto nel codice di commercio, mirava a delineare una causa giustificativa onnicomprensiva, nella quale venivano ricompresi sia gli atti di inadempimento e di altre *species* di violazione contrattuali, sia fatti o atti leciti estranei al regolamento del contratto, ma "*che sono tali da influire ugualmente in via notevole sullo svolgimento del rapporto, tanto da rivelarsi incompatibili col fatto della prosecuzione del rapporto, anche per il periodo del preavviso*"⁸.

³ Cfr. F. Carnelutti, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, in *RDC*, 1911, I, 389.

⁴ Cfr. art. 9 r.d.l. 13 novembre 1924 n. 1825: "[...] il contratto di impiego a tempo indeterminato non può essere risolto da nessuna delle due parti senza previa disdetta e senza indennità [...]".

⁵ Cfr. G. ZANGARI, *Licenziamento*, op. cit., p. 646.

⁶ Cfr. G.F. Mancini, *Il recesso unilaterale ed i rapporti di lavoro, vol. I – Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962.

⁷ V. *ex plurimis* G. Gabrieli, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.

⁸ Cfr. G. Zangari, *Licenziamento*, op. cit., *ibidem*.

Per giustificare la possibilità di recedere dal contratto di lavoro in presenza di una giusta causa, in alternativa alla libera recedibilità, alcuni hanno affermato che nel contratto di lavoro l'*intuitus personae* accresce quella funzione di *integrazione* del contratto che il principio di buona fede ed il dovere di correttezza (v. artt. 1175 e 1375 c.c.) svolgono per ogni altro contratto⁹, aumentando così le ipotesi degli obblighi strumentali e dei doveri di protezione in capo alle parti¹⁰. L'art. 2119, in ultima analisi, esonerava (ed esonera tuttora) il recedente dall'obbligo del preavviso, ponendo a fondamento del recesso un fatto la cui responsabilità risiederebbe nella controparte, garantendo così non solo la fiduciarità del contratto, ma anche – e soprattutto – l'interesse alla temporaneità del vincolo.

Da tale premessa storica e dalle teorie elaborate anche prima dell'emanazione del codice civile del '42, emerge, in maniera inequivocabile, che non si è mai discusso della natura giuridica del licenziamento; esso, rappresentando l'espressione del potere datoriale di produrre unilateralmente l'estinzione del rapporto di lavoro, deve pacificamente essere considerato alla stregua della categoria civilistica del recesso¹¹, quale causa di estinzione del contratto per volontà delle parti (senza distinzione, se non terminologica, tra estinzione voluta dal datore e quella voluta dal prestatore, perché collocati, almeno teoricamente, sullo stesso piano), laddove, attraverso un atto stragiudiziale, un soggetto può interrompere il rapporto contrattuale¹². Il licenziamento, pertanto, è un atto negoziale unilaterale e recettizio, efficace una volta comunicato all'altra parte e valido se esercitato nei limiti e alle condizioni imposte dalla legge¹³.

Soffermandoci, preliminarmente, sulla storica contrapposizione tra licenziamento come ipotesi di "recesso ordinario" e di "recesso straordinario", è di Mancini una delle prime riflessioni su tale contrapposizione. Secondo tale Autore, il primo è il più comune strumento estintivo del rapporto previsto dal legislatore, che risponde ad "*un'esigenza*

⁹ Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. III *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 471 ss.

¹⁰ Così G. Ghezzi, *Il concetto di giusta causa nell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Milano, 1967, p. 35 ss.

¹¹ Per la definizione di "recesso" v. C. M. Bianca, *Il contratto.. cit.*, 736 – 743.

¹² Sul punto v. L. Barassi, *Il contratto di lavoro* cit. che si sofferma sulla stragiudizialità del recesso rispetto alla risoluzione giudiziale e sull'idoneità della dichiarazione di volontà a produrre l'effetto estintivo.

*di ordine pubblico... per evitare la perpetuità dei vincoli obbligatori o, che è lo stesso, salvaguardare la libertà dei singoli e la circolabilità dei beni*¹⁴, esercitabile in qualunque momento con la sola limitazione del preavviso; il secondo, invece, quale eccezione del primo, comporta la cessazione del vincolo contrattuale al verificarsi di eventi tali da impedire il regolare sviluppo del rapporto sino al momento che ne segnerebbe la fine naturale¹⁵, esercitabile soltanto in base all'esistenza di una causa tale da legittimare l'interruzione (anticipata) dei reciproci obblighi e diritti.

La distinzione tra recesso "ordinario" e recesso "straordinario" rispecchiava, pienamente, il fondamentale principio, come detto, sviluppatosi già prima dell'emanazione del codice civile del '42, in base al quale il rapporto di lavoro non poteva essere concepito come "perpetuo", in quanto conteneva una intrinseca previsione di temporaneità, sicché il lavoratore non poteva obbligarsi *sine die* nei confronti di un unico datore di lavoro; indi, la previsione della libera recedibilità, con il solo obbligo del preavviso. Il recesso c.d. straordinario, invece, si riferiva essenzialmente a fattispecie contrattuali a termine, laddove il verificarsi di un evento, la giusta causa, impediva la prosecuzione del rapporto sino alla scadenza naturale. La "giusta causa", pertanto, non era intesa come presupposto – e quindi limite - del potere di recesso in capo al datore, bensì come fattispecie dell'esonero del preavviso¹⁶.

La predetta distinzione, in base alla quale il recesso ordinario costituiva la "regola" e quello straordinario "l'eccezione", venne riproposta dal codice civile del '42, dando per scontato, però, erroneamente, che anche nel rapporto di lavoro le iniziative adottate in seno al contratto, anche estintive, potessero essere rimesse alla libera volontà delle parti, sulla base di una presunta parità dei contraenti.

Invero, il principio della parità, formale e sostanziale, dei contraenti, tipica di ogni rapporto obbligatorio, ben presto si rilevò inadeguata alla struttura del rapporto di lavoro, diffondendosi, al contrario, la teoria dell'ontologica debolezza contrattuale del

¹³ Sulla distinzione tra cause di estinzione del contratto di lavoro per volontà e cause di risoluzione legale, limitatamente all'ipotesi di impossibilità sopravvenuta, v. G. Suppiej – M. De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, 4^a ed., Cedam, --, 367 - 372

¹⁴ V. G. F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Vol. 1, cit., Giuffrè, 1962, 208.

¹⁵ V. G. F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Vol. 2, *Il recesso straordinario. Il negozio di recesso*, Giuffrè, 1965, 2 – 3.

lavoratore¹⁷, al punto che la “recedibilità incondizionata”¹⁸ ben presto venne definita come “recedibilità arbitraria”.

Per porre rimedio a tale evidente stortura dell’ordinamento, già prima degli Accordi Interconfederali degli anni ’50 - ’60 e della legge n. 604 del 1966, in dottrina si era diffusa la tesi della necessaria giustificazione del licenziamento, anche con riferimento all’ipotesi del recesso ordinario, che rappresentava, però, non una fattispecie di esonero del preavviso, come era stato ritenuto inizialmente per il recesso straordinario (*supra*), bensì il presupposto della legittimità del recesso *ex parte creditoris*, quindi, l’elemento costitutivo della struttura causale dell’atto¹⁹.

2. Dalla Costituzione agli Accordi Interconfederali del 1947, 1950 e 1965

L’avvento della Repubblica ed il sovvertimento dei valori politici e, conseguentemente, giuridici che hanno caratterizzato l’instaurazione della nuova forma di Stato, non potevano non influenzare il sistema giuslavoristico, storicamente uno dei principali ricettori dei mutamenti socioeconomici di un Paese.

La nuova Repubblica si definisce, nel primo articolo della Costituzione, “*fondata sul lavoro*”, e la garanzia del diritto al lavoro viene poi sancita dal successivo art. 4.

¹⁶ Sulle elaborazione dottrinale della giusta causa come fattispecie esonerativa del preavviso v. la ricostruzione operata da M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1980, cap. 2°.

¹⁷ In relazione, specificatamente, alla disciplina dei licenziamenti, v. su tutti G.F. Mancini, *Il recesso unilaterale...* cit., 338 e ss.; M.V. Ballestrero, *I Licenziamenti*, Milano, 1975, 29 e ss., spec. 37 – 38, a parere della quale la regola del recesso *ad nutum*, fondata su di una parità formale dei contraenti e non anche sostanziale “*legalizzava, rafforzandola, la prevalenza del datore di lavoro... l’attribuzione da parte della legge di un potere di licenziare in qualsiasi momento, e per qualsiasi motivo, poteva tradurre la subordinazione economica del prestatore di lavoro in una completa soggezione personale*”.

¹⁸ La Relazione di accompagnamento al codice civile n. 857 espressamente prevedeva il principio generale in base al quale “*ciascuna parte ha facoltà incondizionata di recesso, salvo un termine di preavviso o indennità corrispondente*”.

¹⁹ V. M. Napoli, *Licenziamento (voce)*... cit., 59; M. D’Antona, *Tutela reale del posto di lavoro*, in *EGT*, Vol. XXXI, 1994, ora anche in M. D’Antona, *Opere* (a cura di B. Caruso e S. Sciarra), Vol. III, Giuffrè, 2000, 430. V. anche G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Art. 18. Reintegrazione nel posto di lavoro*, in *idem* (a cura di), *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, --, 420, che ipotizzano il generale principio di “*recesso causale*”, cioè supportato necessariamente da giustificazione, contrapponendolo al recesso *ad nutum*, definito acausale, in quanto prescinde da qualsiasi giustificazione. v. G. Pera, *Commento all’art. 18*, in C. Assanti – G. Pera (a cura di), *Commento alla Statuto dei diritto dei lavoratori*, Padova, 1972, 195 - 196, a parere del quale “*la sussistenza in concreto di una g. c. o di un g.m. condiziona la sussistenza del potere di recesso, l mancanza di giustificazione inficia in radice il negozio che non risolve legittimamente il rapporto con le conseguenze che rigorosamente ne derivano*”; *idem*, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980, 167.

Bisogna ora verificare se esista o meno nella Carta Costituzionale una tutela del lavoratore avverso i licenziamenti illegittimi.

Rinviamo al prosieguo l'indagine specifica sulla Costituzione, preme qui sottolineare che al di là della corrente dottrina²⁰ che interpretava il rapporto di lavoro non già in termini di prestazioni corrispettive, che nel rapporto ricevevano una mediazione, bensì in termini associativi, ovvero come espressione dell'interesse comune delle due parti che interagivano in reciproca collaborazione, la principale tesi e, cioè, quella definita *costituzionalistica*, al fine di procedere all'indagine in questione, muoveva essenzialmente dagli artt. 41, co. 2 e 4 del testo costituzionale.

Se dalla prima disposizione si coglieva il carattere di *socialità* con cui l'economia ed il mondo del lavoro dovevano intendersi nel mutato quadro di valori della Repubblica, dalla garanzia del diritto *al* lavoro (art. 4 Cost.) si faceva derivare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro acquisito, interpretando così il licenziamento privo di giustificato motivo come *abuso del diritto* ad opera della parte recedente (datoriale). Quest'interpretazione fu, però, contrastata da quella parte della dottrina che riteneva che il diritto al lavoro sancito dall'art. 4 Cost. si sostanziava, essenzialmente, nel dovere dello Stato di creare quelle condizioni economiche e sociali che avrebbero dovuto favorire la piena occupazione, e che lo sviluppo di tali condizioni erano comunque compatibili con la regola della libera recedibilità sancito dal Codice, in quanto l'art. 4 Cost. non prevedeva espressamente il diritto del lavoratore alla conservazione del posto²¹ (*infra*).

Un decisivo passo in avanti verso l'espansione della necessaria giustificatezza del licenziamento fu fatto, nel secondo Dopoguerra, con una serie di Accordi Interconfederali. Innanzitutto, con quello del 7 agosto 1947, sulle procedure in tema di licenziamenti individuali e, soprattutto, con i due successivi Accordi del 18 ottobre 1950 e del 20 dicembre 1950, i quali si occupavano rispettivamente di licenziamenti individuali e licenziamenti collettivi per riduzione di personale, e che furono

²⁰ V. *ex plurimis* C. Grassetto, *Relazione*, in *Tutela della libertà dei rapporti di lavoro* (Atti del convegno di Torino, 20-21 novembre 1954), Milano, 1955.

²¹ Così anche la Corte Costituzionale, sentenza n. 45/1965: "L'art. 4 Cost., come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione, così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico necessario presupposto".

successivamente sostituiti da due ulteriori Accordi, sempre sulla disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi, del 29 aprile e del 5 maggio 1965²².

In tali Accordi, su sollecitazioni provenienti dal mondo del lavoro, appariva per la prima volta l'enunciazione del principio del “*giustificato motivo*”, che doveva assurgere a limite del potere di parte datoriale di utilizzare in modo indiscriminato ed arbitrario la propria posizione di effettiva superiorità giuridica e politica nell'ambito del rapporto di lavoro, evitando così la comminazione di licenziamenti non fondati su motivi attinenti unicamente al comportamento del lavoratore ovvero ad autentiche esigenze aziendali.

Se è vero, da un lato, che nel preambolo dell'accordo del '65 si è dato seguito alle sempre più pressanti richieste nascenti dalla dottrina e dallo stesso mondo del lavoro di una più autentica tutela del lavoratore, è altrettanto vero, dall'altro lato, che gran parte di queste petizioni di principio rimasero inattuato nel testo dell'accordo. La mancanza di una definizione del concetto di giustificato motivo ed il rinvio sistematico alla “*giusta causa*” ex art. 2119 c.c. resero l'efficacia dei controlli in sede arbitrale alquanto sterile, anche per la contemporanea vigenza di una norma di diritto oggettivo, l'art. 2118, il quale sancisce la possibilità di recesso *ad nutum* con il solo onere del preavviso, che, di fatto, continuava a rimanere la “regola” del licenziamento.

3. Dalla legge n. 604 del 1966 alla legge n. 223 del 1991: la fine del recesso *ad nutum* e la necessaria giustificazione

3.1. Gli interventi legislativi degli anni '60 -'70...

La “crisi della libera recedibilità” viene in parte sancita con la legge del 15 luglio 1966, n. 604.

Sulla riforma, è noto, ha inciso in maniera determinante l'invito reso al legislatore dalla Corte Costituzionale, in particolar modo con la sentenza del 6 giugno 1965, n. 45 ad

²² Per una riflessione critica sulla regolamentazione pattizia dei licenziamenti v., tra i tanti, U. Natoli, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *RGL*, 1951, 108; G. Giugni, *Verso il tramonto del recesso ad nutum dell'imprenditore. La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, in *RDL*, 1953, 201 e ss.; L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, Vol. III, Giuffrè, 1957, 281 – 282; L. Mengoni, *La stabilità dell'impiego nei diritto italiano*, in *Aa. Vv., La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.e.c.a.*, Lussemburgo, 1958, 232; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti cit.*, 50. Per un completa ricostruzione storica delle vicende socio-economiche, anche a livello internazionale, alla base della stipulazione degli Accordi Interconfederali citati v. P. Sandulli,

“adeguare sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro”²³.

Da una prospettiva essenzialmente contrattualistica, imperniata sulla giurisdizione privata, si passa ad una regolamentazione legale della disciplina dei licenziamenti individuali, mentre l'autoregolamentazione dei singoli e delle organizzazioni sindacali conservano la gestione dei soli licenziamenti collettivi²⁴

La novità fondamentale è l'introduzione dell'obbligo incondizionato della giustificazione del licenziamento, quale reale limitazione del potere datoriale di recesso²⁵, con la conseguente riduzione dell'ambito di operatività del recesso *ad nutum*, applicabile solo in relazione a determinate categorie di lavoratori (*infra*).

Oltre alla necessaria giustificazione del licenziamento, con la legge 604 è stata anche “migliorata” la disciplina relativa alle conseguenze prodotte dall'accertamento dell'invalidità del recesso, con l'introduzione della tutela della riammissione in servizio, con efficacia *ex nunc*, in alternativa a quella sanzionatoria. In tale ipotesi, però, l'atto illecito, pur potendo essere ingiustificato, è comunque valido ed efficace, in quanto comporta in ogni caso l'estinzione del rapporto ed in nessun caso ne determina la

Commento all'art. 18, in U. Prosperetti (a cura di), *Commentario allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Milano, 1975, 501 – 523.

²³ Leggila in *RGL*, 1965, II, 155. Con tale sentenza, preceduta dalla n. 7 del 1958 con la quale la Consulta aveva sottolineato che la libera recedibilità non costituiva più principio generale dell'ordinamento, i Giudici delle leggi avevano sostenuto che l'art. 2118 c.c. non era in contrasto con l'art. 4 Cost., rilevando che tale norma non garantisce a ciascun cittadino non solo il diritto al conseguimento di un'occupazione, ma neanche quello alla conservazione del posto di lavoro; ciò nonostante, seppur l'indirizzo politico di progressiva garanzia di diritto al lavoro non comporta l'immediata e già operante stabilità del rapporto di lavoro, ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore, nel quadro della politica prescritta dall'art. 4 Cost., a tanto adegui la normativa del rapporto di lavoro. Sul ruolo determinante svolto dalla Consulta sulla riforma della disciplina dei licenziamenti individuali, da quella *post* codicistica sino a quella ante 1990, v. M. Papaleoni, *La fine del libero licenziamento*, Franco Angeli, 1991, 13.

²⁴ Sul punto v. P. Alleva, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966, n. 604 allo statuto dei lavoratori*, in *RDL*, 1971, 68, il quale afferma che “con la legge 15 luglio 1966, n. 604 ha avuto luogo quella che potremmo chiamare la <<desindacalizzazione>> della tutela contro i licenziamenti”.

²⁵ M. Miscione parla di “universalizzazione” del principio secondo cui il licenziamento non può essere completamente libero, ma generalmente giustificato [v. M. Miscione, *La nuova tutela obbligatoria contro il licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, 1991, 179].

ricostituzione *ex tunc*²⁶, ma al massimo, come detto, l'instaurazione di un nuovo rapporto tra le stesse parti, ovvero l'irrogazione di una sanzione²⁷.

Come si avrà modo di approfondire in seguito, sorsero immediatamente dubbi in ordine all'effettività della tutela apprestata dall'art. 8 della legge 604, non solo in relazione alla sua inidoneità a riparare esaustivamente (tutti) i danni subiti dal lavoratore in caso di licenziamento invalido, ma anche a garantire l'effettiva applicazione dell'art. 4 Cost. Altre perplessità, poi, si diffusero in ordine allo svuotamento, almeno dal punto di vista delle conseguenze prodotte sul rapporto, delle categorie di licenziamento inefficace o nullo ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2 e 4 della medesima legge, in quanto in tali casi si sarebbero applicate le medesime tutele previste per il licenziamento annullabile, senza distinzione alcuna in ordine alla gravità del vizio di invalidità ed, in ogni caso, diverse da quelle previste dal diritto dei contratti.

In ogni caso, a quanti criticavano la legge in esame, individuandone il limite nel non aver eliminato del tutto la fattispecie del recesso *ad nutum*, limitandosi a prevedere sostanzialmente un libero recesso "*economicamente più oneroso*", con il diritto alla riammissione in servizio soltanto in via alternativa e residuale rispetto all'indennizzo²⁸, si contrapponeva chi, invece, ne prendeva le difese, sottolineando l'importanza di aver

²⁶ Così si sono espressi, tra i tanti, G. Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966, 73; C. Grassetti, *Lo Statuto dei lavoratori e i limiti del potere di recesso del datore di lavoro*, in *DL*, 1967, I, 3; G. Pera, *Riassunzione e penale nella legge sui licenziamenti individuali*, in *DL*, 1968, II, 175; G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti...* cit., 72, secondo cui "*se il lavoratore non poteva contare sul proseguimento del rapporto di lavoro, la sentenza che giudicasse ingiustificato il licenziamento non inciderebbe sulla validità dello stesso. Una sentenza di annullamento o dichiarativa di nullità avrebbe comportato, infatti, l'eliminazione con effetto retroattivo dell'atto di licenziamento invalido e, perciò, dovendosi ritenere mai interrotto il rapporto di lavoro, la conseguenza che il lavoratore avrebbe dovuto considerarsi come mai licenziato*"; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 62.

²⁷ V. Matteo Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Torino 16-17 maggio 1987*, Giuffrè, 1988, 5.

²⁸ V. su tutti, G.F. Mancini, *Il recesso unilaterale...* cit., 392; *idem*, intervento in "*La formazione extralegislativa del diritto nell'esperienza italiana. Atti delle giornate di studio di Ancona*, in *FI, Quad.*, II, Roma, 1970, 45, che apostrofa la legge n. 604 come "*mediocrissima e poco avanzata*"; *idem*, *Il progetto di legge sulla <<giusta causa>> e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, in *RGL*, 1966, I, 24; C. Grassetti, *Lo statuto dei lavoratori con particolare riguardo all'estinzione del rapporto*, in *Problemi di diritto del lavoro: sulla legge 1966 relativa ai licenziamenti individuali*, Milano, 1968, 179 e ss; P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti...* cit., 69, secondo cui "*la legge non portava, almeno prima facie, alcun apprezzabile contributo alla soluzione dei problemi e delle problematiche suscitate negli anni precedenti dagli Accordi Interconfederali del 1950 e del 1965, ma anzi ne perpetuava le ambiguità*".

introdotto, in ogni caso, un limite oggettivo al potere di recesso, attraverso la previsione dell'obbligo di giustificazione²⁹.

Le critiche mosse da più parti - ed innanzi sinteticamente riportate - all'intervento legislativo del 1966, in relazione all'impossibilità di fondare su di essa un'effettiva limitazione del potere di licenziamento e una soddisfacente tutela per il lavoratore³⁰, portarono il legislatore a rivedere la disciplina del recesso dal rapporto di lavoro e delle relative tutele *pro laboratoris*.

Così, con l'art. 18 della legge del 20 maggio 1970, n. 300 veniva introdotta la c.d. tutela reale; l'ambito di applicazione del recesso *ad nutum* era ridotto ai minimi termini e, al tempo stesso, veniva previsto un sistema di tutele "forte", imperniato sulla triade "invalidità del licenziamento – reintegrazione nel posto di lavoro – controllo giudiziale delle controversie"³¹.

Nel nuovo modello di tutela correvano paralleli due moduli sanzionatori: il primo, di tipo indennitario-restitutorio (il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno e alle retribuzioni), dove prevale l'elemento della dannosità del licenziamento sul piano delle aspettative contrattuali del lavoratore e dove si attua una tutela di tipo <<repressivo>>, volta a rimediare al danno già prodottosi sulla sfera patrimoniale del lavoratore – danneggiato; il secondo, di tipo reintegratorio-inibitorio (il rapporto, mai validamente interrotto, mantiene una continuità virtuale, essendo sospesa soltanto la sinallagmaticità funzionale, e si ricostituisce mediante l'ordine giudiziale rivolto al datore di porre fine all'illecita estromissione), dove prevale l'elemento del pregiudizio irreparabile che l'abuso del potere economico determina sia nella sfera personalistica del lavoratore sia sul piano della effettività di determinate <<regole di gioco>> nei rapporti aziendali,

²⁹ V. su tutti, G. Giugni, *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in tema di licenziamento*, in *RGL*, 1966, I, 123 e ss.; U. Prosperetti, *Il recesso dal contratto di lavoro ed il principio di giustificato motivo*, in Aa. Vv., *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Milano, 1967, 141 e ss., spec. 143-144.

³⁰ V. M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 80 – 81.

³¹ Sul punto v. M. Napoli, *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche*, in *RIDL*, 2003, I, 21. Più in generale, v. L. Mengoni, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori*, in G. Pera (a cura di), *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze ed orientamenti*, Franco Angeli, 1973, 17, il quale afferma che "Lo Statuto ha decisamente avviato un processo di obsolescenza della figura del lavoratore contrattualmente debole, da considerare quasi alla stregua di un incapace, alla quale si sono ispirati per decenni i numerosi <<caheirs de doleances>> presentanti dal diritto del lavoro al diritto civile".

normativamente stabilite. L'obiettivo è quello di evitare che, con la prosecuzione della situazione anti-giuridica, il pregiudizio si aggravi.

Proprio la "doppia tutela" accordata dal legislatore al lavoratore in seno all'art. 18 cit., come si avrà modo di approfondire in seguito, ha costituito il principale problema della norma in esame; la prima, quella di tipo indennitario-restitutoria è stata nel '90 sostituita da una esclusivamente risarcitoria, con tutte le conseguenze derivanti dall'applicazione al diritto del lavoro dei principi civilistici in tema di risarcimento del danno; mentre la seconda, mortificata, prima, dal principio generale dell'incoercibilità degli obblighi di fare, poi, dall'introduzione dell'indennità sostitutiva della reintegra, quale forma di "monetizzazione" del posto di lavoro, ha manifestato da subito la sua inidoneità a garantire pienamente il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, rendendo, di fatto, tale tutela secondaria rispetto a quella risarcitoria, capovolgendo, quindi, gli intenti originari del legislatore del '70.

D'Antona, in uno dei più importanti contributi all'esegesi dell'art. 18, ha brillantemente sintetizzato tali problematiche, affermando che la norma in questione ha avuto *"il merito (e il torto) di aver tradotto nel linguaggio del diritto un'idea che da sempre è nel patrimonio di pensiero dei movimenti operai dei paesi industriali. L'idea che esiste, e che dev'essere difeso, un diritto del lavoratore <<alla conservazione del suo concreto posto di lavoro>>"*³². Il punto, allora, è verificare se tale diritto sia effettivamente garantito.

³² V. M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1979, 33.

Principio fondamentale, elaborato da gran parte della dottrina³³ e fatto proprio dalla giurisprudenza³⁴ ragionando di licenziamento adottato in ambito di tutela reale, è che il provvedimento datoriale non incide sulla continuità giuridica del rapporto, ma soltanto sulla sua funzionalità di fatto, a differenza di quanto avviene in ambito di tutela obbligatoria, ove l'atto illecito, pur essendo ingiustificato, è comunque valido ed efficace, non potendo comportare in nessun caso la ricostituzione del rapporto risolto

³³ V. R. Foglia, *Il licenziamento alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in *DL*, 1971, I, 42 e ss.; G. Zangari, *Contributo alla teoria del licenziamento*, Milano, 1974, 162 e ss.; O. Mazzotta, *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo fra <<sanzione>> e <<adempimento>>*, in *FI*, 1978, I, c. 2165; U. Romagnoli, *Commento all'art. 18*, in G. Ghezzi – G.F. Mancini – L. Montuschi (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, II ed., Milano – Roma, 1981, 79 e ss.; M. D'Antona, *Licenziamento illegittimo e prova del danno: la stabilità <<economica>> del rapporto di lavoro secondo le sezioni unite*, in *FI*, 1985, I, c. 2247; *idem*, *Licenziamento illegittimo, effetti retributivi della crisi della funzionalità del rapporto di lavoro e contribuzione previdenziale*, in *FI*, 1986, I, c. 1785; *idem*, *Sulla responsabilità risarcitoria per licenziamento illegittimo*, in *RGL*, 1987, I, 377; F. Mazziotti, *Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno*, in *Scritti in Onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, 2005, 651 – 654; da ultimo, M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, 2006, 32 – 33. *Contra*, almeno in un primo momento, sulla teoria della efficacia del recesso e della non incidenza della declaratoria di illegittimità sul periodo precedente alla sentenza, v. F.P. Rossi, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300*, in *Notiz. Giur.*, 1970, 649 e ss.; A. Aranguren, *Autonomia e legge nella disciplina dei licenziamenti*, Milano, 1971, 395 e ss., secondo il quale la previsione risarcitoria, per il periodo precedente alla sentenza, rappresenta “la riprova dell'efficacia estintiva del licenziamento illegittimo”; P. Fanfani, *Il risarcimento del danno per i licenziamenti individuali*, in *DL*, 1971, I, 362 e ss., spec. 380, che osserva che si può in tanto ritenere sussistente un danno risarcibile, in quanto si ammetta l'esistenza di un fatto produttivo di danni, individuato dall'A. nella risoluzione del rapporto; U. Prosperetti, *Profili dell'invalidità del licenziamento*, in *MGL*, 1972, 208 e ss.; G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980, 164 e ss.; R. Scognamiglio, *La disciplina del risarcimento del danno nel rispetto dell'art. 18 della legge n. 300/1970 (a proposito di due recenti pronunce della Cassazione a Sezioni Unite)*, in *MGL*, 1985, 341; L. Riva Sanseverino, *Commento all'art. 18*, in – Scialoja – M. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, VI ed., Bologna – Roma, 1986, 686 e ss. Sulla teoria della produzione <<interinale>> di effetti estintivi da parte dell'atto di recesso, salva la possibilità di rimuovere l'ingiusta estromissione attraverso al ricostituzione *ex tunc* del rapporto, v. D. Guerrieri, *Gli effetti del licenziamento ingiustificato sul rapporto di lavoro nel periodo intercorrente tra l'adozione del provvedimento e il riconoscimento della sua infondatezza*, in *RDL*, 1971, II, 138 e ss., spec. 153; D. Napoletano, *Lo statuto dei lavoratori*, Liguori, 1971, 79 – 80; F. Liso, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1972, 1062 e ss., spec. 1091; M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 19 e ss. Infine, v. G. Pera, *Commento all'art. 18... cit.*, 198 e ss., secondo il quale “la non estinzione del rapporto è incompatibile con la soluzione risarcitoria scelta dal legislatore: nel periodo tra licenziamento e sentenza, quindi, non c'è rapporto, non c'è retribuzione, non c'è anzianità, ci sono solo i danni”.

³⁴ V. *ex plurimis* Cass. 28 maggio 1976, n. 1927, in *RGL*, 1997, II, 86; Cass. S.U. 29 aprile 1985, n. 2762, in *FI*, 1985, I, c. 1290 e 2247; Cass. 31 maggio 1986, n. 3688, in *RIDL*, 1987, II, 911; Cass. 22 gennaio 1987, n. 585, in *MGL*, 1987, 257; Cass. S.U. 13 aprile 1988, n. 2925, in --; Cass. 23 giugno 1989, n. 3013, in *RIDL*, 1990, II, 667; Cass. 19 luglio 1990, n. 7380, in *RGL*, 1991, II, 45; Cass. 5 aprile 2001, n. 5092, in *LG*, 2001, 885,

(*supra*); per cui, il provvedimento giudiziale funge da veicolo per la riaffermazione del vincolo *ex contractu* e non per l'instaurazione di un nuovo vincolo *ex sententia*³⁵.

È opportuno ricordare, allora, che il recesso (e quindi anche il licenziamento), oltre ad essere un atto negoziale, per il quale vale la contrapposizione tra validità ed invalidità, è da considerarsi anche un diritto potestativo o un potere di conformazione, per il quale vale anche la contrapposizione tra efficacia ed inefficacia³⁶; questi ultimi determinano una modifica della sfera giuridica altrui, potendo essere considerati validi e, quindi, efficaci soltanto se sussistono i presupposti sostanziali o formali previsti dalla legge.

Sulla emanazione della legge n. 300, con specifico riferimento alla disciplina dei licenziamenti, v'è da dire che nel testo originario del disegno di legge n. 738 del 24 giugno 1969³⁷ non v'era alcun riferimento alla necessità di riformare la fattispecie dei licenziamenti, come prevista dalla legge n. 604, in quanto si riteneva quest'ultima fosse sufficientemente idonea a tutelare i diritti dei lavoratori in caso di invalidità del recesso. In seguito, però, ad un'indagine conoscitiva promossa dal Senato, la X Commissione propose la modifica dell'art. 10 del disegno di legge cit., introducendo la tutela della reintegrazione nel posto di lavoro, con riferimento, almeno inizialmente, ai soli licenziamenti irrogati per motivi politici, religiosi e sindacali, ritenendo, come si legge nella relazione illustrativa, che la tutela apprestata dalla legge n. 604 non fosse sufficiente ad assicurare una tutela effettiva al lavoratore, nelle ipotesi, come detto, di nullità o inefficacia del licenziamento (*supra*); pertanto, in sede di modifica del testo originario, oltre al rafforzamento della sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro, attraverso il rinvio alla provvisoria esecutività dell'ordine giudiziale³⁸ e al pagamento delle retribuzioni sino alla reintegrazione, si prevedevano forme di sanzioni indirette, idonee a costringere il datore a dare esecuzione immediata all'ordine di reintegrare il

³⁵ V. su tutte Cass. S.U. 13 aprile 1988, n. 2925, in *NGL*, 1988, 282. In dottrina v., tra i tanti, G. Napoletano, *La nuova disciplina...* cit., 193.

³⁶ Sul punto v. C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II, Oggetto del giudicato ed impugnazione del licenziamento*, in *RTDPC*, 1991, 569 e ss.; nonché A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995, 37 e ss.

³⁷ Leggilo in *RIDL*, 1969, III, 158 e ss. Per un'analisi dell'iter parlamentare di tale disegno di legge v. M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro...* cit., 53 – 55; nonché M. Grandi, *Licenziamento e reintegrazione...* cit., 23 – 30.

³⁸ Infatti, l'art. 10 del disegno di legge, sia nella versione originaria sia in quella modificata dalla X Commissione, prevedeva il rinvio alla sola autorità giurisdizionale, nulla dicendo sulle procedure compositive autonome (conciliazione ed arbitrati).

lavoratore illegittimamente espulso dal ciclo produttivo. Soltanto a seguito di due emendamenti proposti dal governo³⁹, la sanzione della reintegrazione fu estesa a tutte le ipotesi di licenziamento, inefficace, nullo o annullabile, in quanto privo di giusta causa o giustificato motivo⁴⁰.

E proprio la riconduzione delle tre fattispecie invalidanti sotto un unico ed indifferenziato trattamento, prescindendo, quindi, dal vizio sottostante, costituisce una delle più importanti innovazioni (e problemi) apportate dalla legge n. 300, al punto che qualcuno ha ritenuto che fosse più utile ragionare di “licenziamento illegittimo” o “licenziamento *tout court*”, nel senso di un’invalidità a regime speciale e non di diritto comune, limitatamente, però, agli effetti prodotti sul rapporto⁴¹. Invero, come si avrà modo di approfondire in seguito, se da un lato si è assistito ad una progressiva estensione, avvallata dalla Corte Costituzionale⁴², delle tutele *sub art. 18 cit.*, non solo ad ipotesi diverse da quelle esplicitamente disciplinate dall’art. 18, ma sempre rientranti nell’ambito di applicazione dello Statuto, come per esempio il licenziamento disciplinare invalidato in ambito di tutela reale⁴³ (c.d. forza espansiva <<interna>> dell’art. 18), ma anche a quelle non contemplate dalla legge n. 300, ma che comunque

³⁹ V. sul punto S. Benvenuto, *Introduzione*, in Senato della Repubblica, Studi e documentazione, *Lo statuto dei Lavoratori. Progetti di legge e discussioni parlamentari*, Roma, 1974, LV.

⁴⁰ Tale operazione ha rappresentato per D’Antona una delle innovazioni più importanti introdotte dall’art. 18 al sistema di tutela del lavoratore in caso di recesso invalido, in quanto “*svolgendo coerentemente i principi applicabili all’invalidità dei negozi estintivi dei rapporti contrattuali di durata, liquida la mistificatoria soluzione indennitaria della legge n. 604/1966 e ristabilisce la normale persistenza dell’obbligazione (retributiva) a carico del contraente che da causa all’inattuazione del rapporto*” (v. M. D’Antona, *La reintegrazione nel posto...* cit., 58 – 59).

⁴¹ V. G. Pera, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari*, in *RTDPC*, 1971, 1286 e ss.; *idem*, *Art. 18...* cit., 199; *idem*, *La cessazione...* cit., 174. nonché O. Mazzotta, *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, 1992, 747. Contro l’ipotesi della categoria generale di “licenziamento illegittimo” si è espresso M. Napoli, *La tutela reale contro i licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, 1991, 131 – 132.

⁴² V. Corte Cost. 30 novembre 1982, n. 204, che ha affermato la forza espansiva dell’art. 18 a tutte le ipotesi di invalidità del recesso del datore di lavoro, qualora non assoggettate ad una diversa specifica disciplina (leggila in *FI*, 1982, I, 2981); nonché Corte Cost. 22 gennaio 1987, n. 17, che ha precisato che le disposizioni di cui all’art. 18 non sono né speciali né eccezionali, ma dotate di una forza espansiva che le rende riferibili ed applicabili anche ai casi diversi da quelli contemplati e tuttavia ad essi assimilabili sotto il profilo della identità di ratio (leggila in *GCiv.*, 1987, I, 759).

⁴³ Per un’approfondita analisi della fattispecie del licenziamento disciplinare e delle conseguenze in caso di invalidità di esso v. M. Tremolada, *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, 1993; M. D’Onghia, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2^a ed., Utet, 2007, 346 e ss.. In giurisprudenza, v. Corte Cost. n. 204/1982 cit.; Corte Cost. 24 marzo 1988, n.

ad essa fanno esplicito rinvio, come per esempio, nella ipotesi di licenziamento discriminatorio (art. 4, legge n. 108 del 1990), di licenziamenti collettivi (artt. 4-5, legge n. 223 del 1991), di dipendenti pubblici contrattualizzati (art. 52, co. 2 del d.lgs. 165 del 2001), o anche attraverso un implicito rinvio (si veda, ad esempio, la giurisprudenza in tema di applicabilità dei parametri di cui all'art. 18 alle ipotesi di adibizione del lavoratore a mansioni diverse rispetto a quelle di assunzione⁴⁴, o di illegittimità del contratto a termine nel pubblico impiego⁴⁵) (c.d. forza espansiva <<esterna>> dell'art. 18)⁴⁶. Dall'altro lato, però, v'è da dire che la riconduzione delle tre fattispecie invalidanti in un unico ed indifferenziato trattamento, non può essere considerata un'operazione assoluta, nel senso di disconoscere qualsiasi diversità tra le tre fattispecie, che comunque mantengono la loro autonomia giuridica⁴⁷; ed infatti, sebbene le conseguenze dell'invalidità saranno le stesse, diversa sarà la disciplina relativa all'impugnazione, alla prescrizione dell'azione, all'interesse a far valere il vizio dell'atto (*infra*).

Non va dimenticato, poi, che accanto alla tutela reale, nella sua capacità espansiva poc'anzi indicata, e a quella obbligatoria, si è diffusa la c.d. tutela reale di diritto comune, che tuttora disciplina ipotesi sottratte alle suddette tutele, per le quali si applicano i principi generali del diritto dei contratti. Rientrano in tale categoria il licenziamento nullo della lavoratrice madre, o per causa di matrimonio, il recesso durante il periodo di sospensione del rapporto con diritto alla conservazione del posto di

338, in *DL*, 1988, II, 244; Cass. S.U. 1 giugno 1987, n. 4823, in *FI*, 1987, I, 2031; Cass. 11 maggio 1990, n. 4072, in *NGL*, 1990, 684.

⁴⁴ V. Cass. 12 gennaio 2006, n. 425, in *GL*, 2006, 942; Cass. 27 aprile 1999, n. 4221, in *MGL*, 1999, 606.

⁴⁵ V. Trib. Genova 14 dicembre 2006, in *DLM*, 2007, 131; Cass. 15 dicembre 1997, n. 12665, in *MGL*, 1998, 23.

⁴⁶ Per una distinzione tra forza espansiva <<interna>> ed <<esterna>> dell'art. 18, v. O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 747 – 749; nonché M. D'Antona, *Tutela reale del posto di lavoro...* cit., 434.

⁴⁷ V. A. Freni – G. Giugni (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1971, 69 – 70; P. Sandulli, *Commento all'art. 18...* cit., 498 e ss., spec. 554; U. Romagnoli, *Commento all'art. 18...* cit., 91 e ss.; O. Mazzotta, *I licenziamenti ...* cit., 747; M.G. Garofalo, *Art. 18. Reintegrazione nel posto di lavoro*, in G. Giugni (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, 1979, 250; *idem*, *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 1975, 1, 563 e ss.; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 84; M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 12 – 13; M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980, 21; L. Ioele, *La tutela reale*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2^a ed., Utet, 2007, 278.

lavoro, ovvero, secondo un orientamento, il licenziamento adottato in violazione delle regole formali e procedurali non rientranti nella tutela reale⁴⁸.

Né la legge n. 604 né quella successiva n. 300, però, regolavano la fattispecie del licenziamento collettivo, anzi espressamente escludendola dal proprio campo di applicazione, che, pertanto, orfano di una regolamentazione legale, continuava ad essere disciplinato dalle regole contenute nell'accordo interconfederale del '65 e in quello del '50, recepito nella legge n. 741 del 1959.

3.2 (segue)... degli anni '90 – '91

Dopo un ventennio dalla promulgazione dello Statuto dei lavoratori e a seguito del diffondersi di ulteriori critiche al testo normativo, legate soprattutto alle difficoltà, evidenziate anche dalla giurisprudenza, incontrate nell'applicazione concreta dei principi sanciti dall'art. 18 cit.⁴⁹, il legislatore, con la legge dell'11 maggio 1990, n. 108, è tornato sull'argomento, modificando sia la legge n. 604 sia l'art. 18 della legge n. 300, attraverso un intervento di carattere abrogativo - addittivo.

Per comprendere le motivazioni che hanno indotto il legislatore ad intervenire nuovamente sulla disciplina dei licenziamenti (dalla quale, ancora una volta, restavano fuori i licenziamenti collettivi), è necessario attingere, ancora una volta, ad un importante contributo di D'Antona. Chiedendosi verso quali equilibri il legislatore del '90 abbia voluto portare la tutela reale, l'Autore ha risposto che, per quel che riguarda l'introduzione dell'indennità sostitutiva della reintegra, era evidente che il legislatore avesse voluto eliminare le difficoltà pratiche legate all'incoercibilità dell'ordine di

⁴⁸ Sull'argomento v. P. Tullini, *La c.d. tutela reale di diritto comune*, in *QDLRI*, 1990, 8, 103 e ss; M. D'Antona, *Tutela reale del posto di lavoro...* cit., 438. Sull'applicabilità a tali fattispecie dei principi di diritto comune e non anche dell'art. 18 v. M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 251 – 252. In giurisprudenza v., *ex plurimis*, Corte Cost. 8 febbraio 1991, n. 61, in *NGL*, 1991, 67; Cass. 14 luglio 1984, n. 4144, in *MGL*, 1984, 642; Cass. 9 settembre 1995, n. 9549, in *DL*, 1995, II, 372; Cass. 22 giugno 1998, n. 6199, in *MGL*, 1998, 606; Cass. 2 dicembre 2002, n. 17079, in *MGL*, 2003, 244; Cass. 15 settembre 2004, n. 18537, in *LG*, 2005, 237; Cass. 12 aprile 2005, n. 426, in *NGL*, 2005, 370.

⁴⁹ Problematiche, a dir il vero, che erano già emerse a ridosso dell'emanazione della legge n. 300; v. G.F. Mancini, *Art. 18. Reintegrazione nel posto di lavoro*, in U. Romagnoli – L. Montuschi – G. Ghezzi – G.F. Mancini (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna – Roma, 1972, 244 – 245, secondo il quale il provvedimento appariva “*un passo avanti rispetto alla disciplina del codice, ma un passo troppo corto per non deludere profondamente le attese del movimento operaio e di quell'ampio settore della dottrina che, durante il quindicennio precedente, aveva lavorato a contrastare le interpretazioni più restrittive degli artt. 2118 e 2119 c.c. e ad intaccare lo stesso principio della libertà di licenziamento*”.

reintegrazione, mentre, con riferimento all'estensione del risarcimento del danno anche per il periodo successivo alla sentenza, lo stesso Autore mostra perplessità sull'opportunità di tale modifica, arrivando alla conclusione che *“alla domanda a quali nuovi equilibri il legislatore ha inteso portare la tutela reale – se più avanzati in termini garantistici o più arretrati e del tutto equivalenti, ma diversamente costruiti – la risposta inclina spontaneamente verso il terzo corno”*⁵⁰.

Le parole di D'Antona, rese immediatamente a ridosso dell'emanazione della legge n. 108, nel tempo si sono rilevate profetiche, in quanto l'unificazione della tutela economica in favore del lavoratore nel (solo) risarcimento del danno, unitamente all'ineffettività dell'ordine di reintegrazione a causa dell'incoercibilità di tale obbligo, hanno costituito i problemi principali dell'applicazione dell'art. 18 (*infra*).

Dal punto di vista prettamente storico-ricostruttivo, la legge n. 108 costituiva il risultato dell'intervento del Governo volto a scongiurare i tre referendum proposti da Democrazia Proletaria⁵¹. Il testo finale di tale provvedimento rappresentava la sintesi di due delle proposte di legge presentate alla Camera e, cioè, la n. 4446 (Ghezzi ed altri) e la n. 3301 (Cavicchioli ed altri). La prima, proponeva, da un lato, l'estensione della sanzione della retribuzione anche per il periodo precedente la sentenza, quale naturale conseguenza della normale prosecuzione del rapporto, oltre al pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali e, dall'altro lato, la sanzione aggiuntiva, in caso di mancata ottemperanza all'ordine giudiziale di reintegra da parte del datore, del pagamento in favore della gestione dell'Inps per l'assicurazione contro la

⁵⁰ V. M. D'Antona, *Commentario della l. 11 maggio 1990, n. 108, disciplina dei licenziamenti individuali...* cit., 375 – 376 e 382; *idem*, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *FI*, 1990, V, 357, nonché in *Opere* (a cura di B. Caruso e S. Sciarra), Vol. III, Giuffrè, 2000, 347 – 348; *idem*, *La reintegrazione nel posto di lavoro...* cit., 34. Per una valutazione di insieme del senso della novella v. F. Carinci, *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in *Giorn. Dir. lav. rel. Ind.*, 1990, 485 e ss.; P. Sandulli - A. Vallebona - C. Pisani, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cedam, 1990, 39 e ss.; U. Romagnoli, *Piccole imprese e grandi traumi*, in *Lav. Dir.*, 1990, 517; M. Roccella, *Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Quad. dir. lav. rel. Ind.*, 1990, 26; M.G. Garofalo, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in *RGL*, 1990, 169; G. Pera, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *RIDL*, 1990, I, 251.

⁵¹ Il primo per l'abrogazione dell'art. 35, nella parte in cui limita l'applicazione della tutela reale alle imprese che occupano più di 15 nell'ambito della stessa unità produttiva o, quanto meno, nel territorio dello stesso comune; il secondo per l'abrogazione dell'art. 11 della legge n. 604 del 1966 nella parte in cui limita l'applicazione della tutela obbligatoria nei confronti dei datori di lavoro, imprenditori e non, che occupano, complessivamente più di 35 dipendenti; il terzo per l'abrogazione dell'art. 8 della legge n. 604

disoccupazione di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore. La seconda proposta di legge, invece, proponeva di recepire alcune delle interpretazioni giurisprudenziali rese su alcune problematiche legate all'applicazione delle tutele previste dal (vecchio) art. 18, quali l'inserimento nel testo della possibilità di detrarre dall'ammontare del risarcimento del danno, esteso a tutto il periodo, gli eventuali redditi di lavoro percepiti altrove, nonché la perdita di esecutività della sentenza di condanna alla reintegrazione in caso di riforma in appello della stessa, anche con riferimento al pagamento delle retribuzioni, bilanciata dalla sanzione del pagamento in favore della gestione dell'Inps per l'assicurazione contro la disoccupazione di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore per ogni giorno di mancata reintegra in caso di conferma in secondo grado.

Il testo definitivo presentato alla Camera dall'On. Cavicchioli acquisiva dalla prima proposta soltanto la condanna al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, estendendolo anche al periodo precedente la sentenza, scartando, quindi, la sanzione del versamento in favore dell'Inps della somma pari all'importo delle retribuzioni per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'ordine di reintegrare il lavoratore; dalla seconda proposta, invece, recuperava l'estensione della tutela risarcitoria anche per il periodo successivo alla sentenza.

Ebbene, dal testo definitivo approvato dalla Camera, possono essere evidenziati tre principi fondamentali, confermativi di quanto la giurisprudenza aveva in precedenza affermato⁵²: a)- il licenziamento illegittimo non interrompe giuridicamente il rapporto, ma ne impedisce la funzionalità di fatto⁵³; b)- il risarcimento del danno contiene le retribuzioni maturate durante il periodo di non lavoro, senza alcun onere probatorio in

del 1966 nella parte in cui prevede l'alternativa per il datore di lavoro di riassumere il dipendente o di corrispondergli il risarcimento del danno.

⁵² V. M. D'Antona, *Commentario della l. 11 maggio 1990, n. 108, disciplina dei licenziamento individuali...* cit., 380 – 381.

⁵³ V. *ex plurimis* Cass. S.U. 29 aprile 1985 n. 2762, in *FI*, 1985, I, c. 1290; Cass. 15 aprile 1987, n. 3758, in *FI*, 1988, I, c. 1959; Cass. 24 settembre 1988, n. 5222, in *Notiz. Giur.*, 1988, 852.

capo al lavoratore⁵⁴; c)- l'ordine di reintegrazione non può essere soddisfatto tramite l'esecuzione in forma specifica *ex artt.* 612 e ss. c.p.c.⁵⁵.

La legge n. 108, da un lato, porta a compimento quel processo, avviato dagli Accordi Interconfederali degli anni '50-'60 e proseguito con le leggi nn. 604 e 300, di estensione generalizzata della regola della giustificatezza del licenziamento, attraverso la contestuale soppressione, quasi totale, della libera recedibilità. Tale scelta del legislatore, come giustamente osservato, "*rispecchia emblematicamente una precisa scelta politica di garanzia non solo del diritto all'occupazione, nel suo contenuto economico e professionale...ma altresì della dignità sociale (art. 3 Cost.) del prestatore di lavoro... e, nello stesso tempo, una garanzia universale della dignità del lavoratore*"⁵⁶. Dall'altro lato, mantiene intatto il sistema del c.d. parallelismo delle tutele, in base al quale non esiste un'unica e generale tutela per il lavoratore in caso di licenziamento invalido, ma corrono parallele almeno tre fattispecie distinte (*infra*).

Inoltre, con l'introduzione dell'indennità sostitutiva della reintegra è evidente come il legislatore abbia cercato di sopperire ai problemi di effettività della tutela reintegratoria (a causa, come detto, dell'incoercibilità dell'obbligo di fare), privilegiando l'aspetto economico del licenziamento, attraverso una "*disincentivazione monetaria dell'esercizio del potere di recesso*"⁵⁷, che qualcuno, a ben vedere, ha inteso come una regressione delle tutele apprestate in favore del lavoratore dallo Statuto (*infra*)⁵⁸.

⁵⁴ V. Cass. 28 maggio 1976, n. 1927, in *RGL*, 1977, II, 86; Cass. S.U. n. 2762/1985 cit.; Cass. 5 settembre 1989, n. 3875, in *DPL*, 1990, 52.

⁵⁵ V. Cass. 13 aprile 1985, n. 2458, in *FI*, 1986, I, c. 1655; Cass. 11 gennaio 1988, n. 112, in *RIDL*, 1988, II, 1071.

⁵⁶ V. E. Ghera, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, in *LD*, 1992, 464.

⁵⁷ V. G. Napoletano, *La nuova disciplina dei licenziamenti...* cit., 49 – 50, secondo il quale "*il legislatore, nell'apprestare un sistema di tutela, si è preoccupato, in modo particolare, di creare un meccanismo pecuniario sanzionatorio che, colpendo l'imprenditore nel suo principale interesse, quello economico, lo dissuadesse maggiormente dall'adottare lo strumento del licenziamento*".

⁵⁸ V. U. Romagnoli, *Piccole imprese e grandi traumi*, in *LD*, 1990, 517 e ss.; L. De Angelis, *La giurisprudenza sulla reintegrazione del lavoratore al primo impatto con la l. n. 108 del 1990*, in *FI*, 1990, I, cc. 2272 e ss. Tali A. affermano che, mentre il legislatore del '70 ha optato per la massimizzazione della reintegrazione come tecnica di tutela del lavoratore, restrittiva del potere imprenditoriale, quello del '90, invece, ha rifiutato la prospettiva della universalizzazione della tutela reale, optando per l'attenuazione del momento ripristinatorio del rapporto rispetto a quello risarcitorio del licenziamento illegittimo. *Contra*, v. E. Ghera, *Tutela reale...* cit., 467, secondo il quale la legge n. 108 rappresenta "*una riforma più che sufficiente, per i suoi effetti sociali protettivi del lavoro debole (regolare ed irregolare) oltretutto per il suo valore di principio (e quindi sistematico), a compensare e sopravanzare l'esplicita conservazione del regime bipartito del cosiddetto parallelismo delle tutele (e a giustificare le conseguenti differenze di trattamento)... Del resto, la l. n. 108, pur rifiutando la proposta di universalizzazione della*

A distanza di poco più di un anno dalla promulgazione della legge n. 108, nonostante la Comunità europea fosse intervenuta sulla fattispecie dei licenziamenti collettivi già nel 1975, il legislatore emanava la legge del 23 luglio 1991, n. 223, con la quale sottraeva alla regolamentazione pattizia la fattispecie del licenziamento collettivo, recuperando dalla disciplina dei licenziamenti individuali alcuni principi cardine, rapportati alle peculiarità, diverse, dei licenziamenti collettivi.

Così, attraverso una rigida procedimentalizzazione dei poteri datoriali e con l'attribuzione alle organizzazioni sindacali di un reale potere di controllo *ex ante* (tutela assente nei licenziamenti individuali)⁵⁹, si estende ad essi, da un lato, il generale obbligo di giustificazione dei licenziamenti, nei limiti della insindacabilità nel merito delle scelte datoriali e, dall'altro lato, l'applicazione di tutte le tutele *sub art.* 18, nell'ipotesi di violazione della procedura stabilita *ex art.* 4 e dei criteri di scelta *ex art.* 5, oltre che nel caso di violazione degli obblighi formali.

4. II <<parallelismo delle tutele>>

Dalla ricostruzione in chiave storico – evolutiva della disciplina del licenziamento e delle tutele apprestate in favore del lavoratore testé fatta sono emersi due principi fondamentali che regolano la fattispecie in esame: il primo riguarda la progressiva generalizzazione dell'obbligo della giustificazione del licenziamento, quale elemento costitutivo della struttura causale dell'atto, con la conseguente riduzione al minimo dell'ambito di applicazione del recesso *ad nutum*; il secondo afferisce, invece,

tutela reale, ne ha confermato la specifica funzione di rimedio ripristinatorio del rapporto, a garanzia indiretta dell'effettività del diritto del lavoratore all'occupazione"; nonché M.G. Garofalo, *La nuova disciplina dei licenziamenti...* cit., 176 – 177, il quale si sofferma, criticamente, su quanti avevano attaccato la nuova disposizione dal punto di vista sia tecnico sia politico, al punto da proporre immediatamente a ridosso della sua emanazione una nuova riforma, senza attendere la verifica empirica della sua efficienza o meno.

⁵⁹ Sull'importanza della cogestione dei licenziamenti collettivi v. F. Carinci, *La centralità della legge nella disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, 1991, XXV, a parere del quale mentre i licenziamenti individuali, come le discriminazioni uomo-donna, possono essere gestiti individualmente, quelli collettivi devono essere necessariamente gestiti attraverso *“la codeterminazione negoziale e/o amministrativa, che rappresenta il lascito importante e duraturo delle migliore legislazione dell'emergenza e della crisi”*.

all'introduzione di molteplici sistemi di tutela per il lavoratore illegittimamente licenziato, in base a diversi criteri soggettivi ed oggettivi⁶⁰.

⁶⁰ Invero, i referendum proposti da Democrazia Proletaria, che hanno poi indotto il legislatore ad emanare la legge n. 108, aveva quale obiettivo l'abrogazione dell'art. 35 dello Statuto e, quindi, il sistema delle tutele parallele, in quanto ritenuto costituzionalmente illegittimo per contrasto con l'art. 3 Cost., mentre la tutela reale era l'unica in grado di apprestare in favore del lavoratore illegittimamente licenziato una tutela adeguata ed effettiva. La legge n. 108, invece, disattendendo le aspettative dei promotori, non solo ha confermato il sistema delle tutele parallele, ma lo ha anche rafforzato.

Partendo dalla libera recedibilità codicistica, che *a latere lavoratoris* garantiva una tutela alquanto debole ed esclusivamente patrimoniale (indennità sostitutiva del preavviso e indennità di anzianità), il legislatore ha via via introdotto nell'ordinamento forme di tutele incidenti anche, ma in modo difforme, sul rapporto di lavoro; la prima, con l'art. 8 della legge n. 604, ha previsto, quale possibilità rimessa esclusivamente alla volontà del datore, comunque la cessazione del rapporto e l'eventuale costituzione di uno nuovo; la seconda, con l'art. 18 della legge n. 300, modificato dalla legge n. 108, ha garantito al lavoratore la conservazione del "vecchio" rapporto di lavoro, che di fatto non viene mai risolto, incidendo il licenziamento soltanto sulla funzionalità di fatto del rapporto (*supra*).

È stato così apprestato un sistema di tutela del lavoratore in caso di licenziamento, definito dalla giurisprudenza⁶¹ e dalla dottrina⁶² come "parallelismo delle tutele".

L'applicazione delle suddette garanzie, pertanto, non dipende (soltanto) dalla natura del vizio del licenziamento, ma (soprattutto) da requisiti di carattere oggettivo (riferito alle dimensioni dell'unità produttiva o dell'intera impresa, alla sua capacità economica,

⁶¹ Le sentenze "apri pista" vengono generalmente individuate in Corte Cost., 6 marzo 1974, n. 55, in *FI*, 1974, I, 959, seguita da Corte Cost. 19 giugno 1975, n. 152, in *GC*, 1975, 1389; Corte Cost. 14 gennaio 1986, n. 2, in *DL*, 1986, II, 209 e, recentemente, Corte Cost. 19 febbraio 1996, n. 44, in *LG*, 1996, 311; nonché in Cass. 7 novembre 1978, n. 5058, in *MGL*, 1978, 721, seguita da Cass. S.U. 15 ottobre 1985, n. 5050, in *FI*, 1985, I, 2876. L'unica pronuncia che ha messo in discussione tale sistema è Cass. S.U. 17 ottobre 1983, n. 6068, in *RIDL*, 1984, II, 232.

⁶² La teoria in questione ormai è comunemente accolta in dottrina; si vedano, su tutti, P.G. Alleva, *Il campo di applicazione dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1980; *idem*, *Dimensioni aziendale e disciplina limitativa dei licenziamenti*, in *RGL*, 1984, I, 3; *idem*, *L'ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, 1991, 23; P. Genovina, *I licenziamenti*, Utet, 1988; F. Focareta, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra tendenze espansive e problemi irrisolti*, in *QDLRI*, 1989, 14, 117; M.G. Garofalo, *La nuova disciplina dei licenziamenti...* cit., 178 – 179; M.V. Ballestrero, *Ambito di applicazione della disciplina dei licenziamenti: ragionevolezza delle esclusioni*, in *LD*, 1990, 263; L. Corazza, *Il campo di applicazione delle tutele*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2^a ed., Utet, 2007, 179 e ss; F. Carinci, *La centralità della legge...* cit., XXVIII – XXX; F. Mazziotti, *I Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Torino 16 – 17 maggio 1987*, Giuffrè, 1987, 83 – 85; *idem*, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Utet, 1991, 1 e ss. Qualcuno, però, ha aspramente criticato il sistema del parallelismo delle tutele, su tutti v. A. Di Majo, soffermandosi sulle contraddizioni di essa ed, in particolare modo: 1)- in relazione ai principi generali in tema di successioni di leggi sulla stessa materia (la legge n. 300, successiva, limitandosi ad introdurre soltanto una nuova forma di tutela, non può imporsi con carattere di autonomia e autosufficienza rispetto alla legge precedente che pure è quella costituente, nonché quella fondamentale di diritto sostanziale del c.d. recesso vincolato); 2)- in relazione alla disparità ingiustificata di trattamento di situazioni omogenee [v. A. Di Majo, *Tutele parallele o doppia chiave?* (*In margine all'ambito di applicazione dello statuto dei lavoratori*), in *FI*, 1984, I, 149 – 150].

nonché alla tipologia di attività svolta) e soggettivo (in relazione alla particolare categoria di soggetti coinvolti, ovvero di tipologie contrattuali utilizzate).

Il requisito numerico ed economico, nonché l'elemento fiduciario (*l'intuitus personae*) caratterizzante il rapporto di lavoro nelle piccole imprese hanno costituito i presupposti per la Corte Costituzionale, prima, e per la Corte di Cassazione⁶³ poi, per giustificare il sistema delle tutele parallele. I Giudici delle leggi, infatti, hanno più volte affermato che la disparità di trattamento, pur in presenza di fattispecie estintive identiche, è giustificata, da un lato, dal diverso livello occupazionale e dalla diversa capacità economica dei vari imprenditori e, dall'altro lato, dalla necessità di impedire il verificarsi, nelle imprese minori, di tensioni nelle quotidiane relazioni umane e di lavoro in unità produttive a basso livello occupazionale, dove *“l'esigenza di tutelare l'interesse alla conservazione del posto di lavoro... è stata temperata con l'esigenza di garantire la flessibilità occupazionale della piccola impresa e, in genere, di non penalizzare eccessivamente i piccoli datori di lavoro”*⁶⁴.

Non va dimenticato, però, che il sistema del parallelismo delle tutele, prima di essere definitivamente sancito dalla legge n. 108, era stato criticato da parte della dottrina, non in relazione alla sua esistenza, ma alle argomentazioni utilizzate dalla giurisprudenza per giustificare la disparità di trattamento. In particolare, il requisito numerico e l'elemento della fiduciarità del rapporto nelle piccole unità produttive venivano ritenuti irrilevanti ai fini della giustificazione della disparità di trattamento⁶⁵, dovendo invece

⁶³ Cfr. nota 62 per l'indicazione delle pronunce sia della Corte Costituzionale sia della Corte di Cassazione.

⁶⁴ Così si è espresso E. Ghera, *Tutela reale e tutela obbligatoria...* cit., 465. Conformemente, v. R. Romei, *L. 11 maggio 1990, n. 108*, in R. De Luca Tamajo – M. D'Antona (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti individuali*, in *NLCC*, 1991, 133 e ss.

⁶⁵ Sulla problematicità del limite dimensionale si era espresso il d.d.l. “Ghezzi”, il quale aveva proposto l'eliminazione del riferimento alla “unità produttiva” in favore di quello più generale di “impresa”. Sul punto la Corte Costituzionale, nelle sentenze innanzi citate, aveva affermato che la differenza di trattamento fondata sul numero dei dipendenti nella singola unità produttiva fosse ragionevole sulla base di una pretesa particolare fiduciarità del rapporto nelle unità produttive minori. Ma, come ha giustamente osservato M.G. Garofalo immediatamente a ridosso della novella del '90, *“se prima era giustamente ritenuto irragionevole che due lavoratori dipendenti dello stesso imprenditore godessero di una differente tutela contro i licenziamenti parimenti illegittimi a seconda che lavorassero in una unità produttiva con 16 dipendenti o più oppure in una con 15 o meno, oggi quella differenza è ancor più ingiustificata perché opera solo nel più ristretto ambito dei datori di lavoro con meno di 61 dipendenti: al di sopra di questo limite, la ... giustificazione architettata dalla Corte costituzionale non opera più per espressa volontà del legislatore e, dunque, non le si può più attribuire quel significato generale giustificativo che la Corte*

privilegiare quello economico, che non poteva essere desunto, come invece riteneva la Consulta, dal numero di dipendenti occupati, ma da altri indici di natura prettamente economica⁶⁶.

Ed infatti, a fondamento dell'esclusione dei datori che occupa(va)no meno di 16 dipendenti dall'applicazione della tutela reale v'era l'idea, non affatto scontata, che tale requisito oggettivo fosse sinonimo di "debolezza economica". Si concorda con chi dubitava che tale idea rispecchiasse la realtà economica-sociale del paese, che, invece, dava (e da) segnali opposti. Le imprese, infatti, tendono a restare al di sotto del limite occupazionale della tutela reale esclusivamente per evitare tutte le conseguenze che ne derivano, potendo vantare una situazione economica di gran lunga più felice delle medio-grandi imprese. Non può essere, pertanto, il requisito occupazionale ad incidere sulla legittimità della disparità di trattamento, in quanto, pur non potendo prescindere da una distinzione tra datori "piccoli" e "grandi", essa dovrà essere ancorata anche e soprattutto ad un dato prettamente economico (*infra*).

Ragionando, nello specifico, della pluralità dei regimi di tutela per il lavoratore illegittimamente licenziato, possiamo individuarne quattro: la tutela c.d. reale, in virtù di quanto previsto dall'art. 18 della legge n. 300, modificato dalla legge n. 108; la tutela c.d. obbligatoria, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 604, anch'esso modificato dalla legge n. 108; l'area, ormai residuale, di permanenza della libera recedibilità ai sensi dell'art. 2118 c.c.; ed infine, la c.d. tutela reale di diritto comune, che fa leva sui principi generali del diritto dei contratti.

La tutela reale, anche in virtù di quella forza espansiva di cui si diceva innanzi (*supra*), si applica, in caso di invalidità del recesso: a tutti i datori, imprenditori e non⁶⁷, che

stessa le aveva dato in precedenza" (v. M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 182 – 183. Dello stesso avviso è P.G. Alleva, *Il campo di applicazione...* cit., 39).

⁶⁶ L'art. 4 del d.d.l. "Ghezzi", infatti, disponeva l'applicabilità dell'art. 18 ai datori di lavoro che, indipendentemente dal numero dei dipendenti, avessero un volume di affari di 5 miliardi nel triennio precedente ed utilizzassero beni strumentali di valore di 300 milioni. In dottrina, v., tra i tanti critici, F. Focareta, *L'art. 18 dello Statuto...* cit., 256; F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 83 – 84; ancora M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 181, a parere del quale "una corretta valutazione della capacità economica dell'azienda è di particolare importanza visto che la giurisprudenza costituzionale ha affidato ad essa... il compito di giustificare ex art. 3 Cost. la differenza di trattamento estinti".

⁶⁷ Sulla differenza tra la definizione di "impresa", prevista dalla normativa ante 1990, e di "datore di lavoro" e sugli aspetti critici di essa, v., tra i tanti, M. Grandi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina del licenziamento*, in *LD*, 1991, 9; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 16 – 19; L. Corazza, *Il campo di applicazione...* cit., 181; --

occupano più di 15 dipendenti nella singola unità produttiva o nell'ambito dello stesso comune (ridotto a 5 per le imprese agricole), ovvero più di 60 dipendenti nel complesso; al licenziamento disciplinare adottato dal datore che rientra nell'ambito della tutela reale; all'ipotesi di licenziamento discriminatorio, indipendentemente dal requisito dimensionale (art. 15, legge n. 300 del 1970; art. 4, legge n. 108 del 1990; art. 4, legge n. 216 del 2003); ai licenziamenti collettivi (artt. 4-5, legge n. 223 del 1991); ai dipendenti pubblici contrattualizzati (art. 51, co. 2 del d.lgs. 165 del 2001). In tali ipotesi è prevista la doppia tutela della reintegrazione nel posto di lavoro e del risarcimento del danno (*infra*).

La tutela obbligatoria, invece, ha un carattere meramente residuale, in quanto si applica a tutte quelle fattispecie non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 18, dal punto di vista sia numerico (aziende che occupano meno di 16 dipendenti) sia tipologico (le organizzazioni di tendenza ai sensi dell'art. 4 della legge n. 108). Le tutele ivi previste consistono nella riammissione in servizio (e, quindi, nella stipulazione di un nuovo contratto) o, in alternativa, nel pagamento di un'indennità.

Esiste, poi, la c.d. tutela reale di diritto comune⁶⁸, che si applica a particolari fattispecie sottratte alle suddette tutele, attraverso il rinvio ai principi generali del diritto dei contratti. In essa rientrano il licenziamento nullo della lavoratrice madre o padre (art. 54, d.lgs. 151 del 2001); il licenziamento per causa di matrimonio (art. 1, legge n. 7 del 1963, confluito nell'art. 35, d.lgs. n. 198 del 2006); il recesso durante il periodo di sospensione del rapporto con diritto alla conservazione del posto di lavoro; il licenziamento, secondo una parte della dottrina, adottato in violazione delle regole formali e procedurali non rientranti nell'ambito di applicazione della tutela reale (*infra*).

Il regime della tutela reale di diritto comune, prima della sua pacifica diffusione, era stato al centro del dibattito dottrinario. Già a ridosso dell'emanazione dello Statuto dei lavoratori, infatti, la dottrina si è domandata se la tutela reale fosse applicabile soltanto

⁶⁸ Sull'argomento v. P. Tullini, *La c.d. tutela reale di diritto comune*, in *QDLRI*, 1990, 8, 103 e ss; M. D'Antona, *Tutela reale del posto di lavoro...* cit., 438. Sull'applicabilità a tali fattispecie dei principi di diritto comune e non anche dell'art. 18 v. M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 251 – 252. In giurisprudenza v., *ex plurimis*, Corte Cost. 8 febbraio 1991, n. 61, in *NGL*, 1991, 67; Cass. 14 luglio 1984, n. 4144, in *MGL*, 1984, 642; Cass. 9 settembre 1995, n. 9549, in *DL*, 1995, II, 372; Cass. 22 giugno 1998, n. 6199, in *MGL*, 1998, 606; Cass. 2 dicembre 2002, n. 17079, in *MGL*, 2003, 244; Cass. 15 settembre 2004, n. 18537, in *LG*, 2005, 237; Cass. 12 aprile 2005, n. 426, in *NGL*, 2005, 370.

alle ipotesi di licenziamento ingiustificato e, quindi, annullabile, con la conseguente necessità di individuare un sistema protezionistico diverso per i recessi affetti da vizi più gravi, quali l'inefficacia e la nullità, ovvero se essa possa da considerarsi una sorta di disciplina generale delle conseguenze di invalidità del licenziamento⁶⁹. Sulla forza espansiva dell'art. 18 e sulla unificazione dei vizi, almeno dal punto di vista delle conseguenze si è già detto, sicché alla predetta domanda si potrebbe rispondere che l'art. 18 rappresenta una disciplina generale in caso di licenziamento viziato, almeno con riferimento a quelle fattispecie che rientrano nel suo ambito di applicazione. Bisogna, però, precisare che l'art. 18 non trova applicazione con riferimento a tutte le fattispecie in astratto rientranti nel suo ambito di applicazione, soprattutto laddove è la stessa legge ad escluderlo (v. la legge n. 142 del 3 aprile 2001 in tema di socio di cooperativa), ovvero a prevedere una tutela diversa. In quest'ultima ipotesi, rientra, ad esempio, il licenziamento per causa di matrimonio, disciplinato dalla legge n. 7 del 9 gennaio 1963 che espressamente considera nullo il recesso adottato in violazione dei principi in essa contenuti, con la conseguenza che il rapporto si considera come mai risolto e la lavoratrice ha diritto al pagamento di tutte le retribuzioni (e non a titolo di risarcimento) dalla data del licenziamento sino a quella dell'effettiva reintegra. Lo stesso discorso vale per il licenziamento della lavoratrice madre, già disciplinato dalla legge n. 1204 del 1971, la quale vieta *tout court* il licenziamento durante il periodo individuato dalla norma. Così, ove violato tale precetto, il licenziamento deve considerarsi pacificamente nullo per violazione di norma imperativa; dal punto di vista delle conseguenze, sembra potersi condividere la tesi che alla fattispecie in esame si applicano i principi generali del diritto dei contratti e non anche l'art. 18, in quanto tale ultima norma prevede, quale ipotesi di licenziamento nullo, (soltanto) quello discriminatorio (art. 4 della legge n. 108 del 1990). Sicché, o all'art. 18 viene data portata generale, come da qualcuno sostenuto per considerarlo applicabile alla fattispecie in esame⁷⁰, ma allora dovrà essere applicato a tutte le fattispecie di recesso nullo o inefficace, indipendentemente dall'ambito di applicazione, quale alternativa, di carattere speciale, alla disciplina generale in tema di nullità o inefficacia dei contratti,

⁶⁹ Sul punto, v. M.G. Garofalo, *Contributo all'esegesi...* cit., 564 – 565.

oppure, come si ritiene, pur salvaguardando la sua c.d. forza espansiva, si dovrà applicare a tutte quelle (e soltanto a quelle) ipotesi non disciplinate diversamente e comunque con essa compatibile. D'altra parte, alla teoria in base alla quale si ritiene applicabile l'art. 18 anche al licenziamento della lavoratrice madre, perché non espressamente previste le conseguenze di cui all'art. 1218 c.c., giustificando tale teoria con il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, riferendosi, invece, alla fattispecie del licenziamento nullo per causa di matrimonio, dove l'esatto adempimento (pagamento delle retribuzioni) è espressamente previsto, si potrebbe replicare dicendo che la nullità che determina l'applicazione dell'art. 18 è soltanto quella disciplinata dall'art. 4 della legge n. 108 e, cioè, per motivi discriminatori di sesso, razza o motivi religiosi, politici o sindacali, mentre quella del licenziamento della lavoratrice madre è un'ipotesi particolare e specifica, che il legislatore ha ritenuto nullo perché vietato, non potendo che prevedere l'applicazione dei principi generali in tema di esatto adempimento⁷¹. Salvo considerare il licenziamento della lavoratrice madre "discriminatorio" e, quindi, rientrante nella previsione di cui alla legge n. 108, ma in tal caso tutti i licenziamenti potrebbero essere considerati nulli facendo valere la tesi della differenziazione dei trattamenti, concetto alquanto elastico.

È evidente, pertanto, che la tutela reale di diritto comune risulta essere necessaria in quanto sopperisce alle lacune contenute nell'art. 18, laddove viene prevista una tutela in ogni caso "forte" in favore di quei recessi viziati da nullità o inefficacia che, non rientrando nell'ambito di applicazione dell'art. 18, avrebbero dovuto essere sanzionati con quella "debole" ex art. 8, creando, in quel caso, una discutibile omogeneità di trattamento tra il licenziamento annullato e quello nullo o inefficace.

Infine, non va dimenticato il recesso *ad nutum*, il cui ambito di applicazione è ormai ridotto ai minimi termini, anche se non del tutto eliminato, in quanto possono essere licenziati liberamente, col solo obbligo del preavviso, i lavoratori domestici e gli sportivi professionisti e, senza il predetto obbligo, i lavoratori in prova e gli ultra sessantenni in possesso dei requisiti pensionistici. Per essi l'unica tutela riconosciuta è quella del preavviso o dell'eventuale indennità sostitutiva di esso, essendo venuta meno

⁷⁰ V. A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto dei lavoratori...* cit., 69; G.F. Mancini, *Reintegrazione nel posto di lavoro...* cit., 263; M.G. Garofalo, *Contributo all'esegesi...* cit., 566.

anche l'indennità di anzianità, sostituita dal trattamento di fine rapporto, riconosciuto a tutti i lavoratori alla cessazione del rapporto, indipendentemente dalla tipologia o dalla causa dell'estinzione.

Una particolare situazione, come si avrà modo di approfondire in seguito nella sezione specificatamente destinata alla libera recidibilità, è quella che riguarda i dirigenti. Per questi, infatti, dopo l'iniziale assoggettamento al recesso *ad nutum*, sono state previste alcune tutele che hanno allontanato tale categoria dall'ambito di applicazione della libera recidibilità pura, approntando un particolare regime garantistico che rappresenta una via di mezzo tra quelli sin'ora descritti: l'obbligo della "giustificatazza" del licenziamento e il pagamento dell'indennità supplementare in caso di illegittimità del recesso, oltre al divieto di licenziamento discriminatorio, rappresentano, infatti, quasi un autonomo regime di tutela che potrebbe affiancarsi ai quattro sin qui citati (*infra*).

5. Diritto al lavoro e diritto alla conservazione del posto di lavoro nella Costituzione

La tutela del lavoratore in caso di licenziamento invalido si intreccia, necessariamente, con le disposizioni di rango costituzionale ed i diritti da ivi tutelati.

Si è discusso se nella Costituzione vi sia un riconoscimento del diritto del soggetto non solo al lavoro, ma anche alla conservazione del posto di lavoro.

In più occasioni la Corte di Cassazione, anche di recente, ha riconosciuto in capo al soggetto illegittimamente licenziato il diritto al posto di lavoro, costituzionalmente garantito dagli artt. 1, 4, 35 e 41 Cost.⁷¹. Invero, il diritto del lavoratore al posto di lavoro, ovvero alla conservazione di esso, quale sinonimo di diritto alla stabilità del rapporto di lavoro, non è stato, almeno in origine, supportato dalla giurisprudenza e, in particolar modo, dalla Corte Costituzionale, che, chiamata più volte a verificare la legittimità dell'art. 2118 c.c. in relazione all'art. 4 Cost., ha, in un primo momento affermato, da un lato, che "*il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituisce un principio generale del nostro*

⁷¹ Sul punto, in senso conforme, v. G. Pera, *Commento allo Statuto...* cit., 200.

⁷² V. Cass. S.U. 10 gennaio 2006, n. 141, in *D&G*, 2006, 5, 17; Cass. S.U. 7 agosto 1998, n. 7755, in *RIDL*, 1999, II, 170; Cass. S.U. 22 aprile 1985, n. 2645, in *FI*, 1985, I, 1290

ordinamento”⁷³ e, dall’altro lato, che l’art. 4 Cost. non riconosce al lavoratore un diritto soggettivo alla conservazione del posto di lavoro e, quindi, alla stabilità del lavoro, in quanto esso può essere attribuito soltanto dalla fonte regolativa collettiva⁷⁴. In un secondo momento, invece, pur non riconoscendo nell’art. 4 Cost. un diritto soggettivo alla conservazione del posto immediatamente azionabile, al pari dell’inesistenza della garanzia in favore di ciascun cittadino al conseguimento di un’occupazione, ha ritenuto che l’art. 4 dovesse essere inteso come una “direttiva per il legislatore”, invitando quest’ultimo “*nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale, ad adeguare, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie... e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti*”⁷⁵.

Come è stato giustamente osservato, i Giudici delle leggi, pur non prendendo posizione in merito alla problematica in discussione, hanno “*inaugurato un tertium genus*” di sentenze costituzionali e, cioè, quelle che non dichiarano perentoriamente la legittimità o l’illegittimità di una norma, ma che sottopongono a sospensione il giudizio di legittimità di essa, che rischierebbe di diventare illegittima ove “*non fosse, entro un ragionevole limite di tempo, opportunamente modificata o interpretata in rispondenza a direttive costituzionali di protezione di certi interessi*”⁷⁶.

Invero, anche gran parte della dottrina giuslavoristica, partendo dall’importante insegnamento di Natoli, ha cercato di conferire agli artt. 4, co. 1 e 41, co. 2 Cost. un’efficacia immediata e diretta: tali norme attribuirebbero al lavoratore, in caso di licenziamento, posizioni soggettive direttamente azionabili in giudizio, in quanto incorporate ai sensi dell’art. 1374 c.c. nel regolamento contrattuale del rapporto di lavoro, individuando nell’art. 41, co. 2 un limite costituzionalmente rilevante al potere

⁷³ Sull’impossibilità di includere la libera recedibilità nel novero dei principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato e, come tale, intangibile da parte del legislatore ordinario, si era già espressa Corte Cost. 27 gennaio 1958, n. 78, in *MGL*, 1958, 240.

⁷⁴ V. Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *RIDL*, 1995, II, 237.

⁷⁵ Sul punto v. Corte Cost. 26 maggio 1965, n. 45, in *GC*, 1965, 661.

⁷⁶ v. L. Mengoni, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale 1956 – 1986*, Roma, Istituto Poligrafico dello stato, 1987, 64; oggi, L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 29. Dello stesso tenore della sentenza n. 45/1965 è Corte Cost. n. 2/1986.

datoriale di recedere dal contratto di lavoro e nell'art. 4, co. 1 il diritto del lavoratore non a pretendere un posto di lavoro, ma a conservarlo una volta ottenuto⁷⁷.

In base ai suddetti principi, pertanto, la dottrina, in antitesi rispetto all'orientamento della giurisprudenza costituzionale, pur ritenendo insussistente un diritto "al posto" costituzionalmente garantito, ha individuato nell'art. 4, co. 1, Cost. il diritto del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro⁷⁸, ovvero il diritto ad eseguire concretamente la prestazione di lavorativa⁷⁹, anche se non è mancato chi ha ritenuto che il diritto al lavoro ai sensi dell'art. 4 cit. può essere inteso quale diritto al mantenimento del posto solo se si accetta la configurazione del diritto al lavoro, come diritto all'ottenimento del posto e, cioè, un diritto da far valere nei confronti dello Stato ogni qual volta il cittadino sia disoccupato⁸⁰.

In ogni caso, seguendo gli insegnamenti di Natoli⁸¹, l'obbligo in capo all'imprenditore, sancito dall'art. 41, co. 2 Cost., di rispettare la <<sicurezza>> (del lavoratore) deve essere inteso come rispetto della <<sicurezza della propria esistenza>> e, quindi, come "garanzia di poter, in ogni tempo, disporre dei mezzi necessari alla propria esistenza ed a quella della propria famiglia", ovvero come garanzia "a non vedersi privare parzialmente o totalmente delle possibilità di determinare, nei modi costituzionalmente

⁷⁷ V. U. Natoli, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, in *RGL*, 1954, I, 281; *idem*, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, Milano, 1955, 93; *idem*, *Ancora sul diritto al lavoro e il licenziamento ad nutum*, in *RGL*, 1965, II, 13 e ss.; U. Belviso, *Il concetto di <<iniziativa economica privata>> nella Costituzione*, in *RDC*, 1961, I, 153; L. Micco, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Giappichelli, 1966; L. De Angelis, *Spunti civilistici in tema di prestazione di lavoro*, in *RGL*, 1973, I, 233; S. Chiarloni, *Dal diritto alla retribuzione al diritto di lavorare*, in *RTDPC*, 1978, 1494.

⁷⁸ V. *ex plurimis*, V. Crisafulli, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *RGL*, 1951, I, 169; U. Natoli, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *RGL*, 1951, I, 108; C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della repubblica*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, 188; E. Ghera, *L'esecuzione diretta ed indiretta nel diritto del lavoro*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Vol. II, 1989, Novene, 1081 – 1082.

⁷⁹ V. L. De Angelis, *Spunti civilistici...* cit., 229; S. Chiarloni, *Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti*, in *QDLRI*, 1989, 6, 61.

⁸⁰ Nello specifico il riferimento è a G.F. Mancini, *Il recesso unilaterale...* cit., 360. Più in generale, sull'inesistenza di un diritto costituzionale alla conservazione del posto di lavoro, v. M. Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 68; U. Prosperetti, *Sul diritto al lavoro*, in *Problemi del diritto del lavoro*, I, Milano, 1970; G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1975, 26; R. Scognamiglio, *Il lavoro nella costituzione italiana*, Franco Angeli, 1978, 38; di recente, R. Santucci, *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Giappichelli, 1997, 75 e ss.

⁸¹ Il riferimento è a U. Natoli, *Sicurezza, libertà...* cit., 10, ripreso, in seguito, da C. Smuraglia, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, 1958, 59 e da M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 109 – 110.

garantiti, la propria personalità”⁸². I tre valori affermati dall’art. 41, co. 2, come poc’anzi intesi, non possono che collegarsi con l’art. 4, sicché, nel momento in cui il primo sancisce l’obbligo in capo al datore di non porre in essere comportamenti dannosi per la <<sicurezza>> del lavoratore, il diritto alla <<sicurezza>>, inteso come diritto a disporre sempre dei mezzi necessari per la propria esistenza e della famiglia e a non essere privato dei mezzi di determinazione della propria personalità, non può che essere inteso come diritto assoluto, costituzionalmente garantito, del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro⁸³.

Scrivendo Crisafulli⁸⁴, inoltre, che, nella locuzione “diritto al lavoro” contenuta nell’art. 4 Cost., occorre tenere distinti i due significati che ne derivano: quello della libertà di lavorare e quello del diritto ad ottenere un posto di lavoro. Mentre quest’ultimo denota una pretesa del cittadino nei confronti dei pubblici poteri, ma che non assurge a diritto soggettivo perfetto, in relazione al primo, non solo, sarebbe incostituzionale una legge che ostacolasse la piena occupazione, ma sarebbe anche sostenibile che nel diritto al lavoro “rientri il diritto alla conservazione del posto di lavoro per coloro che l’occupazione l’abbiano in precedenza ottenuta”, correlando, pertanto, il valore della stabilità al valore dell’occupazione⁸⁵.

⁸² Così A. Baldassarre, voce *Iniziativa...* cit., 602.

⁸³ Giustamente D’Antona, rispondendo alle critiche mosse a tale tesi, ha affermato che una cosa è l’interesse ad ottenere un posto di lavoro, altra cosa è l’interesse a conservarlo: se è vero che il primo “non può essere concepito come pretesa immediatamente azionabile nei confronti di ogni imprenditore”, che non può essere, aggiungiamo noi, fisicamente costretto ad assumere un soggetto, “è perfettamente concepibile che una struttura siffatta assuma il diritto a non essere arbitrariamente privato del proprio posto di lavoro”, in quanto si andrebbe a ledere, con un comportamento contrario al dettato dell’art. 41, co. 2, l’interesse alla << sicurezza>>, come innanzi inteso, tutelato dall’art. 4 (v. M. D’Antona, *La reintegrazione...* cit., 110).

⁸⁴ Cfr. V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, 1952, 145 e ss., spec. 161, secondo cui l’interesse del lavoratore alla conservazione del posto rappresenta “un interesse costituzionalmente protetto, concretandosi in una situazione soggettiva di vantaggio, giuridicamente garantita ad ogni cittadino nei confronti dello stesso legislatore ordinario”; *idem*, *Stato, popolo e governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, 1985, 301 e ss.

⁸⁵ *Contra* v. G.F. Mancini, *Sub art. 4*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1975, 236 e ss., a parere del quale fra il diritto ad ottenere il lavoro e quello a conservarlo “c’è di mezzo il legislatore”, sicché il diritto alla conservazione del posto non è riconosciuto direttamente dalla Costituzione, ma solo (ed eventualmente) dal legislatore “chiamato” dall’art. 4 Cost. a rendere effettivo il diritto al lavoro mediante il divieto di licenziare arbitrariamente. Posizione, questa, come già visto, accolta e riproposta dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 1965, nella quale espressamente viene escluso il diritto costituzionalmente garantito alla conservazione del posto di lavoro, rimettendo tale questione al legislatore ordinario.

Si è cercato, anche, di racchiudere tali disposizioni in una terza categoria di norme costituzionali accanto a quelle definite “programmatiche” e “immediatamente precettive”⁸⁶, nella quale far rientrare anche quelle riguardanti i diritti della persona⁸⁷. In tale (nuova) categoria di norme, rientra l’art. 4, co. 1 Cost., che è programmatica e al tempo stesso immediatamente precettiva, in quanto prevede principi e direttive a carattere programmatico, per quanto attiene all’occupazione e all’interesse a lavorare, rinviando al legislatore ordinario l’onere di attuare tali direttive⁸⁸ ed immediatamente precettiva con riferimento alla libertà di lavoro. In relazione a quest’ultimo profilo, se, come detto, per <<diritto alla sicurezza>> (ai sensi dell’art. 41, co. 2 Cost.) deve intendersi diritto del lavoratore a disporre sempre dei mezzi necessari per la propria esistenza e della famiglia e a non essere privato dei mezzi di determinazione della propria personalità, e per <<libertà al lavoro>> deve intendersi non solo la libertà di scegliere un’attività lavorativa (dal punto di vista sia qualitativo sia quantitativo), ma anche la pretesa alla libera esplicazione delle proprie energie, fisiche ed intellettuali, per il conseguimento di un’utilità economica, allora il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro non può che essere inteso come diritto assoluto, perfetto e costituzionalmente garantito dal combinato disposto degli artt. 4, co. 1 e 41, co. 2 Cost.

A ciò si aggiunga che, oltre al diritto del lavoratore alla conservazione del posto, anche quello del datore al recesso dal rapporto trova una tutela a livello costituzionale. Il

⁸⁶ Per tale definizione v. su tutti V. Crisafulli, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *RGL*, 1954, I, 67 e ss.; T. Martines, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, 2000, 205, il quale afferma che la differenza tra le due categorie di norme non consiste nell’assenza di un precetto in quelle programmatiche, bensì nei destinatari dei precetti: quelle immediatamente precettive sono destinate a tutti i soggetti dell’ordinamento, mentre quelle programmatiche agli organi dello Stato e, in particolare, al legislatore al quale spetta di dare loro concreta attuazione. Inserire altra dottrina, soprattutto lavoristica.

⁸⁷ È importante segnalare sul punto che più di mezzo secolo fa L. Mengoni aveva già previsto la necessità di pensare ad una terza categoria di norme costituzionali valevoli per il diritto del lavoro, non ritenendo la definizione di norme programmatiche e immediatamente precettive sufficientemente compatibili con i diritti tutelati nel rapporto di lavoro (v. L. Mengoni, *Diritto del lavoro. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1956, 18).

⁸⁸ Sulla natura programmatica di tale norma con riferimento all’interesse all’occupazione, v. P. Calamandrei, *Introduzione storica alla Costituente*, in P. Calamandrei – A. Calamandrei (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Levi, 1950, vol. I, CXXXII; V. Crisafulli, *La Costituzione... cit.*, 153 – 154; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *EGT*, 1988, vol. IX, 15; L. Mariucci, *Le fonti del diritto del lavoro*, Giappichelli, 1988, 30; E. Gagnoli, *Sub art. 4 Cost.*, in M. Grandi – G. Pera (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2001, 20; D. Garofalo, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto*, Cacucci, 2004, 32.

fondamento costituzionale del potere di recesso non può che essere individuato nell'art. 41, co. 1, in quanto, evidentemente, il datore non impegna nel rapporto la propria persona, ma il suo patrimonio⁸⁹, sicché deve essere libero di decidere, non solo, come organizzare l'impresa, ma anche di modificare la propria struttura organizzativa, finanche cessare l'attività⁹⁰. Il licenziamento, infatti, come giustamente affermava D'Antona già prima della riforma del '90, non può essere circoscritto alle vicende dell'autonomia contrattuale, nel senso che esso è espressione del regolamento contrattuale nel quale trova piena legittimazione, nonché nelle vicende, più generali, “della libertà di iniziativa economica sancita dalla Costituzione e dell'attività organizzata che ne costituisce estrinsecazione”⁹¹.

Tale diritto dell'imprenditore, però, incontra, per definizione in relazione al *quomodo* del suo esercizio, un limite interno, connaturato alla funzione stessa per la quale i relativi poteri sono giuridicamente riconosciuti e, cioè, la conformità degli atti di impresa all'utilità sociale (la c.d. teoria della funzionalizzazione dell'impresa privata a fini sociali)⁹².

⁸⁹ Così L. Mengoni, *La stabilità dell'impiego...* cit., 232.

⁹⁰ Sull'art. 41, co. 1, Cost. si vedano gli insegnamenti di A. Baldassarre, voce *Iniziativa economica privata*, in *ED*, vol. XII, Milano, 1971, 582 – 409, nonché M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 176 – 178, secondo i quali il primo comma dell'art. 41 rappresenta una garanzia costituzionale del diritto di impresa come diritto del privato, non solo nel senso di avviare un'attività e, quindi, come atto di investimento, ma anche di gestione e svolgimento dell'attività economica.

⁹¹ V. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit. 87. Nello stesso senso, poco prima, si era espresso T. Treu, secondo il quale “il tentativo di ricondurre allo schema negoziale le forme di esercizio del potere imprenditoriale è difficilmente sostenibili... per una serie di atti relativi alla sfera dell'autonomia organizzativa dell'imprenditore... Non c'è dubbio che il superamento dell'autonomia contrattuale quale unico punto di raccordo tra ordinamento privato e ordinamento costituzionale rappresenti un progresso rispetto alle usuali tecniche di controllo legislativo sui poteri privati... Nel medesimo senso depone la stessa matrice più generale della tutela delle libertà e dignità del lavoratore contenute nell'art. 41, 2° comma Cost., ove il potenziale elemento lesivo di tali beni, da assoggettare a limiti, è individuato nell'iniziativa privata tout court, cioè direttamente nel potere dell'imprenditore, a prescindere dalle forme giuridiche in cui si esplichi” (v. T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, 43 e ss.).

⁹² V. U. Natoli, *Limiti costituzionali...* cit., 93; U. Belviso, *Il concetto di <<iniziativa economica privata>>...* cit., 153; L. Micco, *Lavoro e utilità sociale...* cit.; L. Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967. *Contra*, v. V. Minervini, *Contro la <<funzionalizzazione>> dell'impresa privata*, in *RDC*, 1958, I, 618; F. Galgano, *L'imprenditore*, Bologna - Roma, 1971, 96 – 97; *idem*, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 511; G.F. Mancini, *Sub art. 4...* cit., 242 – 243.

È evidente che, trovando sia il diritto alla conservazione del posto sia quello di licenziare un fondamento ed una tutela nella Costituzione, la disciplina del recesso dal rapporto di lavoro deve necessariamente essere il frutto del continuo bilanciamento tra i due diritti opposti e contrari in esame, in quanto l'esercizio di uno trova il limite nel rispetto dell'altro e viceversa⁹³.

Così, *a latere datoris* sarebbe costituzionalmente illegittima sia la norma che esclude in assoluto il potere di licenziare, sia quella che lo comprime oltremodo.

In relazione alla tutela del lavoratore, invece, l'atto - licenziamento non può essere contrario alla <<utilità sociale>>, intesa quale condizione minima di legittimità e, quindi, sinonimo di proporzionalità e ragionevolezza⁹⁴; inoltre, non può recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità del lavoratore, valori che prevalgono, pertanto, sulla libertà di impresa⁹⁵.

Siamo in presenza di una norma c.d. di collegamento, nel senso che contiene valori che trovano riconoscimento in altre disposizioni della Costituzione, sicché l'efficacia cogente dei limiti in essa previsti è anche il riflesso della precettività delle norme che tutelano la personalità del cittadino⁹⁶.

Si viene, pertanto, ad instaurare un rapporto di complementarietà tra l'art. 41 Cost. e l'art. 4 Cost.: *“un rapporto complesso, suscettibile di assumere una configurazione circolare, in quanto un diritto presuppone l'altro, potendolo, a seconda dei casi,*

⁹³ Conformemente, v. C. Smuraglia, *La Costituzione...* cit., 145; M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 70; E. Gianfrancesco, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *G. Cost.*, 2005, 2214 e, da ultimo, L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i <<principi>> costituzionali*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Venezia, 26-26 maggio 2007*, Giuffrè, 2008, 14. *Contra*, v. A. Di Majo, *Sindacato di legittimità o sindacato di merito sui licenziamenti cd. tecnologici?*, in *GM*, 1970, 523; nonché A. Proto Pisani, *Le ragioni di un distacco*, in *FI*, 2006, 147.

⁹⁴ Così si è espressa tutta la dottrina, da U. Natoli, *Sicurezza, libertà...* cit., 438 sino a L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 16.

⁹⁵ V. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 101. In relazione alla dignità umana del lavoratore, poi, la Corte Costituzionale ha più volte sancito che la forma scritta del licenziamento (e, quindi, anche la comunicazione dei motivi e la procedura ex art. 7 delle legge n. 300 del 1970) rappresentano un *“valore essenziale, nonché una garanzia informata al rispetto della personalità umana”* (V. *ex plurimis* Corte Cost. 14 luglio 1974, n. 174; Corte Cost. 30 novembre 1982, n. 204, in *FI*, 1982, I, 2981; Corte Cost. 7 luglio 1986, n. 176, in *FI*, 1986, I, 2085; Corte Cost. 25 luglio 1989, n. 427, in *RGL*, 1989, II, 195; Corte Cost. 23 luglio 1991, n. 364, in *DL*, 1992, II, 39; Corte Cost. 23 novembre 1994, n. 398, in *RIDL*, 1995, II, 3).

⁹⁶ Sul punto v. G.M. Lombardi, *Potere provato e diritti fondamentali*, Giappichelli, 1970, 12; U. Belviso, *Il concetto di <<iniziativa economica privata>>...* cit., 156; A. Baldassarre, voce *Iniziativa...* cit., 601 – 602.

*legittimare o delegittimare*⁹⁷. Ed infatti, il soddisfacimento del diritto al lavoro necessita dell'esistenza di un'iniziativa economica privata, ma essa dovrà essere svolta non solo nel rispetto dell'utilità sociale, di cui elemento preminente è il diritto al lavoro, ma anche dei valori costituzionalmente garantiti di sicurezza, libertà e dignità del lavoratore, che trovano esplicitazione anche nell'art. 4 Cost. Sicché, il diritto al lavoro eleva la libertà di iniziativa economica privata a strumento di utilità sociale, quale migliore condizione per il soddisfacimento del diritto stesso, che però viene condizionata dal rispetto del primo. *“In sostanza, l'art. 4, co. 1, Cost. si è incuneato tra i primi due commi dell'art. 41”*⁹⁸.

Ebbene, il limite del rispetto dei valori della persona è immediatamente precettivo nei rapporti tra privati, sicché il secondo comma dell'art. 41 non può che rappresentare un limite negativo immediatamente operativo, nel senso che il datore – imprenditore ha l'obbligo, nella gestione dell'impresa, di non porre in essere atti lesivi di detti valori, costituzionalmente garantiti, contro i quali il legislatore ordinario può intervenire prevedendo (soltanto) limiti ulteriori e tutele specifiche in favore del lavoratore⁹⁹.

La disciplina protezionistica in tema di licenziamento invalido, allora, rispecchia pienamente tale rapporto, dovendo, pertanto, il legislatore costantemente monitorare se essa, da un lato, sia effettivamente idonea a tutelare i diritti del lavoratore illegittimamente licenziato e, dall'altro, non sia talmente rigida da comprimere irragionevolmente l'iniziativa economica privata, attraverso un bilanciamento tra le due distinte situazioni (art. 4, co. 1, da un lato e art. 41, co. 1 e 2, dall'altro), legate da un rapporto complementare e non anche gerarchico¹⁰⁰.

Il processo di elevazione a diritto soggettivo di rango costituzionale della stabilità del posto di lavoro è stato portato a compimento dalla Consulta successivamente

⁹⁷ V. sul punto D. Garofalo, *Formazione e lavoro...* cit., 46.

⁹⁸ V. D. Garofalo, *Formazione e lavoro...* cit., 47.

⁹⁹ In tal senso v. U. Natoli, *Sicurezza, libertà...* cit., 5; M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 106.

¹⁰⁰ In tema di bilanciamento dei valori dell'iniziativa economica privata e del diritto al lavoro, la dottrina giuslavoristica, per evidenziarne l'importanza, ha spesso fatto riferimento alla disciplina dei licenziamenti collettivi, dove il legislatore attraverso la procedimentalizzazione della libertà e dei poteri datoriali, ha posto una garanzia all'interesse collettivo e pubblico all'occupazione (si vedano, R. Pessi, *Il diritto del lavoro tra Stato e regioni*, in *ADL*, 2002, 425 e ss.; U. Carabelli, *Intervento*, in *Giornate di studio 2002 dell'Aidlass* su *“Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Pesaro – Urbino, 24-25 maggio 2002; E. Gragnoli, *Intervento*, in *“Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, Atti delle giornate di studio*

all'emanazione della legge n. 108 del 1990¹⁰¹. Ed infatti, in più pronunce¹⁰², ribaltando in parte l'orientamento precedente, i Giudici delle leggi, pur non prevedendo espressamente il diritto del lavoratore alla stabilità del posto, hanno riconosciuto la <<garanzia costituzionale>> del diritto del lavoratore "a non subire un licenziamento arbitrario, inteso come "ingiustificato" e non solo come "discriminatorio" o "immotivato"¹⁰³, concetto che ben può essere considerato quale sinonimo di stabilità¹⁰⁴, nonché a "non essere estromesso dal lavoro ingiustificatamente e irragionevolmente".

Si può concludere, pertanto, che il controllo giudiziale sulla legittimità del licenziamento altro non è che il controllo sull'attività di impresa e, quindi, sul rispetto da parte del datore, da un lato, dei limiti imposti al libero esercizio dell'iniziativa economica dall'art. 41, co. 2 Cost., che include necessariamente strumenti sanzionatori capaci di condizionare l'attività in modo che cessi l'abuso del potere privato e, dall'altro lato, sulla libertà al lavoro, come innanzi intesa, ai sensi dell'art. 4, co. 1 Cost..

La problematica della garanzia dei diritti di libertà costituzionalmente tutelati prende corpo essenzialmente quando essi si "*intrecciano con i rapporti di diritto privato (in genere, rapporti contrattuali), dove le parti non sono, reciprocamente, in posizione di parità: e proprio tale circostanza espone la parte debole ad una serie di influenze e condizionamenti che trascendono i poteri e le pretese esercitabili in virtù del rapporto*

di diritto del lavoro, Foggia 25-26 maggio 2001, 2002, 275; D. Garofalo, *Formazione e lavoro...* cit., 48 – 49).

¹⁰¹ Per la ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ante 1990 v. M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 13 – 22.

¹⁰² V. Corte Cost. 8 febbraio 1991, n. 60, in *RIDL*, 1992, II, 14; Corte Cost. 4 dicembre 2000, n. 541, in *GC*, 2000, 6; Corte Cost. 10 febbraio 2006, n. 56, in *GC*, 2006, 1.

¹⁰³ Come invece sostenuto, per il primo caso, da O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, II ed., Giuffrè, 2005, 641 e, per il secondo caso, da M. D'Antona, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *RGL*, 1999, suppl. al n. 3, 15 e ss.

¹⁰⁴ V. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 30, a parere del quale "la giustificazione è nella giurisprudenza costituzionale sempre in funzione della stabilità. Sicché è corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3, l. n. 604 del 1966 contribuisce alla configurazione delle regole del *repechage* e dell'*adeguatezza del licenziamento per inadempimento*". In dottrina, sul diritto costituzionale a lavorare, inteso come diritto a svolgere effettivamente la prestazione lavorativa, si sono espressi L. Mengoni, *Due anni di applicazione dello statuto dei lavoratori*, in *MGL*, 1972, 383; U. Romagnoli, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *RTDPC*, 1977, 1052, secondo il quale "il lavorare insieme (cioè collaborare) altro non è che esplicazione di professionalità come peculiare modalità di espressione della personalità"; L. Montuschi, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, 1989, 64; M. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Vol. II, Giuffrè, 1995, 1122; R. Scognamiglio, *Manuale di diritto del lavoro*, II ed., Jovene, 2005, 177. *Contra*, v. G. Pera, *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, in *RIDL*, 1991, I, 418.

privatistico. Il quadro comincia dunque a delinarsi: una relazione sociale, che si sviluppa entro i canali di un rapporto privatistico, pone un soggetto in condizione di esercitare un potere che, in relazione alla condizione del soggetto stesso, alle caratteristiche del rapporto, o al rango degli interessi in gioco, espone il soggetto sottoposto alla compressione o alla lesione di diritti di libertà. Risultando, a questo punto, inadeguati i rimedi comuni azionabili in base al rapporto, il potere privato acquista incidenza costituzionale”¹⁰⁵.

6. (segue)... e nel diritto comunitario

L’analisi delle fonti della disciplina della tutela del <<posto di lavoro>> in caso di licenziamento invalido non può (e non deve) essere circoscritta alle norme interne dell’ordinamento italiano, in quanto non va dimenticato che tale problematica ricopre anche carattere di transnazionalità. Diventa, pertanto, opportuno verificare quale sia il grado di interazione tra il diritto, costituzionalmente garantito, alla conservazione del posto di lavoro, tipico del diritto italiano, e quello rinvenibile eventualmente nelle fonti comunitarie, tenendo a mente, però, che a tale livello si assiste ad una evidente contrapposizione tra gli interventi normativi finalizzati a privilegiare il mercato del lavoro e, nello specifico, la sua flessibilizzazione e quelli posti a tutela dei diritti sociali e, in modo particolare, dei lavoratori.

Nell’ultimo decennio del diritto comunitario si è assistito ad una progressiva valorizzazione delle fonti c.d. *soft law*¹⁰⁶, che si differenziano da quelle c.d. *hard law*, in quanto mentre le prime presuppongono una minor vincolatività diretta ed un maggior coinvolgimento degli Stati membri nell’adozione della normativa comunitaria, le seconde non lasciano margini di intervento ai destinatari di essa, essendo dotate già di un’efficacia vincolante diretta.

Ebbene, la legislazione comunitaria è stata caratterizzata, negli ultimi anni, dal continuo ricorso, soprattutto in relazione a determinate tematiche, al processo, a metà strada tra la

¹⁰⁵ Così si è espresso M. D’Antona, *La reintegrazione...* cit., 102 – 103.

¹⁰⁶ V., in tal senso, il *Libro bianco sulla governance europea*, adottato dalla Commissione europea il 5 agosto 2001, Com (2001) 428 def., 21.

cooperazione intergovernativa e la centralizzazione a livello sopranazionale¹⁰⁷, volto a determinare la graduale convergenza delle politiche nazionali verso le finalità dell'Unione (il c.d. metodo aperto di coordinamento – Mac)¹⁰⁸. In tale prospettiva si colloca la <<strategia coordinata a favore dell'occupazione>> (Seo) varata ad Amsterdam, con l'inserimento nel Trattato del Titolo VIII dei diritti sociali (art. 125 – 130) e venuta concretamente alla luce con il Consiglio europeo di Lussemburgo del novembre 1997. Sulla base di *guide-lines* predisposte dalla Seo, le autorità comunitarie e gli Stati membri sono chiamati a cooperare al fine di regolamentare il mercato del lavoro, garantendo, da un lato, un elevato e diffuso livello di occupazione e, dall'altro lato, una maggiore flessibilità del mercato, necessaria per fronteggiare il continuo evolversi dello stesso.

A livello comunitario e di Seo, però, non v'è una specifica attenzione alla stabilità del posto di lavoro, in quanto "l'elevato livello di occupazione" altro non rappresenta che la volontà di ridurre ai minimi termini il livello di disoccupazione; anzi, come giustamente sostenuto, si assiste ad una progressiva valorizzazione dello strumento della flessibilità del mercato del lavoro, che si pone, evidentemente, in antitesi rispetto all'esigenza di stabilità del posto di lavoro¹⁰⁹, salvo considerare, riproponendo quanto innanzi detto in ordine al concetto di "sicurezza" nella Costituzione italiana, la flessibilità nell'ottica

¹⁰⁷ Sul punto v. F. Bano, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft low*, in *LD*, 2003, 59; F. Ravelli, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, in *DLM*, 2006, 69.

¹⁰⁸ V. A. Lo Faro – A. Andronico, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *DLRI*, 2005, 514; M. Barbera, *Introduzione. I problemi teorici e pratici posti dal metodo di coordinamento delle politiche sociali*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, 2006, 9, secondo la quale "il coinvolgimento nel processo deliberativo dei soggetti cui compete l'attuazione delle decisioni assunte, facendo venire meno quella netta separazione fra le fasi di produzione e di applicazione delle norme caratteristica del metodo comunitario classico, dovrebbe porre rimedio ai limiti mostrati da quest'ultimo in punto sia di legittimazione politica (per l'asserita insufficienza degli interessi rappresentati in sede di formazione delle regole: il cosiddetto deficit democratico) che di effettività (non bastando la previsione di sanzioni ad impedire la violazione di tali regole)"; D. Izzi, *Stabilità versus flessibilità del diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, in *LD*, 2007, 328.

¹⁰⁹ Ed infatti, qualcuno ha affermato che con l'inserimento nel Trattato della Carta di Nizza si andrebbe a ergere a rango di diritto fondamentale "costituzionalizzato" quello della conservazione del posto di lavoro (v. S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft low*, in *Q. Cost.*, 2004, 281; M. Barbera, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell'ordinamento europeo*, in *LD*, 2005, 354; A. Lo Faro – A. Andronico, *Metodo aperto di coordinamento...* cit., 520). Altri, invece, hanno ritenuto essenziale ricorrere a strumenti di *hard low* (v. S. Velluti, *La costituzionalizzazione di nuove forme di EU governance. La strategia europea per l'occupazione e la sua implementazione tramite il metodo del coordinamento aperto*, in *RGL*, I, 2005, 454).

comunitaria come <<flessibilità nella sicurezza>>¹¹⁰, intesa come tutela di diritti fondamentali dei lavoratori, tra i quali dovrebbe rientrare anche quello del lavoro stabile, senza però intaccare o compromettere la flessibilizzazione del mercato del lavoro (*infra*).

Dopo un periodo di assestamento della Seo, durante il quale il (vecchio) pilastro della <<adattabilità>> conteneva esclusivamente principi programmatici, finalizzati alla sollecitazione della modernizzazione del mercato del lavoro mediante l'introduzione di modelli contrattuali e formule di lavoro flessibili, con il Consiglio europeo di Lisbona del 23-24 marzo 2000 l'attenzione è stata posta sulla necessità di incrementare non solo il livello di occupazione (*more jobs*), ma anche la qualità di essa (*better jobs*), ritenendo quest'ultima fattore propulsivo sia della crescita economica sia dell'inclusione sociale. Se, però, interpretassimo il miglioramento della qualità dell'occupazione come volontà della comunità europea di stimolare gli ordinamenti nazionali a promuovere un lavoro stabile, incorreremmo in un grossolano errore.

Ed infatti, negli orientamenti adottati dal Consiglio con la decisione del 22 luglio 2003 (2003/578/Ce), riproposti poi dalla successiva decisione del 4 ottobre 2004 (2004/740/Ce), la <<qualità e produttività sul posto di lavoro>> rappresenta uno degli obiettivi principali e una priorità, ma viene suggerito agli Stati membri di “*riformare gli elementi eccessivamente restrittivi della normativa del lavoro che incidono sulla dinamica del mercato del lavoro e sull'occupazione delle categorie che incontrano difficoltà nell'accedere al mercato stesso*”¹¹¹. Sulla stessa scia si colloca, poi, il Libro Verde presentato nel novembre 2006 alla Commissione europea¹¹², nel quale, auspicando la valorizzazione e lo sviluppo della c.d. *flexicurity*, si suggerisce che “*sarebbe forse necessario esaminare il grado di flessibilità previsto dai contratti*

¹¹⁰ Alcuni Autori, sul punto, hanno affermato che l'esigenza delle imprese di adattarsi flessibilmente ed efficacemente alle trasformazioni dell'economia, per rispondere alle sfide della competizione globale, deve contemperarsi con la garanzia ai lavoratori di una <<ragionevole sicurezza>> (v., su tutti, B. Caruso, *Alla ricerca della flessibilità mite: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *DRI*, 2000, 143 e ss.; T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, 2001, 24; A. Perulli, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, in *DLRI*, 2002, 350 – 352).

¹¹¹ Suggerimento riproposto, in seguito, nel rapporto della *Employment Taskforce*, composta da vari esperti di diversi Stati membri, denominato “*Jobs, Jobs, Jobs – Creating more employment in Europe*” e presentato alla Commissione europea il 26 novembre 2003 (per un commento di tale rapporto v. D. Izzi, *Stabilità versus flessibilità...* cit., 343 e ss.).

standard in modo da aumentare la loro capacità di facilitare l'assunzione, il mantenimento e i progressi nel mercato del lavoro".

È evidente, pertanto, che il trend comunitario dei primi anni del nuovo millennio è stato caratterizzato dall'adozione di iniziative che si pongono in antitesi rispetto alla possibilità di assicurare al cittadino un lavoro stabile; anzi, proprio il ricorso alla flessibilizzazione del mercato del lavoro, con la conseguente proposta di riduzione delle tutele dei soggetti occupati stabilmente, è stato posto quale obiettivo essenziale per l'aumento generale del livello di occupazione. Il legislatore italiano ha seguito tali suggerimenti riformando, nel 2003, il mercato del lavoro, attraverso l'introduzione (e la modifica) di plurime tipologie di contratti di lavoro flessibile, cercando altresì di eliminare anche le rigidità derivanti dall'art. 18 St. Lav. in tema di flessibilità in uscita¹¹³. Si parla, quindi, di una flessibilità non solo funzionale, ma anche – e soprattutto – genetica, puntando sulla diversificazione delle tipologie contrattuali per rendere meno rigido e standardizzato, come detto, l'accesso al lavoro.

Sulla flessibilità in uscita, invece, anche a livello della Seo non si sono registrate, almeno inizialmente, nette prese di posizione. L'argomento inizia ad acquistare rilevanza e attualità con il rapporto presentato dalla *Taskforce* per l'occupazione (c.d. rapporto Kok) alla Commissione europea il 26 novembre 2003, nel quale, pur ammettendo i vantaggi collegati alla protezione dell'occupazione, si suggerisce agli Stati membri di intervenire su aspetti come *"il periodo di preavviso, costi e procedure per i licenziamenti individuali e collettivi e sulla definizione di licenziamento ingiustificato"*¹¹⁴, e questo, evidentemente, allo scopo di rendere meno gravoso, in

¹¹² Si tratta del Libro Verde "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo, Com (2006), 708 def..

¹¹³ Sulla necessità di intervenire sulla flessibilità in uscita per favorire l'ingresso nel mercato del lavoro dei soggetti esclusi (*insiders vs outsiders*) si era già espressa una parte della dottrina; v., su tutti, P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996; *idem*, *Appunti per una riforma della disciplina del licenziamento*, in M. Biagi – Y. Suwa (a cura di), *Il diritto dei disoccupati*, Giuffrè, 1996, 223 e ss. *Contra* v. G. De Simone, *Il valore della stabilità nel diritto comunitario e il sistema nazionale di tutele differenziate*, in *LD*, 2007, 558, la quale dubita che *"la riduzione (dei costi) della protezione accordata contro i licenziamenti (illegittimi, è bene ricordarlo) ai lavoratori tutelati possa avere un effetto positivo sulla protezione degli esclusi... Se di flexicurity vogliamo parlare, allora, occorre considerarla nella sua dimensione di protezione non sostitutiva della job security, bensì complementare, ossia in termini di employment security"*.

¹¹⁴ V. pag. 28 e ss. del rapporto.

termini di tempo e di spese, il recesso del datore dal rapporto di lavoro e, quindi, favorire nuova occupazione.

La tendenza europea a favorire la flessibilizzazione del mercato del lavoro, anche in uscita, piuttosto che la stabilità occupazionale, si pone evidentemente in antitesi rispetto al tentativo di gran parte della dottrina italiana di elevare a rango costituzionale il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro (*supra*), nonché alla ferma volontà da parte delle forze politiche e sindacali di non intervenire sul sistema protezionistico del lavoratore licenziato (*infra*). In ambito comunitario, quindi, come giustamente osservato, si ritiene che “*non vi è contrapposizione tra stabilità e flessibilità*”, che possono pertanto coesistere, anche se la “flessibilità” su cui si concentra il diritto comunitario attiene essenzialmente alla fase genetica del rapporto, dal che deriva che, se il “*prototipo della flessibilità in entrata è il contratto a termine, questo contratto è flessibile in entrata solo perché è flessibile in uscita*”¹¹⁵.

Se in ambito di *soft law*, quindi, si assiste ad un progressivo allontanamento dalla garanzia della stabilità del posto di lavoro, a livello di *hard law*, come interpretato dalla Corte di Giustizia, gli orientamenti sono leggermente diversi.

Ed infatti, non va dimenticato che il diritto comunitario, pur non contemplando una disciplina specifica in tema di tutela del lavoratore in caso di licenziamento individuale, di volta in volta, anche se indirettamente, ha imposto specifici divieti a comportamenti datoriali che potessero in qualche modo intaccare illegittimamente la stabilità del rapporto di lavoro, intesa, però, quale “valore” e non “diritto” (*infra*): si pensi, ad esempio, alla direttiva n. 2001/23 in tema di trasferimento d’azienda, nella quale è previsto il diritto del lavoratore alla continuità del rapporto alle dipendenze del cessionario; alla direttiva 1976/207, contro le discriminazioni di genere nel lavoro; alla direttiva 1992/85 in tema di tutela delle lavoratrici madri, laddove si prevede il divieto di licenziamento durante un determinato periodo; ancora, alla direttiva 1997/81 che vieta il licenziamento del lavoratore full-time che rifiuti la trasformazione del contratto in part-time, nonché alla direttiva 1998/59 in tema di licenziamenti collettivi, anche se, in quest’ultimo caso, le tutele afferiscono più all’aspetto procedimentale della fattispecie che a quello sostanziale.

La lacuna normativa, in ambito comunitario, potrebbe essere colmata ove venisse ratificato il Trattato costituzionale europeo, sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004. Questo, infatti, avendo inglobato la Carta dei diritti fondamentali, che all'art. 30 prevede che *“ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”*, eleverebbe a rango costituzionale (comunitario) il diritto del lavoratore a non essere ingiustificatamente licenziato e, quindi, quello alla conservazione del posto di lavoro. Attraverso tale operazione, allora, tale diritto fondamentale, di natura sociale, che allo stato è priva di qualsiasi forza cogente stante il valore meramente politico della Carta¹¹⁶, troverebbe tutela costituzionale, con la conseguenza che, come auspicato da D'Antona, i diritti sociali costituzionalizzati entrerebbero prepotentemente nel processo di integrazione tra diritto comunitario e diritti nazionali¹¹⁷. Il diritto alla conservazione del posto di lavoro sarebbe, così, garantito non solo dalla Costituzione italiana, ma anche da quella europea¹¹⁸.

È opportuno segnalare, in ogni caso, che una parte della dottrina, ragionando della Carta dei diritti fondamentali ed, in particolare, dell'art. 30, ha affermato che quest'ultimo oltre a non avere allo stato forza cogente per le motivazioni suddette, anche se elevata a rango costituzionale comunque non rappresenterebbe una “regola”, in quanto non sarebbe immediatamente suscettibile di applicazione ai casi concreti, richiedendo, stante la sua genericità, la formulazione di altre norme, di rango sia comunitario sia nazionale,

¹¹⁵ Così si è espressa M.V. Ballestrero, *Il valore e il costo della stabilità*, in *LD*, 2007, 391.

¹¹⁶ Sul valore politico della Carta dei diritti fondamentali e sull'importanza che la sua costituzionalizzazione potrà avere nell'ambito del diritto comunitario si sono espressi M.V. Ballestrero, *Dalla politica ai diritti. I diritti sociali nella Carta dell'Unione europea*, in *DML*, 2001, 4; R. Del Punta, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *DRI*, 2001, 337; M. Weiss, *Diritto del lavoro e relazioni industriali in Europa*, in *DRI*, 2001, 348; S. Sciarra, *Diritti sociali...* cit., 396; R. Foglia, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Cedam, 2002, 33 e ss.; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato...* cit., 141; *idem*, *Diritti politiche sociali nella “crisi” europea*, in *WP. CSDLE “Massimo D'Antona”*, 2004, 30, 13-14.

¹¹⁷ Il riferimento è a M. D'Antona, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione*, in *RGL*, 1999, suppl. al n. 3, 15 e ss. Conformemente si sono espressi, in seguito, S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in *W.P. CSDLE “Massimo D'Antona”*, 2003, 19, 11; nonché S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione comunitaria*, Il Mulino, 2003, 230 e ss.

¹¹⁸ Sul punto v. anche G. De Simone, *Il valore della stabilità...* cit., 560, a parere della quale l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali risulta essere, allo stesso tempo, *“timida – perché inserisce il limite della conformità al diritto comunitario e nazionale – e coraggiosa, perché introduce in un atto a valenza*

alle quali l'art. 30 espressamente rinvia, che possano concretizzarla. Sarebbe, allora, più corretto inquadrare la stessa come "principio", in quanto, pur essendo una norma fondamentale, non riconosce al destinatario – e, quindi, nel caso di specie, al lavoratore illegittimamente licenziato – un diritto di immediata applicazione e attuazione, ma si limita ad esprimere un "valore condiviso e accettato, che non chiede di essere giustificato"¹¹⁹, che potrà indirizzare la legislazione comunitaria e nazionale verso l'adozione di norme nel rispetto di detto principio.

Nella categoria dei provvedimenti cd. *hard law*, invece, deve essere ricompresa anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Sul tema della stabilità del posto di lavoro i giudici di Lussemburgo si sono spesso trovati a confrontarsi trasversalmente e facendo leva sempre sul principio della non discriminazione, hanno individuato una serie di limiti alla flessibilità del lavoro, laddove essa, pur sorretta da pretesi o reali obiettivi occupazionali si è posta in contrasto con gli interessi dei lavoratori¹²⁰. La Corte, infatti, è stata più volte chiamata a valutare la legittimità comunitaria di alcune norme nazionali in tema di contratti di lavoro flessibile, pervenendo sempre alla conclusione che la flessibilizzazione del lavoro costituisce *better jobs* soltanto se posta in essere in maniera non indiscriminata ed in ogni caso nel rispetto del principio della parità di trattamento, ovvero, come è avvenuto di recente in tema di contratti a termine nel pubblico impiego, pur sempre nel rispetto dell'esigenza di individuare una tutela sanzionatoria idonea, sufficiente ed adeguata a ristorare il danno effettivamente subito dal lavoratore precario, alternativa alla stabilizzazione del rapporto (*infra*).

Sullo specifico tema della tutela dei lavoratori in caso di licenziamento, invece, i giudici di Lussemburgo hanno risentito della lacuna normativa esistente a livello comunitario, non potendo neanche attingere, a causa della natura di tali provvedimenti, alla Seo o ai successivi orientamenti, se non per utilizzarli come parametri valutativi. Pertanto, la

costituzionale... due diritti tra loro strettamente correlati: il diritto a non essere licenziati senza una giustificazione; il diritto ad essere tutelati in caso di licenziamento ingiustificato e, dunque, illegittimo".

¹¹⁹ V. G. De Simone, *Il valore della stabilità...* cit., 561.

¹²⁰ Sul punto v. D. Izzi, *Stabilità versus flessibilità...* cit., 349 e ss., che richiama, in nota, N. Bruun, *The European Employment Strategy and the "Acquis Communautaire" of Labour Law*, in *IJLL*, 2001, 309, che si sofferma sulla centralità del ruolo svolto dalla Corte di Giustizia nella costruzione dell'*acquis*

Corte europea, considerando la risoluzione del rapporto e le condizioni alle quali essa può avvenire come “condizioni di lavoro” e, quindi, soggetta al divieto di discriminazione, sia diretta sia indiretta, ritiene che il “bene” tutelato non sia la stabilità dell’occupazione in quanto tale, bensì il diritto a non essere discriminato.

Ad esempio, nelle sentenze Kirsammer – Hack e Seymour – Smith la Corte di Giustizia è stata chiamata ad interpretare, in via pregiudiziale, la disciplina comunitaria in tema di parità tra lavoratori e lavoratrici al fine di verificare la legittimità o meno di alcune norme nazionali in tema di esclusione di determinate categorie di lavoratori dalla tutela contro i licenziamenti¹²¹.

In entrambe le pronunce i giudici di Lussemburgo, preliminarmente, hanno precisato che le questioni pregiudiziali sollevate dai giudici remittenti non attenevano alla disciplina specifica della disparità di trattamento, in quanto, la prima, denunciava l’illegittimità della normativa tedesca che escludeva dalla protezione contro i licenziamenti le imprese con non più di 5 dipendenti, senza conteggiare i lavoratori minori, cioè quelli con orario non superiore a 10 ore settimanali o 45 mensili, indipendentemente dal sesso; la seconda, invece, che escludeva l’impugnazione del licenziamento per il primo biennio di attività lavorativa, anche in questo caso nulla argomentando sul presunto intento discriminatorio della normativa. Pertanto, non avrebbero potuto essere dichiarate illegittime le norme impugnate perché non in contrasto col principio della parità di trattamento. In ogni caso, la Corte ha affermato, incidentalmente, un ulteriore ed importante principio: quello in base al quale le esigenze di apprestare tutele ai lavoratori in caso di licenziamento dovevano soccombere di fronte alle iniziative legislative finalizzate a sostenere le piccole imprese o ad incentivare l’occupazione, non intravedendo in tal caso alcuna forma discriminatoria, sia diretta sia indiretta. Principio riproposto dalla Corte ogni qual volta è stata chiamata a valutare la legittimità di una normativa nazionale che imponeva una limitazione della tutela contro i licenziamenti per favore iniziative di politica sociale, tacciata dai giudici

communautaire, definito “la cornice delle regole sostanziali... che limitano le modalità attraverso cui può avvenire in Europa la job creation”.

¹²¹ V. CGCE 30 novembre 1993, C-189/91, in *Racc.*, 1993, 6185 e ss; CGCE 9 febbraio 1999, C-167/97, in *Racc.*, 1999, 623 e ss.

remittenti come discriminatoria, ma considerata sempre legittima dalla giurisprudenza comunitaria¹²².

È evidente, pertanto, che la Corte di Giustizia non avrebbe potuto in alcun modo affermare la natura comunitaria del diritto del lavoratore alla stabilità del posto e, quindi, dell'illegittimità di una normativa nazionale contraria a tale diritto, a causa, come detto, dell'assenza di una normativa finalizzata in tal senso. Inoltre, laddove, quale unico parametro valutativo nel giudizio di legittimità, è stato utilizzato il principio di non discriminazione, la Corte, senza entrare nel merito della vicenda, ha affermato che tale principio, in una logica di interessi contrapposti, deve soccombere di fronte ad esigenze di politica sociale.

Ciò non toglie, però, che la Corte ha più volte ribadito che se, da un lato, non poteva essere elevato a rango di diritto costituzionalmente garantito quello della stabilità del posto, anche a causa dell'assenza di una normativa di riferimento, dall'altro lato, però, quest'ultimo rappresenta (allo stato) un "valore"¹²³, definito, opportunamente, "utilitario"¹²⁴, in quanto incorporato da norme giuridiche e che rappresenta un principio strumentale rispetto ad altri principi, quale, ad esempio, la dignità della persona, che può essere protetta soltanto attraverso la valorizzazione e, quindi, la protezione "nel rapporto" del suddetto valore; senza tale tutela "*tutti gli altri diritti fondamentali della persona si riducono a <<diritti di carta>>, perché privi di effettività concreta*"¹²⁵. La tutela del posto di lavoro, pertanto, a livello comunitario non rappresenta, per il momento, un diritto soggettivo del lavoratore, ma costituisce il limite esterno alla

¹²² V., ad esempio, CGCE 20 marzo 2003, C-187/00, in *Racc.*, 2003, 2741 e ss.; nonché CGCE 11 settembre 2003, C-77/02, in *Racc.*, 2003, 9027 e ss.

¹²³ Per la definizione giuridica di "valore" si rinvia a R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, 2001, 125, secondo cui il valore è una preferenza sottesa a (o incorporata da) una norma giuridica, alla quale l'autorità normativa dà, esplicitamente o implicitamente, una determinata importanza.

¹²⁴ V. M.V. Ballestrero, *Il valore e il costo della stabilità...* cit., 389, che, ragionando del concetto di "stabilità", ne individua un'accezione negativa (stabilità come contrario di) laddove si parla di contratti flessibili, e una positiva, quando, invece, la "stabilità" rappresenta un valore e una garanzia dell'interesse dei lavoratori alla continuità del rapporto di lavoro. La stabilità del posto di lavoro rappresenta un valore "utilitaristico", diversa dai c.d. valori ultimi, in quanto, mentre questi attribuiscono ad azioni o stati di cose importanza indipendentemente dalle loro conseguenze, nel senso che per quanto siano buone o vevolevoli le conseguenze non è su di esse che verte il giudizio di valore, i primi ammettono un criterio superiore di valutazione, sicché, pur incorporate da norme giuridiche, conoscono limitazioni orizzontali e verticali derivanti dai valori incorporati da altre norme giuridiche.

¹²⁵ In tal senso si è espressa G. De Simone, *Il valore della stabilità...* cit., 563 – 564.

legificazione nelle materie in cui rischia di essere compromesso, ingiustamente, il valore della stabilità del posto.

CAPITOLO SECONDO

Il licenziamento tra diritto civile e diritto del lavoro

Sommario: 1. L'interpretazione dell'art. 18 tra diritto comune e diritto speciale. 2. Inefficacia, nullità e annullabilità nell'art. 18. 2.1. (segue)... l'annullabilità. 2.3. (segue)... la nullità. 2.4. (segue)... l'inefficacia. 3. La messa in mora nel diritto civile... 4 (segue)... e nel diritto del lavoro. 5. La messa in mora e il risarcimento del danno. 6. La messa in mora, l'inadempimento e il diritto alle retribuzioni. 7. L'estinzione del rapporto di lavoro... 7.1. (segue)... la risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta. 7.2. (segue)... per impossibilità sopravvenuta. 7.3. (segue)... la risoluzione per volontà delle parti.

1. L'interpretazione dell'art. 18 tra diritto comune e diritto speciale

L'analisi delle fonti di disciplina dei licenziamenti, sia individuali sia collettivi, non può prescindere, anzi deve necessariamente confrontarsi con le disposizioni codicistiche in tema di inadempimento e risoluzione del contratto. Operazione non facile, in quanto l'applicazione della disciplina generale dei contratti e della responsabilità contrattuale al contratto di lavoro ha incontrato non poche difficoltà a causa delle peculiarità del rapporto di lavoro, non sempre compatibili con i generali principi civilisti.

È innegabile che il diritto del lavoro nasce dal e si sviluppa con il diritto civile, ma occorre pur sempre definire quale sia il rapporto tra le due discipline. E, si badi bene, non si tratta di un rapporto unidirezionale, nel senso che il "figlio", il diritto del lavoro, impara dal "padre", il diritto civile, e si sviluppa grazie ai suoi insegnamenti. Abbiamo a che fare, invece, come dimostrato soprattutto dalla giurisprudenza degli ultimi anni, con un rapporto a corrispondenza biunivoca, dove non solo il diritto del lavoro cresce grazie ai principi civilistici, ma anche quello civile si rinnova carpando le innovazioni introdotte dal diritto del lavoro.

È evidente, pertanto, che oggi, quando si ragiona del rapporto tra diritto civile e diritto del lavoro, bisogna necessariamente soffermarsi sugli intrecci, teorici e pratici, tra le due discipline, al fine di verificare se essi siano ancora legati da un rapporto di parentela, ovvero se siano maturi i tempi per un eventuale divorzio.

D'altra parte, come insegnava Barassi, lo studio di una qualsiasi disciplina non può avvenire in chiave monolitica, ma deve necessariamente interfacciarsi con quelle con le quali entra giocoforza in contatto: *“Molti istituti si possono raffigurare come alberi che dominano più zone del diritto, insinuando le radici, elevando le ramificazioni entro i loro territori; come è dunque possibile che l'interprete che si accinge ad indagare di questi istituti la struttura limiti il proprio esame a uno solo di quei territori? È appunto l'indirizzo eccessivamente particolarista e frazionatore dei nostri studi che troppe volte ha resa incompleto l'indagine scientifica e perciò meno attendibili, perché sospetti i suoi risultati. Non arrestiamoci sempre dinanzi alle frontiere del territorio che abbiamo preso ad esplorare: esse non costituiscono un muro di bronzo che ci renda impenetrabile il mistero delle zone che sono al di là”*¹²⁶.

Da un lato, v'è l'idea, che si annida ancora nella dottrina civilistica, che il diritto del lavoro altro non sia che un ramo del diritto civile. Vi sarebbe, pertanto, un rapporto di dipendenza del diritto del lavoro dal diritto civile, in seno al quale il primo si limita ad utilizzare esclusivamente i principi del secondo. Ma tale interpretazione appare troppo riduttiva.

Allora si potrebbe ricorrere al rapporto di specialità, in base al quale il diritto del lavoro si impadronisce dei principi civilistici in quanto applicabili e disciplina quanto non rinvenibile in esso con fattispecie originali. Ma anche questa ipotesi desta qualche perplessità, in quanto, come detto, il diritto del lavoro nasce nel diritto civile, al quale il primo deve necessariamente rinviare per tutte quelle ipotesi non espressamente disciplinate.

Ma tutti sanno che il diritto del lavoro, nella sua evoluzione e, soprattutto, nella sua interpretazione giurisprudenziale, non si limita a recepire passivamente i principi generali in tema di contratti o a rinviare ad essi per le ipotesi non diversamente disciplinate, ma li elabora, li modella a sua immagine e somiglianza, fino a discostarsi da essi.

La storia del diritto del lavoro, infatti, è stata caratterizzata da un progressivo allontanamento dal diritto civile, determinato essenzialmente da una diversità di fondo.

¹²⁶ V. L. Barassi, *Le zone di confine nelle singole branche del diritto*, in Studi dedicati a P.P. Zanzucchi, Milano, *Vita e pensiero*, 1927, 158.

Il rapporto di lavoro è contraddistinto dalla tutela del contraente debole, il lavoratore, che nel rapporto parte, almeno all'inizio, da una situazione di svantaggio. Nel diritto civile, invece, l'elemento essenziale del rapporto giuridico, soprattutto in quelli sinallagmatici, è la parità, formale e sostanziale, dei contraenti e i rimedi apprestati dal legislatore in caso di inadempimento di una delle due parti ne costituiscono la prova provata. Il diritto del lavoro, pertanto, è stato costretto ad utilizzare i principi generali dei contratti facendo i conti con tale diversità. Il risultato è stato la modulazione, costante, di detti principi alla fattispecie tipica del rapporto di lavoro, nel generale intento di rendere il più effettivo possibile il sistema protezionistico del contraente debole, il lavoratore.

È evidente, pertanto, che si potrà parlare di un rapporto di specialità tra il diritto del lavoro e il diritto dei contratti, soltanto se vi fosse la convinzione che il primo non si ferma al secondo, ma va oltre, carpando dal secondo una serie di principi generali, che vengono applicati, però, in maniera diversa.

Ed allora, anziché di rapporto di specialità, potrebbe addirittura parlarsi di un rapporto di autonomia del diritto del lavoro rispetto al diritto civile, in quanto dal secondo recepisce i principi generali, ma poi li modifica in relazione alle diverse esigenze, fino ad originare un *corpus* normativo "nuovo" ed indipendente rispetto al primo¹²⁷.

Ebbene, la disciplina del licenziamento individuale rappresenta la manifestazione più importante della ipotizzata "autonomia" del diritto del lavoro rispetto al diritto civile. La disciplina sostanziale del recesso, e non anche della risoluzione del rapporto, le limitazioni imposte ad esso dal legislatore, la tutela processuale e, soprattutto, i rimedi apprestati in favore del lavoratore, non trovano eguali nel diritto civile e processual-civile.

Il diritto del lavoro, allora, è partito dai principi generali del diritto civile e li ha modificati in base alle proprie esigenze, al punto che se, da un lato, è certa la sua specialità, dall'altro lato non è altrettanto certa l'esclusione della sua autonomia.

¹²⁷ Sul punto v. G. Giugni, *Intervento*, in *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Torino, 16-17 maggio 1987*, Giuffrè, 1988, 190, a parere del quale "il diritto del lavoro ha un senso come diritto autonomo speciale... in cui si possono inventare liberamente soluzioni diverse da quelle tradizionali del diritto civile..."

2. Inefficacia, nullità e annullabilità nell'art. 18

Un primo profilo dal quale emerge la specialità del diritto del lavoro rispetto al diritto civile attiene alla qualificazione dei vizi che possono colpire l'atto dei recessi dal rapporto.

Ed infatti, se con riferimento alla tutela obbligatoria tuttora persiste una differenziazione tra inefficacia, nullità e annullabilità del licenziamento, almeno per quel che attiene il profilo sanzionatorio, nell'ambito della tutela reale, e ancor più in seguito alla riforma del 1990, tale eterogeneità viene meno.

Non è, però, possibile limitare il ragionamento alla coppia tutela reale / tutela obbligatoria, in quanto, come detto, si è sviluppata una terza forma di tutela, quella reale di diritto comune, che si colloca, anche se in via residuale, al confine tra le due discipline. Se il licenziamento viziato non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 18, allora potrà applicarsi l'art. 8; ma se il vizio del negozio implica una ricostituzione del rapporto, incompatibile con la tutela obbligatoria, allora bisognerà attingere alla tutela reale di diritto comune.

Tale diversità di trattamento, sviluppatasi nell'ambito del c.d. parallelismo delle tutele (*supra*), pur in presenza di medesimi vizi dell'atto, ha creato non pochi problemi applicativi, laddove a parità di situazioni si sono venute a creare conseguenze eterogenee, al punto che in più di un'occasione è stata adita la Corte Costituzionale, che però non ha mai ritenuto illegittimo tale complesso ed eterogeneo apparato sanzionatorio (*supra*).

In ogni caso, è opportuno soffermarsi sulle differenze tra inefficacia, nullità e annullabilità del licenziamento, al fine di verificare se, tuttora, vi siano margini di differenziazione o se, invece, come sostenuto da qualcuno, almeno con riferimento alla tutela reale, è necessario attingere ad un'unica categoria di licenziamento illegittimo, indipendentemente dai vizi che l'hanno colpito, limitatamente agli effetti prodotti sul rapporto¹²⁸. Unificazione che ha indotto Dell'Olio ad ipotizzare uno svuotamento del concetto di nullità ed inefficacia, mediante l'assorbimento di essi in quello inferiore di annullabilità, laddove in tutti e tre i casi di invalidità è necessaria l'istanza di parte e la

pronuncia giudiziale, contrariamente a quanto avviene nel diritto comune, dove un atto nullo o inefficace non produce effetti *ab origine* e non necessita, quindi, di accertamento giudiziale per la dichiarazione di inefficacia¹²⁹.

Ebbene, una prima considerazione discende proprio dall'orientamento dottrinario fautore dell'unicità del licenziamento illegittimo. Ed infatti, come sostenuto da questa parte della dottrina, l'operazione di ricondurre in un'unica categoria di licenziamento invalido tutti i vari vizi del recesso deve necessariamente fermarsi al profilo sanzionatorio, in quanto, anche volendo optare per tale interpretazione, non può essere messo in discussione che, comunque, le tre fattispecie di invalidità (inefficacia, nullità e annullabilità) mantengono la loro autonomia giuridica¹³⁰; se le conseguenze dell'invalidità saranno le stesse, diversa sarà però, ad esempio, la situazione in tema di impugnazione, di prescrizione dell'azione, di interesse a far valere il vizio dell'atto.

D'altra parte, contro chi riteneva che una distinzione doveva essere salvata, in sede interpretativa, in quanto le parole fondamentali di un disposto (nel caso in esame, nullità, annullabilità e inefficacia) "*non possono tenersi per non scritte*", senza violare gravemente le regole di una corretta interpretazione¹³¹, qualcun altro ha replicato affermando che "*le qualificazioni formali utilizzate dalla norma non possono ritenersi vincolanti per l'interprete, sia perché il legislatore per definizione non detta legge in siffatta prospettiva, sia perché non il significato intrinseco di tali qualificazioni, ma la circostanza che, in ipotesi, abbiamo situazioni di <<nullità>>, di <<inefficacia>> e di*

¹²⁸ V. G. Pera, *Le controversie in tema...* cit., 1286 e ss.; *idem*, Art. 18... cit., 199; *idem*, *La cessazione...* cit., 174. Nonché O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 747. Contro l'ipotesi della categoria generale di "licenziamento illegittimo" si è espresso M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 131 – 132.

¹²⁹ V. M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 13, a parere del quale "*la pronuncia giudiziale risulta insostituibile, e del resto immancabile, come conseguenza, appunto, del rilievo del vizio, a sua volta abbisognevole di istanza di parte, sia per la condanna al risarcimento... sia per l'emissione dell'ordine di reintegrazione e per il sorgere degli oneri, rispettivamente, di invito e di ripresentazione. E tali effetti... non si potrebbero dedurre dalle nozioni di inefficacia e nullità, né si possono realizzare senza sentenza, per contro ne precludono altri, insiti viceversa in quelle nozioni: come ancora la spettanza delle retribuzioni, certamente suscettibile di essere pretesa come tale e addirittura senza sentenza*".

¹³⁰ V. sul punto P. Sandulli, *Commento all'art. 18...* cit., 498 e ss., spec. 554; U. Romagnoli, *Commento all'art. 18...* cit., 91 e ss.; O. Mazzotta, *I licenziamenti ...* cit., 747; M.G. Garofalo, *Art. 18. Reintegrazione...* cit., 250; *idem*, *Contributo...* cit., 563 e ss.; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 84; M. Napoli, *La stabilità reale...* cit., 21; *idem*, *licenziamento...* cit., 64; M. Prosperetti, *Profili di invalidità del licenziamento*, in *MGL*, 1972, 208; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 278.

¹³¹ Così G.F. Mancini, *Statuto...* cit., 266.

<<annullabilità>>, con un uniforme trattamento peculiare rispetto alla sistematica e ai principi ricavabili dal codice, è il dato significativo per l'interprete"¹³².

Ancora una volta è la riflessione di D'Antona a fare luce sulla problematica in questione¹³³.

Ricorrendo alla terminologia propria dei giusprivatisti in tema di nullità del contratto¹³⁴, l'Autore sostiene che nella disciplina del licenziamento si intrecciano norme limitative *perfectae*, cioè quelle che prevedono per la violazione la invalidità ed inefficacia dell'atto; norme limitative *plus quam perfectae*, cioè quelle che aggiungono all'invalidità dell'atto misure sanzionatorie distinte ed ulteriori; infine, le norme limitative *minus quam perfectae*, cioè quelle che prevedono solo misure sanzionatorie, ma non l'invalidità dell'atto. Tale classificazione va integrata con quella, più specifica, proposta da Napoli¹³⁵: il licenziamento potrà essere valido ed efficace (conformità a tutti gli elementi della fattispecie legale); valido ed inefficace (mancanza delle forma scritta o della comunicazione dei motivi); invalido ed efficace (assenza della giustificazione); invalido ed inefficace (in caso di discriminazione o di motivo illecito).

2.1. (segue)... l'annullabilità

In una prima categoria di invalidità del recesso rientra il licenziamento ingiustificato e, quindi, annullabile, che è sempre illegittimo, ma non sempre invalido.

Qui è necessario fare una distinzione. Se il licenziamento ingiustificato rientra nell'ambito di applicazione della tutela obbligatoria, esso sarà illegittimo, ma non invalido¹³⁶. Ed infatti, l'art. 8 prevede una tutela indennitaria in favore del lavoratore, ma l'atto-licenziamento è idoneo ad estinguere il rapporto; l'eventuale opzione datoriale alla riassunzione, infatti, implica l'insorgenza di un nuovo rapporto di lavoro. L'adeguatezza dei motivi del licenziamento, pertanto, non rappresenta un limite al

¹³² Sul punto v. G. Pera, *Commento...* cit., 199; nonché M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto...* cit., 61 – 62.

¹³³ Il riferimento è a M. D'Antona, *Commentario...* cit., 382.

¹³⁴ Sulla nullità in generale v. il riepilogo di I. Bugani, *La nullità del contratto*, Cedam, 1990, 5 e ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile...* cit., 612 e ss.

¹³⁵ V. M. Napoli, *Licenziamenti (voce)...* cit., 64; *Idem*, *La tutela reale...* cit., 131.

¹³⁶ Sul punto si veda P. Sandulli, *Reintegrazione...* cit., 556, secondo cui "interinalmente il licenziamento, ancorché ingiustificato, produce l'effetto estintivo... ove manchi l'impugnazione del licenziamento nel

potere di recesso, atteso che la sanzione prevista, lungi dall'invalidare l'atto¹³⁷, colpisce la violazione da parte del datore di non recedere dal rapporto senza un congruo motivo e, quindi, come giustamente osservato, nell'ambito della tutela obbligatoria il licenziamento continua ad essere sostanzialmente discrezionale, ma soggetto (esclusivamente) ad un onere economico maggiore¹³⁸. Siamo in presenza, in questo caso, di una norma limitativa *minus quam perfectae*¹³⁹.

Laddove, invece, il licenziamento ingiustificato, quindi, annullabile, rientra nell'ambito di applicazione della tutela reale, l'atto non solo sarà illegittimo, ma anche invalido. Come detto, in caso di recesso invalido in ambito di tutela reale viene interrotta esclusivamente la funzionalità di fatto del rapporto mai validamente estinto, che viene ripristinata con la sentenza che ordina la reintegra del lavoratore nel posto di lavoro. Viene a determinarsi, pertanto, una disciplina diversa dall'annullabilità propria del diritto civile, laddove alla validità dell'atto annullabile sino all'accertamento giudiziale del vizio si sostituisce una invalidità di esso *ab origine*. In tale ipotesi, pertanto, l'adeguatezza del motivo rappresenta un limite reale al potere di recesso, con la conseguenza che il licenziamento ingiustificato è fonte di responsabilità del datore in quanto non estingue il rapporto di lavoro¹⁴⁰.

termine di decadenza e l'esercizio dell'azione di annullamento nel termine di prescrizione, tale effetto si consolida".

¹³⁷ Sulla validità del licenziamento ingiustificato adottato in ambito di tutela obbligatoria v., *ex plurimis*, D. Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, Utet, 1966, 73; G. Pera, *Riassunzione e penale nella legge sui licenziamenti individuali*, in *DL*, 1968, II, 175; G.F. Mancini, *Art. 18...* cit., 255; F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 98. In giurisprudenza, v. Corte Cost. 28 dicembre 1970, n. 194, in *FI*, 1978, I, 3, che ha confermato l'effetto risolutivo del licenziamento illegittimo adottato in tutela obbligatoria; M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 5, secondo il quale all'illegittimità del licenziamento "consegue solo l'irrogazione di una sanzione... senza pregiudizio tuttavia dell'efficacia dell'atto stesso, anzi proprio sul presupposto dell'irreversibilità di questa, e quindi dell'avvenuto scioglimento del rapporto, salva se mai l'instaurazione di un nuovo rapporto tra le stesse parti". *Contra*, v. A. Vais, *Iter formativo ed interpretazione della legge sui licenziamenti individuali*, in *RGL*, 1966, I, 285 e ss.; P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali*, in *RDL*, 1971, I, 67 e ss., secondo il quale la tesi della validità del licenziamento ingiustificato in ambito di tutela obbligatoria trascura che il perno della disciplina deve essere individuato nell'art. 1 della legge n. 604 del 1966 e, cioè, nel precepto che non si può procedere al licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo, sicché il recesso ingiustificato è da considerarsi invalido.

¹³⁸ Sul punto v. G. F. Mancini, *Il nuovo regime del licenziamento*, in AA.VV., *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Milano, 1973, 191 e ss.; M. D'Antona, *Tutela reale...* cit., 436.

¹³⁹ V. G.F. Mancini, *Commento...* cit., 243 e ss.; M. D'Antona, *Commentario...* cit., 383.

¹⁴⁰ V. G.F. Mancini, *Art. 18...* cit., 255; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto dei lavoratori...* cit., 431 – 432 e la giurisprudenza da questi citata.

Il ricorso alla categoria civilistica dell'annullabilità per i licenziamenti ingiustificati ha creato non pochi problemi interpretativi, con riferimento alle fattispecie risolutive rientranti nell'ambito di applicazione sia della tutela reale sia della tutela obbligatoria¹⁴¹.

Ed infatti, i principi generali in tema di annullabilità e degli effetti derivanti dall'accertamento del vizio sembrerebbero essere stati rispettati, in ambito lavoristico, dall'art. 8, laddove il recesso, pur se illegittimo, è valido, anche dopo la pronuncia giudiziale. Avendo, però, il legislatore previsto la sanzione "debole" della riassunzione o dell'indennità, confermando, pertanto, la validità del recesso illegittimo, di fatto si è discostato dai principi generali, in base ai quali l'annullamento di un atto illegittimo ha efficacia *ex tunc*, eliminando, quindi, gli effetti prodotti in precedenza dall'atto annullato. Già, quindi, nell'ambito della tutela obbligatoria è evidente la specialità della normativa lavoristica rispetto a quella civilistica.

Ma tale discostamento è ancor più evidente nella tutela reale. Qui, infatti, se è vero che il licenziamento illegittimo è sempre invalido, la categoria dell'annullamento non sarebbe mai applicabile, in quanto, come detto, essa presuppone sempre la validità e, quindi, l'efficacia, seppur temporanea, dell'atto in seguito annullato. Chi ha criticato l'utilizzabilità di detta categoria di vizio dell'atto, prima delle modifiche apportate dalla legge n. 108, si è soffermato essenzialmente sulla differenziazione di tutele tra il periodo precedente e quello successivo alla sentenza e, nello specifico, sulla previsione risarcitoria (argomento che rende attuale tale riflessione anche a seguito della riforma del '90, parlando soltanto di risarcimento). Secondo alcuni, infatti, la sanzione del risarcimento del danno, in luogo della retribuzione, implicherebbe una deroga al regime dell'annullabilità di diritto comune: il risarcimento, infatti, starebbe ad indicare che il recesso dal rapporto ha esplicato i propri effetti estintivi e che la reintegrazione, pertanto, non può che operare *ex nunc*, dando luogo alla costituzione di un nuovo rapporto. Con la conseguenza, necessaria, di dover distinguere, sotto il profilo sanzionatorio, l'ipotesi di licenziamento annullabile da quelle di recesso nullo o

¹⁴¹ In generale, sull'annullabilità v. F. Messineo, *Annulabilità e annullamento (diritto privato)*, in *ED*, Giuffrè, II, 1988, 469; F. Carresi, *L'annullabilità del contratto*, in *RTDPC*, 1969, 1436 e ss., secondo cui la categoria dell'annullabilità si avvicina a quella della nullità, con conseguente esclusione della provvisoria efficacia del negozio annullabile.

inefficace, in quanto soltanto in queste due ultime ipotesi sarebbe corretto parlare di “reintegrazione”¹⁴². A parere di altri, invece, le somme che il lavoratore percepisce a titolo di risarcimento del danno non derivano dalla continuità del rapporto, ma dall’illegittimità del licenziamento e, quindi, dalla temporanea estinzione del rapporto¹⁴³.

E’ evidente che l’accoglimento di tali interpretazioni farebbero venire meno la *ratio* stessa dell’art. 18 e, cioè, la reintegra nel posto di lavoro quale conseguenza dell’invalidità *ab origine* del licenziamento. E’ altrettanto vero, però, che l’invalidità del recesso, per le peculiarità del rapporto di lavoro, mal sopportano la categoria civilistica dell’annullamento. Ed allora, qualcuno in dottrina, per cercare di superare il predetto *impasse*, ha affermato che sarebbe opportuno sostituire l’annullabilità del recesso, prevista dal legislatore, con quella più tecnicamente corretta della nullità, con la quale, da un lato, si eviterebbe che il licenziamento sia da considerarsi valido sino alla sentenza e, dall’altro lato, troverebbe giustificazione la previsione risarcitoria quale conseguenza naturale della accertata nullità del licenziamento per violazione di legge¹⁴⁴.

Anche questa soluzione, però, non può essere accolta, in quanto l’unificazione in un unico vizio della nullità e dell’annullabilità sposerebbe la tesi, su evidenziata, dell’opportunità di ragionare di licenziamento illegittimo *tout court*, senza, cioè, distinzione tra i vari possibili vizi (*supra*). Si è detto, però, che l’esigenza di mantenere distinti i profili di annullabilità, nullità ed inefficacia non solo rileva ai fini sanzionatori, fatta eccezione per i recessi in ambito di tutela reale, ma anche – e più in generale – in relazione all’autonomia giuridica delle tre fattispecie e alla conseguenze che ne derivano in tema, ad esempio, di impugnazione e di prescrizione, che devono

¹⁴² V. A. Aranguren, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Giuffrè, 1973, 23; *idem*, *Autonomia e legge nella disciplina del licenziamento*, Giuffrè, 1971, 395; F.P. Rossi, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 della legge 18 maggio 1970, n. 300*, in *NGL*, 1970, 649; P. Fanfani, *Il risarcimento del danno per i licenziamenti invalidi*, in *DL*, 1971, 380; P.G. Corrias, *Revoca del licenziamento e risarcimento del danno*, in *DL*, 1971, II, 320; U. Prosperetti, *Profili dell’invalidità del licenziamento*, in *MGL*, 1972, 211.

¹⁴³ In tal senso v. G. Pera, *Sub art. 18... cit.*, 206; R. Scognamiglio, *La disciplina del risarcimento del danno nel disposto dell’art. 18 della L. n. 300/1970 (a proposito di due recenti pronunzie della cassazione a sezioni unite)*, in *MGL*, 1985, 341 e ss; *idem*, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno*, in *MGL*, 1990, 120 e ss.

conservare necessariamente la propria autonomia in quanto anche attraverso ad esse viene misurato il grado di tutela del lavoratore illegittimamente licenziato.

Infine, v'è la tesi della Ballestrero, la quale, collocandosi nel mezzo delle predette interpretazioni, ha affermato che il licenziamento ingiustificato “*produce un effetto <<precario>>*”, nel senso che è provvisoriamente valido (sarebbe, cioè, da considerarsi annullabile); una volta, però, che viene accertata l'illegittimità del licenziamento, attraverso la tempestiva azione esercitata dal lavoratore, quest'ultimo diventa “*nullo, nel senso che la sentenza costitutiva che priva di validità il recesso, togliendolo di mezzo, retroagisce al momento in cui l'atto viziato è stato posto in essere. Effetto dell'annullamento ... è il ripristino della situazione qua ante e , di conseguenza, il riconoscimento che, anche in assenza delle prestazioni reciproche delle parti, il rapporto ha avuto giuridica esistenza e continuità, e che tale continuità persiste per il futuro fino a che non si verifichi un nuovo valido recesso...*”¹⁴⁵.

Ancora più evidente, poi, è l'allontanamento della disciplina lavoristica da quella del diritto comune quando si ragiona delle conseguenze prodotte dall'invalidazione del recesso sul rapporto, laddove v'è la previsione del diritto del lavoratore al risarcimento del danno subito e non anche alle retribuzioni (*infra*).

Anche con riferimento alla categoria dell'annullabilità, sulla base delle considerazioni appena svolte, non può che discutersi della specialità del diritto del lavoro rispetto al diritto comune. D'altra parte, come giustamente osservato¹⁴⁶, se l'annullabilità del licenziamento immotivato fossa a priori desumibile dal diritto dei contratti, allora non vi sarebbe stato alcun bisogno della normativa speciale. Inoltre, laddove si volesse attingere alla normativa generale, la categoria dell'annullabilità del licenziamento sarebbe rinvenibile soltanto nelle fattispecie rigorosamente previste dal codice civile e, cioè, in caso di incapacità legale o naturale della parte, ovvero in presenza di vizi del consenso (errore, violenza o dolo) ai sensi dell'art. 1425 c.c. Ed è evidente che il

¹⁴⁴ V. G. Pellettieri, *I licenziamenti individuali: art. 18 Statuto dei lavoratori e art. 8 legge n. 604*, in *DL*, 1972, I, 87.

¹⁴⁵ V. M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 103. Di “efficacia precaria” del licenziamento illegittimo in ambito di tutela reale parla anche A. Proto-Pisani, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, III, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in *FI*, 1990, V, 366; nonché F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 114.

¹⁴⁶ V. F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 88.

licenziamento ingiustificato, quindi, annullabile, non può essere sussunto in nessuna di queste ipotesi, di talché, giustamente, anche per tale categoria di invalidità, nel diritto del lavoro sarebbe opportuno parlare di specialità¹⁴⁷, che si manifesta, attraverso l'individuazione di una fattispecie *ad hoc* quale causa di annullabilità (l'ingiustificatezza dell'atto), che determina, nella tutela obbligatoria, la validità dell'atto – licenziamento e l'efficacia *ex nunc* della sentenza che lo annulla e, nella tutela reale, l'invalidità *ab origine* del recesso e la produzione di effetti identici rispetto a quelli derivanti dalla declaratoria di nullità.

2.2. (segue)... la nullità

In una seconda categoria di invalidità, invece, rientra il licenziamento nullo, cioè quello adottato in violazione di norma imperativa, come, per esempio, nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio o della lavoratrice madre.

In caso di nullità, l'atto è sempre illegittimo ed invalido, così come previsto dai principi generali del diritto civile. V'è, però, una diversità di tutela in relazione al campo di applicazione.

Ed infatti, in questa categoria bisogna distinguere l'ipotesi della nullità speciale, cioè quella sancita dall'art. 18, e quella di diritto comune, cioè quella prevista dagli artt. 1218 e ss. del codice civile.

Nella prima ipotesi, nella quale rientra, come detto, *ex lege* il licenziamento discriminatorio indipendentemente dal livello occupazionale del datore¹⁴⁸, ivi compresa l'area della libera recidibilità¹⁴⁹, si assiste ad un evidente discostamento dal regime

¹⁴⁷ V. F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 99, il quale parla di un'annullabilità "sui generis, specificatamente prevista dalla legge, che si distacca dalle categorie generali".

¹⁴⁸ In tema di licenziamento discriminatorio si vedano i contributi di F. Di Teodoro, *Il licenziamento discriminatorio*, in *DL*, 1991, I, 78; L. Inseburg, *Il licenziamento discriminatorio*, in *RIDL*, 1991, I, 473; M. D'Antona, *La tutela reale...* cit., 437; C. Alessi, *Commento all'art. 3, L. 108/1990 (Il licenziamento discriminatorio)*, in *NLCC*, 1991, 192 ss.; G. Suppiej – M. De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuali*, 4^a ed., Cedam, 2008, 395; M. Napoli, *Licenziamenti (voce)...* cit., 79; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 130 e ss.

¹⁴⁹ Sulla forza espansiva dell'art. 18, in relazione al licenziamento discriminatorio, anche ai soggetti rientranti nell'area della libera recidibilità, v. E. Ghera, *Tutela reale e tutela...* cit., 475; nonché U. Romagnoli, *La tutela contro i licenziamenti: un passo avanti e due indietro*, in *RTDPC*, 1991, 1220, secondo i quali "la utilizzazione della tecnica della reintegrazione in funzione sanzionatoria di ogni licenziamento diretto a fini di discriminazione... da un lato conferma la universalità della tutela antidiscriminatoria e, dall'altro lato, ne rafforza i contenuti enfatizzando non solo la gravità del pregiudizio arrecato... al fondamentale diritto del lavoratore alla uguaglianza e non soltanto

ordinario previsto dal diritto dei contratti. Infatti, il legislatore rispetta il principio generale del *tamquam non esset*, sanzionando il datore con la ricostituzione del rapporto come se non si fosse mai risolto (illegittimità ed invalidità dell'atto), ma si allontana dal diritto comune, ancor più dopo la riforma del '90, laddove alla tutela ripristinatoria assoluta, che implicherebbe l'obbligo in capo al datore non solo della ricostituzione del rapporto ma anche dell'esatto adempimento della prestazione non resa ed ancora eseguibile (come lo è quella retributiva – *infra*) e, quindi, al pagamento di tutte le retribuzioni non corrisposte al lavoratore *medio tempore*, si sostituisce una tutela ripristinatoria parziale, alla quale viene affiancata una tutela risarcitoria in relazione alle conseguenze patrimoniali derivanti dall'accertamento dell'invalidità del recesso: non il pagamento delle retribuzioni, ma l'obbligo del risarcimento del danno parametrato ad esse, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di riduzione del danno e risarcibilità del danno ulteriore. Sull'opzione del legislatore alla tutela risarcitoria in luogo di quella ripristinatoria si dirà in seguito; preme qui sottolineare come già prima della riforma del '90, qualcuno in dottrina aveva affermato che il sistema protezionistico apprestato dal legislatore in favore del lavoratore illegittimamente licenziato denotava “*la sua scarsa fiducia nei concetti ed istituti civilisti, adoperati forse senza adeguato approfondimento critico né vaglio di possibili alternative: fino a far dubitare della piena realizzazione di un sistema di invalidazione del licenziamento*”¹⁵⁰.

Siamo, in ogni caso, in presenza di una norma limitativa *plus quam perfectae*, in quanto all'invalidità dell'atto si aggiungono misure sanzionatorie distinte ed ulteriori rispetto a quelle ordinarie.

Diversamente, invece, se la nullità colpisce un licenziamento in ambito di tutela obbligatoria o di libera recedibilità, ovvero nell'ipotesi esplicitamente previste dal legislatore, come per esempio in caso di licenziamento a causa di matrimonio (art. 2 della legge n. 7 del 1963, ora art. 35 della legge 198 del 2006). Ivi, infatti, non sarà possibile applicare la tutela *sub* art. 8, in quanto viene meno il presupposto della validità

all'occupazione; ma, soprattutto, la gravità sociale del comportamento discriminatorio realizzato da qualsiasi datore di lavoro". V. anche M.G. Garofalo, *La nuova disciplina dei licenziamenti...* cit., 184.

¹⁵⁰ V. M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 10; già prima *idem*, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, in *MGL*, 1979, 504 e ss.; *idem*, *Il risarcimento ex art. 18 st.l. nella giurisprudenza più recente*, in *MGL*, 1985, 291 e ss.

della estinzione del rapporto pur in presenza di un atto illegittimo; del pari, non sarà possibile ricorrere alla tutela speciale *ex art. 18*, atteso che essa si riferisce ad una specifica ipotesi, quella cioè della presenza di un determinato livello occupazionale, limite che non può in alcun modo essere superato.

E allora viene in emergenza in questa ipotesi la tutela reale di diritto comune (espressamente indicata dal legislatore nell'ipotesi di licenziamento per causa di matrimonio)¹⁵¹. Il datore di lavoro, in questo caso, risponde del licenziamento nullo a titolo di inadempimento contrattuale, sicché il rapporto viene ricostituito e, poiché si ritiene come se non si fosse mai risolto, al lavoratore spettano tutte le retribuzioni non percepite, che, essendo corrisposte a titolo di esatto adempimento della prestazione ingiustificatamente non resa e non anche a titolo di risarcimento del danno, non possono in alcun modo essere ridotte, mentre trova comunque applicazione l'art. 1224 c.c. in tema di risarcibilità del danno ulteriore, laddove il lavoratore provi di aver subito un danno diverso rispetto a quello direttamente conseguente alla risoluzione illegittima del rapporto. Siamo in presenza, in questo caso di una norma limitativa *perfectae*, che determina l'invalidità dell'atto e le conseguenze ordinarie previste dal legislatore.

La differenza tra la tutela reale speciale e quella di diritto comune è evidente: entrambe determinano la ricostituzione del rapporto di lavoro illegittimamente risolto, ma si discostano, in maniera significativa, in ordine alla tutela patrimoniale del soggetto leso. Nella prima coesistono una tutela ripristinatoria relativa ed una tutela risarcitoria; nella seconda, invece, primeggia una tutela ripristinatoria assoluta, che costringe il datore all'esatto adempimento di tutte le obbligazioni dedotte nel contratto di lavoro ingiustamente non rese ed ancora eseguibili, alla quale si può aggiungere una eventuale tutela risarcitoria con riferimento ai danni ulteriori¹⁵². Tanto ha indotto qualcuno a ritenere, giustamente, che la tutela reale rappresenta una “*superfetazione*”, in quanto con

¹⁵¹ Sull'argomento v. P. Tullini, *La c.d. tutela reale...* cit., 103 e ss; M. D'Antona, *Tutela reale del posto di lavoro...* cit., 438. Sull'applicabilità a tali fattispecie dei principi di diritto comune e non anche dell'art. 18 v. M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 251 – 252. In giurisprudenza v., *ex plurimis*, Corte Cost. n. 61/1991 cit.; Cass. n. 4144/1984 cit.; Cass. n. 9549/1995 cit.; Cass. n. 6199/1998 cit.; Cass. n. 17079/2002 cit.; Cass. n. 18537/2004 cit.; Cass. n. 426/2005 cit..

¹⁵² Di avviso contrario è M. Tatarelli, secondo il quale “*il lavoratore ha diritto, in forza del principio di corrispettività che governa il rapporto di lavoro in assenza di previsione derogatoria, non al pagamento delle retribuzioni, ma al risarcimento del danno, eventualmente commisurato alle mancate retribuzioni e da liquidare secondo le regole di diritto comune*” (v. M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 310 – 311).

essa il lavoratore, in caso di recesso invalido, si avvale di una tutela inferiore rispetto a quella che avrebbe avuto attingendo al diritto comune¹⁵³. Ma sul punto si tornerà più avanti.

V'è da segnalare, in ogni caso, che non tutti concordano sulle conseguenze prodotte dalla nullità (o dall'inefficacia) nei casi di applicazione della tutela reale di diritto comune. Ed infatti, D'Antona ha affermato che, laddove non operi la tutela reale *ex art.* 18, il licenziamento per il quale è stata accertata la nullità o l'inefficacia gode della "tutela statica di diritto comune", in virtù della quale il lavoratore ha diritto al pagamento delle retribuzioni (e non del risarcimento) che non ha percepito a causa del licenziamento, "ma non può chiedere la reintegrazione nel posto di lavoro, non godendo l'interesse del lavoratore alla continuità del rapporto di riconoscimento e specifica tutela nel diritto comune"¹⁵⁴. Non riteniamo di concordare con tale posizione, in quanto l'interesse del lavoratore dedotto nel contratto, contrariamente a quanto affermava D'Antona, non è rappresentato dalla sola retribuzione, ma anche dalla continuità del rapporto giuridico. Inoltre, se è vero che la nullità o l'inefficacia determinano il venir meno dell'atto risolutivo del rapporto, allora questo deve considerarsi come mai risolto; pertanto, continua a produrre effetti – e quindi a garantire il pagamento delle retribuzioni maturate dal lavoratore *medio tempore* – proprio perché giuridicamente esiste ancora. Manca, nella tutela reale di diritto comune, l'ordine giudiziale di reintegrazione, per cui la funzionalità del rapporto potrà essere ripristinata solamente su iniziativa del datore di lavoro e non anche mediante sentenza; inoltre, il lavoratore non può optare per l'indennità sostitutiva della reintegra o pretendere il pagamento della sanzione minima delle cinque mensilità. Ma la continuità giuridica del rapporto non sembra poter essere messa in dubbio, sicché in assenza della suddetta iniziativa del datore ed in presenza della formale messa in mora il lavoratore avrà diritto, comunque, a percepire le retribuzioni mensili sin dalla data di risoluzione del rapporto o dalla sentenza, a seconda che il lavoratore abbia posto in mora il datore

¹⁵³ V. M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 436 e ss.

¹⁵⁴ V. M. D'Antona, *Tutela reale...* cit., 440 – 441, a parere del quale "non si può parlare, se non in un'accezione del tutto atecnica, di tutela <<reale>> di diritto comune... appunto perché la tutela assicurata dal diritto comune è statica e riguarda l'interesse dedotto dal lavoratore nel contratto... mentre si ha tutela reale del posto di lavoro quando l'ordinamento tutela come un diritto l'interesse del lavoratore alla stabilità della condizione di occupato".

prima o dopo il provvedimento giudiziale, oltre alla ricostituzione della funzionalità del rapporto.

Al limite, poi, tra la nullità speciale *ex art. 18* e la nullità di diritto comune si collocano quelle fattispecie che, pur rientranti nell'ambito di applicazione della tutela reale, non è chiaro se debbano essere considerate alla stregua dell'una o dell'altra.

Ed infatti, in tali ipotesi, nella quale rientra, ad esempio, il licenziamento della lavoratrice madre (legge n. 1204 del 1971, confluito nell'art. 54 del d.lgs. 151 del 2001, che ha esteso il divieto anche in favore del lavoratore padre), fatta eccezione del recesso per giusta causa, per cessazione dell'attività dell'azienda o per mancato superamento del periodo di prova¹⁵⁵, il legislatore impone un divieto assoluto di licenziamento, venendo meno, pertanto, in tale periodo, il potere del datore di recedere dal rapporto, ma non prevede espressamente le conseguenze derivanti sul rapporto, come invece sancito per il licenziamento per causa di matrimonio (*supra*). Se ci trovassimo in ambito di tutela obbligatoria *nulla quaestio*, in quanto, come detto innanzi, nell'ipotesi di licenziamento nullo si applica la disciplina della tutela reale di diritto comune. Problemi, invece, sorgono quando ragioniamo di tutela reale. La dottrina, infatti, è divisa tra chi ritiene applicabile la tutela *ex art. 18*¹⁵⁶ e chi, invece, la tutela reale di diritto comune, pur se la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 18¹⁵⁷. I primi ritengono che “*manca qualsiasi ragione per un trattamento diverso di fattispecie alle quali l'ordinamento reagisca allo stesso modo*”, facendo leva sulla forza espansiva della previsione contenuta nell'art. 18. I secondi, invece, affermano che l'unica ipotesi di nullità del licenziamento esplicitamente disciplinata dal legislatore è quella del licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della legge n. 108 del 1990, sicché in tutte le ipotesi non rientranti in quest'ultima disposizione si applica la nullità di diritto comune. Sembra potersi condividere la tesi che alla fattispecie in esame si applicano i

¹⁵⁵ Invero, sia in giurisprudenza sia in dottrina, si sostenuta la tesi dell'inefficacia temporanea del licenziamento della lavoratrice madre e non anche della nullità, approfittando della omesa qualificazione, da parte del legislatore, del licenziamento oggetto di divieto (v. Cass. S.U. 21 agosto 1990, n. 8535, in *RGL*, 1991, II, 3. In dottrina, v. M.G. Mattarolo, *Il divieto di licenziamento delle lavoratrici madri e i limiti generali al potere di recesso del datore di lavoro*, in *RIDL*, 1980, 468). Il problema qualificatorio è stato risolto, in favore della nullità del licenziamento in questione, da Corte Cost. n. 61/1991 cit..

¹⁵⁶ Propendono per questa soluzione G.F. Mancini, *Commento...* cit., 263; A. Freni – G. Giugni, *Lo Statuto...* cit., 69; M.G. Garofalo, *Contributo...* cit., 566; M. Napoli, *Licenziamenti (voce)...* cit., 82.

¹⁵⁷ Avvalla tale seconda soluzione, minoritaria, G. Pera, *Commento allo Statuto...* cit., 200.

principi generali del diritto dei contratti e non anche l'art. 18, in quanto tale ultima norma prevede, quale ipotesi di licenziamento nullo, (soltanto) quello discriminatorio (art. 4 della legge n. 108 del 1990). Sicché, o all'art. 18 viene data portata generale, come da qualcuno sostenuto per considerarlo applicabile alla fattispecie in esame¹⁵⁸, ma allora dovrà essere applicato a tutte le fattispecie di recesso nullo o inefficace, indipendentemente dall'ambito di applicazione, quale alternativa, di carattere speciale, alla disciplina generale in tema di nullità o inefficacia dei contratti, oppure, come si ritiene, pur salvaguardando la sua c.d. forza espansiva, si dovrà applicare a tutte quelle (e soltanto a quelle) ipotesi non disciplinate diversamente e comunque con essa compatibile. D'altra parte, alla teoria in base alla quale si ritiene applicabile l'art. 18 anche al licenziamento della lavoratrice madre, perché non espressamente previste le conseguenze di cui all'art. 1218 c.c., giustificando tale teoria con il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, riferendosi, invece, alla fattispecie del licenziamento nullo per causa di matrimonio, dove l'esatto adempimento (pagamento delle retribuzioni) è espressamente previsto, si potrebbe replicare dicendo che la nullità che determina l'applicazione dell'art. 18 è soltanto quella disciplinata dall'art. 4 della legge n. 108 e, cioè, per motivi discriminatori di sesso, razza o motivi religiosi, politici o sindacali, mentre quella del licenziamento della lavoratrice madre è un'ipotesi particolare e specifica, che il legislatore ha ritenuto nullo perché vietato, non potendo che prevedere l'applicazione dei principi generali in tema di esatto adempimento¹⁵⁹. Salvo considerare il licenziamento della lavoratrice madre "discriminatorio" e, quindi, rientrante nella previsione di cui alla legge n. 108, ma in tal caso tutti i licenziamenti potrebbero essere considerati nulli facendo valere la tesi della differenziazione dei trattamenti, concetto alquanto elastico.

Infine, a dimostrazione della specialità della categoria della nullità nella disciplina dei licenziamenti e di una tendenziale assimilazione tra essa e quella dell'annullabilità, v'è la circostanza in base alla quale si discute di una nullità relativa e non assoluta, nel senso che può essere fatta valere, al pari dell'annullabilità, soltanto dal lavoratore¹⁶⁰;

¹⁵⁸ V. A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto dei lavoratori...* cit., 69; G.F. Mancini, *Reintegrazione nel posto di lavoro...* cit., 263; M.G. Garofalo, *Contributo all'esegesi...* cit., 566.

¹⁵⁹ Sul punto, in senso conforme, v. G. Pera, *Commento allo Statuto...* cit., 200.

¹⁶⁰ V., in tal senso, F. Mazziotti, *Inefficacia del licenziamento...* cit., 652.

non può essere rilevata d'ufficio, trovando giustificazione nel principio della corrispettività tra il chiesto e il pronunciato ai sensi dell'art. 112 c.p.c.¹⁶¹; infine, il lavoratore, in caso di nullità (ovvero di inefficacia) del licenziamento, non potrà sostanzialmente rivendicare immediatamente la reintegrazione e il risarcimento del danno, quale conseguenza diretta dell'invalidità dell'atto e della sua inefficacia *ab origine*, contrariamente a quanto avviene nel diritto comune, ma necessiterà sempre ed in ogni caso di un'azione e della conseguente pronuncia giudiziale¹⁶².

2.3. (segue)... l'inefficacia

Diversa dall'annullabilità e dalla nullità è l'inefficacia del recesso.

L'efficacia di un negozio giuridico - o di un atto - implica la capacità dello stesso di produrre gli effetti giuridici voluti dai contraenti o dall'autore dell'atto ai sensi dell'art. 1324 c.c.¹⁶³. Pertanto, può esistere un atto valido ed efficace, ma può anche esistere uno valido ma inefficace (perché, ad esempio, sottoposto a condizione sospensiva), ovvero un atto può essere invalido ma efficace, come per esempio nell'ipotesi del annullamento. Il recesso, come detto, oltre ad essere un atto di autonomia negoziale, è anche un diritto potestativo che, determinando una modifica alla sfera giuridica altrui, produce effetti soltanto se sussistono i presupposti sostanziali e formali previsti dalla legge, che costituiscono, altresì, lo strumento di controllo del giudice¹⁶⁴.

Ebbene, richiamando la classificazione proposta da Napoli (*supra*), il recesso dal rapporto può essere invalido ed inefficace, oppure invalido ed efficace, ovvero valido ma inefficace, come nell'ipotesi del licenziamento con preavviso adottato durante la

¹⁶¹ V., *ex plurimis*, Cass. 15 febbraio 2001, n. 2188, in *GCM*, 2001, 256; Cass. 26 giugno 2000, n. 8702, in *RIDL*, 2001, II, 292; Cass. 20 agosto 1992, n. 9711, in *GCM*, 1992, 8-9. In dottrina v. G. Conte, *Licenziamento disciplinare e obblighi risarcitori: poteri del giudice ed onere delle parti*, in *RIDL*, 2001, II, 292 e ss.; G. Massetani, *Ingiustificate limitazioni alla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, in *FI*, 1989, I, 1937.

¹⁶² V. M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 13.

¹⁶³ Per una definizione di efficacia v. C.M. Bianca, *Diritto civile...* cit., 523 e ss.

¹⁶⁴ V. F. Mazziotti, *Inefficacia del licenziamento...* cit., secondo il quale da tale assunto deriva che la sentenza sull'illegittimità del licenziamento, anche di quello ingiustificato, non è costitutiva, ma dichiarativa, in quanto "accerta l'esistenza dei presupposti di efficacia del licenziamento e, quindi, l'esistenza o meno del rapporto".

malattia del lavoratore, in occasione del quale il recesso produce effetti soltanto alla scadenza del preavviso¹⁶⁵.

Mentre, generalmente, l'inefficacia più che costituire un autonomo vizio dell'atto rappresenta la conseguenza della sua invalidità, nel diritto del lavoro e, nello specifico, nella disciplina del recesso dal rapporto, è lo stesso legislatore, in alcuni casi, a prevedere espressamente l'inefficacia quale vizio del licenziamento. E' l'ipotesi, per esempio, che si verifica quando il datore non ha comunicato, una volta richiesti dal lavoratore, i motivi del licenziamento (art. 2 della legge n. 604)¹⁶⁶, ovvero del licenziamento orale.

In questi casi, il legislatore non sanziona tali violazioni con la nullità dell'atto, ma con l'inefficacia. Con riferimento alla comunicazione dei motivi tale scelta appare sensata, in quanto le motivazioni del licenziamento rappresentano un elemento esterno alla dichiarazione negoziale, con riferimento all'area della tutela obbligatoria, e (soltanto) un presupposto del negozio nell'area della tutela reale. Ragionando, invece, dell'obbligo della forma scritta del recesso, la scelta del legislatore di optare per l'inefficacia e non per la nullità dell'atto desta qualche perplessità, in quanto la forma scritta del licenziamento non può essere considerata un elemento esterno al negozio, tale da giustificare il ricorso alla categoria dell'inefficacia, risultando, invece, elemento essenziale della dichiarazione negoziale¹⁶⁷. Lo stesso avviene nel caso del

¹⁶⁵ Si fa riferimento al licenziamento con preavviso in quanto durante il periodo di sospensione del rapporto di lavoro sarà possibile recedere da esso soltanto per giusta causa, sicché in caso di insussistenza di una giusta causa ovvero, in generale, di licenziamento senza preavviso durante tale periodo esso non sarà inefficace, ma nullo perché contrario a norma imperativa. Sul punto, infatti, M.G. Garofalo distingue l'ipotesi di inefficacia del licenziamento, indipendentemente dalla sua giustificatezza, e di illegittimità del recesso perché privo di giusta causa o giustificato motivo oggettivo (v. M.G. Garofalo, *Contributo...* cit., 566).

¹⁶⁶ Sull'inefficacia del licenziamento per vizio di forma v. D. Scagliola, *Le dichiarazioni dell'imprenditore e del prestatore di lavoro nei licenziamenti individuali*, Milano, 1974, secondo il quale il licenziamento "è una dichiarazione <<onerata>>", in quanto il datore di lavoro deve rispettare i prescritti oneri formali al fine di porre in essere un licenziamento produttivo di effetti; G. Pera, *La cessazione...* cit., 132 e ss.; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 113 e ss.; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 71 e ss.; Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 271 e ss., spec. 309 e ss.; D. Garofalo, *Licenziamento e forma*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2^a ed., Utet, 2007, 196 e ss.

¹⁶⁷ Sulle differenze relative alla natura del vizio caratterizzante il licenziamento orale e l'omessa comunicazione dei motivi di è discusso a lungo in dottrina, in quanto ci si chiedeva come potesse un atto valido ed efficace, quale il recesso formale dal rapporto, diventare in seguito inefficace per omessa comunicazione scritta dei motivi. Secondo alcuni, l'espressione utilizzata dal legislatore sarebbe atecnica,

licenziamento collettivo nel caso in cui manchi la comunicazione scritta del licenziamento, ovvero non sia stata rispettata la procedura di cui all'art. 4 (nell'ipotesi, invece, di violazione dei criteri di scelta, l'art. 5 parla di annullabilità del singolo licenziamento). Anche in tali ipotesi la scelta dell'inefficacia e non della nullità lascia perplessi, in quanto, con riferimento alla violazione dell'obbligo della forma scritta valgono i rilievi poc'anzi sviluppati, mentre, in relazione alla violazione della procedura, trattasi l'art. 4 di norma imperativa, sicché sarebbe stato più appropriato ragionare anche in questo caso di nullità e non di inefficacia.

In realtà, la scelta legislativa dell'inefficacia in luogo della nullità, dal punto di vista meramente pratico, non comporta alcuna conseguenza negativa sul rapporto. Ed infatti, entrambi i vizi non tollerano termini decadenziali (e quindi l'impugnazione) o prescrizionali, così come comportano che l'atto invalidato deve essere considerato come *tamquam non esset*.

Ancor meno rilevanti (anzi potremmo dire inesistenti) sono le differenze dal punto di vista dell'apparato sanzionatorio; infatti, l'inefficacia determina, al pari della nullità, l'inesistenza del licenziamento e, quindi, in ambito di tutela reale, la ricostituzione del rapporto (come se non si fosse mai risolto) e il risarcimento del danno in favore del lavoratore ai sensi dell'art. 18. In caso, invece, di recesso adottato in ambito di tutela obbligatoria, l'accertamento dell'inefficacia del licenziamento, al pari della nullità,

in quanto sia nell'una che nell'altra ipotesi siamo in presenza di nullità, in quanto, da un lato, la forma scritta costituisce elemento essenziale dell'atto – licenziamento, comprendendo in essa sia la comunicazione dell'atto in quanto tale sia dei motivi alla base di esso e, dall'altro lato, perché non può identificarsi un *quid* esterno condizionante la mera efficacia di un atto comunque valido ed efficace in partenza (di tale opinione è M. Persani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in L. Riva Sanseverino – G. Mazzoni, *Nuovo Trattato di diritto civile*, Padova, 1971, 673; E. Ghera, *Diritto del Lavoro*, ult. ed., Cacucci, 276). Secondo altri, invece, bisogna distinguere la comunicazione del licenziamento, soggetta a nullità per assenza di un elemento essenziale del contratto, dalla comunicazione dei motivi, soggetta al regime dell'inefficacia (v. M. Grandi, *La risoluzione delle controversie in tema di licenziamento individuale*, in *RDL*, 1967, 1, 368; F. Santoro – Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1978, 242; F. Mazziotti, *Forma e procedura dei licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, 1991, 73; *idem*, *I licenziamenti...* cit., 74 - 75). Infine, si è detto che poiché l'espressione "inefficacia" risulta inadeguata ad una situazione di vizio intrinseco al negozio, si potrebbe pensare ad un'inefficacia del tutto peculiare, in senso atecnico e, cioè, ad "un'efficacia – inefficacia di situazioni non inerenti all'essere del negozio in sé, ma semplicemente rilevanti sul piano del commercio giuridico, nei rapporti con la controparte, in funzione di quanto la legge si ripromette dalle comunicazioni scritte alla medesima" (così G. Pera, *La cessazione del rapporto...* cit., 144).

comporta l'applicazione della tutela reale di diritto comune¹⁶⁸, anche se non sono mancate pronunce che hanno ritenuto applicabile la sanzione *ex art. 8* per ragioni di coerenza, sistematicità e, soprattutto, per evitare un contrasto tra le più incisive sanzioni disposte per vizi formali e quelle più blande conseguenti all'illegittimità del licenziamento¹⁶⁹, ovvero che hanno riconosciuto in capo al lavoratore il diritto non alle retribuzioni non percepite *medio tempore* (come logica conseguenza del ricorso alla tutela reale di diritto comune – *supra*), ma al (solo) risarcimento del danno¹⁷⁰, ricorrendo alla forza espansiva dell'art. 18¹⁷¹. In ogni caso, il lavoratore è esonerato dall'obbligo dell'impugnazione del licenziamento¹⁷², potendosi tra l'altro pensare alla rinnovazione del licenziamento, esclusa invece nell'ipotesi della nullità, laddove fosse stato accertato esclusivamente il vizio di forma e non anche la sua legittimità (*infra*).

È opportuno chiedersi, allora, se esistano o meno differenze tra nullità e inefficacia o se esse siano sinonimi di uno stesso concetto giuridico.

Come detto, le conseguenze prodotte dai due vizi in esame sono simili, in quanto entrambi determinano la ricostituzione del rapporto e la corresponsione delle retribuzioni, in caso di applicazione della tutela reale di diritto comune, o del

¹⁶⁸ Cfr. Cass. 22 gennaio 1991, n. 542, *FI*, 1992, 1142; Cass. 3 giugno 1992, n. 6741, in *GC*, 1993, I, 81; Cass. 7 settembre 1993, n. 9390, in *MGL*, 1993, 671; Cass. 1 marzo 1996, n. 1596, in *RIDL*, 1996, II, 881. Tutte argomentano l'applicabilità della tutela reale di diritto comune e non anche quella obbligatoria sulla base dell'assunto che quest'ultima è testualmente riferita dal legislatore alla sola ipotesi di illegittimità del licenziamento per assenza di giustificazione. In dottrina v. M. Napoli, *Licenziamenti...* cit., 85 – 88; A. Proto-Pisani, *La nuova disciplina...* cit. 366; M. Magnani, *Il licenziamento disciplinare e i rimedi al recesso illegittimo*, in *RIDL*, 1996, I, 55; A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995, 63.

¹⁶⁹ In quest'ultimo senso v. Cass. S.U. 26 aprile 1994, n. 3965, in *RIDL*, 1995, II, 193; Cass. 18 maggio 1994, n. 4844, in *NGL*, 1994, 376; Corte Cost. 23 novembre 1994, n. 398, in *RIDL*, 1995, II, 3.

¹⁷⁰ V. *ex plurimis* Cass. S.U. 27 luglio 1999, n. 508, in *MGL*, 1999, 1061; Cass. S.U. 12 ottobre 2000, n. 13625, in *OGI*, 2000, 1078; Cass. 9 febbraio 2001, n. 1879, in *OGI*, 2001, 355.

¹⁷¹ Tale tesi è di M. Napoli, *Licenziamenti (voce)...* cit., 85 – 86, il quale afferma che sulla base dell'equiparazione tra nullità ed efficacia, con riferimento al profilo sanzionatorio, “*non si vede perché (tale equiparazione) non debba valere anche per la tutela obbligatoria, una volta che è il legislatore stesso ad estendere tale disposizione al licenziamento nullo*”. Dello stesso avviso è M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 119.

¹⁷² Sul punto, in giurisprudenza v., *ex plurimis*, Cass. 3 novembre 1977, n. 4687, in *MGL*, 1978, 345; Cass. 12 aprile 1980, n. 2356, in *NGL*, 1980, 283; Cass. S.U. 18 ottobre 1982, n. 5394, in *DL*, 1984, II, 31; Cass. 21 febbraio 1984, n. 1236, in *FI*, 1984, I, 2551; Cass. 6 aprile 1990, n. 280, in *DPL*, 1990, 2144. In dottrina, v. G. Pera, *La cessazione del rapporto...* cit., 152; nonché E. Ghera, *Diritto del lavoro...* cit., 268; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 129. *Contra*, sulla base dell'argomento dell'inderogabilità dell'impugnazione, v. tra le tante Cass. 11 ottobre 1978, n. 4560, in *RGL*, 1979, II, 116; Cass. 29 giugno 1981, n. 4225, in *NGL*, 1982, 248. In dottrina, v. R. De Luca Tamajo, *Commento all'art. 2*, in R. De

risarcimento del danno in caso di tutela reale. Sembrerebbe, pertanto corretta, l'affermazione in base alla quale è irrilevante distinguere, dal punto di vista terminologico, la nullità dall'inefficacia¹⁷³. La riflessione, però, non può che essere circoscritta al profilo sanzionatorio. Ed infatti, mentre il licenziamento nullo, che è sempre inefficace, è insanabile (salvo casi eccezionali espressamente previsti dal legislatore)¹⁷⁴, attingendo ai principi generali in tema di invalidità di un atto, e pertanto la dichiarazione di nullità del recesso rende inutile qualsiasi valutazione in ordine alla sua efficacia, il licenziamento inefficace è invalido, ma non è detto che sia illegittimo e, comunque, sarà sempre sanabile. Si pensi, infatti, ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo adottato dal datore senza aver comunicato, pur se richiesti dal lavoratore, i motivi del recesso. In tale ipotesi, infatti, il datore, sanando il vizio di forma sia volontariamente sia *iussu iudicis* (nella sola ipotesi di accertamento dell'inefficacia dell'atto), pur se costretto a sopportare le conseguenze che ne derivano, potrà adottare un nuovo licenziamento sulla base del presupposto giustificatorio che lo aveva indotto ad irrogare il primo licenziamento. E questo, perché, è evidente, l'accertamento giudiziale coinvolge il requisito formale del licenziamento e non anche quello sostanziale, sicché il recesso dichiarato inefficace determina la possibilità per il datore di rinnovarlo, correggendo l'errore formale, in quanto non contrastante con l'eventuale giudicato, purché, come da qualcuno sostenuto, siano rispettati i principi generali in tema di immediatezza, immutabilità e specificità della motivazione a supporto del recesso¹⁷⁵. Diversamente, il giudicato formatosi sull'infondatezza del licenziamento assorbe qualsiasi vizio formale e non consente la rinnovazione del licenziamento fondato sulle stesse motivazioni.

Passando in rassegna le varie ipotesi di licenziamento viziato è emersa una preoccupante eterogeneità di situazioni. Fattispecie uguali vengono disciplinate in maniera diversa, mentre fattispecie diverse vengono disciplinate in maniera uguale.

Luca Tamjo – M. D'Antona (a cura di), *Legge 11 maggio 1990, n. 108: la disciplina dei licenziamenti individuali*, in *NLCC*, 1991, 133; nonché A. Proto – Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 364.

¹⁷³ V., per esempio, quanto affermato da M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 96; nonché F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 72, a parere del quale “*sarebbe stato preferibile usare il termine più appropriato di nullità, non essendovi più alcun dubbio che di essa si tratta e non dell'inefficacia in senso stretto*”.

¹⁷⁴ V. C.M. Bianca, *Diritto civile...* cit., 635 – 638.

¹⁷⁵ V. F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 113.

V'è un evidente confusione, determinata dall'evoluzione del sistema delle tutele parallele, all'interno del quale coesistono tutele difformi; la legittimità di detta disparità di trattamento non è mai stata messa in discussione dalla Corte Costituzionale (*supra*). A ciò si aggiunga che nel disciplinare il *genus* licenziamento, il legislatore, prima, e la giurisprudenza, poi, hanno costantemente attinto ai principi generali del diritto comune, in alcuni casi, come in quelli rientranti nella tutela reale di diritto comune, riproponendoli pedissequamente, in altri, come nelle ipotesi di tutela reale o obbligatoria, discostandosi nettamente da essi: l'assimilazione funzionale tra nullità e annullabilità nella tutela reale o l'illegittimità che non comporta l'invalidità del licenziamento nella tutela obbligatoria ne rappresentano, giusto per fare alcuni esempi, la prova provata. La medesima riflessione, come si avrà modo di sviluppare in seguito, riguarda anche il regime dell'impugnazione del licenziamento, laddove la giurisprudenza, in alcuni casi, ponendosi in evidente contrasto con i principi generali del diritto comune, ha imposta il termine decadenziale dell'impugnazione anche per il recesso nullo o inefficace¹⁷⁶.

È evidente, allora, che, ragionando del rapporto tra diritto civile e diritto del lavoro, emerge un costante tentativo da parte sia della giurisprudenza sia della dottrina giuslavoristica di prendere le distanze dal diritto comune, dal quale vengono carpiri i principi generali, che vengono, però, sistematicamente modellati in base alle peculiarità del rapporto di lavoro.

Ed allora, riproponendo la classificazione iniziale, il rapporto tra il diritto del lavoro e il diritto civile non può essere certamente limitato alla dipendenza del primo dal secondo. Potrebbe essere caratterizzato, è evidente, dalla specialità del diritto del lavoro; ma, probabilmente, sono maturi i tempi per iniziare a ragionare di un'autonomia del diritto del lavoro, attraverso il ricorso ad una teoria generale del diritto del lavoro, laddove i principi generali del diritto comune possono essere sostituiti, ormai, dai principi generali del diritto del lavoro.

3. La messa in mora nel diritto civile...

¹⁷⁶ V. la giurisprudenza "*contra*" citata nella nota 172.

Dall'analisi poc'anzi fatta sull'utilizzabilità delle categorie civilistiche dell'invalidità dell'atto nella disciplina del licenziamento è emersa la difficoltà di considerare perfettamente sovrapponibili le categorie civilistiche con quelle sviluppatesi nel diritto del lavoro. Si è visto, infatti, che ragionando di nullità, annullabilità ed inefficacia del recesso dal rapporto non è possibile ricorrere *sic et simpliciter* alla categorie del diritto comune, le quali costituiscono il referente normativo, ma, in sede applicativa, vengono modellate sulla base delle peculiarità della disciplina lavoristica, fino a creare un *corpus* normativo definibile come "speciale" o "autonomo" rispetto a quello proprio del diritto dei contratti.

Ebbene, tale rapporto di specialità o autonomia viene ancor più in rilievo quando il ragionamento si sposta sulla disciplina della mora.

Come anticipato, tale istituto civilistico entra in rapporto con la disciplina del licenziamento in più di un'occasione. Da un lato, infatti, la messa in mora viene utilizzata per comprendere le motivazioni insite nella scelta del legislatore di preferire una tutela integralmente risarcitoria o sanzionatoria e non compiutamente ripristinatoria dello *status quo ante*; dall'altro lato, per giustificare l'istituto dell'impugnazione stragiudiziale del recesso, laddove ci si chiede se essa rappresenta un sorta di formale messa in mora, ovvero se quest'ultima, pur ragionando di responsabilità contrattuale, sia esclusa o, quantomeno, irrilevante perché sostituita dall'impugnazione *ex art. 6* della legge n. 604 o, ancora, se una non esclude l'altra, ritenendo, oltre all'impugnazione, necessaria anche la formale messa in mora da parte del lavoratore.

Soffermandoci, preliminarmente, sugli aspetti civilistici dell'istituto in questione, il diritto dei contratti prevede due ipotesi di messa in mora: quella del debitore¹⁷⁷ e quella del creditore¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Per una disamina generale della *mora debendi* v. A. Montel, *La mora del debitore*, Padova, 1930; L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, 247 e ss.; W. D'Avanzo, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in M. D'Amelio – E. Finzi (a cura di), *Commentario del codice civile. Libro IV. Delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 94 e ss.; A. Ravazzoni, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1957; *idem*, *Mora del debitore (voce)*, in *Nss.DI*, Utet, vol. X, 1964, 904 ess.; C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218 – 1229)*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile. Libro quarto. Delle obbligazioni*, Bologna – Roma, 1967, 174 e ss.; A. Magazzù, *Mora del debitore (voce)*, in *ED*, Giuffrè, 1974, 934 e ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in A. Cicu – F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVI, t. 1, Milano, 1974, 75 e ss.; U. Natoli – L. Bigliuzzi Geri, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, 226 e ss.

Entrambe le categorie di mora presuppongono una responsabilità del contraente per aver, in un caso, ritardato l'adempimento dell'obbligazione dedotta nel contratto (*mora debendi*) ovvero, nell'altro caso, per averla ingiustificatamente rifiutata (*mora credendi*). Si verifica, in estrema sintesi, una situazione di incertezza intorno allo svolgimento del rapporto obbligatorio¹⁷⁹, in quanto, nel caso di mora del debitore, l'obbligato deve rispondere dell'ingiustificato ritardo¹⁸⁰, ovvero anche dell'inadempimento (in caso di sopravvenuta ineseguibilità della prestazione)¹⁸¹ e, in caso di mora del creditore, persiste l'obbligo del debitore all'esecuzione della prestazione, ma viene meno qualsiasi responsabilità in capo a quest'ultimo, ivi compresa l'eventuale sopravvenuta ineseguibilità della prestazione, a causa dell'ingiustificato comportamento di non cooperazione (inteso in senso lato) del creditore. La messa in mora, pertanto, è lo strumento mediante il quale il creditore, avendo interesse concreto al conseguimento della prestazione¹⁸², richiede (e rivendica)

¹⁷⁸ Sulla *mora credendi* nel diritto civile v. C. Scuto, *La mora del creditore*, Catania, 1905; A. Ravazzoni, *Mora del creditore (voce)*, in *Nss.DI*, Utet, vol. X, 1964, 901 e ss.; G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964; *idem*, *Mora del creditore*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile. Libro quarto. Delle obbligazioni*, Bologna – Roma, 1973, 45 e ss.; G. Giacobbe, *Mora del creditore*, in *ED*, Giuffrè, 1974, 947 e ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto...* cit., 47 e ss.; U. Natoli – L. Bigliuzzi Geri, *Mora accipiendi...* cit., 311 e ss.; G. Visintini, *Mora del creditore*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 1984, vol. IX, Utet, 132 e ss. Con specifico riferimento alla *mora credendi* nel rapporto di lavoro v. L. Mengoni, *In tema di <<mora credendi>> nei rapporti di lavoro*, in *Temi*, 1954, 579 e ss.; G.F. Mancini, *Il recesso unilaterale...* cit.; G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965; E. Ghera, *Spunti critici in tema di mora del creditore di lavoro*, in *DL*, 1970, I, 91 e ss.; F. Liso, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1975, 583 e ss.; E. Ghera – F. Liso, *Mora del creditore (voce)*, in *ED*, Giuffrè, 1974, 977 e ss.; V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, 1992.

¹⁷⁹ V. U. Natoli – L. Bigliuzzi Geri, *Mora accipiendi...* cit., 226 e ss.; A. Magazzù, *Mora del debitore...* cit., 934 – 935.

¹⁸⁰ V. A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 86 e ss., secondo il quale “con la mora solvendi la legge si preoccupa di impedire che il persistere dello stato di inadempimento procuri al creditore un ulteriore aggravamento di quella lesione di interessi che il debitore ha provocato col suo ritardo: e ciò prima ed oltre l'imposizione a costui dell'obbligo di riparare la già avvenuta lesione”.

¹⁸¹ Secondo Magazzù, ragionando di *mora debendi*, “... la situazione di mora, comprendente diversi e particolari effetti sfavorevoli al debitore, viene a giustapporsi a quella derivante dall'inadempimento e, specialmente, dal ritardo nell'adempimento, ma non coincide, né tanto meno si identifica con essa, dalla quale va invece a rigore concettualmente distinta” (v. A. Magazzù, *Mora ...* cit., 944). V. anche G. Mirabelli, *L'atto non negoziale del diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 387, a parere del quale “la situazione di mora tende in via cautelare a soddisfare esclusivamente l'interesse del creditore a ricevere il minor possibile pregiudizio dall'inadempimento del debitore”.

¹⁸² Cfr. V. Panuccio, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, 334, secondo il quale “nel processo di realizzazione del rapporto obbligatorio, la richiesta di adempimento indica appunto il momento in cui l'interesse del creditore al conseguimento della prestazione assume concretamente rilievo”.

formalmente l'esecuzione di essa, ovvero il debitore manifesta la volontà di adempiere all'obbligazione dedotta nel contratto, liberandosi dalle responsabilità derivanti dall'eventuale perimento della prestazione.

Ciò che accomuna le due tipologie di mora, seppur con le dovute differenziazioni, è la previsione della necessaria cooperazione¹⁸³ di entrambe le parti per la soddisfazione dell'interesse del singolo contraente, quest'ultimo, elemento caratterizzante il rapporto obbligatorio¹⁸⁴. Secondo Betti, la cooperazione non è un'entità astratta del rapporto obbligatorio, ma ne costituisce l'elemento qualificante, non soltanto sul piano della disciplina giuridica derivante dal contenuto normativo, ma anche sotto il profilo della funzione sociale della obbligazione¹⁸⁵. La cooperazione, pertanto, costituisce lo strumento necessario per il soddisfacimento dell'interesse della singolo contraente: nel rapporto obbligatorio, insegnava Betti, il vincolo del debitore e, quindi, la sua cooperazione “è la premessa del diritto del creditore”, a differenza del diritto reale, dove, per contro, “la limitazione del soggetto passivo è la conseguenza del diritto del titolare”¹⁸⁶. In relazione, poi, alla posizione del creditore, la cooperazione di quest'ultimo costituisce elemento essenziale per l'adempimento della prestazione da parte del debitore, in quanto, ai sensi dell'art. 1206 c.c., il creditore non solo deve accettare la prestazione ove offerta nei tempi e nelle modalità previste dalle legge o nelle forme d'uso, ma deve anche compiere, nell'esecuzione del contratto, quanto è necessario per mettere il debitore nelle condizioni di adempiere; sicché, *a latere*

¹⁸³ Sulla “cooperazione”, quale momento essenziale del rapporto obbligatorio, v. G. Cattaneo, *La cooperazione...* cit. *Contra*, v. F. Carnelutti, *Appunti sulle obbligazioni*, in *RDC*, 1915, 528 e ss., secondo il quale la “cooperazione” è insita nell'obbligo di adempimento, in quanto l'elemento caratterizzante del diritto di credito è la realizzazione di esso attraverso il comportamento del debitore.

¹⁸⁴ Sull'essenzialità della contrapposizione degli interessi all'interno del rapporto obbligatorio v., *ex plurimis*, S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 46 e ss.; *idem*, *Autonomia privata (voce)*, in *ED*, Giuffrè, 1974, 366 e ss., secondo il quale “nel rapporto giuridico (obbligatorio), la contrapposizione tra situazioni giuridiche è espressiva... della contrapposizione di interessi, nel senso che ciascun termine del rapporto, se pure nella specifica situazione che lo qualifica, è portatore di un autonomo interesse, per la realizzazione del quale il rapporto medesimo è stato posto in essere, attraverso l'utilizzazione degli strumenti che l'autonomia privata consente di impiegare”; -- Irti, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, 1973, 11 e ss.; A. Falzea, *L'offerta reale...* cit., 7 e ss.; G. Giacobbe, *Mora...* cit., 950 – 951.

¹⁸⁵ V. E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.

¹⁸⁶ V. E. Betti, *Teoria generale...* cit., 17; posizione in seguito ripresa da Giorgianni, secondo cui “l'obbligazione, più di ogni altro istituto giuridico, è espressione della vita di associazione ed è sorta proprio per la necessità dell'uomo di soddisfare i suoi bisogni e per l'impossibilità di soddisfare la

creditoris, la cooperazione si realizza attraverso comportamenti positivi, strumentali rispetto alla situazione principale, il cui mancato realizzarsi determina la costituzione in mora dello stesso creditore¹⁸⁷. A *latere debitoris*, invece, la cooperazione non è un'obbligazione strumentale all'adempimento, ma è insita nell'adempimento stesso, in quanto se il debitore non coopera non adempie alla propria prestazione.

Sembrirebbe, pertanto, come da qualcuno sostenuto, concentrando l'attenzione sul ruolo della cooperazione, che vi sia una perfetta simmetria tra la *mora debendi* e la *mora credendi*, quasi a voler ragionare di un'unica categoria di mora, nel senso che come la prima esprime la situazione conseguente al mancato adempimento dell'obbligazione, così la seconda esprime la situazione di mancato adempimento all'obbligo di cooperazione¹⁸⁸. Entrambe, inoltre, avrebbero quale comune denominatore, oltre all'obbligo di cooperazione, anche la necessaria imputabilità della violazione di esso, in quanto quest'ultima non rappresenta un requisito specifico della *mora solvendi*, ma l'elemento essenziale del ritardo imputabile, dal quale deriva la mora sia del debitore sia del creditore¹⁸⁹. Invero, come osservato dai più criticando la predetta tesi, è necessario, comunque, mantenere distinte le due ipotesi perché diverso è il soggetto al quale la legge si riferisce, come diverse sono le condizioni necessarie per il sorgere della mora¹⁹⁰; inoltre – e soprattutto – non è possibile ricondurre la “cooperazione” in un unico concetto generico, in quanto, con riferimento al debitore,

maggior parte di essi nella vita isolata” [v. M. Giorgianni, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Nss.DI*, XI, 1965, Milano, 587].

¹⁸⁷ V. sul punto, G. Cattaneo, *Mora del creditore...* cit., 14 e ss.; G. Giacobbe, *Mora del creditore...* cit., 955, a parere del quale la mora del creditore “costituisce la situazione effettuale conseguente alla verifica di una fattispecie complessa, in cui convergono, per un verso, la mancata cooperazione del creditore e, per altro verso, il compimento da parte del debitore degli atti idonei e necessari per l'instaurazione del procedimento di liberazione”. La necessità della cooperazione, è evidente, rileva nelle obbligazioni di fare e di dare positive e non anche in quelle negative, ovvero in quelle di fare positivo, laddove esse possono realizzarsi in piena autonomia del debitore e, quindi, senza la cooperazione del creditore (su quest'ultimo punto, v. G. Visentini, *Mora del creditore...* cit., 139; G. Cattaneo, *Mora del creditore...* cit., 17, U. Natoli, *L'attuazione del rapporto...* cit., 151 e ss. *Contra*, v. G. Giacobbe, *Mora del creditore...* cit., 956, il quale ritiene che la cooperazione sia necessaria in tutte le tipologie di obbligazioni).

¹⁸⁸ V. U. Natoli, *Mora accipiendi...* cit., 13 e ss.

¹⁸⁹ Sul punto v. A. Falzea, *L'offerta reale...* cit., spec. 185. *Contra* v. G. Cattaneo, *Mora del creditore...* cit., 60 e ss., che esclude che la colpa possa essere considerata come requisito necessario della mora, in quanto, con specifico riferimento alla posizione del creditore, esso “non ha l'obbligo in senso stretto, ma soltanto l'onere di fare quanto occorre perché l'obbligato possa adempiere. Più esattamente, egli non deve fornire al debitore un bene o un risultato utile, ma si trova nella necessità di fare qualcosa per potere procurare a sé stesso il bene o il risultato che gli è dovuto”.

essa rappresenta un comportamento finale e principale dello stesso, indi la mancata cooperazione determina l'inadempimento e, cioè, la mancata attuazione della situazione principale passiva, mentre, in relazione al creditore, la cooperazione costituisce un comportamento strumentale ed accessorio rispetto alla situazione principale attiva¹⁹¹.

4. (segue)... e nel diritto del lavoro

Fatte queste necessarie considerazioni introduttive sull'istituto civilistico della mora, bisogna ora tentare di rapportare quanto sin qui detto al diritto del lavoro e, nello specifico, alla fattispecie del licenziamento.

Una considerazione preliminare, ma essenziale per comprendere quali margini di applicabilità ha l'istituto della mora nel diritto del lavoro, non può prescindere dalla natura sinallagmatica del contratto di lavoro. Da ciò, infatti, deriva che quando si deve ragionare di mora nel diritto del lavoro si deve tenere bene a mente che il singolo contraente assume la qualità di creditore e debitore al tempo stesso e viceversa, seppur in relazione a prestazioni diverse ed in connessione agli interessi specifici che ciascuna di essa è destinata a soddisfare¹⁹²; pertanto, ogni considerazione in tema di utilizzabilità di tale istituto ad una fattispecie tipica del diritto del lavoro, quale è quella del licenziamento, deve valere, indistintamente, sia per il datore di lavoro sia per il lavoratore, con la conseguenza che non bisogna cadere nell'errore di "*trasferire nel quadro della mora credendi effetti che propriamente si producono nella zona debitoria che il creditore in mora contemporaneamente occupa*"¹⁹³, e viceversa.

Entrando nello specifico della riflessione, non esistono, nella legislazione lavoristica, norme che disciplinano l'istituto della mora del datore - creditore, se non incidentalmente laddove è stata disciplinata l'ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro per eventi fortuiti con conservazione del lavoratore del diritto alla

¹⁹⁰ V. G. Cattaneo, *Mora del creditore...* cit., 15.

¹⁹¹ V. G. Giacobbe, *Mora del creditore...* cit., 957.

¹⁹² Sulla qualità di creditore e debitore che entrambe le parti assumono nel contratto di lavoro, pur in relazione ad interessi diversi, v., su tutti, M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, 47 e ss.; S. Magrini, *Lavoro (contratto individuale) (voce)*, in *ED*, Vol. XXIII, Giuffrè, 1973, 381 e ss.; F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, 1985, 183 e ss.; M. Grandi, *Rapporto di lavoro (voce)*... cit., 334.

¹⁹³ Così si è espresso M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 80 - 81.

retribuzione¹⁹⁴, sicché è necessario rinviare a quanto previsto dal codice civile per risalire ai principi generali, che vengono, però, modellati in base alle peculiarità del rapporto di lavoro¹⁹⁵.

Ed infatti, richiamando le situazioni più rilevanti, contro l'inadempimento del lavoratore, inteso in senso lato (cioè, con riferimento agli obblighi sia principali sia strumentali), l'ordinamento non si limita a riproporre i principi generali, che prevedono (soltanto) la risoluzione del rapporto per inadempimento ove esso sia rilevante (art. 1455 c.c.), ma individua, all'interno del potere disciplinare del datore, una serie di sanzioni, diverse dalla risoluzione, che possono essere comminate al lavoratore in proporzione della gravità dell'inadempimento e che non determinano la risoluzione del rapporto, anzi presuppongono la sua conservazione. Inoltre, laddove dovesse verificarsi un evento che determina l'impossibilità assoluta o parziale, ma temporanea della prestazione lavorativa, la sospensione del rapporto determina l'insorgenza in capo al lavoratore di diritti patrimoniali in sostituzione della retribuzione, pur in assenza di prestazione, situazione inesistente nel diritto comune dove la prestazione viene resa soltanto in cambio della controprestazione (*infra*); infine, nel caso di declaratoria di nullità o di annullamento del contratto di lavoro, il lavoratore conserva comunque il diritto a percepire le retribuzioni quale controprestazione dell'attività lavorativa effettivamente prestata (art. 2126 c.c.), contrariamente a quanto avviene nel diritto dei contratti, dove l'invalidità del contratto comporta l'obbligo in capo ai contraenti di restituire quanto percepito durante l'esecuzione del contratto.

A latere datoris, poi, la specialità della mora si manifesta con maggior evidenza, soprattutto con riferimento alla disciplina in esame, laddove alla formale messa in mora da parte del lavoratore in caso di licenziamento non corrisponde il diritto all'esatto adempimento, ma al (solo) risarcimento del danno (*infra*).

¹⁹⁴ Il riferimento è all'art. 6, ult. co., del RDL n. 1825 del 1924, la cd. legge sull'impiego privato; i DPR nn. 1097 e 1098 del 28 luglio 1960, che hanno esteso *erga omnes* l'efficacia degli Accordi Interconfederali del 30 marzo 1946 (per il nord) e del 23 maggio 1946 (per il sud) in tema di sospensione di lavoro o di riduzione di orario disposte dall'azienda o dalle competenti autorità; il D.Lgs.Lgt. n. 788 del 1945, successivamente modificato, in tema di cassa integrazione guadagni.

¹⁹⁵ Sul punto V. Speciale che in tema di mora credendi nel rapporto di lavoro sostiene che l'art. 1206 c.c. costituisce la "*legge fondamentale*" (v. V. Speciale, *Mora del creditore...* cit., 106).

Innanzitutto, si può condividere la tesi in base alla quale, la cooperazione del datore presenta peculiarità che alterano sensibilmente i tratti caratteristici dell'istituto civilistico della *mora credendi*. Le caratteristiche della prestazione lavorativa, infatti, quale obbligazione di fare, consentono di individuare le ipotesi di *mora credendi* nel rifiuto di "ricevere la prestazione" o di cooperare alla sua esecuzione (art. 1206 c.c.). L'obbligo di cooperazione del datore di lavoro non si estrinseca in un'attività di mera ricezione della prestazione, ma presenta un contenuto assai più complesso¹⁹⁶. Ed infatti, mentre nelle ordinarie obbligazioni di fare è il debitore che fornisce l'organizzazione indispensabile all'esecuzione della prestazione (come, ad esempio, nel contratto di appalto), nel lavoro subordinato deve essere il datore – creditore a mettere il lavoratore – debitore nelle condizioni di poter eseguire la prestazione, offrendogli tutto il necessario per l'esatto adempimento, in una logica sia "statica" (azienda, domicilio del lavoratore o altro luogo indicato dal datore) sia "dinamica" (materie prime e attrezzatura messa a disposizione del datore, indipendentemente dal luogo in cui la prestazione viene eseguita)¹⁹⁷. Nello specifico, poi, la cooperazione creditoria si estrinseca anche in obbligazioni accessorie con le quali il datore determina in concreto le modalità di svolgimento della prestazione (indicazione delle mansioni e dell'orario di lavoro, fornitura degli indumenti di lavoro, obbligo di sicurezza, formazione professionale ecc.).

Altra peculiarità della *mora accipiendi* nel diritto del lavoro è insita nelle conseguenze da essa prodotte sul rapporto ed, in particolare, sulla prestazione del debitore.

Nel diritto comune, l'istituto in esame si basa sull'assunto che, in caso di rifiuto ingiustificato a ricevere la prestazione da parte del creditore e di conseguente formale messa in mora da parte del debitore, quest'ultimo non è liberato, se non dopo una determinata procedura stabilita dal legislatore, dall'obbligo di eseguire la prestazione dedotta nel contratto, ma solo dal rischio dell'impossibilità sopravvenuta della

¹⁹⁶ V. M. Dell'Olio, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, in *MGL*, 1979, 517, a parere del quale la cooperazione creditoria non può "essere ricondotta ad un comportamento tipico, quale è l'acceptio della cosa dovuta, ma può consistere in atti di natura molto varia".

¹⁹⁷ Sul punto v. V. Speciale, *Mora del creditore...* cit., 118, che afferma che "la prestazione lavorativa deve essere svolta all'interno del <<complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa>> (art. 2555 c.c.), che costituiscono il presupposto obiettivo necessario per l'espletamento dell'attività lavorativa".

prestazione, che ricade, pertanto, sul creditore. Sicché, fino al verificarsi di tale ultima ed eventuale circostanza, il debitore dovrà essere sempre pronto ad adempiere alla propria obbligazione, non appena rivendicata dal creditore. La mora, in sintesi, presuppone la persistenza dell'obbligazione in capo al debitore. Nel diritto del lavoro, invece, in caso di *mora credendi*, il lavoratore – debitore, una volta costituito in mora il datore, sarà immediatamente liberato dall'obbligo di eseguire la prestazione lavorativa, in quanto l'adempimento tardivo di essa non è ammissibile, perché le *operae praeteritae* diventano *operae peritae* e, quindi, non più recuperabili¹⁹⁸. Conseguentemente, non si può parlare di adempimento tardivo, né di inadempimento, ma di impossibilità definitiva della prestazione, le cui conseguenze sono ricollegabili al rifiuto ingiustificato da parte del datore di ricevere la prestazione, che pertanto immediatamente perisce e, quindi, non possono che ricadere sul datore. La situazione, invece, si capovolge quando si ragiona dell'obbligazione in capo al datore. Qui, infatti, vengono pienamente rispettate le caratteristiche della mora civilistica, in quanto a causa del rifiuto a ricevere la prestazione lavorativa, il datore, da un lato, non può rivendicare in seguito l'adempimento della prestazione da parte del lavoratore, in quanto, come detto, essa una volta non eseguita perisce, ma, dall'altro lato, dovrà comunque adempiere alla obbligazione retributiva. Questa, infatti, non solo sarà sempre eseguibile da parte del datore, ma, in assenza di prestazione lavorativa ed una volta costituito in mora il datore, potrà essere dal lavoratore sempre rivendicata. La specialità della mora "lavoristica" sta proprio in questo: pur venendo meno l'obbligazione in capo al lavoratore, il che escluderebbe il verificarsi di un'ipotesi di *mora credendi* che presuppone la persistenza dell'obbligazione, poiché tale situazione si determina a causa del rifiuto ingiustificato da parte del datore di ricevere la prestazione, questo deve sopportare le conseguenze del perimento della (sola) obbligazione lavorativa, che consistono, essenzialmente, nella persistenza dell'obbligazione retributiva.

¹⁹⁸ Sul punto v. E. Ghera – F. Liso, *Mora del creditore...* cit., 977; G. Ghezzi, *La mora del creditore...* cit., 132; L. Mengoni, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, 278 e ss., spec. 282, secondo il quale "Le operae cessano di essere beni, cioè si consumano, cum transierit tempus, quando non siano prestate a tempo debito. La prestazione lavorativa della giornata lavorativa dovuta per il 1° aprile, scade nell'ultimo istante di questo giorno: ma in questo medesimo istante, l'opera del 1° aprile, che il lavoratore non ha potuto o voluto prestare, perisce, diventa, in questo senso, opera praeterita".

Tale premessa è fondamentale per inquadrare la problematica relativa alle conseguenze derivanti dal licenziamento invalidato, soprattutto con riferimento alla tutela reale. Ed infatti, come si avrà modo di approfondire in seguito, se tutto quello che è stato detto può trovare una conferma nel dato positivo, allora la disciplina *sub art. 18*, prevedendo il solo risarcimento del danno in luogo della retribuzione, pur in presenza di una continuità, prima solo giuridica poi anche funzionale, del rapporto, non solo si discosta – e di molto – dal diritto dei contratti, ma addirittura, confermando le perplessità di molti autori (*supra*), si sostituisce ad essa, predisponendo, però, in favore del lavoratore una tutela di gran lunga inferiore rispetto a quella che sarebbe stata a lui riconosciuta ove non fosse esistito l'art. 18 (*infra*).

Ritornando, però, ai principi generali in tema di *mora credendi* nel rapporto di lavoro, la specialità di essa rispetto alla generale categoria civilistica ha indotto qualche autore a ritenere che l'istituto della mora del creditore non fosse applicabile al diritto del lavoro¹⁹⁹; poiché, infatti, la permanenza dell'obbligazione costituisce presupposto necessario della *mora accipiendi*, dall'istantanea impossibilità della prestazione lavorativa deriva, in capo al lavoratore – debitore, l'impossibilità di compiere un atto qualificabile come “offerta”²⁰⁰, in quanto il datore sarebbe in mora soltanto se potesse rivendicare in seguito l'esecuzione della prestazione da parte del lavoratore.

In critica a tale tesi si è mossa gran parte della dottrina giuslavoristica. Una prima considerazione riguarda la natura della permanenza dell'obbligazione; si è detto, infatti, che essa rappresenta un presupposto “normale” e non “essenziale” della *mora accipiendi*, in quanto “*il codice si limita ad affermare... che il creditore è in mora quando, nonostante l'intimazione postagli dal debitore (art. 1217 c.c.), non compie quanto necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione*”²⁰¹. Una seconda considerazione trae spunto dalla peculiarità del rapporto di lavoro, il quale, “*se da un lato può essere smembrato nella sequenza degli atti esecutivi, dando a ciascuno di essi*

¹⁹⁹ V. G. Cattaneo, *Mora del creditore...* cit., 76; P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1973, 330.

²⁰⁰ Sul punto v. G. Cattaneo, *Mora del creditore...* cit., 76, a parere del quale “è evidente, anzitutto, che non si può offrire una prestazione qualora questa sia divenuta definitivamente impossibile. E se ciò è esatto, deve anche ammettersi che, nei casi in cui la mancata cooperazione del creditore nel tempo prefissato provoca istantaneamente l'impossibilità della prestazione del debitore, quest'ultimo non può più, in un momento successivo, compiere un atto qualificabile come offerta”.

autonomo rilievo (e ciò può essere corretto ove si vogliono analizzare problemi di corrispettività), d'altra parte può essere considerato nella sua natura di rapporto unitario, sia pure ad esecuzione continuata, nel quale il tempo... assolve l'unico compito di determinare la quantità della prestazione e non l'identità della stessa"²⁰², sicché il perimento delle *operae praeteritae* è vicenda che si avvera non assieme alla mancata cooperazione, ma in conseguenza di essa, con tutto ciò che ne deriva.

La mora del creditore, pertanto, nel rapporto di lavoro, non rileva solo in relazione alla liberazione del debitore, che si realizza, come detto, automaticamente ed in via definitiva, ma anche – e soprattutto – in ragione delle conseguenze collegabili all'ingiustificata inattività di cooperazione del creditore all'adempimento, argomento ancor più importante quando si ragiona di licenziamento invalido.

In posizione diametralmente opposta alla tesi che sostiene l'inapplicabilità al diritto del lavoro dell'istituto della *mora credendi* (*supra*), v'è quella che ritiene adempiuto da parte del lavoratore l'obbligo dedotto in contratto non con l'effettiva prestazione lavorativa, ma con la semplice <<messa a disposizione>> del datore²⁰³. In base a tale teoria, contrariamente a quanto si verificherebbe con l'istituto della mora, dove l'offerta della prestazione rifiutata implica in ogni caso l'inadempimento del debitore e, quindi, la necessità di collegare la persistenza dell'obbligazione retributiva in capo al datore nella salvaguardia del sinallagma genetico (*infra*), con la <<messa a disposizione>> delle energie lavorative il debitore non viene considerato inadempiente, avendo comunque adempiuto alla propria prestazione, con la conseguenza che ha sempre ed in ogni caso diritto alla controprestazione, indipendentemente se la prestazione lavorativa è stata effettivamente eseguita o meno.

²⁰¹ Così si sono espressi E. Ghera – F. Liso, *Mora del creditore...* cit., 978.

²⁰² V., ancora, E. Ghera – F. Liso, *Mora del creditore...* cit., 978; ma anche R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, III, Torino, 1969, 35 e ss.; C. Assanti, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Milano, 1961, 85 e ss.

²⁰³ Sostengono tale tesi G. Cattaneo, *La cooperazione...* cit., 78 e ss.; L. De Angelis, *Spunti civilistici in tema di prestazione di lavoro*, in *RGL*, 1973, I, 79 e ss.; F. Mazziotti, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, 139, secondo il quale il datore sarebbe in mora non solo quando non utilizza effettivamente la prestazione lavorativa, ma anche quando non accetta la stessa <<messa a disposizione>>; O. Mazzotta, *Il risarcimento dei danni per il licenziamento illegittimo fra <<sanzione>> e <<adempimento>>*, in *FI*, 1978, I, 2165; M. Bin, *Sospensione del lavoro per sciopero parziale e adempimento dell'obbligazione lavorativa*, in *RTDPC*, 1978, 52 e ss.

Tale tesi, però, nel panorama giuslavoristico risulta minoritaria. Ed infatti, già Ghezzi la riteneva inaccettabile soffermandosi, preliminarmente, sul mero dato testuale dell'art. 2094 c.c., dal quale si desume che il lavoratore non è tenuto alla pura offerta, ma all'effettiva prestazione lavorativa²⁰⁴. A ciò si aggiunga che, sulla base della teoria generale delle obbligazione elaborata agli inizi del '900 da Carnelutti²⁰⁵, viene contestata la concezione che l'obbligazione, derivante dall'interpretazione suddetta, implichi nei confronti del debitore non un comportamento attivo, bensì un mero *pati*²⁰⁶. Un ulteriore critica mossa alla tesi della semplice "messa a disposizione" quale adempimento della prestazione lavorativa, poi, e probabilmente quella più pregnante, riguarda la natura dell'interesse del datore da soddisfare mediante il contratto di lavoro; essendo l'interesse del creditore l'elemento che determina l'instaurazione di un rapporto obbligatorio, non solo va verificata preliminarmente la natura di esso, ma, soprattutto, va accertato il suo soddisfacimento durante l'intero svolgimento e al compiersi dell'obbligazione²⁰⁷. Ebbene, dalla tesi della "messa a disposizione" delle energie lavorative deriva che il datore sarebbe interessato semplicemente ad aver a disposizione un lavoratore, indipendentemente dallo svolgimento di una prestazione lavorativa. Oggetto del contratto, pertanto, dovrebbe essere la disponibilità del lavoratore e non anche l'effettiva prestazione lavorativa. È evidente, invece, che l'interesse del datore, coincidente con la causa del contratto di lavoro, non può che avere natura economica e, quindi, essere rappresentato dall'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa del

²⁰⁴ V. G. Ghezzi, *La mora del creditore...* cit., 39 e ss. Dello stesso avviso è V. Speciale, *La mora del creditore...* cit., 158 – 159.

²⁰⁵ Il riferimento è a F. Carnelutti, *Teoria generale...* cit., 216; già prima, *idem*, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Studi di diritto civile*, Roma, 1916, 177 e ss.

²⁰⁶ Tale posizione è stata espressa da G. Ghezzi, *La mora del creditore...* cit., 177 e ss.; R. Corrado, *Trattato di diritto...* cit., 23 e ss.; G. Suppiej, *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Cedam, 1957; M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, 95 e ss.

²⁰⁷ Un rapporto obbligatorio, infatti "si costituisce per un interesse del creditore ed alla presenza di tale interesse è condizionato l'intero svolgimento ed il compiersi del rapporto" [così, P. Rescigno, *Obbligazioni (voce)*, in *ED*, vol XXIX, Giuffrè, 1979, 145]. Più in generale, sulla rilevanza dell'interesse del rapporto obbligatorio ai fini dell'individuazione delle posizioni debitorie e creditorie v. A. Falzea, *L'offerta reale...* cit., 79; L. Barassi, *Teoria generale...* cit., 56; E. Betti, *Teoria generale...* cit., 51 e ss.; M. Giorgianni, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, Vol. I, Giuffrè, 1968, 58 e ss.; G. Cian, *L'interesse del creditore e la patrimonialità della prestazione*, in *RDC*, 1968, I, 197 e ss.; L. Bigliuzzi Geri – U. Breccia – F.D. Busnelli – U. Natoli, *Diritto civile – Obbligazioni e contratti*, Giuffrè, 1986, vol. III, 3-4; G. Cattaneo, *Della mora del creditore...* cit., 48 e ss.; G. Giacobbe, *Mora del creditore...* cit., 950 e ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio...* cit., 115; F. Galgano,

debitore, quale parte di un ciclo produttivo determinante un guadagno; il mettersi a disposizione, quindi, non fa parte del contenuto della prestazione lavorativa, ma, al massimo, ne rappresenta un presupposto dell'adempimento²⁰⁸ o, al più, un'obbligazione accessoria.

Da quanto sin qui detto è emerso un primo dato inequivocabile. L'istituto civilistico della messa in mora, nonostante le perplessità avanzate da parte della dottrina, trova applicazione anche nel diritto del lavoro, con la precisazione, però, che essa, nel rapporto di lavoro, non rileva solo in relazione alla liberazione del debitore, che si realizza, come detto, automaticamente ed in via definitiva, diversamente dal diritto comune, ma anche – e soprattutto – in ragione delle conseguenze collegabili all'ingiustificata attività di cooperazione del creditore all'adempimento. È quest'ultima, pertanto, la chiave di lettura della *mora creditoris* nel rapporto di lavoro. Offerta la prestazione lavorativa da parte del lavoratore, il datore deve cooperare affinché il primo possa adempiere correttamente al proprio obbligo. Nel momento in cui il datore non consente al lavoratore l'adempimento del proprio obbligo verrà considerato in mora. Da tale circostanza deriva che mentre il lavoratore, in virtù di quanto poc'anzi detto, sarà immediatamente liberato dal proprio obbligo, il datore, invece, avendo ingiustificatamente rifiutato la prestazione, non potrà essere considerato liberato dall'obbligo retributivo, che, pertanto, permane, essendo, tra l'altro, in qualsiasi momento eseguibile.

Rapportando quanto sin qui detto alla fattispecie del recesso dal rapporto di lavoro derivano alcune interessanti (e diverse) conseguenze.

Ragionando, infatti, di recesso in ambito di tutela obbligatoria (o di libera recedibilità), il problema dell'applicazione dell'istituto della mora non si pone. Ed infatti, il legislatore ha previsto una sanzione nel caso di recesso dal rapporto, sempre valido e, quindi, determinante l'impossibilità di ricostituire il rapporto risolto. Dal che è evidente

Diritto civile e commerciale, Cedam, 1990, Vol. II, t. 1, 6 e ss.; U. Breccia, *Le obbligazioni*, in G. Iudica – P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, 1991, 36 e ss.

²⁰⁸ Su tale ultima critica v. E. Ghera – F. Liso, *Mora...* cit., 980. Sul punto v. anche M. D'Antona, il quale, giustamente, ha rilevato che “*se il lavoratore, che si limita a restare a disposizione, adempie, non si può fare a meno di concludere che il creditore può legittimamente fissare anche quel tipo di programma di adempimento, ciò che equivale a dire che il datore di lavoro ha il potere (legittimo) di*

come non si possa ragionare di *mora credendi*, in quanto il presupposto di essa è l'esistenza del rapporto obbligatorio, con la conseguenza che la situazione di mora cessa (o viene in esistenza) nel momento in cui si verifica l'effetto estintivo dell'atto²⁰⁹. Una situazione simile a quella testé analizzata si verifica quando, in ambito di tutela reale, il lavoratore opta per l'indennità sostitutiva della reintegra. Sulla natura di tale indennità e sul rapporto tra essa e la domanda di reintegra si dirà in seguito. Qui preme sottolineare come l'opzione del lavoratore all'indennità in questione comporta che l'atto – licenziamento acquista efficacia, in quanto attraverso essa il lavoratore ha manifestato la volontà di non riprendere servizio. Pertanto, una volta esercitata l'opzione da parte del lavoratore il datore non potrà più essere considerato in mora²¹⁰, con la conseguenza che il primo perde i diritti derivanti dall'accertamento dell'invalidità del licenziamento per il periodo successivo all'opzione. Dubbi potrebbero sorgere ove si ritenesse che l'esercizio dell'opzione all'indennità sostitutiva della reintegra sia ammissibile anche prima della pronuncia giudiziale di accertamento dell'invalidità del licenziamento (ad esempio, già nel ricorso introduttivo o durante il giudizio) (*infra*). In tale ipotesi, infatti, la mora del creditore verrebbe a cessare immediatamente, con la conseguenza che tale opzione potrebbe essere intesa quale accettazione del licenziamento. Da ciò, allora, si potrebbe sostenere che al lavoratore spetteranno l'indennità sostitutiva e il risarcimento del danno soltanto per il periodo dal licenziamento all'esercizio dell'opzione, durante il quale il datore è in mora. Invero, come si avrà modo di approfondire in seguito, si ritiene che, prima dell'accertamento dell'invalidità del licenziamento, l'opzione all'indennità sostitutiva non può produrre alcun effetto, ma costituisce una mera dichiarazione di volontà del lavoratore di avvalersi in futuro di tale strumento, che entra nella disponibilità reale del titolare soltanto a seguito della pronuncia e nel rispetto della procedura e della tempistica stabilita *ex lege*. Una cosa, infatti, è la dichiarazione futura del lavoratore altra cosa è l'esercizio reale dell'opzione, ammissibile soltanto dopo la sentenza, sicché la dichiarazione in corso di causa non può far venire meno la mora del

sospendere, di ridurre l'orario, di non reintegrare, purché presti il corrispettivo dovuto" (v. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 73).

²⁰⁹ V. sul punto G. Cattaneo, *Della mora del creditore...* cit., 36; V. Speciale, *La mora del creditore...* cit., 145.

²¹⁰ Sul punto v. V. Speciale, *La mora del creditore...* cit., 146.

datore e il lavoratore avrà comunque diritto al risarcimento previsto per il periodo dal licenziamento sino all'esercizio effettivo del diritto di opzione (*infra*).

Problemi interpretativi, invece, sorgono quando si discute di licenziamento in ambito di tutela reale, ancor più a seguito della riforma del '90.

Innanzitutto, in detta ipotesi, in caso di invalidità del recesso, al lavoratore è riconosciuto il diritto al risarcimento del danno e non anche alle retribuzioni, in deroga a quanto previsto dal diritto dei contratti. Inoltre, il licenziamento è *ab origine* invalido, sicché il rapporto giuridicamente prosegue, come se il licenziamento non fosse stato mai posto in essere, essendo sospeso, durante il periodo di accertamento dell'invalidità del recesso, la mera funzionalità del rapporto, con la conseguenza, quindi, che la mora si può verificare in quanto persiste il rapporto obbligatorio.

Con l'impugnazione del licenziamento, non essendo previsto un specifico obbligo in capo al lavoratore della formale messa in mora in aggiunta ad essa – altro elemento di specialità dell'art. 18 rispetto al diritto civile – quest'ultimo offre la sua prestazione, che viene ingiustificatamente rifiutata dal datore. V'è da dire che qualcuno ha ritenuto²¹¹ che l'impugnazione del recesso non sostituisce la messa in mora, in quanto, anche nell'ipotesi del recesso sarebbe necessario che il lavoratore offrisse la sua prestazione nelle modalità previste dall'art. 1217 c.c., rappresentando l'offerta elemento costitutivo della fattispecie della mora, sicché ove questa dovesse mancare – non potendo essere sostituita dalla mera impugnazione del licenziamento - verrebbe meno la fattispecie civilistica della *mora credendi* (argomento, questo, utilizzato da chi ritiene inapplicabile l'istituto civilistico della mora del creditore al diritto del lavoro e, nello specifico, alla fattispecie del licenziamento. *Infra*). Qualcun altro ha sostenuto, invece, che l'offerta formale secondo le modalità civilistiche non fosse necessaria ogni qual volta il creditore dimostra inequivocabilmente di non voler cooperare, come avviene nel

²¹¹ Sul rapporto tra impugnazione del licenziamento e messa in mora si dirà approfonditamente in seguito; qui preme soffermarsi su un aspetto preliminare e, cioè, sull'idea, non da tutti accettata, che l'art. 18 escluda l'obbligo della intimazione formale nelle forme d'uso ai sensi dell'art. 1217 c.c. Secondo una parte della dottrina, infatti, il datore non cade in mora soltanto per aver licenziato il lavoratore ingiustamente, ma è necessaria l'intimazione da parte di quest'ultimo nelle forme d'uso previste dal predetto articolo, non potendo essa essere sostituita dall'impugnazione del licenziamento, “*giacché non è detto che essa sia idonea a giustificare l'illazione univoca e sicura della volontà di tornare in fabbrica*” (v. G.F. Mancini, *Art. 18...* cit., 271). Dello stesso avviso sono M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 77

licenziamento²¹², estendendo analogicamente alla *mora credendi* l'art. 1219, co. 2, c.c. in tema di *mora debendi* automatica. Invero, come poc'anzi anticipato, non si ritiene di poter accogliere nessuna delle due interpretazioni su esposte, in quanto la specialità dell'art. 18 rispetto alla disciplina codicistica si manifesta anche con riferimento all'offerta formale della prestazione. Gli effetti della violazione da parte del datore dell'obbligo di cooperazione *latu sensu*, si producono indipendentemente dall'offerta formale della prestazione da parte del lavoratore secondo le modalità previste dal codice civile, andando l'art. 18 a derogare la disciplina generale degli artt. 1206 e ss. c.c., anche perché non diversamente previsto dal legislatore lavoristico. Attraverso l'impugnazione il lavoratore manifesta la volontà di non accettare il licenziamento e, con una contestuale dichiarazione libera, offre la sua prestazione che non viene accettata (offerta, comunque, necessaria nell'ipotesi di licenziamento nullo o inefficace, laddove è esclusa l'impugnazione); l'impugnazione può ben rappresentare quella "formula d'uso" prevista dall'art. 1217, co. 2, c.c., per l'intimazione dell'offerta.

5. La messa in mora e il risarcimento del danno

Il punto di partenza della riflessione sulle conseguenze prodotte dalla *mora accipiendi* nel contratto di lavoro non può che essere costituito dal principio pauliano *qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet*²¹³, in base al quale al debitore delle opere rifiutate spetta sempre ed in ogni caso il diritto alla controprestazione.

Ed infatti, poiché il rapporto si deve intendere come mai risolto, l'offerta del lavoratore riguarda una prestazione che in quel momento risulta essere del tutto possibile ed eseguibile. A seguito del rifiuto da parte del datore, la prestazione lavorativa come detto perisce e quest'ultimo, pertanto, non può che essere considerato in mora, in quanto ha violato quell'obbligo di cooperazione a cui innanzi si faceva riferimento, per aver

– 78; M.G. Garofalo, *Commento all'art. 18...* cit., 266 – 267; U. Romagnoli, *Commento all'art. 18...* cit., 124 e ss.; M. Napoli, *La stabilità reale...* cit., 32.

²¹² V. F. Mazziotti, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, 1982, 236 e ss.; *Idem*, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 523.

²¹³ Il riferimento è al frammento di Paolo D. 19, 2, 38 pr. Sul punto v. anche G. Ghezzi, *Mora del creditore...* cit., 108.

ingiustificatamente rifiutato la prestazione dedotta nel contratto di lavoro, permanendo in ogni caso in capo ad esso l'obbligo retributivo²¹⁴.

A seguito, pertanto, della sentenza di accertamento dell'invalidità del recesso, il lavoratore maturerebbe, in base a quanto sin qui detto, il diritto a rivendicare le retribuzioni e non il risarcimento del danno in sostituzione di esse. Ma il legislatore ha optato per quest'ultima tutela. Eppure, nel panorama lavoristico, in più di un'occasione il legislatore aveva utilizzato il principio pauliano; si pensi, ad esempio, agli artt. 6 della legge sull'impiego privato, 2118 c.c., 5 della legge n. 370 del 1955, 2 della legge n. 7 del 1963 e 2 della legge n. 1204 del 1971, dove il legislatore ha previsto, quale conseguenza del recesso nullo o della sospensione del rapporto, la mora del creditore e, quindi, il diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni maturate *medio tempore*.

Bisogna chiedersi, pertanto, se si tratta di una "scelta mirata" del legislatore, finalizzata ad attribuire specialità all'art. 18, ma allora illogica, in quanto ne consegue un sistema di tutele in favore del lavoratore illegittimamente licenziato di gran lunga inferiore, dal punto di vista sia qualitativo sia quantitativo, a quello potenzialmente derivante dalla applicazione del diritto comune, al quale in ogni caso si rinvia per la disciplina della tutela reale di diritto comune. Ovvero, se si tratta di una "scelta forzata", nel senso che il legislatore ha applicato la disciplina generale del diritto civile, laddove la tutela risarcitoria si sostituisce a quella ripristinatoria dell'esatto adempimento ogni qual volta viene meno l'obbligazione principale (nel caso di specie, quella retributiva) per assenza, imputabile al creditore, del vincolo di corrispettività.

Si propende per la prima ipotesi, anche se è opportuno fare alcune precisazioni. Chi ritiene legittima la previsione risarcitoria, parte da presupposti diversi.

Secondo una parte della dottrina, espressasi soprattutto a ridosso dell'emanazione della legge n. 300, la tutela risarcitoria trova giustificazione in quanto viene negata la possibilità che prima della sentenza il datore sia stato in mora, con la conseguenza che il recesso, contrariamente a quanto sin qui detto, sia idoneo, indipendentemente dal vizio di invalidità o dall'ambito di tutela, ad estinguere il rapporto. All'interno di questo orientamento v'era, da un lato, chi riteneva che nullità, annullabilità ed inefficacia

²¹⁴ Sul punto v. E. Ghera – F. Liso, *Mora...* cit., 981, a parere dei quali "il risultato dell'attività di cooperazione costituisce l'elemento obiettivo senza il quale la prestazione deve ritenersi impossibile".

fossero parole prive di senso, in quanto la sentenza obbligava non alla reintegra, ma al ripristino del rapporto, così da costituirne uno nuovo a tutti gli effetti, con la conseguenza che non si sarebbe potuto parlare mai di tutela reale, ma solo di quella obbligatoria²¹⁵. Dall'altro lato v'era chi sosteneva che in caso di licenziamento annullato il legislatore aveva predisposto una deroga alla disciplina generale, prevedendo un'esclusione sia della convalida sia della retroattività della pronuncia giudiziale. La conseguenza di tale interpretazione era che il licenziamento produceva effetti estintivi sino alla sentenza di accertamento dell'invalidità, a partire dalla quale veniva rimossa l'efficacia estintiva soltanto *ex nunc*, prendendo corpo (solo) da quel momento la stabilità reale²¹⁶.

Un'altra parte della dottrina, invece, pur pervenendo alle medesime conclusioni cui è giunta quella testé citata, da questa si discosta sostenendo diverse argomentazioni. Il licenziamento determina l'estinzione del rapporto, ma la scelta della tutela risarcitoria in sostituzione di quella retributiva deriva dalla necessità di attenuare le conseguenze derivanti in capo al datore dall'illegittimità del licenziamento per il periodo precedente la sentenza, onde evitare che l'incertezza della situazione giuridica in cui si trova il datore nelle more del giudizio e l'eccessiva durata del processo possano determinare conseguenze troppo onerose per il datore²¹⁷. Da qui, discende, per il periodo precedente la sentenza, la detraibilità dall'ammontare del risarcimento di quanto il lavoratore ha guadagnato impiegandosi altrove e di quanto avrebbe potuto guadagnare usando l'ordinaria diligenza (*infra*).

²¹⁵ Di questo avviso sono F.P. Rossi, *La reintegrazione...* cit., 655 e ss.; A. Aranguren, *Autonomia e legge...* cit., 395 e ss.; P. Fanfani, *Il risarcimento del danno...* cit., 381.

²¹⁶ Tale tesi è stata proposta da M. Persiani, *La tutela dell'interesse...* cit., 698 – 700.

²¹⁷ Tale orientamento fu proposto, *de iure condendo*, da G. Giugni, *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in tema di licenziamenti*, in *RGL*, 1966, I, 129. In seguito, v. G. Pera, *Interrogativi sullo <<statuto>> dei lavoratori*, in *DL*, 1970, I, 17; *idem*, *Le controversie...* cit., 1287 e ss.; G. Ghezzi, *I licenziamenti dalla <<penale>> alla <<reintegra>> dei lavoratori*, in *Pol. del Dir.*, 1971, 305 e ss.; A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto dei lavoratori...* cit., 71. In critica a tale orientamento è G.F. Mancini, *Art. 18...* cit., 267, a parere del quale, non solo “è impensabile che il legislatore abbia voluto guardare con indulgenza all'autore di un licenziamento determinato da motivi ideologici o sindacali”, ma tale tesi altresì “svaluta la sanzione per la fase precedente la sentenza, spostando il baricentro della tutela complessiva nella reintegra – retribuzione, ossia in un rimedio che, per il fatto di giungere tardi, corre il rischio di non interessare il lavoratore comune, specie se, com'è probabile, egli abbia nel frattempo trovato una nuova occupazione”. Concorda con Mancini P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina...* cit., 94.

L'orientamento dottrinario maggioritario²¹⁸, però, per giustificare la correttezza della previsione risarcitoria ha utilizzato un presupposto diverso da quelli innanzi indicati e, cioè, il principio della sinallagmaticità del rapporto di lavoro e dell'impossibilità della prestazione lavorativa. In relazione a quest'ultimo elemento, richiamando quanto detto poc'anzi, il lavoratore, in virtù del contratto di lavoro, si obbliga ad eseguire effettivamente la prestazione, costituendo il mettersi a disposizione dello stesso non parte del contenuto della prestazione lavorativa, ma, al massimo, un presupposto dell'adempimento. Sicché, è evidente che nell'ipotesi del licenziamento in ambito di tutela reale, la dichiarazione di disponibilità del lavoratore non può sostituire l'effettiva prestazione lavorativa, che di fatto manca. E, pertanto, se quest'ultima non è stata eseguita, non potendo essere eseguita *ex post* (cioè in virtù della sentenza), in quanto, come detto, l'adempimento tardivo di essa non è ammissibile, perché le *operae praeteritae* diventano *operae peritae* e, quindi, non più recuperabili, in virtù del principio di sinallagmaticità, al lavoratore non potrà essere riconosciuto il diritto alle retribuzioni perché di fatto manca, irrimediabilmente, l'adempimento dell'obbligo contrattuale. È evidente, però, che l'illegittimità del comportamento datoriale, manifestatasi attraverso la mancata cooperazione, che costituisce, pertanto, elemento di specificazione delle conseguenze impeditive dell'evento nei confronti della prestazione del singolo lavoratore²¹⁹, deve in ogni caso essere sanzionato; infatti, secondo questa interpretazione, la prestazione lavorativa non è stata eseguita dal lavoratore, sicché quest'ultimo non avrà diritto alle retribuzioni, ma poiché essa è mancata per colpa, esclusiva, del datore, quest'ultimo, una volta posto in mora, dovrà risarcire i danni subiti dal lavoratore per non aver potuto eseguire effettivamente la prestazione lavorativa e, quindi, ricevere in cambio la controprestazione spettantegli, cioè la retribuzione. Il

²¹⁸ Sull'impossibilità di concepire in capo al datore di lavoro il dovere di corrispondere al lavoratore ugualmente la retribuzione anche in caso di assenza della prestazione lavorativa, dal che deriverebbe in capo al creditore in mora soltanto l'obbligo del risarcimento dei danni subiti dal debitore, si è espressa la dottrina maggioritaria. V., *ex plurimis*, G. Cottino, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *RDC*, 1948, I, 218; L. Mengoni, *In tema di mora...* cit., 581; *Idem*, *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, in AA. VV., *Sciopero e serrata*, Lussemburgo, 1961, 318; G.F. Mancini, *Il recesso...* cit., 234; G. Ghezzi, *La mora del creditore...* cit., 120; A. Falzea, *L'offerta reale...* cit., 110; L. Barassi, *La teoria generale...* cit., 101. Vedi anche in giurisprudenza, Cass. 16 aprile 2008, n. 9988, in *Gius. Civ. Mass.*, 2008, 4; Cass. 3 marzo 2006, n. 4677, in *GC*, 2006, 11, 2338; Cass. 21 marzo 2000, n. 3345, in *OGL*, 2000, I, 467; Cass. S.U. 27 luglio 1999, n. 508, in *RIDL*, 2000, II, 145, nonché Cass. S.U. 5 marzo 1991, n. 2334, in *RGL*, 1991, II, 493.

risarcimento del danno, pertanto, ai sensi dell'art. 18, non potrà che coincidere con le retribuzioni perse dal lavoratore (che ne costituisce di fatto il parametro quantitativo) quale lucro cessante integrale derivante dall'illegittimità del comportamento datoriale.

Tale tesi si poggia essenzialmente sulla crisi del sinallagma funzionale derivante dall'impossibilità, divenuta definitiva per le motivazioni su esposte, da parte del lavoratore di eseguire la prestazione rifiutata, dal che discende il venir meno del diritto alla controprestazione, non potendo però il lavoratore sopportare le conseguenze dell'inadempimento²²⁰. Subentra, in tal caso, la traslazione del rischio per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione a carico del datore – creditore in mora, in virtù dell'art. 1207, co. 1, c.c.

Tale interpretazione giustificerebbe anche l'unificazione, operata dal legislatore del '90, del trattamento risarcitorio riconosciuto in favore del lavoratore ai sensi dell'art. 18, in quanto, se dalla mora del datore durante il periodo dal licenziamento alla sentenza deriva il (solo) risarcimento del danno, è evidente che essa produrrà gli stessi effetti anche per il periodo successivo alla sentenza, laddove dovesse mancare l'effettiva reintegra, in quanto anche in questo caso mancherebbe la prestazione lavorativa e, quindi, l'elemento della corrispettività a giustificazione delle retribuzioni sostituite dal risarcimento del danno²²¹.

Se accogliessimo questa interpretazione, arriveremmo ad una soluzione alquanto anomala, nel momento in cui dobbiamo ragionare se la tutela reale (con riferimento sia a quella speciale *ex art. 18* sia a quella di diritto comune) sia speciale o meno rispetto al diritto comune. Fatta eccezione per le ipotesi in cui è lo stesso legislatore a prevedere il

²¹⁹ Così si sono espressi E. Ghera – F. Liso, *Mora...* cit., 984.

²²⁰ V. G. Ghezzi, *La mora del creditore...* cit., 132.

²²¹ Non va trascurato che, già prima della riforma del '90, alcuni autori, tra cui *in primis* Mancini, in applicazione dei suddetti principi, avevano ritenuto corretta l'opzione legislativa del risarcimento e non corretta quella delle retribuzioni, arrivando ad ipotizzare la necessità di intendere la parola <<retribuzione>>, prevista dal legislatore per il periodo successivo alla sentenza, con <<risarcimento equivalente all'importo della retribuzione>>, anche con riferimento a quelle ulteriori ipotesi, quale ad esempio quella del licenziamento per matrimonio, in cui il legislatore aveva previsto espressamente la tutela retributiva e non risarcitoria. A tal fine, Mancini precisava che le due espressioni non hanno uguale significato, in quanto mentre per il periodo successivo alla sentenza il danno subito dal lavoratore coincide senza residui col lucro cessante (integrale) e, pertanto, sarà necessario parlare di risarcimento equivalente all'importo della retribuzione (quest'ultima espressione utilizzata dal legislatore, Mancini la definisce "*ellittica*"), per quello precedente, invece, il danno subito può non coincidere con le retribuzioni perse, per cui è opportuno parlare soltanto di risarcimento, variabile a seconda del danno effettivamente subito dal lavoratore (v. G.F. Mancini, Art. 18... cit., 270 – 271; *idem*, *Il nuovo regime...* cit., 195 - 196).

diritto del lavoratore a percepire, in caso di illegittimità del licenziamento, le retribuzioni non corrisposte (è l'ipotesi, ad esempio, del licenziamento per causa di matrimonio), in applicazione dei principi generali innanzi individuati, si arriverebbe alla conclusione che la tutela reale *ex art. 18*, in realtà, deve essere considerata "normale", mentre quella di diritto "speciale". Ed infatti, mentre l'art. 18 riconosce al lavoratore il diritto al risarcimento del danno, quindi, attraverso una corretta applicazione dei principi suddetti, che ruotano attorno alla coppia messa in mora / assenza di corrispettività, la tutela reale di diritto comune garantisce il diritto alle retribuzioni, in presenza di *mora credendi*, ma in assenza di corrispettività. Ed allora, è la tutela reale di diritto comune che deve essere considerata tutela a carattere speciale, mentre l'art. 18 altro non è che la corretta applicazione dei principi generali.

A tali conclusioni si giungerebbe anche ove si propendesse per la configurazione della responsabilità del datore come discendente dalla *mora debendi*, anziché da quella *credendi*, così come proposto da Mazziotti²²². Tale Autore ritiene inapplicabile quest'ultimo istituto, in quanto esso "*mira ad altre finalità, quale la liberazione del debitore, con le procedure previste, nel caso di rifiuto a ricevere del creditore*" e l'art. 18 non richiede per il diritto al risarcimento del danno che il prestatore espliciti l'offerta formale della prestazione. Il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, allora, deriverebbe dalla *mora debendi* del datore manifestatasi attraverso l'inadempimento dell'obbligazione retributiva, che permane in quanto il principio della corrispettività non viene meno se il mancato svolgimento della prestazione è dipeso esclusivamente da colpa del datore. Conclude Mazziotti, affermando che, in virtù di detta interpretazione, l'art. 18 non presenta carattere di specialità rispetto alla disciplina generale, per il solo fatto della previsione risarcitoria in sostituzione di quella retributiva, in quanto gli unici elementi di specialità vanno individuati nella permanenza dell'obbligazione contributiva e dei privilegi *ex art. 2751-bis c.c.*, nonché nella ripartizione dell'onere probatorio, con la previsione inderogabile di danno minimo.

Tali tesi, per lo meno nelle sue argomentazioni e nelle conseguenze cui giunge, non può essere accettata per due ragioni. Innanzitutto perché il datore di lavoro, in virtù della natura del rapporto di lavoro, è al tempo stesso creditore (della prestazione lavorativa) e

debitore (dell'obbligo retributivo), sicché non è possibile escludere a priori l'applicabilità della *mora credendi* per lasciare spazio, invece, alla sola *mora debendi*. D'altra parte, ragionando proprio di un rapporto sinallagmatico, non è possibile sostenere che la *mora accipiendi* ha, quale unica finalità, quella di liberare il debitore dalla propria obbligazione, in quanto, come innanzi evidenziato, l'ingiustificato rifiuto a ricevere la prestazione del lavoratore non solo libera quest'ultimo dalla propria obbligazione, ma determina anche la violazione dell'obbligo di cooperazione in capo al datore che altro non rappresenta che l'inadempimento in relazione all'obbligazione retributiva. Sicché, nel rapporto di lavoro, ragionare di *mora debendi* o *credendi* diventerebbe quasi ridondante, al punto che si potrebbe ragionare di un'unica tipologia *mora* (la *mora* "lavoristica"), anche perché le conseguenze che ne derivano sono identiche. Ed infatti, sia che si voglia ragionare di *mora* del creditore del datore per violazione dell'obbligo di cooperazione sia di *mora* del debitore, sempre del datore, per inadempimento dell'obbligazione retributiva, il risultato non cambia in quanto quest'ultima, in entrambe le ipotesi, permane. E qui subentra la seconda perplessità. Pur accettando la tesi della *mora debendi* in sostituzione di quella *credendi*, non si comprende come l'Autore faccia discendere dall'inadempimento del datore il diritto del lavoratore al risarcimento del danno e non alle retribuzioni. Mazziotti, infatti, sostiene che "*se è vero che la retribuzione è un'obbligazione pecuniaria, in quanto tale sempre eseguibile, è vero anche che l'adempimento tardivo è pur sempre inadempimento, con conseguente risarcimento del danno*"²²³. Tale conclusione non può essere in alcun modo accettata. Partendo proprio dall'affermazione dell'Autore e, cioè, dal fatto che l'obbligazione pecuniaria è sempre eseguibile, in applicazione dei principi generali del diritto comune, l'inadempimento determina il diritto del creditore (nel caso di specie, del lavoratore) alla reintegrazione in forma specifica e, quindi, all'esatto adempimento della prestazione ancora eseguibile, salvo optare per il risarcimento per equivalente, necessario soltanto nel caso in cui la prestazione dedotta nel contratto non fosse più eseguibile. Da ciò deriva che se è vero, come dice Mazziotti, che l'obbligazione pecuniaria è sempre eseguibile, il diritto che discende dall'accertamento

²²² Il riferimento è a F. Mazziotti, *Inefficacia del licenziamento...* cit., 654 – 655.

²²³ V. F. Mazziotti, *Inefficacia del licenziamento...* cit., 655.

dell'inadempimento non può essere quello risarcitorio, ma quello retributivo. Per cui, la conclusione cui perviene Mazziotti e, cioè, quella della "normalità" dell'art. 18 rispetto al diritto dei contratti risulta smentita proprio dagli argomenti dallo stesso utilizzati per escludere da essa tratti di specialità.

Ed invece, l'art. 18, proprio perché sostituisce in partenza alla "normale" tutela in forma specifica quella risarcitoria per equivalente, presenta elementi di spiccata specialità, ai quali si aggiungono quelli indicati da Mazziotti.

6. La messa in mora, l'inadempimento e il diritto alle retribuzioni

Secondo, invece, un'altra interpretazione, alla quale si aderisce, permane in capo al datore di lavoro in mora, una volta offerta la prestazione da parte del lavoratore, l'obbligo di corrispondere al lavoratore la retribuzione, anche in assenza della prestazione lavorativa, in quanto essa trova fondamento nel sinallagma genetico e non in quello funzionale²²⁴.

Ed infatti, se è vero che la mera offerta lavorativa non può sostituire l'effettiva prestazione lavorativa, è altrettanto vero che, da un lato, il lavoratore comunque sarà liberato dal proprio obbligo e, dall'altro lato, il rifiuto ingiustificato del datore a ricevere

²²⁴ Tale tesi è stata sostenuta da C. Scuto, *La mora del creditore...* cit., 139 e ss.; L. Barassi, *Il contratto...* cit., 659, il quale, contrariamente a quanto dirà in seguito, ha affermato che "nei contratti commutativi o sinallagmatici il rifiuto di una prestazione non impedisce l'altra tranne se è giustificato... il prestatore di lavoro, una volta offerto il proprio lavoro e questo non venga accettato, ha fatto tutto quello che deve e può pretendere la retribuzione"; U. Natoli, *L'attuazione...* cit., 88 e ss.; *idem*, *Sui limiti legali e convenzionali...* cit., 287; G. Cattaneo, *La cooperazione...* cit., 10 e ss.; T. Treu, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 268; A. Freni – G. Giugni, *Art. 18...* cit., 70; M. Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. Riva Sanseverino – G. Mazzoni (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971, 610 e ss.; F. Liso, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1972, 1083 e ss.; E. Ghera – F. Liso, *Mora...* cit., 999; A. Di Majo, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, in *RGL*, 1975, I, 265 e ss.; P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina...* cit., 67 e ss.; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, in *EGL*, Cedam, 1982, 16; F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto...* cit., 153. In giurisprudenza v., recentemente, Trib. Roma 26 marzo 2008 e Trib. Roma 29 novembre 2007, entrambe in *RGL*, 2009, II, 430 e ss. Sul punto v. anche la posizione di L. Zoppoli, *La corrispettività nel rapporto di lavoro*, Esi, 1991, 314 e ss., il quale, distinguendo tra retribuzione <<quale obbligazione sociale>>, cioè quella permeata dalla tutela di interessi che trascendono il piano dell'autonomia negoziale privata e il cui ammontare viene fissato a prescindere dall'utilità arrecata all'organizzazione datoriale e dal suo concreto valore di mercato, e retribuzione <<quale obbligazione corrispettiva>>, nell'ambito della quale la retribuzione è specificatamente diretta a compensare qualità e quantità del lavoro prestato ed è commisurata all'utilità che la prestazione lavorativa deve arrecare al datore di lavoro, afferma che la prima è dovuta in conseguenza della semplice esistenza del contratto e anche in assenza della prestazione lavorativa per causa imputabile al datore di lavoro, mentre la seconda presuppone sempre ed in ogni caso una prestazione effettiva di lavoro.

la prestazione non può liberarlo da un obbligo, quello retributivo, che non potrà mai divenire impossibile. Pertanto, come è stato giustamente osservato, la verifica della sussistenza della sinallagmaticità, unico presupposto che giustificerebbe la permanenza del diritto del lavoratore alla retribuzione, va rigorosamente inquadrata non in riferimento alla esecuzione in concreto della prestazione, bensì alla sussistenza ininterrotta degli obblighi corrispettivi, con la conseguenza che “*deve ritenersi che la retribuzione vada corrisposta non nella misura in cui il datore abbia utilizzato la prestazione lavorativa, bensì quando sussista inalterato l’obbligo di corrisponderla*”²²⁵. Ed infatti, poiché l’obbligazione pecuniaria è sempre eseguibile, in applicazione dei principi generali del diritto comune, il lavoratore, una volta offerta la prestazione, ha comunque diritto alla reintegrazione in forma specifica e, quindi, all’esatto adempimento della prestazione ancora eseguibile, oltre al risarcimento degli eventuali danni moratori²²⁶, che giustificerebbe, tra l’altro, la tesi, ormai generalmente accolta, della risarcibilità dei danni ulteriori subiti dal lavoratore (*infra*).

Tale situazione si verifica in quanto lo spostamento del rischio in capo al datore in caso di impossibilità dell’esecuzione della prestazione lavorativa dovuta al suo rifiuto determina una configurabilità dell’art. 1207 c.c., nel diritto del lavoro, in termini di specialità rispetto alla regola generale sancita dall’art. 1463 c.c. Questo, infatti, in tema di contratti a prestazioni corrispettive, prevede che la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione. Ed invece, nella fattispecie in esame, la *mora credendi* determina che l’impossibilità sopravvenuta della prestazione della parte, che ha proceduto all’offerta formale e che quindi ha determinato una situazione di mora del creditore, provochi l’estinzione della relativa obbligazione, lasciando tuttavia integro il resto del rapporto e, quindi, il diritto del debitore della prestazione lavorativa alla controprestazione.

Bisogna fare, però, una considerazione. Nel momento in cui il diritto del lavoratore alle retribuzioni viene fatto discendere non direttamente dall’ingiustificato rifiuto a ricevere la prestazione e, quindi, dalla violazione dell’obbligo di cooperazione, ma dalla persistenza dell’obbligazione retributiva derivante dalla situazione di mora e, quindi,

²²⁵ In questi termini si sono espressi E. Ghera – F. Liso, *Mora...* cit., 999.

²²⁶ Sul punto v. *ex plurimis* P.G. Alleva, *L’evoluzione della disciplina...* cit., 106 e ss.

dall'inadempimento contrattuale del datore, il discorso dovrebbe abbracciare non la *mora* del datore, ma il suo conseguente inadempimento²²⁷.

Partendo proprio dalla tesi ghezziiana della *mora credendi* quale causa dell'impossibilità della prestazione e, quindi, della traslazione del rischio in capo al datore, i fautori della tesi in base alla quale al lavoratore spetta il diritto non al risarcimento del danno, come sosteneva Ghezzi, ma alle retribuzioni, hanno ritenuto che da tale situazione è vero che discende l'impossibilità che il lavoratore subisca le conseguenze dell'inadempimento, ma è altrettanto vero che l'impossibilità di eseguire la prestazione perita non esime il datore all'adempiere la controprestazione retributiva, "*poiché il rapporto obbligatorio... resta integro in ogni altra sua parte*"²²⁸.

La crisi del sinallagma funzionale derivante dal licenziamento, pertanto, non intacca quello genetico e, quindi, non impedisce l'attuazione dell'assetto degli interessi desumibile dal contratto; sicché, l'obbligazione retributiva persiste e il datore inadempiente è obbligato a corrispondere al lavoratore non il risarcimento del danno, ma la retribuzione.

La tesi dell'inadempimento del datore, a seguito della persistenza dell'obbligazione retributiva, quale giustificazione del diritto del lavoratore alle retribuzioni, escluderebbe l'applicabilità dell'istituto della *mora credendi*. Un primo argomento di tale esclusione riguarda il rapporto tra impugnazione del licenziamento e messa in mora. Si è ritenuto, infatti, che la prima non sostituisce la seconda, che invece ci deve essere sempre nelle forme d'uso previste dall'art. 1217 c.c.²²⁹. Se il lavoratore non ha offerto la sua prestazione nelle forme d'uso allora il datore non può essere considerato in mora; infatti, questa, non si determina mai automaticamente (come invece può verificarsi per la *mora debendi* ai sensi dell'art. 1219 c.c.), ma necessita di un'iniziativa del debitore che si qualifica non in base alla mera manifestazione di volontà di adempiere (che è idonea ad escludere solamente la *mora debendi* ai sensi dell'art. 1220 c.c.), ma in base

²²⁷ Collegano il diritto del lavoratore alle retribuzioni alla persistenza in capo al datore dell'obbligazione contrattuale della retribuzione, in caso di rifiuto a ricevere la prestazione lavorativa, F. Liso, *Osservazioni sulla mora...* cit., 1068 ss. e E. Ghera, *Spunti critici in tema di mora del creditore*, in *DL*, 1970, I, 95 e ss.; nonché M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 67 – 70.

²²⁸ V. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 68.

²²⁹ V., *ex plurimis*, G.F. Mancini, *Art. 18...* cit., 271; nonché M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 77 – 78.

ad una particolare procedura, comprensiva di intimazione e di constatazione nelle forme dovute. Da ciò deriverebbe che la mancata cooperazione del datore determina “*l’insorgere della <<situazione base>> della mora credendi, ma non è idonea da sola a consentire, non solo, l’applicazione di una speciale disciplina, ma neppure un uso che non sia puramente convenzionale della categoria, in assenza di intimazione – offerta nelle forme d’uso*”²³⁰. Ma, come si è visto innanzi, l’impugnazione del licenziamento può essere considerata una offerta della prestazione nelle “formule d’uso” ai sensi dell’art. 1217, co. 2, c.c.

Un secondo argomento critico, invece, riguarda la traslazione del rischio sul datore a seguito dell’impossibilità sopravvenuta dell’obbligazione e, quindi, del suo perimento. Si è detto, infatti, che il rifiuto della prestazione libera automaticamente il debitore dalla sua obbligazione, che, per la sua natura, diventa impossibile e quindi perisce immediatamente, con la conseguenza che il datore deve sopportare il rischio di tale situazione. Secondo D’Antona e Mancini perché vi sia impossibilità della prestazione e traslazione del rischio in capo al datore deve verificarsi un *quid pluris* (esterno) rispetto alla semplice mora e, cioè, l’evento fortuito che determina la stessa impossibilità della prestazione²³¹. Ed invece, nell’art. 18 l’impossibilità della prestazione diventa un <<effetto indefettibile e costante>> della mora, sicché, atteso che il comportamento omissivo del creditore rende istantaneamente e definitivamente impossibile la prestazione, non si può parlare di mora in quanto essa si verifica soltanto se la prestazione resti possibile e l’obbligazione continui ad esistere, con la conseguenza che l’art. 18 determina l’impossibilità della prestazione, dalla quale però deriva l’inadempimento del datore all’obbligazione retributiva.

Sarebbe, pertanto, l’inadempimento del datore ad essere il punto centrale della vicenda. Ed infatti, nell’art. 18, nella sua formulazione sia originaria sia attuale, viene sanzionato

²³⁰ V. M. D’Antona, *La reintegrazione...* cit., 79; G.F. Mancini, *Art. 18...* cit., 271, secondo il quale non è dato interpretare univocamente l’impugnazione del licenziamento come significazione di una volontà di proseguire il rapporto; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 107. *Contra*, E. Ghera – F. Liso, *Mora...* cit., 992, a parere dei quali nel rapporto di lavoro “*a causa della sua particolare natura si verificherebbe la corrispondenza materiale tra l’offerta nelle forme d’uso (art. 1217) e quella non formale (ex art. 1220) che è idonea ad escludere la mora del debitore*”, donde l’automatico sorgere della mora al momento del rifiuto, il quale a sua volta, in ragione della “*continuità della prestazione di lavoro, rende superflua una specifica intimazione per futuro prossimo*”.

²³¹ Il riferimento è a M. D’Antona, *La reintegrazione...* cit., 80 e a G.F. Mancini, *Art. 18...* cit., 270.

il medesimo contegno lesivo: la situazione determinata dal licenziamento non è altro che una situazione di continuato inadempimento da parte del datore di lavoro, che sorge nel momento stesso in cui si verifica la mancata utilizzazione della prestazione lavorativa.

Non sembra corretto escludere l'applicabilità alla fattispecie del licenziamento della *mora credendi*, così come, però, anche il riferimento all'inadempimento del datore sembra essere pertinente.

Innanzitutto, non si condivide l'idea in base alla quale nel rapporto di lavoro e, in particolar modo, nella disciplina del licenziamento, sia necessaria l'intimazione formale da parte del lavoratore prevista dal diritto comune, così come l'impugnazione del licenziamento non rappresenti la manifestazione della volontà dello stesso di "tornare in fabbrica". Con l'impugnazione del licenziamento il lavoratore non solo offre formalmente la sua prestazione, dalla quale deriva, come detto, l'immediata liberazione dalla sua obbligazione, senza necessità di ulteriori formalità, stante appunto la natura di tale prestazione come obbligazione di fare e non di dare; ma, sia espressamente sia implicitamente, manifesta la volontà di non accettare il licenziamento e di voler riprendere immediatamente servizio. Inoltre, con riferimento al recesso nullo o inefficace, stante la non necessaria impugnazione, il lavoratore deve offrire la prestazione per determinare la mora del datore di lavoro e, quindi, rivendicare le retribuzioni o il risarcimento del danno.

Si deve, pertanto, ragionare sia di *mora accipiendi* sia di inadempimento del datore. È opportuno precisare, però, che la distinzione tra *mora credendi* ed inadempimento, nel caso in esame, sembra avere più che altro una valenza meramente terminologica. È lo stesso D'Antona, infatti, che, sposando la tesi dell'inadempimento quale causa del mantenimento del diritto del lavoratore a ricevere le retribuzioni, afferma che la crisi del sinallagma funzionale deriva dalla situazione di mora del creditore – datore di lavoro²³². L'inadempimento, cioè, si verifica perché c'è una situazione di *mora credendi*. Per cui, sembra corretto ritenere che tra *mora credendi* ed inadempimento non vi sia un'esclusione reciproca, ma uno stretto rapporto di funzionalità: se il datore rifiuta la prestazione è in mora e se è in mora non adempie alla controprestazione, in quanto non

è pensabile che il datore corrisponda la retribuzione ad un lavoratore dopo averne rifiutato la prestazione, se non legittimamente; se il datore non adempie alla propria prestazione è perché non ha ricevuto in cambio la controprestazione, situazione che, eliminando l'ipotesi dell'inadempimento del lavoratore, può essere determinata solo dalla sua mora.

Bisogna, in ogni caso, dare atto dell'esistenza di un orientamento dottrinario, pur minoritario, che esclude l'applicabilità alla fattispecie in esame sia della *mora credendi* sia di quella *debendi*, individuando nella previsione risarcitoria contenuta nell'art. 18 l'automatica sanzione per il licenziamento di cui sia stata accertata l'inefficacia o l'invalidità²³³. Tali autori ritengono che il diritto alle attribuzioni patrimoniali previste dall'art. 18 discende in modo automatico dall'accertamento dell'invalidità del licenziamento, non essendo necessario né alcuna rivendicazione formale né che sia provata la prontezza ad adempiere.

Da quanto sin qui detto emerge che la tutela reale *ex art. 18*, prevedendo il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, anziché alle retribuzioni, non può che essere considerata norma speciale, laddove trascura i principi su esposti, nonché quello della sussistenza della corrispettività attraverso la permanenza in capo al datore dell'obbligo retributivo. D'altra parte, nel rapporto di lavoro si dovrebbe parlare, in generale, di mora "speciale" del creditore – datore di lavoro, modellata sulle peculiarità del rapporto di lavoro²³⁴, in quanto in tutti i casi di sospensione o interruzione del rapporto mancherebbe sempre l'effettiva prestazione e, quindi, la sinallagmaticità funzionale del rapporto, con conseguente esonero del diritto del lavoratore alle retribuzioni. Ed invece, nel diritto del lavoro, v'è il generale principio in base al quale la sospensione funzionale del rapporto (alla quale può essere assimilata l'ipotesi dell'interruzione della funzionalità di esso in caso di licenziamento in ambito di tutela reale), non determina il venir meno del diritto del lavoratore alle retribuzioni, pur in assenza della corrispettività²³⁵. Si pensi, ad esempio, all'istituto della sospensione cautelare. Essa,

²³² V. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 69.

²³³ Di questo avviso sono M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 122 – 123; M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 266 – 269; A. Di Majo, *I licenziamenti illegittimi...* cit., 265 e ss.

²³⁴ Di mora "speciale" ha parlato O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 751.

²³⁵ Si veda, ad esempio, l'art. 6 del Regio Decreto n. 1825 del 1924 in tema di sospensione del rapporto dovuta a causa di forza maggiore, ovvero alle ipotesi di permessi retribuiti, di ferie. Per una rassegna delle

come è noto, non costituisce un provvedimento disciplinare, ma piuttosto una misura cautelare provvisoria e strumentale all'esercizio del potere disciplinare²³⁶. Durante tale periodo il datore non può che essere considerato in mora, in quanto rifiuta la prestazione lavorativa senza alcuna giustificazione, in quanto la sospensione cautelare, non rientrando nella sfera del potere disciplinare, rappresenta una volontaria sospensione del rapporto da parte del datore, che non può far venire meno l'obbligazione retributiva. Per cui, se alla sospensione non segue il licenziamento, *nulla questio*, in quanto il lavoratore avrà diritto ad ottenere (o a trattenere) la retribuzioni maturate durante tale periodo. Se, però, alla sospensione segue il provvedimento espulsivo, comunque il diritto del lavoratore alle retribuzioni maturate durante la sospensione non può venir meno, in quanto esse discendono direttamente dalla *mora accipiendi* del datore e il licenziamento non può retroagire all'inizio del periodo di sospensione, in quanto, come detto, esso non rappresenta manifestazione del potere disciplinare e va intesa semplicemente come rifiuto del datore di ricevere la prestazione lavorativa.

Inoltre, l'art. 6 della legge sull'impiego privato citata prevede espressamente il diritto del lavoratore a percepire la retribuzione in tutti i casi di sospensione del rapporto voluto direttamente dal datore, nel quale rientra, è evidente, anche la sospensione cautelare.

Quanto appena detto conferma ancora una volta la specialità dell'art. 18 – e della mora ivi prevista – rispetto alla categoria generali del diritto comune.

Si è volutamente ragionato di licenziamento invalido, senza distinguere le ipotesi di nullità (o inefficacia) e di annullabilità, limitando l'analisi alla coppia oppositiva tutela

ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro, anche con diritto alla retribuzione, v. G. Branca, *Conservazione del rapporto*, in L. Riva Sanseverino – G. Mazzoni, *Nuovo Trattato di diritto civile*, Padova, 1971, 540 e ss. Sul punto si veda anche P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina...* cit., 91 – 92; P. Sandulli, *Commento all'art. 18...* cit., 557; *idem*, *Servizio militare*, in *Nss.D.L.*, vol. XVII, Torino, 1969.

²³⁶ Sulla natura del provvedimento di sospensione cautelare v., in dottrina, L. Montuschi, *Commento all'art. 7*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna – Roma, 1979, 57 e ss.; G.G. Balandi, *Il procedimento penale a carico del lavoratore*, in *RTDPC*, 1980, 940 e ss.; G. D'Auria, *La sospensione cautelare non disciplinare: osservazioni su di una giurisprudenza recente*, in *RGL*, 1982, II, 327 e ss.; M. Rusciano, *Sospensione del rapporto di lavoro (cause di) (voce)*, in *EGT*, 1984, 1 e ss.; M. Papaleoni, *Ratio della sospensione cautelare*, in *GCiv.*, 1987, I, 2029 e ss.; E. Balletti, *La sospensione cautelare del lavoratore sottoposto a procedimento penale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, II, Cedam, 1988, 47 e ss. In giurisprudenza, v. *ex plurimis*, Cass. 26 luglio 1984, n. 4421, in *RIDL*, 1985, II, 360; Cass. 10 dicembre 1986, n. 7350, in *DPL*, 1987, 1443; Cass. 17 luglio 1990, n. 7303, in *NGL*, 1990, 680.

obbligatoria / tutela reale, in quanto, mentre, come detto innanzi, con riferimento alla prima tipologia di tutela non può essere messa in dubbio l'inapplicabilità dell'istituto della *mora credendi*, con riferimento alla seconda, invece, si è ritenuto di non dover distinguere le due categorie di invalidità, determinando le stesse le medesime conseguenze sul rapporto. La sentenza che ricostituisce il rapporto fa riemergere, oltre alla sinallagmaticità genetica, mai estinta, anche quella funzionale, sicché, il datore in mora, perché ha rifiutato illegittimamente la prestazione lavorativa, dovrà adempiere alla propria obbligazione di fatto mai venuta meno. La specialità dell'art. 18 sta proprio nel fatto che l'obbligazione principale viene sostituita con quella risarcitoria.

Napoli, invece, ragionando di *mora credendi*, ha affermato che tale istituto civilistico non fosse generalmente applicabile alla fattispecie del licenziamento²³⁷. Innanzitutto perché, concordando con un preciso orientamento giurisprudenziale²³⁸, se la retribuzione è il corrispettivo per aver lavorato, il non aver potuto lavorare non genera il diritto al conseguimento di essa (perché ciò implica la vigenza del rapporto), ma è foriera del diritto al risarcimento del danno che, però, deve coincidere con le retribuzioni mancate; in secondo luogo, perché dall'applicazione dell'istituto in esame anche alla fattispecie del licenziamento, soprattutto in ambito di tutela reale, deriverebbe una disparità di trattamento tra recesso nullo e annullabile, non essendo possibile applicare in quest'ultima ipotesi l'istituto della mora, in quanto, poiché soltanto l'annullamento del licenziamento provoca la ricostituzione *ex tunc* del rapporto, l'offerta della prestazione prima della sentenza costituisce "un mero artificio"²³⁹.

Ebbene, premesso che il problema evidenziato deve essere necessariamente circoscritto al licenziamento adottato in ambito di tutela reale, non concordiamo con tale affermazione per i seguenti motivi.

Innanzitutto perché, in virtù di quanto detto sinora, quando si ragiona di tutela reale si deve tenere presente che la vigenza del rapporto non può essere messa in discussione, in quanto, al massimo, viene meno la funzionalità di esso, che con la sentenza viene

²³⁷ Si vedano, a tale proposito, due suoi contributi e, cioè, *La stabilità reale...* cit., 29 e *La tutela reale...* cit., 135.

²³⁸ Espresso, essenzialmente, da Cass. 31 maggio 1986, n. 3688, in *FI*, 1986, I, 2765; nonché Cass. 3 aprile 1986, n. 2296, in *IP*, 1986, 1305.

²³⁹ V. M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 136.

ristabilita *ex tunc*, ma non la sua esistenza giuridica. Quindi, l'affermazione in base alla quale la retribuzione non è dovuta perché la prestazione non è stata resa, non solo fa propendere l'ago della bilancia verso la corrispettività legata all'effettiva dell'adempimento delle obbligazioni innanzi criticata, ma attribuisce validità al licenziamento *ab origine*, contrariamente a quanto sinora ritenuto.

In secondo luogo perché, si ritiene che l'istituto della mora sia applicabile anche all'ipotesi di licenziamento annullato, determinando una omogeneità di soluzioni, senza dover distinguere tra le due categorie di invalidità²⁴⁰. Ed infatti, contrariamente a quanto ritenuto da Napoli, pur dovendo concordare con il principio, peraltro generale, che l'annullamento, diversamente dalla nullità (o dall'inefficacia) determina la ricostituzione del rapporto soltanto a seguito della sentenza, non si può omettere di considerare che quest'ultima determina la ricostituzione non della giuridicità del rapporto, mai estinto, ma solo della sua funzionalità, con la conseguenza che tutte le iniziative poste in essere in seno ad un rapporto esistente, da parte sia del datore sia del lavoratore, durante tale periodo, con la sentenza retroattiva di annullamento acquistano efficacia, sicché da essere "meri artifici" diventano situazione reali e concrete. Così, a mero titolo esemplificativo, a *latere datoris* sarà ammessa l'adozione di un secondo licenziamento nelle more del giudizio (*infra*); a *latere lavoratoris*, invece, produrrà effetti l'offerta formale della prestazione, con conseguente diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni e non il (solo) risarcimento del danno, oltre ai contributi e alla maturazione dell'anzianità aziendale.

7. L'estinzione del rapporto di lavoro...

L'analisi del rapporto tra diritto civile e diritto del lavoro deve concludersi con la verifica dell'utilizzabilità da parte del secondo di ulteriori ipotesi di estinzione del rapporto previste dal primo, diverse dal recesso.

²⁴⁰ Sul punto v. A. Freni – G. Giugni, *Art. 18...* cit., 70, a parere dei quali l'invalidità del licenziamento, senza distinguere tra nullità o annullabilità, comporta che "il rapporto non possa ritenersi estinto e perciò configura come illecito il comportamento del datore di lavoro concretatosi nel rifiuto di ricevere senza motivo legittimo, dato che il rapporto non si è estinto, la prestazione di lavoro e di corrispondere la correlativa controprestazione". *Contra*, F. Liso, *Osservazioni sulla mora...* cit., 1094, il quale, ragionando di *mora credendi*, tende a mantenere distinta l'ipotesi del licenziamento nullo, per la quale si applica l'istituto della mora, da quella del licenziamento annullato, ove tale istituto non si applica.

Il licenziamento, come detto all'inizio del presente capitolo, rappresenta un'ipotesi di recesso, quale causa di estinzione del contratto per volontà delle parti (al fine di non distinguere tra estinzione voluta dal datore ed estinzione voluta dal prestatore, perché collocati, almeno teoricamente, sullo stesso piano), laddove attraverso un atto stragiudiziale un soggetto può interrompere il rapporto contrattuale²⁴¹. Il licenziamento, pertanto, è un atto negoziale unilaterale e recettizio, efficace una volta comunicato all'altra parte e valido se esercitato nei limiti imposti dalla legge²⁴².

Ci si chiede, a questo punto, se oltre al licenziamento sia ammissibile nel diritto del lavoro il ricorso alle ipotesi civilistiche di risoluzione legale del contratto collegate all'inadempimento, all'impossibilità sopravvenuta e all'eccessiva onerosità. Infine, è opportuno ragionare quali margini di operatività hanno, nel diritto del lavoro, la risoluzione del rapporto per mutuo consenso e l'apposizione nel contratto di una condizione di risoluzione del rapporto.

7.1. (segue)... la risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta

Partendo dall'analisi delle ipotesi di risoluzione legale del rapporto si può subito sostenere che quella legata all'inadempimento, ai sensi dell'art. 1453 c.c., e quella derivante dalla sopravvenuta eccessiva onerosità *ex art.* 1467 c.c., non possono trovare applicazione nel diritto del lavoro, stante la peculiarità del rapporto e delle obbligazioni derivanti.

Con riferimento, infatti, alla risoluzione del contratto per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c., si ritiene che, ad eccezione dei licenziamenti per motivi oggettivi inerenti l'attività d'impresa, il recesso dal rapporto di lavoro avviene sempre per inadempimenti imputabili al lavoratore. Si potrebbe dire, anzi, come da qualcuno già

²⁴¹ Sul punto v. L. Barassi, *Il contratto di lavoro* cit. che si sofferma sulla stragiudizialità del recesso rispetto alla risoluzione giudiziale e sull'idoneità della dichiarazione di volontà a produrre l'effetto estintivo; da ultimo v. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 35.

²⁴² Sulla distinzione tra cause di estinzione del contratto di lavoro per volontà e cause di risoluzione legale, limitatamente all'ipotesi di impossibilità sopravvenuta, v. G. Suppiej – M. De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro...* cit., 367 – 372.

sostenuto²⁴³, che il licenziamento per inadempimento riassume la risoluzione giudiziale civilistica, avendo un'estensione maggiore rispetto a quest'ultima, in quanto l'art. 1455 c.c. prevede che il contratto possa essere risolto soltanto per un inadempimento di notevole importanza, avendo riguardo all'interesse dell'altra parte, mentre il licenziamento può essere adottato non solo per inadempimenti gravi, essendo prevista una modulazione di gravità tra quanto previsto dall'art. 3 della legge n. 604 e l'art. 2119 c.c.²⁴⁴. Inoltre, a differenza della risoluzione civilistica, il licenziamento per inadempimento, ontologicamente disciplinare, presuppone l'esistenza di una procedura ben definita dal legislatore all'art. 7 della legge n. 300, che si sostanzia in un requisito di regolarità del licenziamento stesso²⁴⁵. È evidente, pertanto, che le due fattispecie di estinzione del contratto in esame non possono essere considerate equivalenti, ma, necessariamente, il licenziamento rappresenta una forma speciale di estinzione del contratto per inadempimento, in quanto presuppone un vincolo procedurale a garanzia della giustificatezza del licenziamento²⁴⁶ e non richiede la risoluzione giudiziale ma lo strumento del recesso stragiudiziale.

In relazione, invece, alla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, l'art. 1467 c.c. presuppone che durante l'esecuzione del contratto la prestazione di una delle parti sia diventata eccessivamente onerosa a causa del verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili.

²⁴³ V. L. Mengoni, *La stabilità dell'impiego...* cit., 262; O. Mazzotta, *Diritto del lavoro...* cit., 621; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 19. *Contra*, v. G.F. Mancini, *Il recesso unilaterale...* cit., 77; L. Montuschi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1973, 238; P. Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, 1994, 200 e ss.

²⁴⁴ Intendendo per inadempimento quello <<oggettivo>>, cioè quello riferibile alla violazione sia degli obblighi contrattuali principali e, cioè, quelli legati alla prestazione dedotta nel contratto, sia quelli secondari di correttezza. Sul punto si vedano L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (voce)*, in *ED*, vol. XXXIX, Giuffrè, 1988, 1098; C.A. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 1999, vol. IX, Utet, 238; O. Mazzotta, *Diritto del lavoro...* cit., 652; L. Nanni, in L. Nanni – M. Costanza – U. Carnevali (a cura di), *Risoluzione per inadempimento. Artt. 1455 – 1459*, Vol. I, t. 2, Zanichelli, 2007, 24. In giurisprudenza v. Cass. S.U. 29 maggio 1995, n. 6041, in *RIDL*, 1995, II, 898; Cass. 7 novembre 2000, n. 14466, in *GCM*, 2000, 2269.

²⁴⁵ V. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 22.

²⁴⁶ Sul punto si veda Cass. 30 marzo 2007, n. 7880, in *LG*, 2007, 889, a parere della quale attraverso la giustificatezza del licenziamento si riesce a rendere effettivo il principio costituzionale *audiatur et altera pars*, che rappresenta “un'indefettibile garanzia di ogni prestatore di lavoro incolpato di un addebito prima che il datore di lavoro determini, con un suo atto unilaterale, conseguenze negative nella sua sfera soggettiva”.

Ebbene, come giustamente osservato, tale precetto non può trovare applicazione nel contratto di lavoro in quanto sulla proporzionalità tra le due prestazioni incide, in maniera significativa, l'immediata precettività dell'art. 36 Cost.²⁴⁷. A ciò si aggiunga che la contrattazione collettiva adegua, periodicamente, il valore economico della prestazione lavorativa; pertanto, *a latere datoris*, l'obbligazione retributiva non potrà mai essere considerata eccessivamente onerosa, in quanto sarà parametrata sempre alla qualità e alla quantità del lavoro prestato dal lavoratore, sulla base delle disposizioni legali e contrattuali. Anzi, si potrebbe sostenere che nel contratto di lavoro la normativa civilistica di riferimento debba essere l'art. 1467, co. 2, c.c., laddove si prevede che la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta non può essere richiesta se quest'ultima circostanza rientra nell'alea normale del contratto. Ed è evidente che, nel contratto di lavoro, l'adeguamento periodico del valore della retribuzione, pur a parità di attività dal punto di vista sia qualitativo sia quantitativo, rappresenta una peculiarità del contratto e, quindi, rientra nella normale alea del contratto.

Potrebbe essere il lavoratore, invece, a lamentare di ricevere una prestazione non adeguata a quella da lui resa. In tal caso, però, il lavoratore non agirà mai, salvo ricorrere alle dimissioni per giusta causa, per la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, quanto opterà per l'azione giudiziale volta ad ottenere differenze retributive, salvaguardando l'esistenza del contratto.

7.2. (segue)... per impossibilità sopravvenuta

Diversa, invece, è la situazione del licenziamento per impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa.

Ci si chiede, infatti, se la disciplina dei licenziamenti individuali coinvolga anche quegli eventi fortuiti, non rientranti nella fattispecie dell'inadempimento, ma pur sempre riguardanti la posizione del debitore, che determinano l'impossibilità definitiva dell'obbligazione lavorativa. Il dubbio nasce dal fatto che la normativa in tema di licenziamento individuale fa riferimento, quando si sofferma sulla posizione contrattuale del lavoratore, esclusivamente all'ipotesi dell'inadempimento, sicché sembrerebbe esclusa, almeno a prima vista, l'ipotesi del recesso dal rapporto per

²⁴⁷ V. G. Suppiej – M. De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro...* cit., 369.

impossibilità sopravvenuta della prestazione dalla disciplina in tema di licenziamento individuale, dovendo, invece, applicare quella codicistica.

Innanzitutto, prima di verificare in quale ipotesi sia adottabile un licenziamento per impossibilità sopravvenuta della prestazione, è necessario premettere che la giurisprudenza oramai esclude qualsiasi ipotesi di legittimo recesso dal rapporto per impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa se essa sia imputabile a responsabilità del datore²⁴⁸.

Tale principio, in verità, costituisce la corretta applicazione di quelli civilistici in tema di risoluzione o conservazione del contratto per impossibilità sopravvenuta, rispettivamente definitiva e temporanea, della prestazione.

Ed infatti, in base all'art. 1463 c.c. qualora si verifichi, nell'ipotesi di contratto a prestazioni corrispettive, un'impossibilità assoluta di una delle prestazioni dedotte nel contratto, la parte liberata da detto evento non può rivendicare la controprestazione, anzi deve restituire (la medesima o una equivalente) quella che ha già ricevuto. È evidente che detto principio presuppone che l'impossibilità definitiva della prestazione non sia imputabile a nessuno dei contraenti.

È opportuno, pertanto, circoscrivere l'indagine alle ipotesi di impossibilità della prestazione che prescindono dalla responsabilità del datore.

Ragionando *a latere datoris*, per iniziare, l'obbligazione pecuniaria non può mai diventare impossibile in quanto trattasi di obbligazione generica (*genus numquam perit*), pertanto non è possibile che si verifichi una situazione dalla quale derivi l'impossibilità di dare una somma di denaro²⁴⁹.

A latere lavoratoris, invece, la prestazione lavorativa può facilmente divenire impossibile, anche in relazione a circostanze collegate alla persona del lavoratore. Qui, allora, è necessario distinguere l'ipotesi in cui tale evento si verifica per colpa del datore da quella in cui nessuna dei contraenti può essere considerato responsabile.

²⁴⁸ Si pensi, ad esempio, al licenziamento per superamento del periodo di comportamento ritenuto dalla giurisprudenza illegittimo se la malattia è insorta (e si è protratta) a causa della condotta datoriale (v. *ex plurimis* Cass. 19 dicembre 2006, n. 27150; Cass. 19 gennaio 2002, n. 572, in *RIDL*, 2002, I, 855; Cass. 18 aprile 2000, n. 5066, in *NGL*, 2000, 604. Ovvero, all'impossibilità di licenziare il lavoratore divenuto disabile soltanto in corso di rapporto a causa di un infortunio o di una malattia professionale, indipendentemente dalla possibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni (*ex art. 1, co. 7 della legge n. 68 del 1999*).

Nel primo caso, come detto in occasione della mora, la prestazione di lavoro può diventare impossibile o perché il datore l'ha ingiustificatamente rifiutata, il che determina, in ragione della natura di essa, l'immediato perimento di essa e la non eseguibilità assoluta (*supra*), ovvero perché si è verificato un impedimento legato alla persona del lavoratore, addebitabile al comportamento del datore, che determina l'impossibilità della prestazione lavorativa. Nel primo caso, però, sarà necessario parlare di impossibilità temporanea, in quanto in qualsiasi momento il datore potrà rivendicare o accettare l'offerta debitoria delle prestazioni future, determinando l'impossibilità sopravvenuta della prestazione conseguenze (risarcitorie o retributive – *supra*) contingenti con esclusivo riferimento al periodo di non accettazione dell'offerta lavorativa. Nel secondo caso, invece, l'impossibilità di eseguire la prestazione per fatto riguardante la persona del lavoratore, ma imputabile al datore, potrà essere sia temporanea ed, in tal caso, il contratto si conserva e, quindi, anche l'obbligazione retributiva in capo al datore; ma anche definitiva, con la conseguente impossibilità per il datore di procedere al licenziamento per un impedimento che lui stesso ha determinato, con conseguente obbligo di adibire il lavoratore a mansioni compatibili con il suo stato di salute. In quest'ultima ipotesi, è evidente, si è ragionato di un'impossibilità definitiva, ma non assoluta. Nel caso in cui, infatti, per colpa del datore si dovesse verificare una inidoneità al lavoro (quindi, assoluta), il recesso non sarà illegittimo, in quanto di fatto il lavoratore non potrà essere utilizzato in alcun modo, ma quest'ultimo potrà rivendicare nei confronti del datore un risarcimento del danno, di natura evidentemente contrattuale, quantificato in via equitativa dal giudice, per aver perso la capacità al lavoro per colpa della condotta illegittima del datore di lavoro, che potrebbe consistere nella differenza tra le retribuzioni che avrebbe percepito ove il rapporto fosse regolarmente proseguito (sino alla maturazione dei requisiti pensionistici) e quanto percepisce a titolo di pensione di inabilità.

Per quanto riguarda, invece, l'ipotesi di impossibilità della prestazione lavorativa per evento fortuito, quindi non addebitabile al datore, la norma di riferimento dovrà essere principalmente l'art. 1256 c.c., distinguendo in impossibilità temporanea e definitiva, nonché in assoluta e parziale.

²⁴⁹ In senso conforme v. G. Suppiej – M. De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro...* cit., 369.

Una preliminare considerazione riguarda la distinzione che la giurisprudenza fa in relazione all'ipotesi di generale sopravvenuta inidoneità (assoluta) alle mansioni e quella, invece, (temporanea) derivante da infortunio o malattia ai sensi dell'art. 2110 c.c.²⁵⁰.

In quest'ultima ipotesi, infatti, l'impossibilità della prestazione deve essere considerata, almeno in partenza, temporanea in quanto il legislatore prevede espressamente la sospensione del rapporto con diritto alla conservazione del posto di lavoro. In questo caso, però, la durata dell'evento che determina la sospensione del rapporto potrebbe divenire indefinita (il cd. superamento del periodo di comporto), con la conseguente possibilità per il datore di recedere dal contratto. Ebbene, tale ipotesi rispetta pienamente quanto previsto dall'art. 1256 c.c. laddove si prevede che l'obbligazione si estingue se, a causa della persistenza dell'impossibilità, pur non essendo certo che diventi definitiva, comporti il venir meno dell'interesse del creditore a conseguire la prestazione; ma da tale norma si discosta notevolmente laddove esclude la possibilità di recedere immediatamente dal contratto durante il periodo di conservazione del posto (c.d. periodo di irrecidibilità), pur se durante tale periodo sia venuto meno l'interesse del datore a ricevere la prestazione lavorativa.

Un primo dato che emerge da quanto sin qui detto è che, a differenza del diritto civile, l'impossibilità sopravvenuta temporanea non comporta mai l'automatica estinzione del rapporto. Ed infatti, sia in ipotesi di temporaneità (soltanto all'esito del periodo di comporto) sia di definitività della impossibilità, si estingue non *ipso iure* ma soltanto mediante recesso. L'art. 1256 c.c., infatti, prevede l'estinzione automatica dell'obbligazione una volta divenuta la prestazione impossibile; sicché, in base a tale principio, l'obbligazione di prestare l'attività lavorativa dovrebbe estinguersi *ipso iure* e, quindi, essendo legata da un rapporto di corrispettività con quella del creditore, dovrebbe estinguere l'intero contratto, così come previsto dall'art. 1463 c.c.²⁵¹. Ed

²⁵⁰ V. *ex plurimis*, Cass. 8 gennaio 1983, n. 140, in *MGL*, 1984, 50 e ss.; Cass. 20 marzo 1992, n. 3517, in *MGL*, 1992, 210 e ss.; Cass. 13 marzo 1996, n. 2067, in *NGL*, 1996, 305 e ss. In dottrina v. C. Cester, *La sopravvenuta inidoneità del lavoratore fra itinerari giurisprudenziali e innovazioni normative*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, I, p. I, *Diritto e processo del lavoro*, Giuffrè, 2004, 561 – 562.

²⁵¹ Sul punto, in senso conforme, v. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 56.

invece, come detto, anche nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta definitiva il rapporto di lavoro si potrà estinguere soltanto attraverso l'atto - licenziamento²⁵².

Un'altra differenza tra l'impossibilità temporanea nel diritto del lavoro e quella nel diritto civile è stata messa in evidenza da Mengoni²⁵³. Secondo questo Autore, l'impossibilità transitoria della prestazione lavorativa non coincide perfettamente con quella civilistica, in quanto, mentre quest'ultima determina un mero ritardo dell'esecuzione della prestazione, che dovrà, quindi, essere comunque eseguita in un momento successivo, nel rapporto di lavoro, invece, le opere, in virtù della natura di esse (*supra*), una volta non prestate periscono e non possono più essere eseguite. Dal che, sembrerebbe desumersi, che nel rapporto di lavoro, con riferimento alle specifiche peculiarità della prestazione, l'impossibilità di essa sarà sempre definitiva e mai temporanea, dovendo al massimo ragionare di impossibilità assoluta o parziale e delle diverse conseguenze che derivano.

Partendo proprio da quest'ultima considerazione, sorgono maggiori problemi interpretativi quando si ragiona della distinzione tra impossibilità assoluta ed impossibilità relativa. Con riferimento alla prima è sufficiente richiamare quanto sin qui detto, in quanto perché vi sia sospensione del rapporto (temporanea) o estinzione (definitiva), l'impossibilità della prestazione deve in ogni caso essere assoluta.

Diversa, invece, è la situazione che viene a determinarsi con un'impossibilità della prestazione, sia temporanea sia definitiva, non assoluta ma parziale.

Il punto di partenza dovrebbe essere rappresentato dall'art. 1464 c.c., in base al quale l'impossibilità parziale determina, *in primis*, il diritto della parte ad adempiere alla propria prestazione in misura ridotta e, soltanto in via subordinata, al recesso dal contratto qualora dimostri di non avere un interesse "apprezzabile" all'adempimento

²⁵² Ritengono, invece, che il rapporto di lavoro si estingua automaticamente, senza bisogno del recesso, nel momento in cui sopraggiunge l'impossibilità della prestazione, G. Cottino, *L'impossibilità sopravvenuta...* cit., 119; nonché, L. Mengoni *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Zanichelli, 1953, 261 e ss., il quale esclude la necessità del recesso in quanto non ritiene applicabile al contratto di lavoro l'art. 1464 c.c., che richiama appunto il recesso, in quanto quest'ultima norma si occupa soltanto dell'impossibilità parziale, inammissibile al rapporto di lavoro.

²⁵³ L. Mengoni, *Note sull'impossibilità...* cit., 261 e ss.

parziale. Secondo una prima interpretazione²⁵⁴, al rapporto di lavoro si applica l'art. 1464 c.c. con la conseguenza che, qualora sopraggiunga una impossibilità parziale, sia definitiva e, a maggior ragione temporanea, della prestazione lavorativa, ovviamente per fatto non imputabile al datore, il contratto non si estingue, dovendo il datore accettare la prestazione lavorativa ridotta (futura), rinunciando a tutte quelle attività ineseguibili a causa della sopravvenuta impossibilità (passate), corrispondendo una retribuzione proporzionalmente inferiore, salvo, in seguito, recedere dal contratto qualora la prestazione resa parzialmente dal lavoratore non sia idonea a soddisfare integralmente il proprio interesse. La possibilità di recedere dal rapporto di lavoro, però, in quest'ultimo caso, diversamente da quanto si verifica nel diritto comune, presenta alcune problematiche. Ed infatti, se a causa di un evento imprevisto il lavoratore perde la capacità di eseguire una determinata prestazione, ben potendo rendere la restante dedotta nel contratto, il datore potrebbe recedere dal contratto, qualora provi che tale prestazione sia economicamente inutile o, comunque, non soddisfi integralmente il proprio interesse. È difficile, però, immaginare che l'interesse del datore possa venire meno – tale da giustificare il recesso – qualora un dipendente possa svolgere soltanto una parte delle proprie mansioni, potendo il datore assumere un nuovo dipendente, assegnandogli quelle mansioni divenute impossibile per tizio. In tale ipotesi, infatti, se ragionassimo come Torrente e, quindi, con la divisibilità della prestazione lavorativa, il datore non potrebbe mai giustificare il recesso dal rapporto con la perdita dell'interesse, in quanto ben potrebbe sopperire a tale situazione con l'assunzione, anche part-time, di un nuovo lavoratore, circostanza comunque necessaria qualora procedesse al licenziamento del dipendente la cui prestazione si è parzialmente ridotta. Salvo l'onere in capo al datore di provare che la riduzione della prestazione lavorativa determina il venir meno del proprio interesse, in quanto trattasi di prestazione principale, restando possibile soltanto quella accessoria o, comunque, strumentale alla prima, inutile per il datore se slegata da quella principale, per la quale sarebbe in ogni caso costretto a procedere ad una nuova assunzione.

²⁵⁴ Il riferimento è a A. Torrente, *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, in *RGL*, 1950, I, 120.

Secondo, invece, un'altra interpretazione, legata soprattutto al pensiero di Mengoni²⁵⁵, non sarebbe configurabile nel diritto del lavoro un'impossibilità parziale dell'obbligazione lavorativa ai sensi dell'art. 1464 c.c. sulla base dell'indivisibilità *ratione obiecti* di quest'ultima. Il lavoratore non si obbliga nei confronti del datore alla singola mansione, ma alla prestazione lavorativa in quanto tale, cioè ad un'opera, la cui qualità non può essere pregiudicata dall'impossibilità parziale di parte della prestazione lavorativa, che può incidere, quindi, soltanto sul valore di essa, alla quale il datore può reagire con una diminuzione (di valore) della controprestazione, ed in ogni caso con specifico riferimento alle opere perite e non a quelle future. Successivamente, partendo dalla causa del contratto di lavoro e, quindi, dalla necessità di soddisfare l'interesse datoriale alla base di esso, Mancini ha ritenuto applicabile al diritto del lavoro l'art. 1464 c.c. e, pertanto, pur confermando l'indivisibilità della prestazione lavorativa, ha ritenuto che possa essere esercitabile il recesso da parte del datore in applicazione della previsione codicistica in quanto *“non è possibile apprezzare l'interesse di un soggetto a un bene senza tener conto della destinazione che il bene acquista nel disegno di lui”*²⁵⁶. A questo punto, però, l'art. 1464 c.c. deve essere rapportato all'art. 3 della legge n. 604. Abbiamo detto, infatti, che indipendentemente dalla natura dell'impossibilità della prestazione, il rapporto di lavoro si può estinguere soltanto mediante recesso, quindi nel rispetto della normativa in tema di licenziamenti individuali.

La norma codicistica, nel garantire il recesso automatico al creditore che non ha interesse all'adempimento parziale dell'obbligazione pone due problemi: quello di definire l'adempimento parziale e quello di verificare i margini di sindacabilità giudiziale in ordine all'apprezzabilità dell'interesse²⁵⁷. E quest'ultimo aspetto suscita maggiori problematiche quando lo si rapporta alla normativa lavoristica.

In relazione alla definizione di impossibilità parziale, in base all'insegnamento di Mengoni (*supra*), v'è da dire che essa deve essere ricostruita non in base al criterio *ratione temporis*, che rileva, invece, con riferimento all'impossibilità temporanea

²⁵⁵ V. L. Mengoni, *Note sull'impossibilità ...* cit., 261 e ss. Pensiero ripreso, in seguito, da M. Napoli, *La stabilità reale...* cit., 364.

²⁵⁶ V. G.F. Mancini, *Il recesso unilaterale...* cit., 76 – 77. Conformemente, in seguito, G.G. Balandi, *Il procedimento penale...* cit., 917.

²⁵⁷ Sul punto v. C. Cester, *La sopravvenuta inidoneità...* cit., 567.

assoluta in caso di sospensione del rapporto (*ex art. 2110 c.c.*), ma *ratione obiecti*, in quanto va verificato se l'impossibilità parziale della prestazione incide, negativamente, sull'interesse del creditore e, quindi, sulla causa del contratto di lavoro.

Ed allora la problematica ruota attorno all'applicabilità alla fattispecie in esame dell'onere di *repechage*²⁵⁸, anche con riferimento all'impossibilità definitiva non al lavoro ma alle mansioni di sua pertinenza. Nel primo caso, infatti, come innanzi detto, si verifica un'ipotesi di impossibilità assoluta della prestazione lavorativa che, se temporanea, determina la sospensione del rapporto per la durata prevista *ex lege*; se definitiva (sia in partenza sia sopravvenuta), invece, comporta l'estinzione del rapporto, non *ipso iure*, come deriverebbe dall'applicazione dei principi generali del diritto civile, ma sempre mediante recesso da parte del datore, quindi, nel rispetto (formale e procedurale) della disciplina in tema di licenziamento individuale²⁵⁹.

Qualora, invece, l'impossibilità della prestazione non attenga alla capacità al lavoro (assoluta), ma allo svolgimento della mansione (parziale), bisogna distinguere l'ipotesi in cui sia il risultato di una serie di attività, ed allora varrà il discorso poc'anzi fatto; ma se il lavoratore diventi inidoneo a svolgere tutte le mansioni attribuitegli dovrebbero applicarsi i principi civilistici su enunciati e, quindi, determinare l'estinzione del rapporto. La giurisprudenza, però, nel rispetto delle peculiarità del rapporto di lavoro, ha modellato tali principi al diritto del lavoro, affermando che, poiché il licenziamento deve essere considerato sempre ed in ogni caso *extrama ratio*, qualora il lavoratore diventi inidoneo a tutte le mansioni di sua competenza, prima di procedere al suo licenziamento il datore deve, una volta accertata l'inidoneità alle mansioni, verificare se all'interno dell'organizzazione produttiva vi siano altre mansioni, anche inferiori (ma con diritto alla conservazione del trattamento retributivo e normativo originario *ex art. 4, co. 4, della legge n. 68 del 1999*), cui adibire il lavoratore e, soltanto all'esito di tali

²⁵⁸ L'esistenza di tale onere in capo al datore, anche nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione per inidoneità al lavoro, è pressoché unanimemente riconosciuta dalla giurisprudenza; v, su tutte, Cass. 7 luglio 1992, n. 8254, in *DL*, 1993, II, 404; Cass. 3 luglio 1997, n. 7908, in *MGL*, 1997, 871 e ss.; Cass. S.U. 7 agosto 1998, n. 7755, in *FI*, 1999, I, c. 197 e ss.; Cass. S.U. 24 novembre 2006, n. 25033, in *RGL*, 2007, II, 193 e ss. In dottrina, v. M. Brollo, *L'onere e i mezzi di prova del c.d. "repechage" nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *DL*, 1993, II, 404 e ss.; C. Cester, *La sopravvenuta inidoneità...* cit., 569; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 73 e ss.; Gragnoli e MT Carinci.

²⁵⁹ Sulla necessità dell'atto licenziamento v. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 58 – 60.

valutazioni, può procedere al recesso dal rapporto. Da ciò deriva che la discrezionalità di valutazione da parte del creditore – datore di lavoro non possa essere quella “totale” sancita dall’art. 1464 c.c.²⁶⁰, ma quella mediata dall’intervento del giudice prevista dall’art. 3 della legge n. 604, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che va applicata nella sua interezza, quindi, contrariamente a quanto ritenuto in un primo momento, anche con riferimento all’onere di ricollocazione del lavoratore.

La disciplina lavoristica, pertanto, si discosta notevolmente da quella civilistica, in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione, sia temporanea sia definitiva, nonché parziale o assoluta, in quanto subordina l’estinzione del contratto di lavoro a determinati obblighi in capo al datore - creditore, non solo ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto comune, ma anche maggiormente gravosi, in quanto, da un lato, il recesso deve essere considerato come *extrema ratio* e, dall’altro lato, anche nell’ipotesi di impossibilità definitiva, sia parziale sia assoluta, con riferimento all’invalido sia originario, ma che ha subito un aggravamento, sia “sopravvenuto”, prima di procedere al licenziamento il datore deve verificare la adottabilità di soluzioni alternative, anche in deroga a quanto previsto dal combinato disposto degli art. 1256 e 1464 c.c., laddove, nell’adibizione a mansioni inferiori quale alternativa al licenziamento ai sensi degli artt. 4, co. 4 e 10, co. 3 della legge n. 68 del 1999 – elevata a rango di principio generale - non può ridurre il valore della controprestazione, ma garantire al lavoratore il trattamento retributivo originario.

Da quanto sin qui detto emerge, evidentemente, che nel rapporto di lavoro si fa riferimento ad una autonoma fattispecie di recesso per impossibilità sopravvenuta, che, collocandosi al confine tra quello (prettamente lavoristico) per giustificato motivo oggettivo e quello civilistico, fa propri alcuni principi generali che caratterizzano entrambe le fattispecie, modellandoli in base alle peculiarità tipiche del contratto di lavoro.

7.3. (segue)... la risoluzione per volontà delle parti

Dall’analisi testé effettuata sulle ipotesi ulteriori di estinzione del rapporto di lavoro diverse dal licenziamento legato a responsabilità del lavoratore, è emerso, ancora una

²⁶⁰ Sul punto v. Cass. 6 novembre 1996, n. 9684, in *RIDL*, 1997, II, 612.

volta, come il diritto del lavoro si discosti dalla disciplina generale dei contratti, fino a giungere all'elaborazione di fattispecie connotate da uno spiccato elemento di specialità rispetto al diritto comune. Così, se, da un lato, la fattispecie di risoluzione del contratto per inadempimento e per eccessiva onerosità non trovano applicazione nel diritto del lavoro stante le peculiarità di esso e, soprattutto, della prestazione lavorativa (*supra*), dall'altro lato, quella di risoluzione per impossibilità sopravvenuta subisce significativi accorgimenti quando si ragiona di impossibilità della prestazione lavorativa, al punto, come detto, che la fattispecie civilistica della "risoluzione per impossibilità sopravvenuta" lascia spazio a quella tipica del "licenziamento per impossibilità sopravvenuta".

Un ultimo aspetto che merita di essere ora approfondito riguarda l'estinzione del contratto per volontà delle parti, nella quale rientra l'ipotesi sia della risoluzione per mutuo consenso sia dell'avveramento della condizione risolutiva, contrattuale o legale.

L'estinzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso è disciplinata dalle norme codicistiche ed, in particolare, dal combinato disposto degli artt. 1321 e 1372 c.c., in base ai quali le parti hanno il potere di estinguere un rapporto giuridico patrimoniale, potendo il contratto essere sciolto per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge²⁶¹. Il mutuo consenso consiste in un nuovo accordo tra le parti, contrario a quello alla base del contratto, mediante il quale vengono eliminati gli effetti di quest'ultimo con efficacia *ex nunc*, quindi, non intaccando i diritti di entrambe le parti maturati sino a quel momento.

L'applicabilità di tale fattispecie estintiva al rapporto di lavoro trova giustificazione nell'oramai unanime convinzione giurisprudenziale che il diritto al posto di lavoro è un diritto disponibile, sottratto, quindi, alla disciplina dell'art. 2113 c.c.²⁶², sicché,

²⁶¹ Sull'estinzione del contratto per mutuo consenso v. M. Franzoni, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XIII, t. V, *Il contratto in generale*, Torino, 2002, 16 e ss.; con specifico riferimento al contratto di lavoro, v. E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, 1993, 231; S. Mainardi, *Dimissioni e risoluzione consensuale*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2^a ed., Utet, 2007, 464 e ss.; M. Del Conte, *L'estinzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso*, in *ADL*, 2009, 735 e ss.

²⁶² V. su tutte, Cass. 21 agosto 2003, n. 12301, in *NGL*, 2004, 5 e ss.; Cass. 2 novembre 1999, n. 12225, in *NGL*, 2000, 65 e ss.

attraverso sia una dichiarazione di volontà²⁶³ sia un comportamento concludente, come, ad esempio, la tardiva impugnazione del licenziamento²⁶⁴, le parti possono liberamente decidere di porre fine al rapporto giuridico.

In tale fattispecie non emergono particolari problemi, in quanto anche al contratto di lavoro si applicheranno i principi generali del diritto dei contratti, sicché al fine di verificare la legittimità della risoluzione volontaria sarà necessario ricorrere alla disciplina generale in tema di vizi della volontà e, quindi, di presupposti per l'invalidità dell'atto risolutivo.

Più problematica, invece, è l'estinzione del contratto per avveramento della condizione risolutiva. Qui, infatti, bisogna distinguere l'ipotesi della condizione legale (che prescinde, quindi, dalla volontà delle parti) da quella contrattuale (intendendo per tale, sia il contratto individuale sia quello collettivo), tenendo a mente due fondamentali principi legati al rapporto di lavoro e che lo contraddistinguono dall'ordinario contratto civile: da un lato, la ontologica debolezza contrattuale del lavoratore e, dall'altro lato, l'esistenza di una disciplina dei licenziamenti individuali posta a tutela del lavoratore.

Ebbene, nel diritto del lavoro vi sono norme che prevedono la risoluzione automatica del contratto al verificarsi di una determinata condizione. È l'ipotesi tipica del

²⁶³ La forma scritta *ad substantiam* è prevista espressamente dal legislatore soltanto per il recesso unilaterale, *a latere* sia *datoris* sia *lavoratoris*, e non anche per la risoluzione consensuale. V. sul punto Cass. 4 giugno 2002, n. 8102, in *OGI*, 2002, 614 e ss.; Cass. 15 novembre 2001, n. 14217, in *RGL*, 2002, II, 481 e ss.; Cass. 20 novembre 1997, n. 11577, in *FI*, 1998, I, c. 794. In dottrina v. A. Luminoso, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, 1980, 259; M. Franzoso, *Il mutuo consenso...* cit., 40; L. Valente, *Forma convenzionale delle dimissioni e l'insostenibile conversione delle dimissioni orali in risoluzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso*, in *RGL*, 2002, II, 481 e ss. *Contra*, v. C.M. Bianca, *Diritto civile...* cit., 700; nonché S. Mainardi, *Dimissioni...* cit., 465, secondo i quali la forma del mutuo consenso deve essere identica a quella richiesta per il contratto che si intende sciogliere.

²⁶⁴ Al fine di verificare la legittimità di una risoluzione del contratto di lavoro per mutuo consenso per *facta concludentia*, la giurisprudenza si sofferma esclusivamente sul comportamento posto in essere dal lavoratore, contraente debole, al fine di accertare che sussista effettivamente la inequivocabile volontà di quest'ultimo di sciogliere il contratto. Così, con riferimento, per esempio, alla presunta accettazione tacita del licenziamento da parte del lavoratore, la giurisprudenza ha escluso, ormai all'unanimità, che l'inerzia e, quindi, la proposizione della domanda giudiziale dopo un lasso temporale considerevole dal recesso, possa essere inteso come accettazione tacita di esso e, quindi, risoluzione consensuale del contratto (v. *ex plurimis* Cass. 18 marzo 2005, n. 5918, in *GCM*, 2005, 3). Da ciò discende che l'accettazione del licenziamento deve scaturire da approfondite indagini circa i profili abdicativi del comportamento, dovendo il giudice non limitarsi all'inerzia, ma individuare tutti gli elementi che inducono a ritenere perfezionata la fattispecie negoziale, anche con riferimento alle manifestazioni di volontà delle parti e al loro comportamento assunto nelle more del giudizio (v. Trib. Milano 31 marzo 2005, in *OGI*, 2005, 164 e ss.; Cass. 14 marzo 1997, n. 2290, in *LG*, 1997, 9; Cass. 29 marzo 1995, n. 3753, in *RIDL*, 1996, II, 127; Cass. 5 febbraio 1993, n. 1431, in *RIDL*, 1994, II, 531; Cass. 28 novembre 1992, n. 12754, in *MGL*, 1993, 74 e ss.).

licenziamento del dipendente pubblico in caso di condanna penale definitiva ai sensi dell'art. 5 della legge n. 97 del 2001, ovvero di quello del lavoratore che ha maturato i requisiti (anagrafici e/o contributivi) pensionistici. L'art. 6, ultimo comma della legge n. 407 del 1990, infatti, prevede l'automatica risoluzione del contratto alla maturazione da parte del lavoratore dei predetti requisiti; in giurisprudenza si è sostenuto, ma in via assolutamente minoritaria, che tale norma escludendo l'obbligo della giustificazione e del preavviso, comporterebbe il venir meno in capo al datore del generale l'obbligo di licenziare il lavoratore pensionando, risolvendosi il rapporto automaticamente al verificarsi della condizione²⁶⁵.

Invero, in critica a tale tesi, come sostenuto tra l'altro dalla giurisprudenza maggioritaria, si obietta che proprio l'esclusione dell'obbligo di dare il preavviso presuppone la manifestazione di volontà da parte del datore di lavoro di recedere dal rapporto²⁶⁶, con la conseguenza quindi che la risoluzione automatica del rapporto, prescinde dalla giustificazione e dal preavviso, ma presuppone sempre la forma scritta del licenziamento, nel rispetto della normativa in tema di licenziamento individuale.

L'estinzione automatica *ex lege*, che non rappresenta, in ogni caso, una ipotesi di risoluzione del rapporto per volontà delle parti, non desta particolari problemi, in quanto, in tale ipotesi, le limitazioni al potere del datore di recedere dal contratto sono espressamente derogate da norme speciali, che tengono conto di particolari situazioni soggettive che giustificano una riduzione di tutele in favore del lavoratore.

Problemi, invece, sorgono se la risoluzione automatica del contratto di lavoro al verificarsi di una determinata condizione sia prevista dal contratto individuale o dal contratto collettivo.

²⁶⁵ Sul punto si vedano, *ex plurimis*, Cass. 10 giugno 1998, n. 5787, in *GCM*, 1998, 1278; Trib. Campobasso, 31 gennaio 2002, inedita.

²⁶⁶ V. *ex plurimis* Cass. 11 aprile 2005, n. 7359, in *OGL*, 2005, I, p. 397; Cass. 8 luglio 2004, n. 12640, in *MGL*, 2004, p. 822; Cass. 5 aprile 2000, n. 4221, in *GCM*, 2000, 726. Dà conferma di tale soluzione la recente disposizione che permette alle Pubbliche Amministrazioni di licenziare, dando un preavviso di sei mesi, il dipendente che abbia raggiunto l'anzianità massima di servizio effettivo di 40 anni [art. 72, comma 11 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'art. 6, comma 3 della legge 4 marzo 2009, n. 15. Per un commento a tale norma, nella sua formulazione ante riforma 2009, si rinvia a E. Gragnoli, *Novità in tema di rapporto di lavoro pubblico fra controllo della spesa e auspicato miglioramento dell'efficienza*, in Miscione e D. Garofalo (a cura di), *Commentario alla Legge n. 133/2008. Lavoro privato, pubblico e previdenza*, Ipsoa, 2009, pp. 206 ss.

È l'ipotesi, per esempio, della cessazione automatica del rapporto di lavoro senza bisogno di recesso, in forza della previsione contenuta nel contratto collettivo degli autoferrotranvieri. Si è sostenuto, correttamente, ricorrendo ai principi generali del diritto comune in tema validità della condizione risolutiva apposta ad un contratto, che una fonte regolativa secondaria, quale può essere il contratto collettivo o il contratto individuale di lavoro, non può derogare le norme di legge imperative, secondo le quali sono tipiche e tassative le fattispecie di estinzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato; conseguentemente, una norma di tal genere che prevede l'automatica risoluzione del rapporto, senza obbligo di giustificazione e di preavviso (e senza diritto all'indennità sostitutiva) è nulla per contrasto con norma imperativa, in quanto determina una sostanziale elusione della disciplina limitativa dei licenziamenti individuali, rimettendo alla disponibilità delle parti la regolamentazione dell'estinzione del contratto²⁶⁷.

²⁶⁷ V., *ex plurimis*, Cass. n. 2406/2004 cit.; Cass. 6 febbraio 2003, n. 1786, in *GCM*, 2003, 275. In dottrina, v. G. Suppiej – M- De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro...* cit., 369.

CAPITOLO TERZO

Le dimissioni

Sommario: 1. Premessa. 2. La natura giuridica delle dimissioni. 3. La forma delle dimissioni. 4. La tutela per le dimissioni invalide. 4.1. (segue)... la nullità. 4.2. (segue)... l'annullamento. 4.2.1. Gli effetti dell'annullamento delle dimissioni. 5. La tutela per particolari eventi. 5.1. (segue)... per causa di matrimonio. 5.2. (segue)... per gravidanza e puerperio

1. Premessa

Il recesso dal rapporto di lavoro *a latere lavoratoris* rappresenta, contestualmente, il punto di partenza e di arrivo dell'equiparazione, più formale che sostanziale, dei contraenti nel contratto di lavoro. Il codice civile, infatti, ha posto, almeno in via teorica, sullo stesso piano il datore di lavoro e il lavoratore, prevedendo, agli artt. 2118 e 2119, la possibilità per entrambi di recedere dal rapporto col solo preavviso o, immediatamente, per giusta causa.

Tale apparente equiparazione, però, rappresenta, come detto, anche il punto di arrivo. L'evoluzione normativa dell'istituto del recesso dal rapporto di lavoro, come abbiamo visto, ha interessato, infatti, soltanto il licenziamento, attraverso l'introduzione di sempre più rigorosi limiti al potere datoriale di recedere dal rapporto e di tutele in favore del lavoratore, diverse in relazione alla sussistenza di specifiche condizioni oggettive e soggettive (*supra*). L'istituto delle dimissioni, invece, non ha subito negli anni alcuna modifica; anzi, i tentativi di introdurre ulteriori garanzie rispetto a quelle derivanti dalla semplice applicazione delle norme codicistiche sono miseramente falliti: si pensi, ad esempio, alla legge n. 188 del 2007²⁶⁸, abrogata dopo appena otto mesi dalla sua entrata in vigore dall'art. 39, co. 10 del decreto legge 112 del 2008, convertito nella legge n. 133 del 2008. Tale provvedimento era intervenuto su una delle problematiche

²⁶⁸ Per un commento alla L. n. 188 del 2007 v. A. Vallebona, *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, in *MGL*, 2007, 862; M. D'Onghia, *"Dal formalismo convenzionale al formalismo legale per le dimissioni del lavoratore"*, in *"Scritti in Onore di Edoardo Ghera"*, Cacucci, 2008, 337 e ss.; G. Trioni, *I nuovi vincoli in materia di dimissioni*, in *RIDL*, 2008, 2, 227; G. Pellacani, *La nuova legge sulle dimissioni volontarie: un inutile omaggio alla cultura del sospetto?*, in *DRI*, 2008, 1, 177.

più spinose dell'istituto in esame e, cioè, quello della nullità del recesso per assenza dell'elemento soggettivo (le cd. dimissioni coartate), introducendo una specifica procedura ed imponendo la forma scritta *ad substantiam (infra)*.

Tale ingiustificata lacuna normativa ha inciso in maniera significativa sul debole sistema protezionistico apprestato in favore del lavoratore dimissionario. Se, da un lato, il recesso *a latere lavoratoris* con preavviso non suscita particolari problematiche, essendo manifestazione di una libera scelta del lavoratore, quello per giusta causa, le cd. dimissioni <<forzate>>²⁶⁹, dall'altro lato, costituisce la prova più lampante di come l'istituto in esame, per come è disciplinato dal codice civile, non sia idoneo a garantire in maniera sufficientemente adeguata il lavoratore dalle conseguenze derivanti da un comportamento illegittimo, in ogni caso addebitabile al datore di lavoro.

Un intervento correttivo sull'istituto delle dimissioni, pertanto, non può prescindere, necessariamente, dall'introduzione di misure di garanzia a carattere patrimoniale che, affiancandosi all'indennità sostitutiva del preavviso nelle ipotesi di dimissioni <<forzate>>, siano in grado di offrire un equivalente monetario del posto di lavoro, in ogni caso perso per colpa del datore di lavoro. In parte, tale risultato è stato raggiunto in relazione a particolari categorie di soggetti: si pensi, ad esempio, alla lavoratrice dimissionaria durante il periodo di conservazione del posto per matrimonio (art. 35 del d.lgs. 198 del 2006), fattispecie per la quale v'è, da un lato, una presunzione assoluta di nullità del recesso, salvo convalida dello stesso da parte della DPL entro un mese e, dall'altro lato, la previsione del diritto della lavoratrice a percepire le retribuzioni sino all'effettiva reintegrazione (in deroga al principio di corrispettività delle prestazioni – *supra*), ovvero alla lavoratrice (o lavoratore) domissionaria durante il periodo di gravidanza e maternità (*ex art. 55 del d.lgs. 151 del 2001*), dove il recesso viene considerato inefficace se non convalidato dal servizio ispettivo del Ministero del Lavoro.

²⁶⁹ Sulla definizione di <<dimissioni forzate>> v. S. Mainardi, *Le dimissioni...* cit., 447. Si parla di dimissioni forzate, in quanto mantengono solo in apparenza il connotato della volontarietà, risultando, di fatto, provocate e determinate da un comportamento posto in essere dal datore di lavoro che non consente la prosecuzione del rapporto di lavoro, con una nozione di giusta causa più ampia rispetto a quella normalmente utilizzata in altre fattispecie, tenendo conto – anche e soprattutto – della personalità del lavoratore, della natura del rapporto e dell'ambiente in cui esso si svolge.

Ad un incremento della tutela patrimoniale dovrebbe far seguito anche quello della tutela formale e processuale. Non solo sarebbe necessario porre fine, come aveva cercato di fare la legge 188 del 2007, alla prassi delle dimissioni cd. coartate e <<in bianco>>, prevedendo, sempre ed in ogni caso, forme di convalida a pena di nullità; ma bisognerebbe anche intervenire sulla tutela processuale, laddove l'onere probatorio in capo al lavoratore dimissionario per giusta causa in ordine alla sussistenza di quest'ultima costituisce uno dei principali problemi alla realizzazione di una tutela soddisfacente. Non va trascurata, poi, anche la possibilità di una tipizzazione legale delle ipotesi di giusta causa delle dimissioni²⁷⁰, come avviene, ad esempio, nell'ipotesi di trasferimento d'azienda, che potrebbe fornire al lavoratore un valido aiuto, anche in via presuntiva, in sede di accertamento giudiziale della sussistenza della giusta causa del recesso.

Alla riflessione che segue è affidato il compito di analizzare questi aspetti, cercando di individuare i problemi connessi all'istituto delle dimissioni e i possibili rimedi.

2. La natura giuridica delle dimissioni

In assenza di una disciplina *ad hoc* sulle dimissioni, contrariamente al licenziamento, è necessario ricorrere ai principi generali che regolano il recesso dai rapporti obbligatori.

Le dimissioni costituiscono l'esercizio di un diritto potestativo, idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro, con la conseguenza che esse possono essere rese indipendentemente dalla volontà del datore di lavoro, trovando fondamento, non solo, nella situazione giuridica potestativa, ma anche nel principio di ordine pubblico della temporaneità dei rapporti obbligatori²⁷¹. L'estinzione del rapporto e il riacquisto della libertà contrattuale da parte del lavoratore, pertanto, rappresentano la causa delle dimissioni²⁷².

²⁷⁰ Non va dimenticato, infatti, che ad oggi la casistica in ordine alla giusta causa delle dimissioni è di natura esclusivamente giurisprudenziale, che di volta in volta ha individuato determinati comportamenti datoriali idonei a legittimare il recesso dal rapporto per giusta causa da parte del lavoratore, come ad esempio, l'inadempimento degli obblighi retributivi, ovvero quelli che manifestano violazioni di obblighi contrattuali, come la tutela della salute e sicurezza sul lavoro o il rispetto della persona umana nel caso di molestie o comportamenti ingiuriosi.

²⁷¹ Sul punto v., *ex plurimis*, L.A. Migliorani, *Dimissioni (diritto privato)* voce, in *ED*, XII, Giuffrè, 1964, 547; G.F. Mancini, *Il recesso unilaterale...* cit.; G. Pera, *La cessazione del rapporto...* cit., 10; L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Cedam, 1982, 404; *idem*, *Lavoro* (voce), in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli – Foro italiano, 1986, 613; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 16; R. Altavilla, *Le dimissioni del lavoratore*, Giuffrè, 1987, 45; R. Sacco, *Trattato*

Proprio perché le dimissioni rappresentando l'esercizio di un diritto potestativo esse devono essere qualificate quale atto unilaterale recettizio²⁷³, che producono effetto e, cioè, l'estinzione del rapporto di lavoro, dal momento in cui, ai sensi dell'art. 1334 c.c., la comunicazione delle stesse arriva a conoscenza del datore di lavoro, con la possibilità, quindi, di essere revocate prima di tale momento o prima che abbiano prodotto effetti immodificabili nella sfera giuridica del soggetto destinatario dell'atto o di terzi. Si è discusso, soprattutto in giurisprudenza, circa il luogo presso cui inviare la comunicazione di dimissioni, ai fini della sua idoneità ad estinguere il rapporto. Mentre è pacifico che esse debbano essere inviate presso il luogo di lavoro o, per le imprese di piccole dimensioni, anche presso la residenza del datore di lavoro, ovvero presso un luogo diverso eventualmente pattuito nel contratto di lavoro, dubbi sono sorti circa la possibilità di considerare efficaci le dimissioni rassegnate con lettera consegnata *brevi manu* ad un dirigente aziendale o anche al diritto superiore del lavoratore dimissionario non dirigente; la giurisprudenza, sul punto, è orientata nel senso di considerare valide ed efficaci le dimissioni rassegnate con tale modalità, specificando che in virtù della natura dell'atto non è necessaria l'accettazione del datore di lavoro²⁷⁴, il quale, in ogni caso, può provare in giudizio, ai sensi dell'art. 1335 c.c., di non aver mai ricevuto la comunicazione per causa a lui non imputabile, con la conseguenza che le stesse produrranno effetti soltanto a partire dal momento di effettiva conoscenza da parte del datore di lavoro della volontà del lavoratore di recedere dal rapporto.

Dalla configurazione delle dimissioni come atto unilaterale recettizio discende l'applicabilità ad esse della normativa generale contenuta nell'art. 1324 c.c., che estende

di diritto civile, 1, *Il fatto, l'atto, il negozio*, Torino, 2005, 350; S. Mainardi, *Dimissioni...* cit., 422.

²⁷² Sulla causa delle dimissioni v. S. Mainardi, *Le dimissioni...* cit., 425, secondo il quale "*La causa delle dimissioni deve essere quindi rinvenuta nella liberazione del prestatore di lavoro dal vincolo contrattuale e nella estinzione del rapporto, dovendosi intendere la libertà contrattuale del lavoratore come di natura strettamente personale, riconosciuta senza alcuna condizione anche a livello costituzionale (art. 4 Cost.)*". Sul punto v. anche F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 16.

²⁷³ V., tra le tante, Cass. 10 febbraio 2009, n. 3267, in *GCM*, 2009, 2, 208; Cass. 7 gennaio 2009, n. 57, in *GCM*, 2009, 1, 15; Cass. 18 marzo 2008, n. 7292, in *D&L*, 2008, 646; Cass. 26 febbraio 2007, n. 4391, in *LG*, 2007, 1027; Cass. 12 maggio 2004, n. 9046, in *D&G*, 2004, 28, 111; Cass. 12 giugno 2002, n. 10193, in *NGL*, 2003, 97; Cass. 20 gennaio 2009, n. 509, in *DL*, 2000, II, 52; Cass. 19 agosto 1996, n. 7629, in *NGL*, 1996, 937.

²⁷⁴ V. *ex plurimis*, Cass. 13 giugno 1995, n. 6645, in *MFI*, 1995; Cass. 8 febbraio 1995, n. 1027, in *FI*, 1995, I, 2898; Cass. 20 novembre 1990, n. 11179, in *NGL*, 1991, 194; Cass. 19 aprile 1990, n. 3217, in *NGL*, 1990, 416.

agli atti unilaterali alcune norme che regolano i contratti, in quanto compatibili. Tale previsione acquista ancor più importanza nella fattispecie in esame, in quanto, in assenza di una normativa *ad hoc* che regola i profili formali, sostanziali e procedurali delle dimissioni, il rinvio ai principi generali di diritto civile permette di disciplinare alcuni aspetti fondamentali, come ad esempio quello dell'invalidità delle dimissioni e degli effetti prodotti sul rapporto, sottraendoli, così, alla libera e (in)condizionata volontà delle parti, quindi, del datore di lavoro contraente forte del rapporto²⁷⁵.

3. La forma delle dimissioni

Una delle principali problematiche legate alle dimissioni e, soprattutto, all'invalidità di esse è rappresentata dall'assenza di una previsione che imponga una particolare forma, in violazione della quale il recesso del lavoratore deve essere considerato nullo.

In realtà, la forma libera delle dimissioni, che possono essere rese per iscritto, oralmente o in qualunque altra forma idonea a manifestare la volontà del lavoratore di recedere dal contratto²⁷⁶, risulta, almeno teoricamente, conforme con il fine delle dimissioni stesse e, cioè, quello di soddisfare l'esigenza del lavoratore di recedere da un rapporto in qualunque momento e senza oneri formali e procedurali, proprio per consentirgli di riacquistare la propria libertà contrattuale nel minor tempo possibile.

Tale conformità, però, è soltanto apparente, in quanto la prassi delle cd. dimissioni coartate o di quelle "in bianco" rappresenta una delle principali situazioni patologiche del rapporto e che, di fatto, necessita maggior tutela, in alcun modo garantita dalla libertà formale²⁷⁷.

²⁷⁵ Sul punto v. L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro...* cit., 355; R. Altavilla, *Le dimissioni...* cit., 90; E. Brida, *Annullabilità delle dimissioni per vizio del volere e risarcimento del danno*, in *LG*, 2002, 1184; A. Piovesana, *I vizi del consenso nelle dimissioni del lavoratore*, in *LG*, 2004, 726 e ss.; S. Mainardi, *Le dimissioni...* cit., 424.

²⁷⁶ V., *ex plurimis*, Cass. 4 dicembre 2007 n. 25262, in *MGL*, 2008, 3, 156; Cass. n. 4391/2007 cit.; Cass. n. 9046/2004 cit.; Cass. 11 marzo 2004, n. 5024, in *GCM*, 2004, 3; Cass. 27 agosto 2003, n. 12549, in *NGL*, 2004, 238; Cass. 20 maggio 2000, n. 6604, in *GCM*, 2000, 1077.

²⁷⁷ Si pensi anche all'ipotesi, ricorrente nella prassi, delle dimissioni orali che celano, invece, un licenziamento orale. Fattispecie che è stata a più riprese trattata dalla giurisprudenza, soprattutto di legittimità, la quale ha statuito che nell'ipotesi di controversia in ordine al *quomodo* della risoluzione del rapporto (licenziamento orale o dimissioni) si impone una indagine accurata da parte del giudice di merito, che tenga adeguato conto del complesso delle risultanze istruttorie, in relazione anche all'esigenza di rispettare non solo il comma 1 dell'art. 2697 c.c., relativo alla prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere dall'attore, ma anche il comma 2, che pone a carico dell'eccepente la prova dei fatti modificativi o estintivi del diritto fatto valere dalla controparte. Sicché, in mancanza di prova delle dimissioni, l'onere

Per colmare tale preoccupante lacuna il legislatore aveva introdotto, con la legge n. 188 del 2007, l'ulteriore elemento essenziale della forma scritta, ai sensi pertanto dell'art. 1325, n. 4, c.c., senza il quale le dimissioni dovevano essere considerate nulle. L'art. 1, infatti, richiedeva che le dimissioni fossero presentate, a pena di nullità, su appositi moduli predisposti e resi disponibili gratuitamente dalle direzioni provinciali del lavoro e dagli uffici comunali, nonché dai Centri per l'Impiego. La *ratio* di tale provvedimento risiedeva nella necessità di fronteggiare il fenomeno poc' anzi citato delle c.d. dimissioni in bianco, imponendo un formalismo che avrebbe dovuto, almeno negli intenti del legislatore, tutelare il lavoratore. Ebbene, qualsiasi valutazione in merito al provvedimento testé citato risulta oramai superflua, in quanto l'art. 39, co. 10 del decreto legge n. 112 del 2008, convertito nella legge n. 133 del 2008 ha abrogato la legge n. 188 del 2007, con la conseguenza che la forma delle dimissioni ha riacquisito il suo carattere di non essenzialità²⁷⁸.

Una particolare forma di tutela, invece, è quella riconosciuta al lavoratore da alcuni contratti collettivi che impongono, evidentemente a pena di nullità, la forma scritta per le dimissioni²⁷⁹. In assenza, pertanto, di una previsione normativa, anche di natura

della prova concernente il requisito della forma scritta del licenziamento resta a carico del datore di lavoro, in quanto nel quadro della normativa limitativa dei licenziamenti, la prova gravante sul lavoratore riguarda esclusivamente la cessazione del rapporto lavorativo, mentre la prova sulla controdeduzione del datore di lavoro - avente valore di una eccezione - ricade sull'eccezione - datore di lavoro *ex art. 2697 c.c.* (v. Cass. 27 agosto 2007, n. 18087, in *GCM*, 2007, 7-8; Cass. 20 maggio 2005, n. 10651, in *RIDL*, 2006, II, 454; Cass. 6 dicembre 2004, n. 22852, in *GCM*, 2004, 12; Cass. 13 aprile 2000, n. 4760, in *GCM*, 2000, 797; Cass. 20 novembre 2000, n. 14977, in *RGL*, 2001, II, 307. Sul punto, in dottrina, v. P.G. Alleva, *L'onere della prova nel dilemma giudiziario tra dimissioni orali e licenziamento*, in *RTDPC*, 1976, 439; G. Vardaro, *Un nuovo tipo di licenziamento: le dimissioni*, in *DG*, 1980, 431; M. Caro, *La ripartizione dell'onere della prova dell'estinzione del rapporto di lavoro, in assenza di dichiarazioni negoziali scritte*, in *RIDL*, 2001, II, 166 e ss.; S. Mainardi, *Le dimissioni...* cit., 425 - 426).

²⁷⁸ Successivamente all'abrogazione della legge n. 188 del 2007, è stato presentato in Senato un nuovo disegno di legge (d.d.l. 9 luglio 2008, recante "*Norme in materia di recesso del prestatore dal rapporto di lavoro*", presentato dai Senatori Ichino, Treu e altri), con il quale si voleva regolamentare la forma delle dimissioni, per contrastare soprattutto la prassi delle dimissioni cd. in bianco, introducendo il reato contravvenzionale dell'atto di recesso sottoscritto in bianco, prevedendo un'ammenda da € 5.000,00 ad € 20.000,00, oltre che la possibilità da parte del lavoratore di revocare, incondizionatamente, le dimissioni entro tre giorni dalla ricezione dell'atto da parte del datore di lavoro.

²⁷⁹ Si vedano, ad esempio, l'art. 1, Sez. IV, Titolo VIII del CCNL "Metalmeccanici - Industria privata" del 20 gennaio 2008; oppure l'art. 95, Sez. II, Cap. II, del CCNL "Tessili - Industria" del 22 luglio 2008. Tali previsioni impongono la forma scritta a pena di nullità, come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza (v., *ex plurimis*, Cass. 13 luglio 2001, n. 9554, in *FI*, 2001, I, 2793; Cass. n. 4760/2000 cit.; Cass. 25 febbraio 1998, n. 2048, in *RIDL*, 1998, II, 819) e dalla dottrina [v. M. Miscione - G. Zampini, *Preavviso di licenziamento e dimissioni*, in F. Carinci - B. Veneziani (a cura di), *Commentario del contratto collettivo dei metalmeccanici dell'industria privata*, Iposa, 1997, 545; P.G. Alleva, *L'onere*

pattizia, il lavoratore può recedere dal contratto di lavoro utilizzando qualsiasi strumento idoneo a portare a conoscenza del datore di lavoro la volontà di dimettersi. In tale ultimo caso, però, proprio per tutelare la posizione del contraente debole ed evitare che le dimissioni orali mascherino, in realtà, un licenziamento orale, la giurisprudenza ha più volte sostenuto che, ai fini della prova delle dimissioni, è necessario verificare che la dichiarazione o il comportamento cui si intende attribuire il valore negoziale di recesso del lavoratore contenga la manifestazione univoca dell'incondizionata volontà di porre fine al rapporto e che questa volontà sia stata comunicata in modo idoneo alla controparte²⁸⁰.

Il comportamento del lavoratore, inoltre, potrebbe rilevare anche ai fini della prova della volontà di recedere dal contratto, che potrebbe essere desunta, in caso di recesso orale, anche da comportamenti concludenti posti in essere dal lavoratore, astrattamente incompatibili con la volontà di proseguire il rapporto contrattuale; si pensi, ad esempio, all'assenza dal lavoro prolungata nel tempo. La giurisprudenza maggioritaria ritiene, però, che tale comportamento può rilevare soltanto ai fini disciplinari, ma non può configurare una manifestazione tacita di dimissioni, in quanto, come detto, in assenza di forma scritta devono sussistere comportamenti o fatti che siano inequivocabilmente e univocamente idonei a provare la volontà del lavoratore di recedere dal contratto²⁸¹. Laddove, poi, vi sia una previsione del contratto collettivo in base alla quale l'assenza prolungata per un determinato periodo prestabilito sia idonea a far desumere la volontà del lavoratore di dimettersi²⁸², tale norma, non essendo ammissibile una clausola risolutiva espressa del rapporto se non prevista esclusivamente dalla legge, deve essere interpretata nel senso che tale comportamento equivale a dimissioni soltanto se il lavoratore non provi in giudizio di non aver avuto alcuna intenzione di dimettersi²⁸³;

della prova... cit., 349 e ss.; M. D'Onghia, *Dal formalismo...* cit., 341 e ss.; *idem*, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2005, 374 e ss. Anche se non è mancato chi ha ritenuto le dimissioni rese senza la forma prescritta non nulle ma giuridicamente inesistenti, v. G.F. Mancini, *Il recesso...* cit., 309; R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Cacucci, 1972, 117].

²⁸⁰ In questo senso v. Cass. 27 ottobre 1995, n. 11158, in *RGL*, 1996, II, 39; Cass. 18 maggio 1989, n. 2392, in *GC*, 1989, I, 2048. *Contra*, v. Cass. 20 maggio 2000, n. 6604, in *RIDL*, 2001, II, 748.

²⁸¹ V. le sentenze citate nella nota n. 280.

²⁸² V., ad esempio, l'art. 76 del CCNL "Legno e arredamento".

²⁸³ V. Cass. 22 novembre 1999, n. 12942, in *GCM*, 1999, 2323; Cass. 12 marzo 1987, n. 2605, in *DPL*, 1987, 2302; Trib. Milano 8 giugno 2005, in *OGI*, 2005, 4, 958. In dottrina, sulla valutazione negativa delle clausole contrattuali che fanno presumere la volontà del lavoratore di dimettersi in presenza di

pertanto, qualora il lavoratore assolva al predetto onere probatorio, non solo il rapporto non si estingue, ma la dichiarazione con la quale il datore di lavoro comunica al lavoratore di considerarlo dimissionario non può costituire un provvedimento di licenziamento²⁸⁴, non potendo, tra l'altro, a seguito del giudizio, il datore di lavoro avvalersi del potere disciplinare per sanzionare l'assenza del lavoratore, in quanto in contrasto, in questo caso, con il principio di tempestività che regola l'art. 2106 c.c.

4. La tutela per le dimissioni invalide

Le dimissioni, come anticipato, possono essere definite atto unilaterale recettizio di esercizio di un diritto potestativo, che prescindono, pertanto, dall'accettazione da parte del datore di lavoro, il quale deve soltanto essere messo nelle condizioni di conoscere la volontà del lavoratore, non potendosi in alcun modo opporre e restando, di fatto, completamente estraneo alla fattispecie negoziale delle dimissioni.

Poiché si tratta di un atto unilaterale, ad esso si applica l'art. 1324 c.c., che estende a tale tipologia di atto alcune norme che regolano i contratti, in quanto compatibili. Tale previsione acquista ancor più importanza nella fattispecie in esame, in quanto, in assenza di una normativa *ad hoc* che regola i profili formali, sostanziali e procedurali delle dimissioni, il rinvio ai principi generali di diritto civile permette di disciplinare alcuni aspetti fondamentali, come ad esempio quello dell'invalidità delle dimissioni e degli effetti prodotti sul rapporto, sottraendoli, così, alla libera e (in)condizionata volontà delle parti.

Il ruolo del datore di lavoro, pertanto, nelle dimissioni assume una veste importante; se a valle esso resta estraneo alla fattispecie negoziale, a monte il comportamento del datore può essere decisivo circa la formazione della volontà del soggetto dimissionario.

determinati comportamenti, come ad esempio, il rifiuto del trasferimento, in quanto rischiano di essere strumenti utilizzati dal datore di lavoro per eludere la normativa in tema di licenziamenti, v. F. Liso, *Trasferimento del lavoratore e clausole dei contratti collettivi: alcune osservazioni*, in *RGL*, 1975, II, 381; *idem*, *La mobilità dei lavoratori in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982, 101; M. Miscione, *Osservazioni su sanzioni disciplinari e trasferimento*, in *GI*, 1977, 439; L. Angiello, *Il trasferimento dei lavoratori*, Cedam, 1986, 55; M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 1997, 610 e ss.

²⁸⁴ V. Cass. 10 giugno 1998, n. 5776, in *MFI*, 1999; Cass. n. 2605/1987 cit.; Cass. 12 dicembre 1986, n. 7437, in *OGL*, 1987, 166.

Anzi, proprio l'eventuale inadempimento di obblighi contrattuali costituisce la più evidente giustificazione delle dimissioni.

Nella maggior parte dei casi, però, il datore di lavoro non si limita a porre in essere un comportamento che induce indirettamente il lavoratore a recedere dal contratto, ma si adopera in maniera diretta per costringere lo stesso a rassegnare le dimissioni. In sintesi, il datore di lavoro può concretamente interferire sulla formazione della volontà del soggetto di recedere dal rapporto.

La validità delle dimissioni, in ordine alla reale e libera volontà di recedere dal rapporto, rappresenta il problema più importante della disciplina in esame, non tanto per l'individuazione di una normativa di riferimento, che, in applicazione dell'art. 1324 c.c., è certamente rinvenibile nella disciplina generale in tema di invalidità del contratto, quanto per l'assenza di un sistema di garanzie, al pari di quanto si verifica nel licenziamento, che sia idoneo, da un lato, a ripristinare in maniera integrale lo *status quo ante* e, dall'altro lato, a punire il datore di lavoro per aver forzato la volontà altrui. La riflessione che segue, pertanto, è incentrata sulle ipotesi di invalidità delle dimissioni (nullità ed annullamento) e sulle relative conseguenze prodotte sul rapporto di lavoro.

4.1 (segue)... La nullità

In relazione alla nullità delle dimissioni la problematica si complica. Qui, infatti, le dimissioni possono essere considerate nulle se sono state poste in essere per eludere una norma imperativa o perché hanno una causa o un oggetto illecito, ovvero perché difettano dell'elemento essenziale della volontà del soggetto recedente. In assenza di una previsione, anche di rango pattizia, che imponga una determinata forma o procedura generalizzata di conferma o convalida (*supra*), le dimissioni non possono essere nulle perché prive della forma scritta. Sono altresì nulle le dimissioni rese dalla lavoratrice durante il periodo di matrimonio se non confermate dalla DPL, mentre sono inefficaci quelle della lavoratrice madre se non convalidate dal servizio ispettivo del lavoro (*infra*).

Analizzando i vari vizi che possono determinare la nullità delle dimissioni, l'assenza della causa non può che determinare la nullità di esse, trattandosi di un elemento essenziale dell'atto; in relazione, invece, all'illeceità della causa, tale ipotesi si verifica

ogni qual volta l'atto viene posto in essere per fini che non sono diretti al conseguimento dello scopo tipico delle dimissioni e, cioè, l'estinzione del rapporto e la riacquisizione da parte del lavoratore della propria libertà contrattuale (*supra*), ma per aggirare vincoli normativi o per raggiungere obiettivi vietati dalla legge. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi, ricorrente nella prassi, in cui il lavoratore è costretto a dimettersi per essere poi riassunto il giorno successivo, al solo fine di azzerare l'anzianità aziendale, ovvero riassumere il lavoratore a condizioni diverse ed inferiori rispetto a quelle che hanno caratterizzato il rapporto precedente, in evidente contrasto con la normativa posta a tutela del lavoratore.

Un ruolo significativo viene svolto dall'elemento essenziale della volontà. Se i vizi della volontà, come si vedrà in seguito, comportano l'annullamento delle dimissioni, l'assenza di essa, invece, implica la nullità di esse. L'ipotesi più ricorrente è rappresentata dalle dimissioni coartate, ovvero da quelle cd. in bianco, che determinano la risoluzione del rapporto senza che il lavoratore abbia voluto raggiungere tale obiettivo. In tale caso, la nullità deriva dall'assenza della volontà del lavoratore di interrompere il rapporto di lavoro, con la conseguenza che le dimissioni sono radicalmente nulle ai sensi dell'art. 1418 comma 2 c.c., per mancanza del requisito di cui al n. 1 dell'art. 1325 c.c.²⁸⁵.

Dalla panoramica sulla causa di nullità delle dimissioni deriva, poi, la riflessione sugli effetti che la nullità del recesso produce sul rapporto, *in primis*, e sulla sfera patrimoniale del lavoratore, *in secundis*.

A differenza dell'annullamento, la nullità di un atto determina la sua inidoneità a produrre *ab origine* qualsiasi effetto, con la conseguenza che la nullità delle dimissioni non comporta la ricostituzione del rapporto, come invece accade per l'annullamento, in quanto questo deve essere considerato come se non fosse stato mai risolto, *tamquam non esset*; d'altra parte, la sentenza, in caso di nullità, ha natura accertativa e non anche costitutiva, come invece è quella di annullamento. Per cui, il lavoratore avrà diritto ad essere riammesso nell'originario posto di lavoro, con conservazione di tutti i diritti già

²⁸⁵ Sul punto Trib. Reggio Calabria, 19 aprile 2006, inedita.

acquisiti e nelle more del giudizio eventualmente maturati (scatti di anzianità, promozioni automatiche ecc.).

Dubbi, invece, sorgono per quanto riguarda la retribuzione. Il punto di partenza, anche in questo caso, è rappresentato dal principio di corrispettività: se il lavoratore non ha formalmente posto in mora il datore di lavoro, ci si chiede se il primo, in caso di accertamento della nullità delle dimissioni, abbia diritto o meno anche alla corresponsione delle retribuzioni *medio tempore* maturate.

Sul punto si ritiene di poter affermare che, per lo meno nel diritto del lavoro, la declaratoria di nullità e quella di annullabilità, sebbene si differenziano per quel che riguarda le causali, il regime prescrizione, la rilevabilità di ufficio, la legittimazione ad agire, la possibile sanatoria e la natura dell'azione, producono sul rapporto di lavoro i medesimi effetti, conclusione che verrà riproposta anche con riferimento alla disciplina degli effetti prodotti dal licenziamento adottato in ambito di tutela reale (*infra*).

Ed infatti, poiché principio regolatore del diritto del lavoro, salvo deroge espresse, è quello della corrispettività delle prestazioni, nessun trattamento economico, né di natura retributiva né risarcitoria, può essere riconosciuto al lavoratore in assenza del sinallagma funzionale e di *mora accipiendi*. Ebbene, atteso che sia la nullità sia l'annullamento delle dimissioni determinano la conservazione del sinallagma genetico (anche se con le opportune differenze, in quanto nel primo caso questo non è mai venuto meno, nel secondo viene di fatto "ricostituito" con la sentenza di annullamento), in assenza di quello funzionale entrambe le parti sono esonerate dal rendere la propria prestazione. Rapportando tale affermazione al caso in esame, anche nell'ipotesi di nullità, ove mancasse anche la *mora credendi*, il datore di lavoro non sarà obbligato e non potrà essere condannato a corrispondere alcunché al lavoratore, perché – appunto – non v'è stata, né di fatto né potenzialmente, alcuna prestazione lavorativa che legittimerebbe la controprestazione pecuniaria, né il datore di lavoro si trova nella situazione di mora che legittimerebbe quantomeno il diritto del lavoratore al risarcimento del danno.

È, pertanto, auspicabile che in tutti i casi di vizi delle dimissioni che possono portare alla declaratoria di nullità di esse, il lavoratore immediatamente ponga in mora il datore di lavoro. In tale situazione, infatti, riproponendo quanto sin qui detto in tema di *mora*

credendi nel rapporto di lavoro, il datore di lavoro avrà ingiustificatamente rifiutato la prestazione lavorativa, violando l'obbligo di cooperazione su di lui incombente (*supra*), con la conseguenza che qualora venisse accertata la nullità delle dimissioni, con efficacia ovviamente *ex tunc*, il datore di lavoro non deve essere condannato a corrispondere la retribuzioni *medio tempore* maturate, perché assente la corrispettività delle prestazioni, ma a risarcire il danno subito dal lavoratore per non aver potuto eseguire la prestazione lavorativa e, quindi, ricevere la controprestazione economica. D'altra parte, l'esclusione del diritto alle retribuzioni, pur in presenza della formale messa in mora, è giustificata dalla previsione, che in seguito si andrà ad analizzare, contenuta nella legge n. 7 del 1963, che riconosce espressamente, in caso di nullità delle dimissioni (e anche di licenziamento), alla lavoratrice dimissionaria durante il periodo di matrimonio il diritto alle retribuzioni; sicché, la deroga al principio di corrispettività deve essere prevista *ex lege*, in assenza della quale si applicano i principi generali in tema di responsabilità contrattuale e, quindi, non la reintegrazione in forma specifica, ma il risarcimento per equivalente.

L'*an* del risarcimento del danno è insito, pertanto, nella perdita del lavoro per quel determinato periodo sino alla sentenza dichiarativa di nullità, mentre per il *quantum* di esso si dovrà tener conto, quale parametro oggettivo di quantificazione, delle retribuzioni *medio tempore* maturate, rilevando anche il comportamento sia del lavoratore ai fini dell'eventuale riduzione del risarcimento (eccezioni di *aliunde perceptum et percipiendum*) sia del datore di lavoro ai fini della risarcibilità dei danni ulteriori (*infra*).

4.2 (segue)... L'annullamento

Le cause che possono determinare l'annullamento delle dimissioni sono individuabili sia nei vizi del consenso, quali l'errore, il dolo e la violenza (artt. 1427 ss. cod. civ.) sia nell'incapacità naturale del lavoratore (artt. 428 e 1425, co. 2 cod. civ.).

Il necessario rinvio ai principi generali del diritto civile, in virtù dell'art. 1324 cit., in assenza di una previsione specifica, è stato generalmente sostenuto²⁸⁶, in quanto questi

²⁸⁶ V., *ex plurimis*, R. Altavilla, *Le dimissioni...* cit., 90; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, 1988, I, 616; G. Nicolini, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1996, 464; S. Mainardi, *Le*
139

costituiscono l'unica garanzia a tutela della libera e incondizionata volontà del lavoratore, anche se non è mancato in dottrina²⁸⁷ chi ha ritenuto il rinvio inadeguato, in quanto l'applicazione dei principi generali presuppone in ogni caso l'onere del lavoratore di provare il vizio della volontà, operazione non facile soprattutto in considerazione della posizione di debolezza in cui si viene a trovare il lavoratore, a maggior ragione nelle ipotesi di dimissioni viziate. La critica mossa all'applicazione delle norme codicistiche è sicuramente pertinente, in quanto addossare al lavoratore l'onere probatorio in merito alla prova del vizio della volontà significa aggravare ulteriormente la sua posizione, già gravemente provata dalla perdita non voluta del posto di lavoro. Ma in assenza di una normativa specifica, non rinviare ai principi generali significa privare, nel caso di specie, il lavoratore di una tutela minima; sarebbe, invece, opportuno intervenire sulla tutela processuale, proprio per evitare che il lavoratore si possa trovare nelle condizioni di non riuscire a provare il vizio della volontà, ricorrendo, ad esempio, a presunzioni idonee a supportare il contraente debole nel difficile onere di provare l'invalidità del recesso.

Con riferimento all'incapacità di intendere e di volere del lavoratore al momento di rassegnare le dimissioni - intendendo per tale una situazione di menomazione dell'attitudine di un soggetto a comprendere il valore dell'atto che compie o dell'attitudine a determinarsi²⁸⁸ - dottrina e giurisprudenza sono divise; da un lato v'è chi ritiene sufficienti la sussistenza dell'incapacità del soggetto al momento delle dimissioni e del grave pregiudizio dallo stesso subito, a prescindere dalla malafede del datore, facendo rientrare quindi l'ipotesi in esame nella fattispecie di cui al primo comma dell'art. 428 cod. civ., che disciplina l'annullabilità degli atti unilaterali, non potendo applicarsi il comma successivo in quanto riferibile soltanto ai contratti²⁸⁹;

dimissioni... cit., 455. In giurisprudenza il rinvio ai principi civilistici è ormai unanime, v., tra le tante, Cass. 2 ottobre 2008, n. 24405, in *D&G*, 2008; Cass. 5 ottobre 2007, n. 20887, in *GCM*, 2007, 10; Cass. 8 marzo 2005, n. 4967, in *OGL*, 2005, I, 169; Cass. 18 agosto 2004, n. 16179, in *D&G*, 2004, 38, 105; Cass. 18 novembre 1999, n. 12784, in *GCM*, 1999, 2285; Cass. 5 aprile 1991, n. 3569, in *MGL*, 1991, 263.

²⁸⁷ V. L. Riva Sanseverino, *Note sulla posizione del lavoratore dimissionario*, in *BLT*, 1973, 53.

²⁸⁸ F. Messineo, *Il contratto in genere*, in A. Cicu - F. Messineo (diretto da), *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, Vol. XXI, Tomo 2, Milano, 1972, 311.

²⁸⁹ Sul punto v. Cass. 18 marzo 2008, n. 7292, in *D&L*, 2008, 646; Cass. 5 aprile 1991, n. 3569, in *MGL*, 1991, 263; Cass. 9 maggio 1985, n. 2009, in *NGL*, 1985, 572; Cass. 6 febbraio 1984, n. 918, in *DL*, 1984, II, 443; Corte d'App. Milano 4 settembre 2006, in *LG*, 2007, 525; Trib. Forlì 19 settembre 2005, in *LG*,

dall'altro lato, richiamando il secondo comma della disposizione codicistica citata sull'annullabilità dei contratti, v'è chi considera la riconoscibilità e, quindi, la malafede del datore di lavoro quale elemento essenziale, in quanto, pur costituendo le dimissioni un atto unilaterale recettizio avente contenuto patrimoniale, esse determinano l'estinzione di un rapporto giuridico, provocando, ai sensi dell'art. 1324 cod. civ., conseguenze anche nella sfera giuridica patrimoniale del datore di lavoro²⁹⁰.

La diversa configurazione assume particolare rilevanza, in quanto secondo il primo orientamento, maggioritario, al quale si aderisce, sarebbe sufficiente per il lavoratore provare il proprio stato di incapacità al momento delle dimissioni²⁹¹ e il <<grave pregiudizio>> subito, che, secondo i più, è da considerarsi *in re ipsa*, in quanto insito nella perdita del posto di lavoro, con totale assolvimento dell'onere probatorio²⁹². Viceversa, secondo, l'orientamento minoritario è onere del lavoratore provare sia la malafede dal datore di lavoro sia l'effettivo pregiudizio subito ai fini dell'annullamento delle dimissioni, dovendosi annoverare tra gli elementi di prova, per esempio, la zona geografica di residenza, l'età e il sesso del lavoratore medesimo, le ripercussioni a livello familiare, personale e sociale²⁹³. Tale ultimo orientamento appare, invero, poco condivisibile in quanto, da un lato, le predette circostanze rilevano non tanto ai fini dell'accertamento dell'*an* del danno, che esiste per il solo fatto che il lavoratore ha

2006, 280; Pret. Ravenna 29 febbraio 1996, in *LG*, 1996, 557; Trib. Napoli 7 ottobre 1993, in *RIDL*, 1994, II, 758. In dottrina v. G. Dinacci, *L'incapacità naturale*, in *RDC*, 1973, II, 257; P. Forchielli, *Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli – Foro Italiano, 1988, 63; S. Mainardi, *Le dimissioni...* cit., 461.

²⁹⁰ Di questo parere è M. Ruocco, *Dimissioni: annullamento per incapacità*, in *LG*, 1994, 27. In giurisprudenza v. Cass. 5 ottobre 2007, n. 20887, *GCM*, 2007, 10; Cass. 6 febbraio 1984, n. 918, in *DL*, 1984, II, 443; Trib. Milano 18 dicembre 1999, in *LG*, 2000, 374.

²⁹¹ In relazione allo stato di incapacità di intendere e volere non è necessaria la totale incapacità, essendo sufficiente che il soggetto si trovi in un notevole stato di turbamento psichico, idoneo a far venire meno la sua capacità di autodeterminazione e la consapevolezza dell'atto che sta per compiere (sul punto v. Cass. n. 7292/2008 cit.; Cass. 8 marzo 2005, n. 4967, in *OGL*, 2005, I, 169; Cass. 15 gennaio 2004, n. 515, in *OGL*, 2004, I, 194; Cass. 14 maggio 2003, n. 7485, in *OGL*, 2003, I, 434; Cass. 15 giugno 1995, n. 6756, in *NGL*, 1996, 98; Cass. n. 3569/1991 cit.; Trib. Milano 24 gennaio 2008, in *D&L*, 2008, 647; Trib. Ascoli Piceno 20 luglio 2001, in *FI*, 2001, I, 2971; Trib. Napoli 7 ottobre 1993, in *RIDL*, 1994, II, 758.

²⁹² V. Cass. 14 maggio 2003, n. 7485, in *D&G*, 2003, 22, 14; Corte d'App. Milano 4 settembre 2006 cit.; Pret. Ravenna 29 febbraio 1996, in *LG*, 1996, 557; Trib. Napoli 7 ottobre 1993 cit. In dottrina v. S. Mainardi, *Le dimissioni...* cit., 461.

²⁹³ V. Cass. n. 7292/2008 cit.; Cass. 17 aprile 1984, n. 2499, in *DL*, 1984, II, 446; Cass. 4 marzo 1986, n. 1375, in *MGL*, 1986; In dottrina v. A. Lassandari, *Dimissioni rese in stato di incapacità di intendere e volere*, in *LG*, 1996, 561. Sulle ripercussioni dei fattori sociali, economici e geografici sulla tutela nel caso di licenziamento v. P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, 117 ss.

perso il posto di lavoro, ma al più del *quantum* del risarcimento; dall'altro lato, il lavoratore sarebbe onerato anche della prova della malafede dal datore, della riconoscibilità da parte di quest'ultimo dello stato di incapacità e della situazione di vantaggio che ne è derivata nella propria sfera giuridica, aggravando ulteriormente ed ingiustificatamente la posizione processuale – e quindi sostanziale – del lavoratore.

Per quanto riguarda, invece, i vizi del consenso, essi sono rappresentati dall'errore²⁹⁴, dalla violenza²⁹⁵ e dal dolo²⁹⁶, che possono incidere, ove esistenti le condizioni legali, in maniera diversa sul livello di tutela del lavoratore, pur comportando tutti l'annullamento dell'atto risolutivo.

La distinzione tra i suddetti vizi della volontà e l'incapacità di intendere e volere del lavoratore, emerge in relazione a cosa deve essere provato dal lavoratore - danneggiato *ex art. 2697 cod. civ. (actori incumbit onus probandi)* e agli effetti patrimoniali che discendono dall'annullamento delle dimissioni, con particolare riferimento alla

²⁹⁴ Nella fattispecie delle dimissioni si tende a circoscrivere l'ambito di applicazione dell'errore, quale vizio della volontà, a quello di diritto, circa l'esistenza, il contenuto o la portata di una norma, ovvero il modo in cui essa deve essere interpretata o applicata. L'esempio più ricorrente è quello dato dal lavoratore che si dimette nella convinzione di poter godere di un trattamento previdenziale, laddove invece non ne sussistono le condizioni (v. Cass. 10 novembre 2008, n. 26925, in *GCM*, 2008, 11, 1603; Cass. 19 agosto 1996, n. 7629, in *GCM*, 1996, 1186; Cass. 8 gennaio 1981, n. 180, in *GCM*, 1981, 1; Trib. Grosseto 23 febbraio 1999, in *GC*, 1999, I, 2543. *Contra*, v. Cass. 11 giugno 2004, n. 11153, in *MFI*, 2003; Cass. 18 novembre 1999, n. 12784, in *GCM*, 1999, 2285; Trib. Reggio Calabria 3 aprile 2002, in *GM*, 2003, 52. Sull'irrelevanza dell'errore in questione ai fini dell'annullamento delle dimissioni, ma sulla sua rilevanza ai fini di una domanda risarcitoria *ex art. 2043 c.c.* contro l'istituto previdenziale v. Cass. 24 gennaio 2003, n. 1104, in *MFI*, 2003; Cass. 16 aprile 1994, n. 3635, in *GC*, 1995, I, 217; Cass. 11 agosto 1993, n. 8619, in *GCM*, 1993, 1279; Pret. Trieste 28 settembre 1984, in *IP*, 1985, 773.

²⁹⁵ La violenza morale o la minaccia di far valere un diritto, quale vizio della volontà che porta all'annullamento delle dimissioni, deve essere accertata prendendo in considerazione il mezzo utilizzato dal datore di lavoro per perpetrare la minaccia, quindi le concrete modalità valutate secondo criteri oggettivi e il fare intimidatorio per raggiungere obiettivi ingiusti, nonché la gravità e l'ingiustizia del male minacciato, anche in virtù dei potenziali pregiudizi che potrebbero derivare dal provvedimento a carico del lavoratore. L'ipotesi più ricorrente è quella delle dimissioni rese a seguito di minaccia di licenziamento, attraverso un comportamento complessivamente intimidatorio, annullabili soltanto se quest'ultimo risulti essere infondato e illegittimo (per quel che riguarda la violenza morale v. Cass. 10 giugno 2009, n. 13367, in *D&G*, 2009; Cass. 2 ottobre 2008, n. 24405, in *D&G*, 2008; Cass. 7 settembre 2007, n. 18909, in *RIDL*, 2008, II, 433; Cass. 14 agosto 2004, n. 15926, in *GCM*, 2004, 7-8; Cass. 26 aprile 2003, n. 6577, in *GCM*, 2003, 4; Cass. 12 luglio 2002, n. 10193, in *NGL*, 2003, 97; Cass. 28 dicembre 1999, n. 14621, in *RIDL*, 2000, II, 738. In relazione alla minaccia di far valere un diritto v. Cass. 26 aprile 2003, n. 6577, in *RGL*, 2004, II, 575; Cass. 13 gennaio 2003, n. 324, in *GCM*, 2003, 70; Cass. 16 luglio 1996, n. 6426, in *NGL*, 1996, 747; Cass. 28 aprile 1990, n. 3564, in *DPL*, 1990, 1687).

²⁹⁶ Con riferimento al dolo si ritiene necessario non solo il raggirò posto in essere dal datore di lavoro allo scopo di costringere il lavoratore a rassegnare le dimissioni, ma anche che esso sia determinante nella formazione della volontà di recedere dal rapporto, procedendo ad un'attenta valutazione delle circostanze di fatto e delle condizioni in cui si trova il lavoratore (v. Cass. 18 agosto 2004, n. 16179, in *D&G*, 2004, 38, 105; Cass. 28 ottobre 1993, n. 10718, in *GC*, 1993, 1394).

configurabilità o meno in capo al datore di un obbligo risarcitorio in favore del lavoratore, aggravato ove sussista anche la malafede dal datore di lavoro.

La problematica degli effetti dell'annullamento delle dimissioni non è ancora approdata ad una soluzione univoca. Ed infatti, ragionando delle conseguenze che ne scaturiscono, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario esclude, in caso di annullamento delle dimissioni, il riconoscimento in favore del lavoratore del diritto alle retribuzioni *medio tempore* non percepite, disponendo soltanto la ricostituzione *ex tunc* del rapporto e ciò sulla base del principio secondo cui difetterebbe la corrispettività tra prestazione non resa e retribuzione eventualmente riconosciuta²⁹⁷. In base a tale orientamento il pagamento delle retribuzioni in assenza della prestazione lavorativa costituisce un'eccezione che deve essere espressamente prevista dal legislatore (come ad esempio, con l'art. 35, comma 6, D.lgs. n. 198 del 2006), il che esclude a priori l'applicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 18 Stat. lav., pur invocato, secondo un orientamento ormai risalente nel tempo, da alcuni giudici di merito²⁹⁸.

In realtà, l'orientamento in questione esclude anche un qualsiasi risarcimento del danno in favore del lavoratore in caso di annullamento delle dimissioni, circoscrivendo, pertanto, la tutela alla sola ricostituzione del rapporto di lavoro. Tale posizione, però, non convince.

È stato giustamente osservato che l'automatico riconoscimento di una responsabilità risarcitoria del datore è errato quanto il disconoscimento aprioristico di una qualsiasi forma risarcitoria in favore del lavoratore, laddove esista un inadempimento del datore ovvero la violazione di uno specifico obbligo posto a suo carico, che ha cagionato un danno al lavoratore dimissionario²⁹⁹. Secondo un'interpretazione non priva di forza persuasiva, al fine di soddisfare la pretesa risarcitoria del lavoratore, si potrebbe utilizzare l'art. 18 St. Lav. quale parametro per la quantificazione dei danni subiti dallo stesso, tenendo in considerazione, *ex art.* 1227 cod. civ., il comportamento posto in

²⁹⁷ V. *ex plurimis* Cass. 17 giugno 2005, n. 13045, in *GCM*, 2005, 6; Cass. 15 gennaio 2004, n. 515, in *D&L*, 2004, 404; Trib. Lecce 31 ottobre 2007, in *RGL*, 2008, II, 958 e ss.; Trib. Forlì 19 settembre 2005 cit.; Trib. Napoli 7 ottobre 1993 cit..

²⁹⁸ Il riferimento è a Corte d'App. Firenze 11 febbraio 2002, in *D&L*, 2002, 682; Trib. Cosenza 19 giugno 1993, in *NGL*, 1993, 552; Pret. Milano 30 marzo 1993, in *LG*, 1994, 26.

²⁹⁹ Sul punto v. M. Ruocco, *Dimissioni...* cit., 26; A. Lassandari, *Dimissioni rese...* cit., 557. In giurisprudenza v. Cass. 2 febbraio 1998, n. 1021, in *RGL*, 1999, II, 30.

essere da entrambe le parti. Ed infatti, ove si dovesse propendere per l'esclusione del diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni maturate *medio tempore* e si ripiegasse sull'ipotesi di risarcimento per equivalente, l'unico parametro che garantirebbe al lavoratore l'effettivo ristoro del pregiudizio patrimoniale subito sarebbe rappresentato proprio dall'art. 18 Stat. lav.³⁰⁰.

In ogni caso, l'analisi degli effetti prodotti dall'annullamento delle dimissioni non può prescindere da quella sulle cause di tale invalidità, atteso che è sostenibile una differenziazione degli effetti in relazione alle diverse cause, per lo meno in relazione all'eventuale pretesa risarcitoria avanzata dal lavoratore.

4.2.1 - Gli effetti dell'annullamento delle dimissioni

Dalla disamina delle cause di annullamento delle dimissioni emerge un dato che può considerarsi ormai acquisito: l'annullamento delle dimissioni, che ha natura costitutiva, determina la ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro.

Viceversa, sulla conseguenze economiche che potrebbero derivarne, come anticipato poc'anzi, il dibattito dottrinario e giurisprudenziale non è ancora approdato ad una soluzione univoca.

In sintesi, ci si chiede, *in primis*, se dall'eventuale annullamento delle dimissioni possano derivare anche conseguenze di natura economica o se queste debbano essere escluse a priori. *In secundis*, in caso di risposta affermativa, se sussista in capo al lavoratore il diritto alla retribuzioni o al risarcimento del danno.

Sul diritto del lavoratore a percepire, in caso di annullamento delle dimissioni, le retribuzioni maturate nel periodo precedente l'emanazione della sentenza, dottrina e giurisprudenza sono divise tra chi esclude tale diritto e chi invece lo riconosce.

Secondo quest'ultimo orientamento, in caso di annullamento delle dimissioni sussisterebbe il diritto del lavoratore a ricevere tutte le retribuzioni non percepite dal

³⁰⁰ Così S. De Paola, *Effetti delle dimissioni per giusta causa*, in *RGL*, 1999, II, 43 e ss.; N. Ghirardi, *Sull'annullamento delle dimissioni rassegnate dal dipendente sotto minaccia di licenziamento disciplinare*, in *RIDL*, 2008, II, 433; A. Piovesana, *Annullamento delle dimissioni per incapacità naturale e conseguenze economiche della ricostruzione ope iudicis del rapporto*, in *LG*, 2006, 80 ss. In giurisprudenza v. anche Cass. S.U. 27 luglio 1999, n. 508, in *D&G*, 1999, 889.

giorno della cessazione del rapporto di lavoro fino all'effettivo ripristino del rapporto, indipendentemente dalla formale messa in mora³⁰¹.

Secondo l'opposto orientamento, cui si aderisce, il diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni sussiste esclusivamente a partire dal periodo successivo alla sentenza³⁰². Il fondamento di tale assunto risiede nella assenza, per il periodo *ante* sentenza, dell'elemento della corrispettività, sicché la prestazione del datore di lavoro resta sospesa in quanto pur sempre legata sinallagmaticamente a quella del lavoratore.

Ogni considerazione in ordine alla tutela patrimoniale del lavoratore, in ogni caso, non può prescindere dall'incidenza che su di essa ha l'istituto della messa in mora, a maggior ragione rispetto alla disciplina del licenziamento, in quanto per le dimissioni non è prevista l'impugnazione, che, come vedremo, può essere considerata, a determinate condizioni, una sorta di formale messa in mora (*infra*).

Le considerazioni preliminari sono due: in caso di annullamento delle dimissioni il rapporto di riscostituisce *ex tunc*; il diritto alle retribuzioni matura soltanto laddove sussista il sinallagma funzionale, salvo espressa deroga legale.

Da tali considerazioni emerge che, pur se il rapporto si ricostituisce *ex tunc* a seguito dell'annullamento delle dimissioni, giustamente la giurisprudenza esclude il diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni perché manca la corrispettività delle prestazioni.

Ma poiché il lavoratore è stato indotto a dimettersi da un comportamento posto in essere dal datore di lavoro, finalizzato a manipolare la sua volontà, in assenza del quale, pertanto, il lavoratore non si sarebbe dimesso, tale comportamento deve essere in ogni caso sanzionato, ancor più se aggravato dalla malafede. Non è possibile prevedere una forma di sanzione o indennità perché il legislatore nulla dice sul punto; invece, nulla impedisce di ricorrere allo strumento del risarcimento per equivalente. Il lavoratore, infatti, per colpa del datore di lavoro, non ha potuto eseguire la prestazione lavorativa e, quindi, percepire la retribuzione. Questa non può essere dal lavoratore rivendicata *ex post* a causa dell'assenza della corrispettività delle prestazioni (non potendo, di fatto,

³⁰¹ V. Cass. 18 marzo 2004, n. 5518, in *D&G*, 2004, 120; Cass. 29 agosto 2002, n. 12693, in *RIDL*, 2003, II, 581; Trib. Milano 20 gennaio 1999, in *LG*, 1999, 480; Trib. Forlì 30 ottobre 1995, in *RIDL*, 1996, II, 857; Trib. Cosenza 19 giugno 1993, in *NGL*, 1993, 552.

³⁰² Sul punto in dottrina v. M. Ruocco, *Dimissioni...* cit., 28. In giurisprudenza v. Cass. n. 13045/2005 cit.; Trib. Forlì 19 settembre 2005 cit.; Cass. n. 515/2004 cit.; Pret. Ravenna 29 febbraio 1996 cit.; Trib. Napoli 7 ottobre 1993 cit.

eseguire la propria prestazione in un momento successivo – *supra*), ma poiché ha subito un danno, non può negarsi il suo diritto al relativo risarcimento, ovviamente parametrato alle retribuzioni che avrebbe percepito se non si fosse dimesso per colpa del datore di lavoro. Escludere nella fattispecie in esame aprioristicamente qualsiasi tutela patrimoniale in favore del lavoratore significa “premiare” il comportamento colposo, finanche doloso, del datore di lavoro, non considerando che tra le ipotesi di dimissioni per colpa del datore di lavoro e quella di licenziamento vi sono evidenti similitudini.

Il diritto al risarcimento del danno implica, poi, il necessario rinvio, come detto anche a proposito della nullità delle dimissioni, ai principi generali in tema di responsabilità contrattuale e, quindi, di *mora credendi*.

Una volta dimessosi, il lavoratore deve mettere in mora il datore di lavoro se vuole rivendicare, oltre alla tutela ripristinatoria, anche quella risarcitoria. A partire da questo momento, infatti, l’annullamento delle dimissioni non solo determina la ricostituzione del rapporto, ma anche il diritto del lavoratore ad ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa dell’illegittimo allontanamento dal posto di lavoro, quantificato sulla base delle retribuzioni *medio tempore* non percepite. Da ciò deriva anche l’applicabilità degli artt. 1227, in tema di corresponsabilità del danneggiato nella causazione o nella persistenza del danno (*aliunde perceptum et percipiendum*), e 1224 c.c., in tema di risarcibilità del danno ulteriore, soprattutto laddove il lavoratore provi la malafede dal datore di lavoro. Inoltre, dall’applicabilità alla fattispecie in esame dei principi generali in tema di risarcimento del danno, deriva anche l’esclusione del diritto del lavoratore al risarcimento laddove difetti l’elemento soggettivo del datore di lavoro; ed infatti, se la malafede rileva ai fini dell’aggravamento del danno (e, quindi, del risarcimento), l’assenza di colpa del datore di lavoro (per esempio in caso di errore di diritto commesso dal lavoratore - *supra*) non può che comportare l’esclusione del diritto del lavoratore a qualsiasi tutela di natura patrimoniale³⁰³.

Un’ultima considerazione attiene alla possibilità che il datore di lavoro, a seguito di nullità o annullamento delle dimissioni, non proceda alla ricostituzione della funzionalità del rapporto. Tale obbligo, come si approfondirà in seguito, è infungibile o quantomeno parzialmente fungibile in ordine agli obblighi strumentali di ripristino;

sicché senza la necessaria cooperazione del datore di lavoro la funzionalità del rapporto può non essere ripristinata. In tale situazione deve necessariamente permanere il diritto del lavoratore al risarcimento del danno sino all'effettivo ripristino del rapporto, sempre in presenza di formale messa in mora, non potendo riconoscergli, come avviene, invece, in caso di licenziamento invalido in ambito di tutela reale, il diritto alle retribuzioni maturate successivamente alla sentenza, quale sanzione per l'inottemperanza all'ordine giudiziale di reintegrazione, in quanto in questo caso non vi sarebbe da parte del datore di lavoro un'inottemperanza all'ordine giudiziale di ripristinare la funzionalità del rapporto di lavoro, mancando di fatto nella fattispecie in esame una previsione analoga a quella contenuta nell'art. 18 (*infra*).

5. La tutela per particolari eventi

In favore di determinate categorie di lavoratori dimissionari il legislatore ha apprestato specifiche e più pregnanti tutele, volte a proteggere situazioni di particolare debolezza contrattuale, nelle quali la volontà del lavoratore di recedere dal contratto non è quasi mai genuina.

Si assiste, in queste ipotesi, ad un rafforzamento, non solo, dei requisiti formali e procedurali delle dimissioni, prevedendo un controllo esterno sulla validità dell'atto attraverso una forma di autonomia individuale assistita³⁰⁴, ma anche della tutela economica, rimediando in parte a quelle lacune normative innanzi denunciate con riferimento alla fattispecie generale del recesso *a latere lavoratoris*.

5.1 (segue)... per causa di matrimonio

Tra le ipotesi di dimissioni "assistite" v'è, *in primis*, quella riguardante il recesso della lavoratrice a seguito di matrimonio. In questo caso, infatti, v'è una presunzione di nullità delle dimissioni rese nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento a causa di matrimonio, salvo che siano confermate, su iniziativa della lavoratrice, entro un mese dalla Direzione Provinciale del Lavoro³⁰⁵.

³⁰³ Si è espressa recentemente in senso conforme Trib. Milano 21 dicembre 2007, in *LG*, 2008, 532 e ss.

³⁰⁴ V. sul punto R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007, 129 ss.

³⁰⁵ V. l'art. 1, co. 4 della legge n. 7 del 1963, sostituito dall'art. 35, co. 4, del d.lgs. n. 198 del 2006. Sul punto cfr. V. Filì, *Matrimonio (Voce)*, in M. Sesta (diretto da), *Codice della Famiglia*, tomo III, *Leggi di*

La *ratio* di tale previsione è rinvenibile nella particolare situazione di debolezza in cui si viene a trovare la lavoratrice durante il periodo in questione e, cioè, dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio sino ad un anno dopo la celebrazione delle nozze; in tale contesto, infatti, il legislatore ha supposto che le dimissioni siano rese soltanto in apparenza spontaneamente e volontariamente, mentre, in realtà, nascondono una coercizione subita dal datore di lavoro³⁰⁶.

Una delle questioni che ha suscitato qualche problema interpretativo attiene alla natura della presunzione di nullità. Bisogna chiedersi, in sintesi, se il legislatore ha previsto un'ipotesi di presunzione assoluta, ovvero relativa, distinzione fondamentale in quanto nel secondo caso le dimissioni possono essere considerate nulle soltanto se il datore di lavoro, allo scadere del termine previsto per la convalida del recesso, non provi la spontaneità delle dimissioni.

Si propende per la prima soluzione e, cioè, per una presunzione di nullità assoluta. Ed infatti, il testo della norma innanzitutto non fa espresso riferimento alla possibilità per il datore di lavoro di provare il contrario; anzi, impone la sanzione della nullità ogni qual volta la lavoratrice non ha convalidato le dimissioni entro il termine previsto. D'altra parte, una soluzione diversa contrasterebbe anche con la *ratio legis*, laddove si è voluto tutelare in maniera forte una particolare situazione di debolezza contrattuale, sicché riconoscere al datore di lavoro, contraente forte, la possibilità di provare, ricorrendo anche a presunzioni o a elementi di prova non sempre genuini, la legittimità delle dimissioni, significa svuotare di significato la previsione in questione. Qualcuno, però, ha sostenuto che l'individuazione di una presunzione relativa sarebbe necessaria per evitare che il datore di lavoro sia soggetto a conseguenze assai gravose ed ingiustificate, ipotizzando che la lavoratrice non abbia convalidato le dimissioni per mera dimenticanza, pur volendo di fatto recedere dal rapporto, con la conseguenza che la lavoratrice potrebbe in qualunque momento rivendicare la nullità delle dimissioni rese e, quindi, la ricostituzione del rapporto *ex tunc*, con tutto ciò che ne deriverebbe dal punto di vista economico³⁰⁷. Tale tesi non può essere accolta per una serie di ragioni.

altri settori e ordinamenti, sez. diritto del lavoro, Giuffrè, 2^a ed., 2009, 4355 - 4367.

³⁰⁶ In senso conforme v. S. Mainardi, *Le dimissioni...* cit., 435.

³⁰⁷ In tal senso v. M. Mariani, *Sulle dimissioni della lavoratrice che contrae matrimonio*, in *RIDL*, 1990, II, 918; S. Mainardi, *Le dimissioni...* cit., 435 - 436, a parere del quale "la possibilità della prova

Innanzitutto, giustificare la presunzione relativa con la necessità di proteggere il datore di lavoro da ingiustificate conseguenze patrimoniali, non solo, collide con la *ratio* della norma, volta a tutelare esclusivamente la lavoratrice, ma anche con l'interpretazione che la giurisprudenza giustamente ha reso in ordine alle conseguenze patrimoniali. Si è detto, infatti, che il diritto alla retribuzione non nasce per il solo fatto della nullità del recesso, ma è necessaria in ogni caso la formale messa in mora da parte della lavoratrice; nel caso di specie, infatti, il legislatore ha previsto una deroga al principio di corrispettività, ma il diritto alla retribuzione nasce soltanto se vengono rispettati i principi generali in tema di responsabilità contrattuale e, quindi, in caso di *mora accipiendi*³⁰⁸. Per cui, finché il datore di lavoro non è posto in mora, il diritto alle retribuzioni non sorge, pur in presenza della nullità delle dimissioni³⁰⁹. Ciò significa che, se le dimissioni sono genuine e la lavoratrice si “dimentica” di confermare, finché non offre la prestazione, non sorge il diritto alle retribuzioni; ma se la sua volontà è quella di recedere dal rapporto non si vede perché la lavoratrice debba rivendicare in seguito qualcosa a cui prima ha voluto rinunciare. D'altra parte, non va dimenticato che ai fini dell'ammissibilità di qualsiasi rivendicazione, di natura patrimoniale e non, rileva sempre il comportamento tenuto dalla lavoratrice; se, infatti, quest'ultima, pur invitata a riprendere servizio, indipendentemente se a seguito di convalida delle dimissioni o meno, non ottempera all'invito, non solo tale comportamento può essere sanzionato disciplinarmente³¹⁰, ma addirittura si potrebbe presumere la volontà di non ritornare al lavoro, soprattutto se tale silenzio si sia prolungato per un considerevole lasso temporale³¹¹.

Si deve, pertanto, concludere che nel caso di specie il legislatore ha voluto prevedere un'ipotesi di presunzione assoluta di nullità delle dimissioni non confermate, riservando

contraria di piena legittimità delle dimissioni da parte del datore di lavoro, vale invece ad assicurare al recesso della lavoratrice piena efficacia con la conseguenza di sollevare il datore di lavoro dall'obbligo retributivo fin dal momento della presentazione delle dimissioni stesse”.

³⁰⁸ V. Cass. 4 febbraio 1987, n. 1087, in *MGL*, 1987, 242; Cass. 30 ottobre 1981, n. 5734, in *MGL*, 1982, 394; Trib. Torino 20 luglio 1989, in *RIDL*, 1990, II, 918.

³⁰⁹ In senso conforme v. R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 1992, 663.

³¹⁰ *Contra* v. R. Voza, *L'autonomia individuale...* cit., 132, a parere del quale pare eccessivo considerare tale assenza come ingiustificata, in quanto le dimissioni, pur non ancora perfette dal punto di vista dei requisiti di efficacia, valgono ad escludere, quantomeno per un periodo limitato, l'arbitrarietà dell'assenza.

al datore di lavoro la possibilità di ricorrere ai principi generali della responsabilità contrattuale per sottrarsi ad ingiustificate condanne patrimoniali, rinviando, pertanto, implicitamente alla lavoratrice l'onere di porre in essere un comportamento attivo e diligente, necessario per rivendicare la tutela forte apprestata in suo favore.

Ovviamente, dalla qualificazione della tutela patrimoniale come retributiva e non anche risarcitoria, in deroga a quanto sin'ora detto circa le conseguenze derivanti dalla carenza del sinallagma funzionale (*supra*), deriva l'impossibilità per il datore di lavoro di eccipire l'*aliunde perceptum et percipiendum*, potendo, però, la lavoratrice, da parte sua, rivendicare il risarcimento dei danni ulteriori, laddove questi, affiancandosi alla tutela retributiva, siano diretta ed immediata conseguenza dell'illegittimità del comportamento datoriale.

5.2. (segue)... per gravidanza e puerperio

La seconda particolare tutela è apprestata in favore della lavoratrice e del lavoratore che rendono le dimissioni durante il periodo di maternità (comprendendo, in quest'ultimo caso, anche il periodo corrispondente al primo anno di vita del bambino ovvero al primo anno di accoglienza del bambino adottato o in affidamento³¹²). In questo caso le dimissioni sono sottoposte a condizione sospensiva: esse non producono effetto fino alla convalida da parte del servizio ispettivo del Ministero del Lavoro (art. 18, co. 2 della legge n. 53 del 2000, confluito nell'art. 55, co. 4 del d.lgs. n. 151 del 2001).

Rispetto alla legge n. 7 del 1963, qui il legislatore utilizza il termine <<convalida>>³¹³, anziché quello di <<conferma>>. La distinzione è significativa. La conferma, infatti, delle dimissioni sembra presupporre una mera funzione certificatoria della validità dell'atto da parte del funzionario della DPL, mentre la convalida implica una vera e

³¹¹ V. in tal senso Cass. 4 febbraio 1992, n. 1159, in *MGL*, 1992, 217.

³¹² Sull'estensione della tutela anche alle ipotesi di adozione e affidamento v. Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 332, in *RGL*, 1988, II, 193.

³¹³ Va ricordato che tale previsione era già contenuta nell'art. 11 del regolamento attuativo del DPR n. 1204 del 1971, approvato con il DPR n. 1026 del 1976, dichiarato in più di un'occasione illegittimo dalla Corte di Cassazione, con obbligo di disapplicazione da parte del giudice ordinario, in quanto, da un lato, introduceva dei limiti formali e procedurali non previsti dalla DPR n. 1204 e, dall'altro lato, stabiliva una disciplina in contrasto con il principio, sancito dall'art. 2118 c.c., dell'immediata validità ed efficacia delle dimissioni ai fini della risoluzione del rapporto (v. sul punto Cass. 14 dicembre 1996, n. 11181, in *RIDL*, 1997, II, 589; Cass. 24 agosto 1995, n. 8970, in *IP*, 1995, 1457; Cass. 15 novembre 1985, n. 5612, in *RIDL*, 1986, II, 815).

propria indagine conoscitiva volta a verificare l'autenticità della volontà della lavoratrice di recedere dal rapporto³¹⁴. Da ciò discende, innanzitutto che le dimissioni possono essere considerate efficaci soltanto a seguito della convalida da parte dell'organismo amministrativo, con la conseguenza che sino a quel momento la lavoratrice o il lavoratore deve continuare a prestare la propria attività lavorativa, pena la possibilità per il datore di lavoro di ricorrere al potere disciplinare; inoltre, nel caso di specie non si può parlare di alcuna presunzione di invalidità del recesso, come invece avviene per l'ipotesi delle dimissioni rese durante il periodo di matrimonio, essendo le stesse valide (salvo l'ipotesi di convalida negata), ma inefficaci sino alla loro convalida. Una seconda problematica è legata alla mancata previsione di un termine dilatorio per l'effettuazione della convalida, come invece stabilito per l'ipotesi di dimissioni per causa di matrimonio, e agli effetti prodotti sul rapporto dalla pendenza del suddetto termine³¹⁵. Se il rapporto prosegue anche di fatto perché la lavoratrice o il lavoratore, in attesa di convalidare le dimissioni, continua a prestare l'attività lavorativa, *nulla quaestio*. Nel caso contrario, invece, bisogna distinguere l'ipotesi della mancata presentazione delle dimissioni per la convalida da quella contraria e, in quest'ultimo caso, l'ipotesi dell'avvenuta convalida da quella della negazione di essa.

Ebbene, nel primo caso, pur proseguendo giuridicamente il rapporto, il lavoratore o la lavoratrice non hanno diritto alla corresponsione delle retribuzioni *medio tempore* maturate, in quanto al sinallagma genetico non fa seguito quello funzionale, sicché l'assenza della corrispettività delle prestazioni, salvo deroga espressa, esonera il datore di lavoro a corrispondere la retribuzione sino al momento della estinzione del rapporto³¹⁶, che può verificarsi soltanto con la convalida delle dimissioni. In ogni caso, poiché l'inerzia della lavoratrice non può incidere negativamente sulla posizione contrattuale del datore di lavoro, possono essere riproposte le riflessioni già sviluppate nel paragrafo precedente, al quale si rinvia, in ordine alle conseguenze derivanti dalla mancata convalida delle dimissioni per inerzia della lavoratrice, con riferimento sia al

³¹⁴ V. in senso conforme G. Cottrau, *Alcune considerazioni sul regolamento di esecuzione alla legge di tutela delle lavoratrici gestanti e madri*, in *NGL*, 1977, 722. Da ultimo v. S. Mainardi, *Le dimissioni...* cit., 437. In giurisprudenza v. Trib. Modena 20 dicembre 2005, in *DRI*, 2007, 471.

³¹⁵ Sul punto v. R. Voza, *L'autonomia individuale...* cit., 131 ss.

³¹⁶ In senso conforme v. M.V. Ballestrero, *Maternità*, in *DDP com.*, Vol. IX, 1993, 342; R. Voza, *L'autonomia individuale...* cit., 132 – 133.

profilo disciplinare dell'eventuale assenza dal lavoro di quest'ultima sia alla valutazione del comportamento del lavoratore quale manifestazione tacita di recedere volontariamente dal rapporto.

Nel secondo caso, invece, e, cioè, nell'ipotesi di presentazione immediata delle dimissioni per la convalida, che si conclude positivamente, per il periodo precedente il lavoratore non avrà diritto alle retribuzioni (*supra*), mentre, con l'estinzione del rapporto, maturerà le indennità previste dall'art. 55, co. 1 del d.lgs. 151 del 2001, quale corrispettivo monetario della rinuncia al posto di lavoro³¹⁷.

Laddove, infine, le dimissioni non dovessero essere convalidate e, quindi, essere dichiarate nulle o annullate, qualcuno ritiene che, previa impugnazione delle dimissioni e formale messa in mora del datore di lavoro, il lavoratore o la lavoratrice avrà diritto a tutte le retribuzioni maturate e non percepite *medio tempore*, periodo durante il quale il sinallagma genetico non è mai venuto meno³¹⁸. Si concorda con la necessità che il lavoratore impugni il recesso e metta in mora il datore di lavoro, ma non con le conseguenze patrimoniali derivanti dalla negazione della convalida. Qui, infatti, l'assenza del principio di corrispettività costituisce il solito baluardo insuperabile al riconoscimento di una tutela completamente ripristinatoria; il rapporto non cessa, ma, (solo) in presenza di messa in mora, il lavoratore avrà diritto non alle retribuzioni, ma al risarcimento del danno, ovviamente parametrato alle retribuzioni non percepite. Anche

³¹⁷ In esse devono essere ricomprese il TFR, l'indennità sostitutiva del preavviso e quelle previste *ex lege et contractu* derivanti dalla cessazione del rapporto. Su tale previsione v. Trib. Milano 14 novembre 2005, in *LG*, 2006, 617; Cass. 22 ottobre 1991, n. 11164, in *GCM*, 1991, 10; Cass. 14 maggio 1985, n. 2999, in *FI*, 1985, I, 1979; in dottrina v. R. Del Punta, *La sospensione del rapporto...* cit., 660, secondo il quale il diritto alla corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso non deve far presumere la sussistenza di una particolare forma di dimissioni per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c., ma deve far pensare ad una "trasformazione funzionale del preavviso, utile a fornire un sostegno economico alla lavoratrice e a scoraggiare il datore di lavoro ad indurre la lavoratrice a dimissioni fittizie"; nello stesso senso v. S. Mainardi, *Le dimissioni...* cit., 438. Si segnala anche una non più recente sentenza della Corte di Giustizia, secondo la quale non si configura una discriminazione indiretta nella normativa nazionale che attribuisca il diritto a un trattamento di fine rapporto più elevato al lavoratore dimissionario per giusta causa, ma ricomprenda nella nozione di giusta causa di dimissioni soltanto gli inadempimenti gravi del datore di lavoro, escludendone invece circostanze esterne, quali l'incompatibilità del rapporto di lavoro con gli impegni familiari della lavoratrice madre di figli piccoli, in una situazione di carenza di adeguate strutture pubbliche di assistenza ai figli stessi (il riferimento è a CGCE, 14 settembre 1999, C-249/97, in *RIDL*, 2000, II, 3). Nell'ordinamento italiano tale pericolo sarebbe in ogni caso escluso grazie alla previsione in commento che non solo assimila, dal punto di vista indennitario, le dimissioni della lavoratrice madre ad un'ipotesi di dimissioni per giusta causa, ma introduce una tutela più forte laddove nel primo caso la lavoratrice non deve provare la giusta causa di dimissioni.

³¹⁸ V. R. Del Punta, *La sospensione...* cit., 662; M.V. Ballestrero, *Maternità...* cit., 342; R. Voza,

qui il rinvio alla tutela della lavoratrice durante il periodo di matrimonio è necessaria: laddove il legislatore ha voluto derogare al principio di corrispettività, riconoscendo una tutela integralmente ripristinatoria (continuità del rapporto e retribuzioni), lo ha fatto espressamente, sicché, in assenza di una deroga esplicita, devono applicarsi i principi generali, con la conseguenza che il lavoratore o la lavoratrice che non hanno ottenuto la convalida delle dimissioni, ovviamente per fatto imputabile al datore di lavoro, avranno diritto alla tutela risarcitoria per equivalente.

Questa differenziazione si spiega perché le dimissioni non convalidate non sono idonee ad estinguere il rapporto, sicché questo permane e il lavoratore dimissionario ha l'obbligo di adempiere alla propria prestazione sino a quando decide di rivolgersi al servizio ispezione del lavoro per la convalida delle dimissioni, pena le conseguenze su descritte. Soltanto a partire da tale momento, infatti, il rapporto si estingue, se le dimissioni vengono convalidate, e il lavoratore matura il diritto alle indennità previste *ex lege*, ovvero, in caso contrario e, cioè, di negazione della convalida, si ripristina il sinallagma funzionale e il lavoratore, in presenza di messa in mora, matura il diritto al risarcimento del danno.

Si evidenzia, per concludere, che anche le dimissioni convalidate o confermate possono essere impugnate dalla lavoratrice per vizi della volontà o incapacità naturale (con gli effetti che ne derivano – *supra*), nel rispetto – ovviamente – del regime prescrizione proprio dell'azione di annullamento, in quanto la conferma o la convalida non certifica, in via definitiva, la genuinità delle dimissioni, limitandosi a produrre una presunzione di spontaneità del recesso, destinato a cadere ove il lavoratore dimissionario provi in giudizio la sua volontà contraria, non accertata dal funzionario pubblico.

PARTE II. LA TUTELA A CERCHI CONCENTRICI

Premessa. La tutela reale ex art. 18 della legge n. 300 del 1970. Il cd. T.U. del licenziamento viziato.

Una riflessione sull'art. 18 e sull'apparato sanzionatorio in esso contenuto non può prescindere da un'analisi preliminare sul significato delle espressioni "tutela reale" e "stabilità del posto di lavoro".

In base alla coppia oppositiva tutela obbligatoria / tutela reale, il lavoratore illegittimamente licenziato gode, rispettivamente, di una tutela definita "debole" e di una ritenuta "forte". Tale distinzione presuppone una diversità di garanzie apprestate dal legislatore in favore del lavoratore licenziato, legate essenzialmente alle conseguenze che l'accertamento dell'invalidità del recesso produce sul rapporto di lavoro. Così, la tutela obbligatoria è definita "debole", in quanto, come abbiamo visto nel capitolo precedente, il licenziamento adottato in tale ambito è sempre valido, pur se ingiustificato, determinando l'immediata estinzione del rapporto; qualora fosse accertata l'invalidità del recesso il datore può liberamente decidere se optare per la costituzione di un nuovo rapporto, ovvero, in alternativa, per la tutela indennitaria. La tutela "reale", invece, viene definita "forte" in quanto garantisce, almeno teoricamente, la "stabilità" del posto di lavoro; il lavoratore illegittimamente licenziato ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno parametrato alle retribuzioni maturate nelle more dell'accertamento giudiziale, in quanto il recesso adottato in tale ambito non produce effetti estintivi del rapporto, sospendendone soltanto la funzionalità di fatto.

Proprio la tutela forte, quella che avrebbe dovuto, nelle intenzioni del legislatore, definitivamente sancire la fine del libero licenziamento, offrendo al lavoratore la garanzia del ristoro integrale dei danni subiti a causa dell'invalido recesso, costituisce quella parte della disciplina del licenziamento che ha causato maggiori – e ad oggi ancora irrisolti – problemi di natura essenzialmente applicativa. La storia del licenziamento è stata caratterizzata, infatti, dal costante interesse degli interpreti – e non del legislatore - verso la garanzia della stabilità del posto di lavoro dal punto di vista

non solo teorico, ma anche concreto, affinché essa potesse vantare un elevato grado di effettività.

La stabilità del posto di lavoro non è solo un “valore” o un “principio”, di natura sociale, come ritenuto a livello comunitario (*supra*), ma è qualcosa di più: è un diritto soggettivo del lavoratore, costituzionalmente garantito, che deve essere non solo protetto dal legislatore, ma anche reso il più effettivo possibile, in quanto è lo strumento mediante il quale viene garantito il “valore ultimo” e, cioè, quello della dignità della persona³¹⁹.

È opportuno chiedersi, allora, cosa si intenda per “stabilità”. E’ evidente che esso implica un concetto di continuità: è stabile tutto ciò che è permanente e non subisce interruzioni. Nel rapporto di lavoro il concetto di stabilità viene spesso collegato al contratto ordinario di lavoro, quello subordinato a tempo indeterminato, cioè, quello che non ammette interruzioni se non al verificarsi di specifici eventi o circostanze che legittimano la sua estinzione.

Non esiste, però, nell’ordinamento italiano una norma che da una definizione di “stabilità del posto di lavoro”. Viene in emergenza, allora, un’importante pronuncia della Corte di Cassazione, secondo la quale “*deve ritenersi stabile ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, subordini la legittimità e l’efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo*”³²⁰. È evidente la sinergia che si viene a creare tra stabilità e licenziamento: è stabile ogni rapporto dal quale il datore può recedere soltanto in presenza di determinate condizioni, sostanziali e processuali, in assenza delle quali il lavoratore può pretendere la stabilità del proprio posto di lavoro³²¹.

Stabilità, pertanto, come giustamente osservato da Napoli, non significa garanzia assoluta del posto di lavoro³²². Esso si pone in antitesi rispetto al principio della libera

³¹⁹ Sul punto v. G. De Simone, *Il valore della stabilità...* cit., 567.

³²⁰ Il riferimento è a Cass. 12 aprile 1976, n. 1268, in *RGL*, 1976, II, 46; nonché in *FI*, 1976, I, c. 915.

³²¹ Su tale concetto di stabilità si è espressa anche G. De Simone, *Il valore della stabilità...* cit., 558, a parere della quale la stabilità coinvolge “*i soggetti tutelati dal diritto di fronte alla perdita del posto di lavoro*”.

³²² V. M. Napoli, *Elogio della stabilità*, in *QDLRI, I licenziamento individuali*, 2002, 26, 10 e ss.

recedibilità e, cioè, dell'irrelevanza dei motivi del licenziamento e della completa mancanza di protezione dell'interesse alla conservazione del rapporto di lavoro da parte del lavoratore, ma non rispetto al potere di recesso *tout court*. La stabilità del posto di lavoro, infatti, oltre ad essere un valore sociale³²³, è un diritto soggettivo e, come tale, deve essere esercitato e rivendicato nel rispetto dei diritti altrui e, nello specifico, del diritto del datore alla libertà dell'iniziativa economica. Per cui, non può che essere relativo, garantito finché un inadempimento contrattuale del lavoratore o un'esigenza preminente del datore (e, cioè, dell'impresa) ne determinano la caducazione³²⁴.

La presente riflessione, pertanto, verrà incentrata proprio su tale direttrice e, cioè, sulla verifica se l'art. 18, nella sua attuale formulazione e in virtù delle interpretazioni rese sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina, rappresenti uno strumento idoneo a garantire la tutela della stabilità del posto di lavoro.

Non va dimenticato, tra l'altro, che la stabilità del posto di lavoro è al centro non solo del dibattito comunitario, dove, si è visto, a tale "valore" è stato ormai preferito quello della necessaria flessibilizzazione del mercato del lavoro, ma anche nazionale, laddove più di uno ha ritenuto che la rigidità imposta dall'art. 18 può rappresentare una delle cause della crescente disoccupazione o, quanto meno, delle difficoltà incontrate dal disoccupato (o dall'inoccupato) di reperire nel breve periodo un'occupazione. Sicché, l'art. 18 suscita due tipologie distinte – ed opposte – di riflessioni: una, positiva, nella quale la stabilità assume le vesti del "valore", diretta alla difesa della garanzia del posto di lavoro; l'altra, negativa, nella quale la stabilità rappresenta il contrario della flessibilità³²⁵, dove vengono poste in evidenza le sue problematiche e le limitazioni che essa comporta sulla crescita del livello occupazionale.

³²³ Sulla stabilità come valore, a livello sia nazionale sia comunitario, v. M.V. Ballestrero, *Il valore della stabilità...* cit., 384 e ss.

³²⁴ Secondo M. Napoli "*la stabilità come valore, nel gioco del bilanciamento degli interessi e dei valori, potrebbe anzi dovrebbe essere sacrificato qualora la sua protezione giuridica ledesse irrimediabilmente non tanto l'impresa, ma la possibilità dell'impresa, l'impresa intesa come istituzione, come attitudine produttiva, portatrice in quanto tale di valori preminenti rispetto all'interesse della stabilità occupazionale*" (v. M. Napoli, *Elogio...* cit., 11).

³²⁵ Sul punto v. M.V. Ballestrero, *Il valore della stabilità...* cit., 391 – 392, secondo la quale non esiste un'incompatibilità assoluta tra il concetto di "stabilità" e quello di "flessibilità". Ed infatti, sussiste in relazione al momento genetico del rapporto e a quello risolutivo, laddove necessariamente la flessibilità in uscita rappresenta il contrario della stabilità; non sussiste, invece, nella fase funzionale di esso, laddove l'utilizzo flessibile della prestazione lavorativa (ad esempio, con riferimento alle mansioni o all'orario di lavoro) non determina l'erosione della stabilità del rapporto.

Nel capitolo primo si sono analizzate le problematiche collegate all'unificazione, attuata dal legislatore soprattutto con riferimento alla tutela reale, almeno sotto il profilo sanzionatorio, dei vizi civilistici che determinano l'invalidità dell'atto – licenziamento in un'unica tipologia di licenziamento illegittimo. Indipendentemente dal vizio determinante l'invalidità del recesso, il lavoratore ha diritto alla reintegrazione del posto di lavoro e al risarcimento del danno, parametrato alle retribuzioni non percepite dalla data del licenziamento sino a quella dell'effettiva reintegra.

L'espressione "tutela reale", pertanto, identifica le tecniche di tutela adoperate dal legislatore per sanzionare i licenziamenti invalidi adottati nel suo ambito, che si basano essenzialmente su tre profili: 1)- la previsione dell'invalidità del licenziamento e delle conseguenze prodotte dal recesso sul rapporto *medio tempore*; 2)- l'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro; 3)- la condanna al risarcimento del danno³²⁶.

Sul primo profilo ci siamo soffermati nel primo capitolo. È necessario, ora, concentrare la riflessione sull'ordine giudiziale della reintegrazione nel posto di lavoro e sul risarcimento del danno.

³²⁶ Per tale tripartizione della tutela reale v. M. Napoli, *Licenziamenti...* cit., 64.

CAPITOLO PRIMO

L'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro

Sommario: 1. L'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro. 2. L'ordine giudiziale di reintegra: tutela in forma specifica o per equivalente? 3. L'ordine di reintegra quale condanna inibitoria. 4. Incoercibilità assoluta o coercibilità parziale dell'ordine di reintegra? 5. Esecuzione specifica dell'ordine di reintegra. 6. Coercizione indiretta, misure penali e possibili forme di *astreintes*. 6.1. Le sanzioni penali. 6.2. Le altre forme di *astreintes*. 7. La monetizzazione del rapporto di lavoro: l'indennità sostitutiva della reintegra.

1. L'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro

Il provvedimento emesso dal giudice ai sensi dell'art. 18 viene tendenzialmente diviso in 3 capi³²⁷: quello principale, che ha per oggetto il mero accertamento dell'invalidità o dell'inefficacia del licenziamento o l'accertamento costitutivo in caso di annullamento di esso, e due capi di condanna, connessi e dipendenti rispetto a quello principale, ma tra loro autonomi, e cioè, quello al risarcimento del danno e quello alla reintegrazione nel posto di lavoro.

L'ordine alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, però, rappresenta il capo della sentenza più significativa³²⁸, in quanto, almeno in via teorica, è quello attraverso il

³²⁷ Sul punto v. V. Andrioli – C.M. Barone – G. Pezzano - A. Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro. Legge 11 agosto 1973, n. 533*, Bologna, 1974, 68 e ss.; G. D'Auria, *Sentenza di primo grado che ordina la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ed effetti della riforma in appello con sentenza non passata in giudicato*, in *RGL*, 1976, I, 430; M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 176 – 177. Tutti prevedevano l'esistenza di 3 capi, in quanto, prima della riforma del '90, l'art. 18 prevedeva una distinzione tra periodo precedente alla sentenza e quello successivo.

³²⁸ V. M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 45, secondo cui, anche a seguito della riforma del '90, l'ordine di reintegrazione ha un valore centrale nell'apparato sanzionatorio predisposto dall'art. 18, evidenziando la persistente *voluntas legis* di perseguire concretamente, anche attraverso il ricorso ad *astreinte*, la ricostituzione effettiva, e non soltanto sul piano giuridico, del rapporto. Sul punto v. anche A. Proto Pisani, *Giudizio di legittimità...* cit., 367. Bisogna, in ogni caso, dare atto di un'autorevole dottrina che ha aspramente criticato la scelta del legislatore dello strumento della <<reintegrazione>>, in quanto incompatibile con le peculiarità dell'ordinamento italiano; scriveva, infatti, Scognamiglio che “*l'asserita realtà della reintegrazione deve fare i conti con l'essenza e la disciplina giuridica del rapporto di lavoro subordinato, in virtù della quale non si può dubitare che al di là delle formule immaginifiche e suggestive, il rapporto di lavoro si costituisce e permane soltanto in forza della volontà e della cooperazione delle parti, così assumendo a tutti gli effetti la natura di un vincolo obbligatorio*” (v. R.

quale dovrebbe essere realizzato il fine primario della norma in esame: la ricostituzione del rapporto di lavoro. La tutela risarcitoria, infatti, rappresenta la (il)logica conseguenza del ripristino dello *status quo ante*; senza di essa, infatti, non può esistere la tutela risarcitoria, mentre, soprattutto a seguito della riforma del '90, ben può verificarsi una ricostituzione del rapporto senza diritto al risarcimento, per non aver il lavoratore subito alcun danno.

Ed infatti, a differenza di quanto consegue dall'art. 8 della legge n. 604, che presuppone non un obbligo, ma almeno un'iniziativa del datore di svolgere un'attività negoziale, laddove decida di optare per la riassunzione³²⁹, l'art. 18 evoca immediatamente una mera attività materiale, "*certamente rilevante per il diritto in quanto oggetto di un obbligo del datore di lavoro e in quanto la sua mancata esecuzione genera precisi effetti giuridici, ma non in quanto fattispecie di effetti voluti*"³³⁰, con la conseguenza che gli effetti derivanti sul rapporto non sono ricollegabili direttamente alla reintegrazione, ma al contratto di lavoro originario, del quale la sentenza ristabilisce esclusivamente il profilo funzionale.

La tutela reale e, quindi, la stabilità del posto di lavoro ruota attorno all'ordine giudiziale di reintegrazione, soprattutto a seguito della riforma del '90; se esso sarà effettivo, allora sarà effettiva la tutela reale del posto di lavoro, in quanto, il risarcimento del danno, legato a parametri oggettivi, non può certo esso essere valutato alla stregua del concetto di "effettività", ma a quello di "adeguatezza" rispetto al danno subito dal lavoratore illegittimamente licenziato.

Scognamiglio, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno*, in *MGL*, 1990, 120). Sul punto v. anche M. Dell'Olio, *Licenziamento, reintegrazione...* cit., 534, a parere del quale la nozione di <<reintegrazione, già di per sé estranea all'ordinamento italiano, "avrebbe pieno senso solo in ordinamenti caratterizzati dalla distinzione, di stampo germanico, tra il contratto di lavoro ed il rapporto meramente obbligatorio che da questo deriverebbe, da un lato; e dall'altro l'incorporazione nell'impresa, che sia pure in concorso con il contratto, o in attuazione di questo... sarebbe necessaria per l'instaurazione del vero e proprio rapporto di lavoro, non obbligatorio ma comunitario, di diritto delle persone e costituente uno <<stato reale>>". In seguito, l'ipotesi dell'inutilità dell'ordine di reintegra e, più in generale della l'azione diretta con finalità ripristinatoria e soddisfattiva in assenza della cooperazione datoriale è stata paventata anche da L. Montuschi, *Attualità della sanzione...* cit., 1200 – 1201.

³²⁹ Sulla necessaria iniziativa datoriale di svolgere un'attività negoziale ai sensi dell'art. 8 della legge n. 604, v. A. Aranguren, *La reintegrazione nel posto...* cit., 21; D. Napoletano, *Il licenziamento...* cit., 74 – 77; G. Pera, <<Riassunzione>> e penale... cit., 175 e ss.; M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 259.

³³⁰ Così si è espresso M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 259. Dello stesso avviso sono G. Prosperetti, *Sull'art. 18 dello Statuto...* cit., 177; G. Zangari, *Il licenziamento...* cit., 680; P. Fanfani, *Il risarcimento...* cit.,

Ragionare, pertanto, di effettività della tutela della stabilità del posto di lavoro significa ragionare dell'effettività dell'ordine giudiziale di reintegrazione.

Come giustamente osservato da D'Antona, nel sistema sanzionatorio previsto dall'art. 18, l'ordine in questione “*svolge una funzione autonoma... in quanto è autonomo l'interesse tutelato*”³³¹ e, cioè, il posto di lavoro.

Il problema che ha caratterizzato – e caratterizza tuttora – l'ordine di reintegrazione e la sua effettività è rappresentato soprattutto dalla natura del bene tutelato: il lavoro. Esso, come osservato da Napoli³³², non costituisce un obbligo contrattuale in capo al datore, ma un suo diritto ed, in ogni caso, un suo interesse; ben potrebbe, infatti, il datore decidere liberamente di retribuire il lavoratore pur rifiutando la prestazione di lavoro.

A latere lavoratoris, invece, il diritto principale derivante dal rapporto obbligatorio è quello retributivo, non quello di eseguire in concreto la prestazione lavorativa, che costituisce comunque un diritto del lavoratore, ma strumentale ed in ogni caso accessorio rispetto a quello principale. È evidente, pertanto, che mentre la stabilità del posto di lavoro costituisce un diritto soggettivo quasi assoluto, l'esecuzione effettiva della prestazione lavorativa, invece, è un diritto (o un interesse), sia del datore di lavoro sia del lavoratore, che in alcun modo può essere soddisfatto senza la cooperazione dell'altra parte. Se da un lato troviamo in tale affermazione la giustificazione dell'applicabilità all'istituto in esame della *mora credendi*, quale logica conseguenza della violazione dell'obbligo di cooperazione da parte del datore di lavoro (*supra*), dall'altro lato, però, possiamo individuare proprio in essa il problema dell'effettività dell'ordine di reintegra. La domanda da porsi, allora, è la seguente: “*come si spiega che la legge abbia assicurato la tutela di un diritto assoluto ad un interesse che per realizzarsi non sembra poter prescindere da un contegno attivo di un diverso soggetto, un contegno che non è solo di collaborazione, ma addirittura di indirizzo e di direzione?*”³³³. Un diritto non può essere effettivamente tutelato se il suo

362 e ss.

³³¹ V. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 137. In giurisprudenza, sull'autonomia delle due tutele apprestate dall'art. 18, v. *ex plurimis*, Cass. S.U. 23 aprile 1987, n. 3957, in *MGL*, 1987, 214; Cass. 12 ottobre 1993, n. 10085, in *RIDL*, 1994, II, 551. *Contra* v. Cass. 24 maggio 1978, n. 6204, in *FI*, 1978, 2164.

³³² V. M. Napoli, *Evoluzione e involuzione del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1967, I, 207 e ss.

³³³ Così si è espresso M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 138.

soddisfaccimento non può prescindere dal necessario comportamento attivo della controparte. Ebbene, questo rappresenta il problema, sinora irrisolto, del diritto alla stabilità del posto e dell'ordine di reintegra.

Il sistema disciplinato dall'art. 18 mira a raggiungere un triplice obiettivo: quello ripristinatorio e, cioè, di reintegrazione immediata del diritto attraverso la ricostituzione dello *status quo ante*; quello preventivo, cioè di cancellare dal mondo giuridico l'atto illecito (il licenziamento) che ha determinato la modificazione della situazione giuridica preesistente, evitando che esso possa perdurare e produrre effetti anche per il futuro; infine, quello risarcitorio, cioè di riparare i danni subiti dal soggetto leso dall'atto illecito rimosso³³⁴.

Ebbene, l'ordine di reintegrazione soddisfa i primi due obiettivi, rappresentando un provvedimento di condanna del tipo <<cessazione della condotta (eliminazione dal mondo giuridico del licenziamento) e rimozione degli effetti (ricostituzione del rapporto e delle obbligazioni derivanti)>>.

È opportuna, a questo punto, una precisazione, che tornerà utile quando si ragionerà in seguito sulla coercibilità o meno di detto ordine. Dall'ordine di reintegrazione derivano una serie di obblighi accessori in capo al datore di lavoro: oltre a quello principale dell'eliminazione del fatto illecito, vi sono, infatti, una serie di obblighi autonomi e strumentali ad esso, che non possono in alcun modo essere disattesi, pena l'ineffettività dell'ordine stesso. Il datore, pertanto, deve innanzitutto ricostituire formalmente il rapporto; poi deve far cessare e rimuovere gli effetti prodotti dall'atto invalidato ed infine, deve porre in essere tutti quei comportamenti necessari e propedeutici alla ripresa effettiva dell'attività lavorativa da parte del lavoratore reintegrato. Sono, evidentemente, tutte obbligazioni di fare, che richiedono, cioè, per il loro adempimento un comportamento attivo del titolare di tali obblighi. Ebbene, se l'ordine giudiziale ricostituisce formalmente la funzionalità del rapporto illegittimamente sospesa a causa

³³⁴ Su tale tripartizione v. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 179. Sul punto si veda anche M. Napoli, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forma di tutela*, in *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, II, Cedam, 2005, 1219 e ss., spec. 1221, secondo cui il diritto del lavoro, in generale, a differenza del diritto civile e del diritto processuale civile, "per tutelare i principali diritti o beni costituzionalmente protetti combina la tecnica di invalidazione degli atti di esercizio del potere imprenditoriale, la tecnica inibitoria – restitutoria, la tecnica risarcitoria"; sistema di tutele, quindi, nel quale rientra senza dubbio, secondo l'Autore, anche l'art. 18.

del licenziamento, sarà solo ed esclusivamente il datore a poter ripristinare quella materiale: solo egli, infatti, potrà porre in essere tutti quei comportamenti necessari affinché il lavoratore riprenda effettivamente servizio, reintegrandolo nel suo diritto ad aver il posto di lavoro illegittimamente perso, rimuovendo così gli effetti negativi prodotti sul rapporto dal licenziamento. Ma tali obblighi, almeno in parte, come si avrà modo di approfondire in seguito, sono incoercibili e non esistono allo stato misure alternative o sanzioni conseguenti in caso di inadempimento del datore a detti obblighi. Ed allora, ritorna l'interrogativo inizialmente posto: l'art. 18, nella previsione dell'ordine di reintegra, è effettivamente idoneo a tutelare il diritto alla stabilità e alla prosecuzione del rapporto in caso di illegittima interruzione? Alla riflessione che segue è affidato il compito di tentare di fornire una risposta.

2. L'ordine giudiziale di reintegra: tutela in forma specifica o per equivalente?

Ragionare di rimedi e di tecniche di tutela apprestate dal legislatore in favore del lavoratore, al pari dei vizi che determinano l'invalidità dell'atto - licenziamento (*supra*), presuppone, necessariamente, un continuo raffronto con il diritto civile. In uno dei più importanti contributi su tale tema, Ghera ha evidenziato come le sanzioni civili “*appartengono al genere delle tecniche di tutela e di controllo sociale del comportamento datoriale e servono a dirimere le manifestazioni più acute del conflitto di interessi sotteso al rapporto individuale di lavoro*”³³⁵. Per cui, quando si affronta la problematica relativa alla tutela del lavoratore avverso atti illegittimi posti in essere dal datore, come nel caso del licenziamento, bisogna necessariamente ricorrere alle tecniche di tutela e alle sanzioni proprie del diritto civile.

³³⁵ Il riferimento è a E. Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoratore subordinato*, Relazione in *Atti del VI Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1979, 10 e ss; *idem*, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *DLRI*, 1991, 633 e ss. Il tema in questione era stato già affrontato da A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 1987, a parere del quale “*diritto soggettivo più azione sono le tradizionali coordinate del sistema di tutela civile dei diritti... approssimativamente si può dire che il rimedio è la concreta risposta che l'ordinamento assicura contro un torto ricevuto. Si tratta dunque di privilegiare il momento della lesione di un interesse e ciò con la predisposizione di adeguati strumenti di reazione*” e, successivamente, da A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995 e da A. De Felice, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Napoli, 2003, spec. 26, secondo la quale il rapporto tra tecniche di tutela e adempimento degli obblighi deve essere letto nel senso che è il primo a richiedere necessariamente le seconde, che, “*piuttosto che reprimere i comportamenti, li orientino verso il fine raccomandato, così da assicurare un'effettività non formale dei precetti*”.

Nel caso di licenziamento adottato in ambito di tutela reale, considerando che esso non è idoneo ad estinguere il rapporto, ma ne sospende esclusivamente la funzionalità di fatto, ricorrendo proprio ai principi civilistici, ad una tutela prettamente risarcitoria doveva essere affiancata, necessariamente, una tipicamente ripristinatoria.

Ebbene, come affermava giustamente Ghera, nel diritto del lavoro, è diffusa la prassi di ricorrere preliminarmente alla tutela risarcitoria, con riferimento soprattutto alla violazione dei diritti inderogabili, sicché è ribaltata quella gerarchia tipicamente civilistica, in base al quale la tutela primaria del soggetto leso è quella ripristinatoria (reintegrazione in forma specifica), mentre quella risarcitoria (il risarcimento per equivalente) ha una funzione meramente residuale.

Osservava Ghera, pertanto, che l'arduo problema del diritto del lavoro consisteva nel verificare se vi fossero spazi per l'applicabilità della tutela forte e, cioè, di quella ripristinatoria delle posizioni soggettive violate, *“perché non è sufficiente rimuovere il torto civile, ma occorre ricostituire la situazione anteriore, senza cedere alla tentazione di utilizzare lo strumento secondario, il risarcimento del danno, che dovrebbe rimediare alle conseguenze patrimoniali (e non) dell'illecito”*³³⁶.

Il problema di fondo, quindi, è quello di verificare l'effettività del sistema e delle regole sulla base della valutazione dell'adeguatezza dei rimedi e delle sanzioni civili³³⁷.

L'ordine di reintegrazione, allora, potrebbe rappresentare una tipica forma di tutela ripristinatoria: con essa, il legislatore riconosce e si adopera affinché il soggetto leso da un atto illecito, come il licenziamento invalido, possa ottenere la restituzione del diritto illegittimamente perso³³⁸, in virtù di quanto previsto dall'art. 2058 c.c., in base al quale il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile e non sia, comunque, eccessivamente onerosa per il debitore.

³³⁶ V. E. Ghera, *Le sanzioni civili...* cit., 16.

³³⁷ Sul punto si veda L. Montuschi, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in *DRI*, 1997, 3; *idem*, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2007, I, 1189, a parere del quale *“se l'opzione risarcitoria risulta comunque prevalente su quella ripristinatoria si potrebbe dubitare della capacità dell'ordinamento di apprestare adeguate protezioni ai diritti del lavoratore, persino a quelli fondamentali”*.

³³⁸ A tale conclusione arriva M. Napoli, *Licenziamenti...* cit., 71, senza, però, prendere in considerazione che l'ordine di reintegrazione possa essere una forma di reintegrazione in forma specifica, ma non effettiva. Ed infatti, E. Ghera, pur qualificando l'ordine in questione come una *“sentenza di condanna all'adempimento specifico dell'obbligazione infungibile ripristinatoria della collaborazione”*, ammette che si tratta in ogni caso di *“una tutela reale imperfetta (o per equivalente)”* (v. E. Ghera, *Tutela reale...*

Tale conclusione, però, necessita di alcune precisazioni, in quanto l'applicabilità dell'art. 2058, teoricamente indiscutibile in quanto l'ordine di reintegrazione incide su un bene, quello della stabilità del posto di lavoro, "possibile" e che non implica alcun aggravio per il datore, nella fattispecie in esame si infrange con le peculiarità del rapporto di lavoro e, soprattutto, con la specialità della disciplina del recesso. Ed infatti, l'art. 18 rinvia, implicitamente, all'art. 2058 c.c. con riferimento alla ricostituzione della funzionalità di fatto del rapporto, ma poi da esso si discosta laddove in luogo delle retribuzioni, naturale conseguenza dell'applicazione dell'art. 2058 cit., prevede il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, abbandonando, quindi, la reintegrazione in forma specifica per rinviare al risarcimento per equivalente, ai sensi del combinato disposto degli art. 2056, 1223, 1226 e 1227 c.c.

Concentrando l'analisi, per il momento, sull'ordine giudiziale di reintegrazione, bisogna preliminarmente considerare che esso intreccia un problema diffuso nel diritto del lavoro e, cioè, quello dell'ammissibilità della tutela in forma specifica di un diritto del lavoratore per la cui soddisfazione è necessaria la cooperazione del datore di lavoro.

Il punto di partenza è costituito dal generale intento di estendere il più possibile, nel diritto del lavoro, la possibilità di ricorrere alla tutela in forma specifica dei diritti del lavoratore. Scrive Proto Pisani, infatti, che è la stessa Costituzione che impone di rendere generalmente tutelabili i diritti dei lavoratori attraverso tale strumento³³⁹; l'art. 24 Cost., infatti, garantisce a tutti i cittadini non solo la libertà ed il diritto di agire in giudizio per tutelare i propri diritti, attraverso un processo legittimo e regolare, ma anche quello di avere un processo che si idoneo a tutelare principalmente *quel* diritto rivendicato. Sicché, anche nel diritto del lavoro, il lavoratore ha *in primis* il diritto ad ottenere dal datore, proprio ai sensi dell'art. 24 Cost., esattamente quello che gli è stato sottratto e, solo in seguito, il risarcimento del danno, in sostituzione (ed in ogni caso in misura equivalente) al diritto leso ove non più soddisfacibile³⁴⁰.

cit., 469).

³³⁹ V. A. Proto Pisani, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *FI*, 1988, V, cc. 177 e ss.

³⁴⁰ Sul carattere costituzionalmente obbligatorio della tutela in forma specifica si è espressa, in più occasioni, anche la Corte Cost. (v., *ex plurimis*, Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *FI*, 1986, I, 2053); in dottrina v. M. Pivetti, *Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica*, in *RGL*, 2005, I, 145 e ss., a parere del quale l'art. 24 Cost. "non può essere letto nel senso di garantire solo la tutela minima e non una tutela tendenzialmente piena, e cioè una tutela corrispondente al diritto. Non

Ebbene, il problema dell'utilizzabilità della tutela in forma specifica nel diritto del lavoro viene in evidenza proprio con riferimento alla disciplina del licenziamento e, nello specifico, all'art. 18, laddove il diritto del lavoratore consiste nel diritto a mantenere il "posto di lavoro".

Se il diritto del lavoratore fosse limitato alla restituzione del posto di lavoro non si presenterebbe nessun problema, in quanto con la sentenza che ordina al datore la ricostituzione del rapporto, il lavoratore otterrebbe esattamente quello che ha perso e, cioè, il posto di lavoro. Quest'ultimo, però, è evidente, è un concetto astratto, in quanto non rappresenta compiutamente quello che è, in concreto, il diritto del lavoratore derivante dal contratto di lavoro è, cioè, quello di percepire una retribuzione quale corrispettivo della prestazione lavorativa resa. Per ottenere la retribuzione, pertanto, il lavoratore deve eseguire la prestazione e, per fare ciò, il datore deve metterlo nelle condizioni di farlo. *"Il posto di lavoro non è un'entità fisica, è un concetto relazionale, è la relazione tra prestazione lavorativa e il suo corrispettivo"*³⁴¹.

Da questa premessa sorge un primo interrogativo. È davvero possibile considerare, nella fattispecie in esame, l'art. 18 e, nello specifico, l'ordine giudiziale alla reintegrazione come una ipotesi di tutela in forma specifica? Dare una risposta a tale quesito non è semplice. Se il diritto del lavoratore fosse soltanto quello di riottenere il posto di lavoro, allora si potrebbe senza dubbio rispondere affermativamente: con il licenziamento il lavoratore perde il posto di lavoro, che riacquista, come se il rapporto non si fosse mai estinto, a seguito della pronuncia giudiziale. Ma il diritto al "posto di lavoro" è qualcosa di più: esso implica il diritto / dovere del lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa, strumentale al soddisfacimento del diritto primario: la retribuzione. Per cui se il datore, a seguito della condanna *ex art. 18*, reintegra immediatamente il lavoratore, facendolo lavorare e corrispondendogli le relative retribuzioni, potremmo dire che siamo in presenza, senza dubbio, di una tutela in forma specifica.

Ma se il datore dovesse risultare inottemperante all'ordine giudiziale vi sono non poche perplessità a considerare la condanna alla reintegrazione alla stregua di una tutela in

sarebbe costituzionalmente legittimo un sistema che assicuri una tutela ridotta rispetto a quella che sarebbe possibile dare, a meno che questa riduzione non sia necessaria per tutelare o perseguire altri valori costituzionali".

³⁴¹ Così si è espresso M. Napoli, *La tutela dei diritti...* cit., 1223.

forma specifica o, in ogni caso, a ritenerla effettiva³⁴². In tale caso, infatti, il lavoratore avrà riottenuto soltanto *formalmente* il posto di lavoro, ma non potendo di fatto lavorare a causa della non cooperazione del datore, obbligazione infungibile e, quindi, incoercibile (*infra*), tale diritto sarà vacuo, non avendo neanche diritto alle retribuzioni, ma al “solo” risarcimento del danno. Il lavoratore, pertanto, in tale ipotesi non ottiene esattamente quello che ha perso³⁴³. Proprio la previsione risarcitoria, che persiste anche a seguito della mancata ottemperanza da parte del datore di lavoro all’ordine di reintegra, conferma la natura prevalente di risarcimento per equivalente della condanna *ex art. 18*, o, quanto meno, di una condanna alla reintegrazione “*imperfetta*”³⁴⁴.

Sul punto Ghera affermava giustamente che, in relazione alla materia in esame, la situazione antecedente al licenziamento dichiarato illegittimo può essere ripristinata soltanto *formalmente*, in quanto è comunque subordinata alla cooperazione creditoria³⁴⁵. Ritornando, allora, all’interrogativo innanzi posto, si potrebbe rispondere che l’ordine di reintegrazione rappresenta una forma di tutela ripristinatoria condizionata, che produce i suoi effetti soltanto in presenza della cooperazione del soggetto obbligato. Per cui, aveva ragione Ghera quando, circa un trentennio fa, affermava che nel diritto del lavoro, contrariamente a quanto avviene nel diritto civile, la tutela risarcitoria rappresenta la regola generale e di principio, in quanto risulta(va) di

³⁴² Sul punto v. C. Zoli, *Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, II, Cedam, 2005, 1783 e ss., spec. 1788, secondo il quale l’art. 18 rappresenta, nel diritto del lavoro, la tecnica restitutoria per eccellenza, ma, a causa dell’infungibilità della cooperazione all’adempimento del datore di lavoro, che preclude la coercibilità della sentenza di condanna alla reintegra nel posto di lavoro, rischia di essere priva di effettività.

³⁴³ Sul punto precisa Napoli che “*reintegrare nel posto di lavoro non significa permettere il semplice reingresso nell’azienda, ma riammettere il lavoratore in servizio, consentendo l’esercizio dei diritti a fronte dell’adempimento degli obblighi corrispettivi regolati da un contratto di scambio. Non sussiste, pertanto, reintegrazione per il fatto che il datore di lavoro, senza attendere l’esecuzione forzata, versi al lavoratore le retribuzioni dovute in base al rapporto di lavoro, né la legge prevede l’obbligo per il lavoratore di mettersi a disposizione quale presupposto per la cessazione del comportamento illecito del datore o per l’erogazione della retribuzione*” (v. M. Napoli, *La stabilità...* cit., 51).

³⁴⁴ È Ghera che parla di una tutela reale “*imperfetta (o per equivalente)*”, laddove la condanna specifica alla reintegrazione risulta essere incoercibile, in assenza di misure coercitive indirette (v. E. Ghera, *Tutela reale...* cit., 469).

³⁴⁵ V. E. Ghera, *Le sanzioni civili...* cit., 24. Ma sul punto v. anche F. Liso, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2002, I, 165; A. De Felice, *Le sanzioni nel diritto ...* cit., 45 e 201, a parere della quale “*la funzione reintegratoria sotto il profilo dell’effettività, sconta il limite, finora insuperato, dell’incoercibilità degli obblighi di fare cc.dd. infungibili, e, anche in ragione di ciò, appare fatalmente destinata ad essere sospinta verso misure a carattere risarcitorio. L’integrazione in forma specifica dell’ordine di reintegra potrebbe superare gli ostacoli ben noti soltanto nel caso in cui fosse introdotta dalla legge*”; L. Montuschi, *Attualità della sanzione...* cit., 1195.

difficile attuazione quella ripristinatoria stante le peculiarità del rapporto di lavoro³⁴⁶. Ed allora, si può concludere che se la tutela risarcitoria prevale di fatto su quella ripristinatoria³⁴⁷, che interviene soltanto in presenza di determinate condizioni non facilmente verificabili, l'ordine di reintegrazione rischia di diventare un *flatus vocis*³⁴⁸; la tutela risarcitoria, pertanto, pur con i suoi limiti (*infra*), dovrà svolgere una funzione non solo indennitaria o di riparazione per equivalente, nonché soddisfattiva dell'inadempimento degli obblighi patrimoniali derivante dalla mancata reintegrazione, ma anche compulsiva dell'adempimento specifico alla reintegrazione³⁴⁹.

3. L'ordine di reintegra quale condanna inibitoria

L'ordine di reintegrazione, però, non è solo potenzialmente idonea a restituire al lavoratore il diritto leso dal recesso illegittimo, ma assume anche il carattere di tutela preventiva, finalizzata a cancellare dal mondo giuridico l'atto illecito (il licenziamento) che ha determinato la modificazione della situazione giuridica preesistente, evitando che esso possa perdurare e produrre effetti anche per il futuro.

Così, si è discusso a lungo in dottrina se l'ordine alla reintegrazione fosse o meno paragonabile ad un provvedimento avente natura inibitoria, strumento idoneo a mettere

³⁴⁶ V. E. Ghera, *Le sanzioni civili...* cit., 14, secondo cui “l'applicazione della tecnica sanzionatoria... è stata prevista almeno come regola generale e di principio anche per garantire l'osservanza delle norme di diritto del lavoro, tutte le volte che si è trattato di reprimere il comportamento illecito del prestatore o del datore di lavoro”. Sul punto v. anche I. Pagni, *Diritti del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, in *RIDL*, 2005, I, 490, a parere della quale le difficoltà che si incontrano nel diritto del lavoro ad utilizzare pienamente lo strumento della tutela in forma specifica, costringono il legislatore e gli interpreti a “ripiegare sullo strumento risarcitorio non solo quando questo sia il rimedio preferito in concreto, ma anche quando manchi la consapevolezza dell'estensione che la tutela può raggiungere, ove se ne invochi l'atipicità”.

³⁴⁷ Non va dimenticato che nel sistema di tutele apprestate dal legislatore al lavoratore la supremazia della reintegrazione in forma specifica deriva direttamente dall'insegnamento del Barassi, il quale, quasi cent'anni fa, affermava che “Oggi vige dunque un sistema processuale diverso, differenza che si riverbera anche sul diritto materiale. Oggi c'è il principio della *condemnatio alla prestazione in forma specifica*. A questa il convenuto ha un diritto proprio, che viene meno solo quando la *condemnatio* riesca infruttuosa... ma intanto rimane la necessità di condannare anzitutto al *facere* e non all'*id quod interest*” (v. L. Barassi, *Il contratto...* cit.; oggi, nella ristampa a cura di M. Napoli, *Barassi. Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Giuffrè, 2003).

³⁴⁸ Si veda ancora L. Montuschi, *Rimedi e tutele...* cit., il quale afferma che “l'estensione dell'area dei diritti risarcibili fino a toccare e coinvolgere quelli della persona è... il segno della sostanziale incapacità dell'ordinamento di rendere effettive e coercibili le posizioni soggettive... Degrada così al rango secondario una tutela che dovrebbe essere primaria”.

³⁴⁹ Sul punto v. E. Ghera, *Tutela reale e tutela obbligatoria...* cit., 470 – 471; nonché G. Ferraro, *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, 1992, 395; A. De Felice, *Le sanzioni nel diritto...* cit., 47.

il lavoratore, soggetto leso, nelle condizioni di chiedere al giudice non solo la ricostituzione funzionale del rapporto e, quindi, l'eliminazione dal mondo giuridico degli effetti negativi prodotti dal recesso illegittimo, ma anche l'ordine al datore di lavoro di desistere dal proprio comportamento danneggiante, astenendosi dal ripeterlo in futuro³⁵⁰.

L'azione inibitoria, nel nostro ordinamento, è presente in tre aree normative in relazione: ai diritti della personalità (ai sensi degli artt. 7 – 10 c.c.); alla proprietà, al possesso e agli altri diritti reali (artt. 843, 949, 1079, 1171 e 1172 c.c.); infine, alla disciplina della concorrenza, dei beni immateriali e dei contratti commerciali con i consumatori (ora, artt. 2599 c.c., 124 e 131 - 133, D. Lgs. 30 del 2005 e successive modificazioni).

Secondo D'Antona, l'ordine di reintegrazione ha la struttura di una condanna inibitoria³⁵¹, in quanto, oltre alla ricostituzione della funzionalità del rapporto, mira a far cessare il comportamento illecito del datore e a prevenire, con la condanna risarcitoria fino all'effettiva reintegra, che il lavoratore continui a subire il pregiudizio

³⁵⁰ Sul valore di inibitoria dell'ordine di reintegrazione v. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 184 e ss.; *idem*, *Commento della legge...* cit., 405; *idem*, *Tutela reale...* cit., 452 e ss.; A. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in *FI*, 1989, V, 132 e ss.; M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 154; *idem*, *Licenziamenti...* cit., 71; *idem*, *La stabilità reale...* cit., 45 – 47, secondo il quale “la condanna alla reintegrazione dimostra che l'obiettivo della legge è l'eliminazione del comportamento illecito del datore”, in quanto in assenza di esso la tutela risarcitoria sarebbe da considerare conseguente all'accertamento dell'invalidità negoziale, ma sarebbe mancato lo strumento di condanna per rimuovere gli effetti del comportamento illecito del datore; “in questo la peculiarità dell'art. 18”; A. De Felice, *Le sanzioni nel diritto...* cit., 195; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 45, a parere del quale l'ordine di reintegrazione assume le vesti di una condanna di natura inibitoria in quanto con essa ha in comune la duplice funzione costitutiva, perché trasforma in un obbligo quello che nel contratto è il potere creditorio del datore di esigere la prestazione lavorativa, e determinativa, in quanto limita la trasformazione in obbligo del predetto potere a quanto è strettamente necessario perché la sequenza del licenziamento si ripeta a ritroso; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 113 – 114; M. Pedrazzoli, *Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo*, in *LD*, 1988, 87 – 88; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto dei lavoratori...* cit., 478 – 479. *Contra* v. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 87 – 88, secondo il quale con l'ordine di reintegra verrebbe intimato al datore di lavoro di adeguare la realtà fattuale alla realtà giuridica del contratto accertata dalla sentenza, per cui esso “non ha più natura inibitoria, ma rappresenterebbe una pronuncia (conseguente all'accertamento dell'inefficacia dell'atto) restitutoria”. Alle stesse conclusioni di Nogler era giunto, in precedenza, anche E. Ghera, secondo il quale “si tratta non tanto di un'inibitoria rivolta ad imporre la cessazione delle conseguenze materiali del licenziamento illegittimo... quanto di una sentenza di condanna all'adempimento specifico dell'obbligazione infungibile ripristinatoria della collaborazione e, contestualmente, al risarcimento del danno subito dal lavoratore in conseguenza del licenziamento” (v. E. Ghera, *Tutela reale...* cit., 469).

³⁵¹ V. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 184 e ss.; *idem*, *Commentario della legge...* cit., 405; *idem*, *Tutela reale...* cit., 452 e ss.

derivante, prima, dal licenziamento, poi, dalla mancata reintegra³⁵².

Al pari dell'inibitoria, l'ordine di reintegra non presuppone necessariamente l'esistenza di un danno giuridicamente rilevante, bensì (anche) il (solo) pericolo della continuazione e della persistenza di un illecito; si affianca alla tutela risarcitoria; assicura una situazione di vantaggio durevole; realizza una tutela oggettiva, in quanto tende a ristabilire uno stato di fatto, facendo cessare il comportamento illecito del datore di lavoro³⁵³.

L'assimilazione dell'ordine di reintegra ad una condanna inibitoria, implica, però la necessità di dover affrontare un'ulteriore problematica, come tra l'altro rilevato dallo stesso D'Antona. Ci si dovrebbe chiedere, infatti, se l'inibitoria – e quindi l'ordine di reintegrazione - possa essere considerabile alla stregua di una sentenza di condanna, con tutte le conseguenze che ne derivano, in quanto la prima non ammette l'esecuzione forzata dell'ordine giudiziale in essa contenuto. Da ciò, deriva, poi, il secondo problema, che più avanti verrà affrontato e, cioè, se l'ordine di reintegra, inteso quale condanna inibitoria, possa essere considerato coercibile o meno.

Il punto di partenza è rappresentato dalla necessaria distinzione che deve essere effettuata tra le varie tipologie di sentenze ammesse dall'ordinamento, in relazione alle caratteristiche del bene o del diritto che deve essere fatto valere mediante la condanna, nonché in base alla situazione sostanziale che nel giudizio viene dedotta³⁵⁴.

Secondo l'insegnamento di Carnelutti, la sentenza ha ad oggetto il (solo) accertamento autoritativo del diritto, sicché ciò che contraddistingue le varie tipologie di sentenze di accertamento è l'oggetto sul quale deve vertere quest'ultimo, che nel caso di condanna sarebbe la responsabilità del soccombente³⁵⁵. Secondo Chiovenda, invece, ciò che

³⁵² Sul punto v. anche M. Napoli, *La stabilità reale...* cit., 46.

³⁵³ Sulle caratteristiche che accomunano l'inibitoria ordinaria e l'ordine di reintegra v. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 184. In generale, sull'inibitoria v. A. Frignani, *voce Inibitoria (azione)*, in *ED*, XXI, Milano, 1971, 562 e ss.

³⁵⁴ Sulla classificazione delle sentenze di condanna, si vedano, *ex plurimis*, E. Betti, *Diritto processuale civile*, 1936, 548; F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1926, II, 15 ss.; *idem*, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, 133 ss.; L. Montesano, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, 5 e ss.; S. Lancellotti, *Sentenza civile*, in *Nss.DI*, XVI, Torino, 1969, 1139 e ss.; A. Raselli, *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, 565 e ss.; *idem*, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975, 325 ss.

³⁵⁵ Si vedano i seguenti contributi dell'Autore: *Sistema di diritto...* cit., 138 e ss.; *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, III, 94 e ss.

contraddistingue la sentenza di mero accertamento da quella di condanna è quel *quid pluris* che queste ultime hanno e che consiste nella possibilità, rispetto alle prime, di procedere all'esecuzione forzata per il soddisfacimento del diritto rivendicato ed accertato³⁵⁶. Ciò che accomuna le due scuole di pensiero è il fatto che le caratteristiche del diritto accertato, in rapporto all'ulteriore attività necessaria per il suo soddisfacimento, “*costituisce la differenza strutturale della condanna*”³⁵⁷.

A questo punto, mantenendo nettamente distinti il capo della sentenza relativa all'ordine di reintegrazione e quello afferente alla condanna risarcitoria, si può ritenere che il primo può essere assimilato ad una condanna inibitoria, in quanto tende ad eliminare gli effetti negativi prodotti dal licenziamento sul rapporto, evitando che essi possano perdurare. Ma non può essere considerata una sentenza di condanna in senso tecnico, in quanto, riproponendo il pensiero chiovendiano, accerta la violazione di un obbligo, ma non ammette l'esecuzione forzata, che, invece, deriva da una sentenza che costituisce titolo esecutivo e che presuppone un obbligo in ogni caso coercibile³⁵⁸. La sentenza di condanna, infatti, non esaurisce, in se, l'esigenza di tutela del creditore³⁵⁹, in quanto, ad eccezione dei casi di adempimento spontaneo dell'obligato, se non ci fosse la garanzia dell'esecuzione forzata, il diritto rivendicato dal creditore, in assenza di cooperazione da parte del debitore, resterebbe insoddisfatto. Per cui, l'ordine di reintegrazione può essere considerata alla stregua dell'inibitoria, oltre per le caratteristiche sostanziali che le accomunano, anche perché nessuna delle due può essere considerata una sentenza di condanna in senso tecnico, proprio perché non ammettono una tutela in forma specifica e, quindi, l'esecuzione forzata³⁶⁰.

³⁵⁶ Si veda, su tutti, G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 235 e ss.

³⁵⁷ Così si è espresso M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 185, che cita anche la posizione di Andrioli, secondo il quale “*la violazione di obblighi, derivanti da contratto o da fatto a tale uopo definito idoneo dalla legge, rappresenta la condizione minima dell'azione di condanna*” che si caratterizza per il fatto di indicare, in forma imperativa, la necessità di un'attività ulteriore del soccombente o, nel suo diniego, dell'organo esecutivo, per realizzare l'interesse rimasto insoddisfatto (v. V. Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973, 267 e ss.).

³⁵⁸ Sul rapporto di stretta dipendenza tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata, v. tra i tanti V. Andrioli, *Lezioni...* cit., 266 – 267; S. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1973, 144 e ss..

³⁵⁹ Sul punto v. V. Andrioli, *Lezioni...* cit., 258; G. D'Auria, *Sentenza di primo grado...* cit., 441 – 442.

³⁶⁰ Sul punto v. G. Pera, *Commento all'art. 18...* cit., 196; G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 301 e ss.; G. Zangari, *Il licenziamento...* cit., 680 e ss.; P. Sandulli, *Commento all'art. 18...* cit., 568; G. Bongiorno, *Art. 18*, in U. Prosperetti (a cura di), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, I, 599. Non va trascurato, in ogni caso, che v'è una parte della dottrina, su tutti Napoli, che considera

Tale conclusione ci permette di affrontare la seconda problematica, innanzi evidenziata, legata all'incoercibilità dell'ordine di reintegra. Se si esclude che esso possa essere suscettibile di esecuzione forzata³⁶¹, non trattandosi di una sentenza di condanna in senso tecnico, allora si deve escludere che, come tutti gli obblighi di fare, per i quali non sia in alcun modo surrogabile la cooperazione dell'obbligato, come appunto nel caso di reintegrazione nel posto di lavoro, l'obbligo derivante in capo al datore non può essere coercibile. Se si giunge, però, a tale conclusione, allora diventa imprescindibile ragionare sull'effettività dell'art. 18 e, in particolare modo, della tutela del diritto alla stabilità del posto di lavoro, inteso quale diritto del lavoratore a non vedersi mai privato, se non per una valida motivazione, del posto di lavoro. Perché, se tale ordine non è in alcun modo coercibile, senza la cooperazione del datore il diritto del lavoratore in questione materialmente potrebbe non essere mai soddisfatto. Ma, è proprio certo che l'ordine di reintegrazione sia assolutamente incoercibile? Alla riflessione che segue è dedicato il tentativo di fornire una risposta a questo quesito.

4. Incoercibilità assoluta o coercibilità parziale dell'ordine di reintegra?

Si è detto che le difficoltà legate all'inquadramento della natura giuridica dell'ordine di reintegra afferiscono, essenzialmente, alla peculiarità dell'obbligazione derivante da esso; è generalmente diffusa, infatti, l'idea dell'incoercibilità dell'ordine di reintegrazione, il che giustifica le perplessità circa l'effettività delle garanzie apprestate dall'art. 18 e la *ratio* della previsione normativa della provvisoria esecutività della sentenza – e non solo del capo risarcitorio – che accerta l'invalidità del recesso e dispone la reintegrazione del lavoratore.

l'ordine di reintegrazione alla stregua di una condanna, funzionale a quella del risarcimento del danno: “...E’, pertanto, incontestabile la natura di vera e propria condanna dell’ordine di reintegrazione la cui peculiarità non trova altri punti di riferimento: la condanna alla cessazione del comportamento illecito non si sovrappone al rapporto di lavoro ma è lo strumento che consente la tutela dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro fino a quando il comportamento illecito non cesserà in quanto non mira a prevenire l’illecito ma a reprimerlo” (v. M. Napoli, *La stabilità...* cit., 50 – 51).

³⁶¹ V. sul punto L. Renna, *L’esecuzione specifica dell’ordine di reintegrazione*, Cacucci, 1984, spec. 10 – 11, il quale afferma che “sostanzialmente si ritiene impossibile l’esecuzione specifica dell’ordine di reintegrazione perché si sostiene la indispensabilità della cooperazione del datore di lavoro nella ripresa del rapporto di collaborazione e soprattutto perché il datore di lavoro avrebbe la possibilità di scegliere tra l’ottemperanza all’ordine del Giudice e il pagamento di una somma di denaro; si ritiene ancora che comunque allo stato non vi siano nel nostro ordinamento giuridico strumenti processuali idonei per mettere ad esecuzione il predetto ordine”.

Il problema dell'incoercibilità dell'obbligazione in capo al datore derivante dall'ordine di reintegra si intreccia – e giustifica – un'ulteriore problematica e, cioè, quella dell'impossibilità di ricorrere all'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione.

Procedendo per ordine, il problema legato all'incoercibilità o meno dell'obbligo di reintegrare il lavoratore a seguito dell'ordine giudiziale è legato, essenzialmente, alla natura di esso: discutiamo, infatti, di un'obbligazione di fare e, come tale, teoricamente incoercibile.

La caratteristica dell'obbligazione in questione, come abbiamo innanzi visto, ha rappresentato la giustificazione per chi ha ritenuto ineffettiva la tutela ripristinatoria contenuta nell'art. 18, diversamente da quanto si verifica per quella risarcitoria (*supra*). A causa, infatti, dell'impossibilità di costringere il datore a ricostituire materialmente il rapporto di lavoro a seguito della sentenza, il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e, quindi, più in generale al lavoro sarebbe privo di adeguata tutela, in quanto, senza la cooperazione del datore, il lavoratore potrebbe vantare soltanto un diritto risarcitorio, che non rappresenta, però, l'obiettivo principale che il legislatore ha si è prefissato di raggiungere con l'art. 18. Se a ciò si aggiunge che, a seguito della riforma del '90, la tutela risarcitoria ha sostituito, anche per il periodo successivo alla sentenza, quella specifica della retribuzione, con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine alla detraibilità, anche per questo periodo, di quanto il lavoratore percepisce per lo svolgimento di una prestazione di lavoro in favore di un terzo, in assenza di strumenti coercitivi, la tutela apprestata con l'art. 18, nella sua interezza, sarebbe assolutamente priva di efficacia.

Per tale motivo, quasi tutta la dottrina³⁶² si è soffermata a lungo sulla possibilità di individuare nell'obbligazione nascente dalla sentenza in capo al datore di lavoro una coercibilità parziale o, quanto meno, la possibilità di ricorrere a strumenti coercitivi

³⁶² Si vedano, tra i tanti, P.G. Alleva, *L'evoluzione dei licenziamenti...* cit., 99; A. Aranguren, *La reintegrazione nel posto di lavoro...* cit., 493; M. Persiani, *La tutela dell'interesse...* cit., 608; U. Prosperetti, *Sull'art. 18...* cit., 179; A. Freni – G. Giugni, *Lo Statuto...* cit., 70; D. Napoletano, *Lo Statuto...* cit., 67; M. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1972, I, 6 e ss.; L. Mengoni, *Due anni di applicazione...* cit., 560; G.F. Mancini, *Lo Statuto...* cit., 209 e 301; G. Ardaù, *Equivoci sulla causa del contratto di lavoro e sulla reintegrazione nel posto di lavoro*, in *OGL*, 1974, 1128; G. Bongiorno, *Art. 18...* cit., 597 e ss.; P. Sandulli, *Reintegrazione nel posto di lavoro...* cit., 567 e ss.; M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit.; E. Ghera, *Le sanzioni civili...* cit., 26; M. Napoli, *La tutela reale...* cit.; G. Pera, *La cessazione del rapporto...*cit., 167 – 168; M. Miscione, *Eseguibilità in forma*

indiretti, esterni all'ordine di reintegra, che potessero in qualche modo costringere il datore a reintegrare, non solo formalmente, il lavoratore.

L'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro presuppone necessariamente, per la sua attuazione, un comportamento attivo del datore e, cioè, la sua cooperazione.

Innanzitutto dalla mancata cooperazione del datore per il periodo successivo alla sentenza non deriva una situazione di *mora credendi*, o meglio quest'ultima, diversamente da quanto abbiamo detto per il periodo precedente alla sentenza, non è necessaria per giustificare il diritto del lavoratore a rivendicare il risarcimento del danno. Quest'ultimo, infatti, non discende dalla situazione di mora in cui si potrebbe venire a trovare il datore a seguito della ricostituzione del rapporto, ma direttamente dalla sentenza che dispone la reintegra. Sicché, come vedremo, anche per il periodo successivo alla sentenza, il lavoratore non sarà costretto a mettere formalmente in mora il datore per ricevere il risarcimento, in quanto questo potrà essere direttamente rivendicato dal lavoratore finché il datore non ricostituisce materialmente il rapporto di lavoro mediante il ricorso a plurime procedure monitorie (*infra*).

La cooperazione del datore, invece, rileva sotto un diverso – e forse più importante – profilo e, cioè, quello dell'effettività della tutela del lavoratore a riprendere servizio e, quindi, a lavorare.

Trattandosi di un obbligazione di fare, però, essa non solo è infungibile, ma non può neanche essere soggetta ad esecuzione in forma specifica, in quanto la reintegrazione nel posto di lavoro “è una situazione di doverosa inattiva in virtù della quale il datore, pur essendo tenuto a riammettere il lavoratore nell'azienda, non può esservi costretto...”³⁶³.

Il problema della coercibilità o meno dell'obbligo di reintegrare il lavoratore è legato essenzialmente alla possibilità di considerare l'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa come un obbligo derivante dal contratto in capo al datore e, conseguentemente, se tale obbligo sia fungibile ovvero infungibile.

Secondo una parte della dottrina, cui si aderisce, la prestazione lavorativa costituisce l'interesse del datore a stipulare il contratto di lavoro, sicché questo ha il diritto di

coattiva della reintegrazione e competenza del giudice cautelare, in *LG*, 2006, 1002 – 1003.

³⁶³ Così si è espresso E. Ghera, *Le sanzioni...* cit., 27; *idem*, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e*

pretenderla, ma non il dovere di subirla, avendo soltanto il dovere di corrispondere ugualmente la retribuzione laddove decida di non accettare la prestazione lavorativa³⁶⁴, con la conseguenza che non sarà possibile in alcun modo procedere all'esecuzione coattiva non di un obbligo, ma al massimo di un onere. Un'altra parte della dottrina, invece, ritiene che l'ordine di reintegrazione del giudice, in quanto fattispecie produttiva di effetti e non solo di accertamento di effetti già realizzati, trasforma la condizione del datore da "attiva" a "passiva" e, quindi, da "onerato" a "obbligato". Avvenuta, poi, la reintegra la situazione torna ad essere quella ordinaria³⁶⁵. Infine, secondo altri, il lavoratore vanterebbe nei confronti del datore un vero e proprio diritto a lavorare, con la conseguenza che il secondo avrebbe l'obbligo di ricevere la prestazione lavorativa³⁶⁶.

Come anticipato, si propende per la prima interpretazione. Il lavoratore ha diritto ad eseguire la prestazione lavorativa, ma trattasi di un diritto strumentale a quello principale e che rappresenta la causa del contratto e, cioè, quello retributivo. Nel momento in cui l'ordinamento prevede strumenti a garanzia del diritto retributivo, pur in assenza della prestazione lavorativa, il lavoratore sarà integralmente soddisfatto. Pertanto, il datore non ha l'obbligo di "far lavorare" il lavoratore, ma di retribuirlo in ogni caso, potendo decidere liberamente di non soddisfare il proprio diritto che è, appunto, quello di rivendicare la prestazione lavorativa. È evidente, pertanto, che non sussistendo un obbligo in capo al datore di far lavorare il lavoratore, ma soltanto quello di ricostituire il rapporto a seguito della sentenza *ex art. 18*, rappresentando, non può esistere uno strumento, diretto o indiretto, che possa costringere il datore di lavoro a far eseguire materialmente al lavoratore la prestazione lavorativa.

Ma alla stessa conclusione si giungerebbe anche ove accogliessimo la teoria dell'obbligo del datore di "far lavorare", in quanto si tratta pur sempre di un obbligo di

innovazioni legislative, in *GDLRI*, 1991, 52, 4, 636.

³⁶⁴ Di tale avviso sono G. Ghezzi, *La mora del creditore...* cit., 72 e ss. e 107 e ss.; G. Monteleone, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *RDComm.*, 1977, I, 117 e ss.; M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 261 – 262; E. Ghera, *Le sanzioni...* cit., 27; *idem*, *La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro*, Milano, 1985, 15 e ss.; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 838 – 840.

³⁶⁵ V. A. Di Majo, *I licenziamenti illegittimi...* cit., 277; M. Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel posto di lavoro*, in *RTDPC*, 1973, 1060; G. Cattaneo, *Mora del creditore...* cit., 59.

³⁶⁶ V. S. Chiarloni, *Dal diritto alla retribuzione...* cit., 1467; *idem*, *Lo statuto dei lavoratori...* cit., 60; M. Mazziotti, *Diritto del lavoro...* cit., 347 e ss.; M.V. Ballestrero, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Milano, 1985, 390 e ss.

facere infungibile e, pertanto, incoercibile; ed infatti, mentre, come vedremo, l'accesso nel luogo di lavoro dove deve essere effettuata la prestazione o la consegna degli strumenti di lavoro sono considerabili obblighi derivanti dalla cooperazione creditoria fungibili e, pertanto, suscettibili di esecuzione forzata, l'esercizio del potere direttivo, consistente, ad esempio, nell'affidamento delle mansioni o nell'indicazione dell'orario di lavoro, non possono che essere considerati (eventuali) obblighi infungibili, in quanto strettamente collegati al potere del datore di lavoro di conformare la prestazione lavorativa al proprio interesse³⁶⁷.

La reintegrazione nel posto di lavoro, però, potrebbe far nascere una serie di obblighi in capo al datore, sicché, è opportuno verificare se, come sostenuto da una parte della dottrina, esso possa essere suddiviso in una pluralità di obbligazioni secondarie e strumentali al fine di verificare se si debba parlare di una incoercibilità assoluta ovvero di una coercibilità parziale dell'obbligo di reintegrazione.

Secondo la dottrina maggioritaria, l'ordine di reintegrazione sarebbe assolutamente incoercibile, in virtù sia del brocardo *nemo precise ad factum cogi potest*, in base al quale nessuno può essere costretto a compiere una azione, sia della natura dell'obbligazione in questione, la quale, prevedendo un mero *facere*, non può che essere considerata infungibile³⁶⁸. Qualcun altro, sempre in dottrina, criticando la relazione instaurata tra il predetto principio e l'asserita incoercibilità dell'ordine di reintegrazione, ha tentato di fornire una lettura diversa, preferendo alla incoercibilità assoluta una coercibilità parziale (*infra*).

³⁶⁷ Sull'infungibilità di detto specifico obbligo v., su tutti, L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, II, Milano, 1957, 334 e ss.; G. Ardaù, *Sistema istituzionale di diritto del lavoro*, Milano, 1965, 647 e ss.; M. Persiani, *Contratto di lavoro...* cit., 183 e ss.; M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 263.

³⁶⁸ V. V. G. Borrè, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1966, 129; G. Pera, *Art. 18*, in C. Assanti – G. Pera (a cura di), *Commento alla Statuto...* cit., secondo i quali l'esecuzione coattiva della reintegra rappresenta “una soluzione impositiva che è inimmaginabile fin quando le imprese, private o in mano pubblica, siano rette secondo le regole del diritto privato e non da funzionari de facto o de iure di stato”; *idem*, *La cessazione del rapporto...* cit., 167; *idem*, *Le controversie in tema...* cit., 1288; U. Prosperetti, *A Proposito della disciplina del recesso volontario del datore di lavoro*, in *MGL*, 214; *idem*, *Sull'art. 18 ...* cit., 177; A. Aranguren, *La reintegrazione nel posto di lavoro...* cit., 493; G. Ardaù, *Equivoci sulla causa...* cit., 1128; C. Mandrioli, *L'esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *RDP*, 1975, 9 e ss.; *idem*, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *RTDPC*, 1976, 1342; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 144 e ss.; M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 16; F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 121 – 122; *idem*, *I licenziamenti...* cit., 116 – 117; V. Valentini, *Reintegrazione nel posto di lavoro e riforma in appello della sentenza*, in *ADL*, 2004, 172; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto dei lavoratori...* cit., 480

Alcuni autori hanno affermato che l'infungibilità della prestazione derivante in capo al datore dall'ordine di reintegra non deve essere intesa *in re ipsa*, né tanto meno in modo assoluto³⁶⁹. Ed infatti, il ripristino della collaborazione lavorativa può essere conseguito anche senza l'intervento materiale del datore di lavoro, laddove ben si potrebbe ricorrere alla richiesta di nomina giudiziale di un commissario *ad acta*, dotato della necessaria capacità tecnico – organizzativa (individuato in un commercialista, in un esperto in materia aziendale, in un ausiliario o in un dipendente della stessa azienda), avente il compito di porre in essere tutto quanto necessario per la ricostituzione della funzionalità di fatto del rapporto³⁷⁰.

Vi sono, però, una serie di obiezioni da muovere contro tale interpretazione, che inducono ad escludere la possibilità di ricorrere allo strumento surrogatorio. Innanzitutto, ove ammessa, la nomina del commissario implicherebbe, in ogni caso, l'iniziativa giudiziale del lavoratore, che sarebbe, pertanto, esposto ad un giudizio perenne per l'ottenimento della ricostituzione della funzionalità di fatto del rapporto. A tale obiezione, meramente pratica, si aggiunge un'altra prettamente giuridica. La nomina del commissario *ad acta* deve presupporre che l'inottemperanza all'ordine di reintegra da parte del datore abbia leso un diritto del lavoratore. Siamo convinti, come detto innanzi, che il diritto tutelato dall'art. 18 è quello della stabilità del posto di lavoro e non quello specifico di lavorare, in quanto, nella causa del contratto di lavoro, non rientra il diritto del lavoratore alla prestazione lavorativa, la quale è strumentale al soddisfacimento del diritto primario e, cioè, quello retributivo, mentre è il datore a poter vantare il diritto alla prestazione lavorativa. Sicché, una volta ricostituito, anche solo formalmente, il rapporto di lavoro, con la conseguente corresponsione in favore del lavoratore delle retribuzioni, anche a titolo di risarcimento del danno, da parte del datore che decide di non avvalersi della prestazione lavorativa del lavoratore, il diritto di

– 481.

³⁶⁹ V. G. Arieta, *Sull'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di reintegra del lavoratore nel posto di lavoro*, in *Temì rom.*, 1975, 279.

³⁷⁰ Sulla possibilità di nominare un commissario *ad acta* si sono espressi, in dottrina, G. Arieta, *Sull'eseguibilità...* cit., 279; V. Andrioli, *Esecuzione forzata*, in *RTDPC*, 1986, 674 e ss. *Contra* v. G. Tarzia, *Intervento*, in F. Santoni (a cura di), *La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro*, Milano, 1983, 38 e ss.; L. Montesano, *Garanzia di difesa ed esecuzione ordinaria contro terzi e successori particolari dell'obbligato*, in *RTDPC*, 1987, 938 e ss.; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 115; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 845.

quest'ultimo tutelato dall'art. 18 è pienamente soddisfatto. Verrebbe meno, pertanto, il presupposto giuridico per la richiesta della nomina di un commissario *ad acta* e, cioè, la lesione di un diritto, ancor più se il lavoratore risulta essere occupato alle dipendenze di un terzo soggetto, nel qual caso lo stesso sarebbe assolutamente privo di interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c.

Inoltre, come giustamente osservato da Mazzotta³⁷¹, la possibilità di ricorrere alla nomina di un commissario *ad acta* dovrebbe presupporre, in applicazione analogica dell'art. 2409 c.c., una situazione patologica dell'impresa, come, per esempio, avviene nelle procedure concorsuali, che giustifica la (necessaria) espropriazione del datore della intera gestione aziendale. Ebbene, tale situazione non si verificherebbe con l'inottemperanza all'ordine di reintegrazione, in quanto essa non comporta una situazione patologica generale tale da ricorrere alla nomina di un commissario, con la conseguenza che tale soluzione, dovendo quest'ultimo sostituirsi in tutto e per tutto al datore nella gestione aziendale, sarebbe assolutamente sproporzionata rispetto alla causa che l'ha determinata, privando ingiustamente il datore dei propri poteri tutelati dall'art. 41 Cost.³⁷².

A latere laboratoris il problema della fungibilità o meno dell'obbligazione datoriale non si pone, in quanto al dipendente interessa poco se a riassumerlo sia il datore di lavoro che lo ha licenziato, ovvero un altro soggetto o, ancora, se sia reintegrato in *quella* organizzazione produttiva o in un'altra, purché non sia frutto di un'iniziativa arbitraria del datore. È evidente, in ogni caso, come giustamente osservato da Garofalo, che dalla predetta considerazione emerge che anche il lavoratore non può agire con l'esecuzione in forma specifica per ottenere *quel* posto di lavoro alle dipendenze di *quell'*imprenditore, essendo, pertanto, il diritto alla reintegrazione, senza la cooperazione del datore, soddisfacibile soltanto per equivalente³⁷³.

Il problema, pertanto, deve necessariamente essere risolto ragionando dell'ammissibilità di una parziale coercibilità dell'ordine di reintegra.

³⁷¹ V. O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 845.

³⁷² All'art. 41 Cost. ricorre anche L. Nogler per escludere la possibilità di surroga e, quindi, l'espropriazione del datore dei poteri organizzativi e gestionali (v. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 95 – 96).

³⁷³ V. M. G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 263.

Secondo una parte della dottrina³⁷⁴, contraria alla giurisprudenza predominante di legittimità che riconosce l'assoluta incoercibilità dell'ordine di reintegra³⁷⁵, tale ordine non implicherebbe un solo ed unico obbligo in capo al datore, ma una serie di obblighi secondari e strumentali a quello principale (quello della ricostituzione della funzionalità di fatto del rapporto di lavoro), considerabili coercibili mediante il ricorso all'intervento del giudice, ai sensi dell'art. 612 c.p.c., volto ad individuare le prestazioni direttamente coercibili e stabilire le modalità di esecuzione. Ovviamente, se l'ordine di reintegrazione fosse considerato inscindibile, è evidente che ne deriverebbe l'inammissibilità anche della coercibilità parziale³⁷⁶.

Tale interpretazione è in parte condivisibile, in quanto non si può negare che l'ordine di reintegra sia scomponibile in obbligazioni secondarie coercibili. Il problema, però, è

³⁷⁴ Si vedano M. Taruffo, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro*, in *RTDPC*, 1976, 789 – 812; L. Lanfranchi, *Situazioni giuridiche individuali a rilevanza collettiva ed attuazione della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *RGL*, 1977, I, 343 e ss.; E. Frediani, *Note sull'effettività della reintegra nel posto di lavoro*, in *RGL*, 1978, I, 73 e 99; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *RTDPC*, 1978, 1104 e ss.; M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 209 e ss.; *idem*, *Lo statuto dei lavoratori...* cit., 271; *idem*, *Commentario della legge...* cit., 408; M. G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 265 – 266; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 851 e ss.; L. Renna, *L'esecuzione specifica...* cit., 57 – 59; M. Cerreta, *La reintegrazione. I problemi e le prospettive*, in *ADL*, 2001, 854 – 855; M. Pivetti, *Ombre e luci...* cit., 163; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 91; M. Miscione, *Eseguibilità in forma coattiva...* cit., 1002. Nella giurisprudenza di legittimità, minoritaria, limitatamente agli <<obblighi attivi>> del datore, v. Cass. 4 settembre 1990, n. 9125, in *MGL*, 1990, 599 e ss.; Cass. 8 ottobre 1985, n. 4878, in *MGL*, 1985, 570 e ss.; Cass. n. 262/1978. In quella di merito, maggioritaria, v. Trib. Ravenna (ord.) 21 luglio 2006, in *LG*, 2006, 996 e ss.; Trib. Milano, 28 luglio 2004, in *OGI*, 2004, 621; Trib. Latina, 5 dicembre 1997, in *ND*, 1998, 53. Nonché quelle pronunce, risalenti nel tempo, che hanno ritenuto coercibile, mediante l'intervento di un terzo soggetto, quanto meno l'ingresso del lavoratore nell'azienda (v. Pret. Milano, 22 dicembre 1992, in *FIR*, 1993, 1569; Pret. Roma, 12 marzo 1992, in *DL*, 1992, 269; Trib. Lecce 27 luglio 1983, in *FI*, 1984, I, c. 3038; Pret. Padova, 17 marzo 1980, in *FI*, 1980, I, 1779; Pret. Roma, 18 dicembre 1979, in *RGL*, 1979, 1048; Pret. Torino 20 dicembre 1978, in *RGL*, 1979, II, 684).

³⁷⁵ V., *ex plurimis*, Corte Cost. 28 dicembre 1970, n. 1994, in *FI*, 1971, I, 3; Cass. 4 settembre 1990, n. 9125, in *MGL*, 1990, 599; Cass. 11 gennaio 1990, n. 46, in *FI*, 1990, I, 2908; Cass. 11 gennaio 1988, n. 112, in *NGL*, 1988, 90. Tale giurisprudenza esclude la coercibilità dell'ordine di reintegra sulla base delle seguenti argomentazioni: 1)- l'esecuzione in forma specifica è possibile soltanto per le obbligazioni di fare di natura fungibile; 2)- tale requisito non ricorre nel caso del rapporto di lavoro, basato sul principio di collaborazione personale e reciprocamente attiva tra il lavoratore e l'imprenditore; 3)- tale collaborazione non può essere imposta fisicamente al datore; 4)- è erroneo definire l'obbligo dell'imprenditore alla reintegrazione come un semplice *pacti*; 5)- per tali effetti si rende necessario un comportamento attivo del datore di carattere funzionale, consistente nell'impartire al dipendente le direttive opportune e fornirgli i mezzi di lavoro necessari. Esiste, però, anche una parte della dottrina secondo la quale l'ordine della reintegrazione non sia in generale suscettibile di esecuzione forzata, trattandosi di un *facere* infungibile e non scomponibile (v. F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit.; M. Pedrazzoli, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *DLRI*, 1988, 509 e ss.).

³⁷⁶ Sul punto v. G. Tarzia, *Intervento...* cit., 34 - 35, secondo il quale nell'ordinamento italiano *“l'esecuzione forzata è ancora uno strumento di tutela giurisdizionale dei diritti, non si situazioni*

individuare lo strumento. Ed infatti, come giustamente osservato da D'Antona, “*sulla strada dell’effettiva reintegrazione vi è un’area di contegni strumentali, che si compiono una volta per tutte, e che realizzano l’adeguamento dell’organizzazione aziendale al fatto nuovo del reingresso del lavoratore nell’azienda*”; la realizzazione di detti obblighi di ripristino, prosegue l’Autore, “*non assicura in sé il conseguimento del risultato finale della reintegrazione, ma pone solo una necessaria condizione perché ciò possa avvenire*”³⁷⁷. Viene ancora in emergenza il problema dell’effettività non solo dell’ordine di reintegra in quanto tale, ma anche dei possibili strumenti alternativi, in quanto il risultato finale della reintegrazione nel posto di lavoro non può dirsi raggiunto finché i risultati ottenuti grazie al ricorso ad essi non diventino definitivi, al punto da considerare adempiuto da parte del datore l’obbligo di ripristinare la funzionalità di fatto del rapporto.

Ebbene, la condanna alla reintegrazione presuppone una prima fase, limitata e strumentale, finalizzata a rimuovere gli effetti materiali dell’estromissione ed una seconda, durevole e finale, indirizzata alla ripresa fattuale e continuativa del rapporto di lavoro illegittimamente interrotto. La coercibilità parziale dell’ordine di reintegra, con riferimento agli obblighi strumentali di ripristino, permetterebbe di rimuovere gli effetti lesivi dell’atto – licenziamento, dovendo, però, attendere la cooperazione datoriale per il ripristino definitivo dello *status quo ante*, questo, come detto, obbligo incoercibile.

Ed allora, gli obblighi strumentali di ripristino non possono che consistere – ed essere limitati - nell’adozione coatta di atti e provvedimenti necessari a “*realizzare l’adeguamento della struttura aziendale al fatto nuovo del reingresso del lavoratore licenziato*”³⁷⁸: si pensi, ad esempio, all’accesso fisico del lavoratore in azienda anche al solo fine di consentirgli l’esercizio dei diritti sindacali, attuabile mediante forza pubblica o ufficiale giudiziario; alla predisposizione di documenti e alle comunicazioni agli enti pubblici; al reinscrizione del lavoratore nei libri societari. È evidente che tali obblighi possono essere tutti eseguibili forzatamente mediante il ricorso al combinato disposto degli art. 612 c.p.c. e 2931 c.c. (*infra*); ma, comunque, non implicano l’esecuzione della prestazione lavorativa e non rendono completamente adempiuto

prodromiche o preliminari”; nonché M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 44.

³⁷⁷ V. M. D’Antona, *La reintegrazione...* cit., 206.

l'ordine di reintegra, non potendo tra l'altro impegnare gli organi esecutivi *de die in diem*, sicché anche essi rischiano di essere privi di ogni efficacia ed effettività se non si interviene sull'incoercibilità della cooperazione datoriale³⁷⁹.

5. Esecuzione specifica dell'ordine di reintegra

Dalla coercibilità parziale dell'ordine di reintegra e, cioè, degli obblighi strumentali di ripristino del rapporto di lavoro, deriva, evidentemente, la possibilità di ricorrere all'esecuzione in forma specifica di detti obblighi una volta che il datore risulta inottemperante all'ordine di reintegra.

Sull'esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegra si è detto che essa deve essere generalmente esclusa, perché inammissibile, in relazione alle obbligazioni datoriali di fare infungibili. Da ciò deriva, però, che limitatamente agli obblighi strumentali di ripristino, l'esecuzione in forma specifica non può essere esclusa, anzi deve essere necessariamente ammessa.

È opinione comune, tra chi propende per la coercibilità parziale dell'ordine di reintegra, ricorrere all'art. 612 c.p.c.³⁸⁰, in base al quale, il lavoratore, una volta notificata la sentenza e il precetto, può adire il giudice dell'esecuzione affinché questo determini le modalità dell'esecuzione e, ove necessario, nomini i soggetti incaricati di vigilare sul corretto adempimento, ovvero sostituirsi al datore in caso di suo reiterato inadempimento. Non tutti, però, concordando con l'utilizzabilità della fattispecie *sub* art. 612 c.p.c. per l'esecuzione in forma specifica degli obblighi in questione. Anzi, proprio l'inapplicabilità di tale strumento induce alcuni a considerare assolutamente incoercibile l'ordine di reintegrazione. Ed infatti, è stato affermato che il ricorso alla procedura di cui all'articolo citato è ammesso soltanto quando "*l'attività che il creditore ha diritto di compiere nella sfera dell'obbligato sia la costruzione di un'opera, intesa l'espressione in senso materiale, corporeo*"³⁸¹. Secondo altri, invece, tale strumento

³⁷⁸ Così si è espresso M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 208.

³⁷⁹ Sull'ineffettività dell'ordine di reintegrazione, anche nel caso di ammissibilità di coercibilità parziale di esso, v. P. Tosi, *L'art. 18 St. lav. nel processo*, in *ADL*, 2008, 1354.

³⁸⁰ V. E. Taruffo, *Problemi in tema...* cit., 800 e ss.; L. Lanfranchi, *Situazioni giuridiche ...* cit., 388; E. Frediani, *Note sull'effettività ...* cit., 97; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 841 – 843; I. Pagni, *Diritto del lavoro e tecniche...* cit., 492 – 493.

³⁸¹ Di questo avviso sono G.F. Mancini, *Art. 18...* cit., 302 e ss.; G. Pera, *Le controversie in tema...* cit., 180

sarebbe inutilizzabile in virtù del principio della tipicità delle forme di esecuzione in forma specifica, nelle quali non rientra, perché non espressamente previsto, quella della mancata reintegrazione (giudiziale) del lavoratore nel posto di lavoro da parte del datore di lavoro³⁸². L'art. 2931 c.c. prevede che, in caso di inottemperanza ad un obbligo di fare, l'aveute diritto può ottenere che esso sia eseguito nelle forme previste dal codice di procedura civile, rinviando, pertanto, all'art. 612 c.p.c. Quest'ultimo, però, stabilisce che tale strumento può essere utilizzato soltanto per il compimento di un'opera non eseguita o per la distruzione di quella già compiuta, con la conseguente specificità dell'art. 612 cit., nel quale non può in alcun modo rientrare l'ordine di reintegra a causa della natura di esso. In un caso o nell'altro, non potendo l'ordine di reintegrazione vantare una tutela di natura esecutiva, stante l'inapplicabilità dell'art. 612 cit., esso non può che essere considerato incoercibile, indipendentemente dalla possibilità o meno di scomporlo in obblighi secondari³⁸³.

Mi sento di poter escludere la tesi dell'inapplicabilità assoluta dello strumento previsto dall'art. 612 cit., almeno con riferimento agli obblighi strumentali di ripristino. Ed infatti, come giustamente osservato da Mazzotta³⁸⁴, il primo comma dell'articolo in

1288; G. Tarzia, *Intervento...* cit., 36.

³⁸² Su questo punto v. L. Montesano, *Condanna civile...* cit., 86 e ss.; G. Borrè, *Esecuzione forzata...* cit., 61 e ss.; C. Madrioli, *L'esecuzione in forma specifica...* cit., 21 e ss., il quale propone una soluzione originale, rinviando al principio della tipicità delle forme di tutela di esecuzione in forma specifica. L'Autore, infatti, ritiene che il lavoratore non possa ricorrere allo strumento *sub* art. 612 c.p.c.; allo stesso tempo, però, l'art. 18 – e quindi anche l'ordine di reintegrazione – per espressa previsione legislativa è provvisoriamente esecutivo. Pertanto, per evitare che tale previsione sia un *flatus vocis*, riconosce la possibilità per il lavoratore, al fine di dare esecuzione all'ordine giudiziale rimasto inadempito, non di rivolgersi al giudice per la definizione delle modalità di esecuzione della prestazione, ma di notificare un atto di precetto nel quale è lui stesso a specificare le modalità con le quali il datore dovrà ottemperare all'ordine di reintegrazione. Sarà, pertanto, il datore di lavoro a ricoprire il ruolo di organo dell'esecuzione; qualora, però, esso non provveda alla reintegrazione, non sussiste alcuna sanzione. Come giustamente rilevato da Mazzotta, in critica alla ricostruzione di Mandrioli, quest'ultimo “*finisce per confondere esecuzione spontanea ed esecuzione forzata*”, che occupano due piani distinti e non possono in alcun modo essere sovrapponibili (v. O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 843).

³⁸³ Percorrono inversamente il processo logico evidenziato alcuni autori, i quali, partendo dalla valutazione circa l'infungibilità assoluta dell'ordine di reintegrazione, escludono a priori la possibilità dell'esecuzione forzata e, quindi, della possibilità per il lavoratore di ricorrere ai sensi dell'art. 612 c.p.c. (v. U. Prosperetti, *Sull'art. 18...* cit., 178; L. Fiori, *Reintegrazione nel posto di lavoro ed ammissibilità dell'esecuzione forzata in forma specifica*, in *DL*, 1974, II, 347; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit.; M. Pedrazzoli, *Dai lavori autonomi...* cit., 509 e ss. L. Renna, *L'esecuzione specifica...* cit., 19 – 20; A. Giuffrè, *L'adempimento del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione nei posti di lavoro*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2^a ed., Utet, 2007, 410).

³⁸⁴ V. O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 842.

questione si limita a prevedere che il giudice dell'esecuzione adito deve stabilire, con ordinanza, le modalità di esecuzione. Il secondo comma, invece, fa riferimento alla costruzione o alla demolizione di un'opera non via esclusiva, che giustificherebbe la tipicità delle forme di esecuzione in forma specifica, ma in via principale. Inoltre, se negassimo anche la coercibilità parziale dell'ordine di reintegrazione con riferimento agli obblighi strumentali, perché inutilizzabile l'art. 612 cit. e, resterebbe priva di significato (e di effetti) la previsione normativa, contenuta nell'art. 18, in base alla quale il capo della sentenza che dispone la reintegra è provvisoriamente esecutiva al pari di quello che condanna il datore al risarcimento del danno. L'inutilizzabilità dell'art. 612 c.p.c. darebbe vita ad una situazione paradossale: una sentenza provvisoriamente esecutiva *ex lege* sarebbe priva del relativo strumento giuridico – processuale di coazione; soluzione inaccettabile, sicché non si può che concludere con la possibilità per il lavoratore di adire il giudice ai sensi dell'art. 612 c.p.c. per l'esecuzione coatta dell'ordine di reintegrazione, affinché questo stabilisca le modalità di esecuzione soltanto degli obblighi fungibili (e, cioè, degli obblighi strumentali di ripristino) propri dell'ordine di reintegrazione³⁸⁵.

Esclusa, per le motivazioni innanzi indicate, la possibilità di nominare un commissario *ad acta* che sostituisca il datore nell'intera gestione dell'azienda (*supra*), bisogna chiedersi quali siano questi obblighi strumentali di ripristino, che consistono nell'adozione coatta di atti e provvedimenti necessari a “realizzare l'adeguamento della struttura aziendale al fatto nuovo del reingresso del lavoratore licenziato”³⁸⁶.

Ed allora, si può pensare, ad esempio, all'accesso fisico del lavoratore in azienda anche al solo fine di consentirgli l'esercizio dei diritti sindacali, attuabile mediante forza pubblica o ufficiale giudiziario; alla predisposizione di documenti e alle comunicazioni agli enti pubblici, anche attraverso la nomina di un esperto o l'indicazione di un

³⁸⁵ Ed infatti, dal punto di vista processuale, non è possibile chiedere l'esecuzione di parti di obblighi, in quanto l'esecuzione forzata rappresenta uno strumento di tutela giurisdizionale dei diritti e non si situazioni prodromiche o preliminari (sul punto v. G. Tarzia, *Intervento...* cit., 35). Pertanto, il lavoratore deve chiedere l'esecuzione forzata dell'obbligo in capo al datore alla reintegrazione nel posto di lavoro, dovendo poi essere il giudice dell'esecuzione a stabilire, ai sensi dell'art. 612 c.p.c., le modalità di esecuzione di esso, limitatamente agli obblighi fungibili (v. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 204; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 852 – 853). La fungibilità o meno dell'obbligo di reintegra e delle sue parti non è, pertanto, rimessa alla valutazione *ex ante* del lavoratore, ma a quella *ex post* del giudice dell'esecuzione.

collaboratore o di un dipendente del datore al quale il giudice dell'esecuzione affida l'incarico di sostituirsi al datore limitatamente allo svolgimento di dette attività; alla reiscrizione del lavoratore nei libri societari.

Ebbene, tutti questi obblighi sono eseguibili forzatamente mediante il ricorso all'art. 612 c.p.c..

V'è, però, un problema. Ancora una volta, infatti, viene in emergenza la problematica dell'effettività dell'esecuzione in forma specifica di detti obblighi strumentali. Innanzitutto, pur ricorrendo all'esecuzione coatta di essi in ogni caso mancherebbe l'esecuzione della prestazione lavorativa, sicché questi non rendono completamente adempiuto l'ordine di reintegra; in secondo luogo, bisogna valutare se vi sia un concreto interesse del lavoratore, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., ad agire in giudizio per l'esecuzione coatta di obblighi che in concreto non gli recano alcun vantaggio. Ed infatti, ad eccezione del fondamentale diritto di quest'ultimo ad esercitare i diritti sindacali all'interno del luogo di lavoro, a tutti gli effetti ristabiliti con la sentenza *ex art. 18*, si dubita che lo stesso possa avere un concreto interesse alla reiscrizione della propria posizione lavorativa nei libri societari o alle comunicazioni di ripristino del rapporto agli enti pubblici. Questi, infatti, sono obblighi formali in capo al datore che derivano direttamente dalla sentenza *ex art. 18*, una volta notificata, il cui inadempimento può portare a sanzioni amministrative in capo al datore, che, però, non determinano alcun vantaggio, patrimoniale e non, in capo al lavoratore, il quale, dal canto suo, sarà comunque obbligato, ai sensi del d.lgs. 181 del 2000 e successive modifiche, a comunicare ai Centri per l'Impiego, ove resa la dichiarazione di disponibilità, l'avvenuta modificazione del proprio stato occupazionale. Sicché, mentre è pensabile e giuridicamente possibile che il lavoratore eserciti l'azione *ex art. 612 c.p.c.* con riferimento all'esercizio dei diritti sindacali, non si intravede nessuna legittimazione ad agire dello stesso in relazione alla violazione degli altri obblighi strumentali di ripristino su citati. Si pensi, infine, al ricorso all'ufficiale giudiziario al solo fine di permettere l'accesso fisico del lavoratore nel luogo di lavoro. Tale contegno strumentale, pur in presenza di una ordinanza *ex art. 612 c.p.c.*, non si compie una volta per tutte, ma il lavoratore avrà bisogno giornalmente di ricorrere all'ufficiale giudiziario per accedere,

³⁸⁶ Così si è espresso M. D'Antona, *La reintegrazione*,... cit., 208.

in caso di ostruzionismo da parte del datore, in azienda. E non è pensabile impegnare gli organi esecutivi *de die in diem*, per di più senza una previsione determinata di cessazione di tale necessità.

È evidente, pertanto, che il ricorso all'esecuzione specifica degli obblighi strumentali di ripristino, pur giuridicamente ammissibile, non solo non incide in maniera significativa sulla coercibilità dell'obbligo in capo al datore di ripristinare in concreto la funzionalità del rapporto, in quanto una cosa è la riammissione <<fisica>> del lavoratore altra è l'effettiva ripresa funzionale del rapporto³⁸⁷, ma non può essere neanche considerato, per le motivazioni sin qui dette e fatta eccezione per l'esercizio dei diritti sindacali, uno strumento che possa garantire una tutela effettiva in favore del lavoratore, anche a prescindere dal ripristino concreto della funzionalità del rapporto.

6. Coercizione indiretta, misure penali e possibili forme di *astreintes*

Una delle principali critiche mosse al principio della incoercibilità assoluta dell'ordine di reintegra, come abbiamo visto poc'anzi, e, quindi, all'impossibilità di ricorrere all'esecuzione in forma specifica almeno degli obblighi strumentali di ripristino del rapporto, consiste nel rendere di fatto ineffettivo l'ordine stesso e, quindi, il sistema di tutele apprestato dall'art. 18 (*supra*).

Ed infatti, se l'obiettivo fondamentale prefissato dal legislatore con l'art. 18 è quello di garantire la stabilità del posto di lavoro e, cioè, la continuità giuridica e funzionale del rapporto nonostante il recesso da parte del datore di lavoro, tali risultati si raggiungono soltanto apprestando un sistema di tutele idonee a tanto. Così, se la continuità giuridica del rapporto non viene mai meno, al punto che il ripristino formale di esso non avviene *ex sententia* ma *ex contractu* (*supra*), quella funzionale – e quindi il concreto reinserimento del lavoratore nell'azienda – non può che avvenire, stante la natura dell'obbligo in capo al datore derivante dall'accertamento dell'invalidità del recesso, tramite la cooperazione del datore.

³⁸⁷ Come giustamente affermato da D'Antona, “*il lavoratore riammesso solo <<fisicamente>> al lavoro non può che essere considerato reintegrato <<in parte>>... tra la riammissione del lavoratore in azienda e ciò che la legge intende per reintegrazione nel posto di lavoro non corre una differenza quantitativa... ma una profonda differenza qualitativa*” (v. M. D'Antona, *La reintegrazione... cit.*, 213).

È evidente, pertanto, che l'ammissibilità della coercibilità parziale dell'obbligo di reintegra assume una forza compulsiva, finalizzata a costringere il datore a porre in essere quel comportamento, infungibile, di ripristino in concreto della funzionalità del rapporto. Ma abbiamo visto anche che, se da un lato gli obblighi strumentali di ripristino consistono nell'adozione coatta di atti e provvedimenti necessari a “realizzare l'adeguamento della struttura aziendale al fatto nuovo del reingresso del lavoratore licenziato”³⁸⁸, dall'altro lato, però, gli stessi non assicurano in sé il conseguimento del risultato finale della reintegrazione, ma pongono solo una necessaria condizione perché ciò possa avvenire. Viene ancora in emergenza il problema dell'effettività non solo dell'ordine di reintegra in quanto tale, ma anche dei possibili strumenti alternativi, in quanto il risultato finale della reintegrazione nel posto di lavoro non può dirsi raggiunto finché i risultati ottenuti grazie al ricorso ad essi non diventino definitivi, al punto da considerare adempiuto da parte del datore l'obbligo di ripristinare la funzionalità di fatto del rapporto.

Da questa premessa emerge un prima considerazione. Se non si interviene sull'incoercibilità della cooperazione creditoria al ripristino concreto del rapporto di lavoro l'ordine di reintegra rischia di diventare un *flatus vocis*. Il problema, però, consiste proprio nell'individuare lo strumento idoneo a raggiungere tale obiettivo, stante la natura assolutamente infungibile dell'obbligazione datoriale. L'unica strada percorribile sembra essere, allora, quella del ricorso a misure di coercizione indiretta, di carattere penale o prettamente patrimoniale (le cd. *astreintes*).

V'è subito da considerare che una parte della dottrina, seppur minoritaria e, comunque, risalente nel tempo, ha ritenuto di dover escludere la possibilità di ricorrere a forme di *astreintes*, in quanto esse, per la loro natura, “sono destinate a forzare situazioni che mal sopportano una rigorosa coercizione, pur indiretta, che si risolva praticamente in un'esecuzione specifica”³⁸⁹.

L'ammissibilità o meno di misure di coercizione indiretta dell'obbligo di reintegra presuppone una scelta fra un sistema di rigorosa sanzione che, analogamente a quanto si verifica nel diritto penale, si ispiri a criteri di massima incidenza sulla sfera di

³⁸⁸ Così si è espresso M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 208.

³⁸⁹ V. U. Prosperetti, *A proposito...* cit., 214.

autonomia privata, sostituendosi completamente ad ogni volontà difforme del singolo individuo, e un sistema, invece, che, in reazione all'inadempimento volontario, preveda misure che spingono il soggetto ad omologarsi volontariamente al comportamento dovuto. La prima soluzione, è evidente, postula il ricorso a sanzioni penali, la seconda, invece, a sanzioni che incidono sulla sfera patrimoniale del soggetto inadempiente, salvaguardando in ogni caso la volontà del soggetto di adeguarsi al precetto ovvero di subire le conseguenze del persistente inadempimento.

Si propende per la seconda soluzione, in quanto se l'ordine di reintegra presuppone un obbligo incoercibile del datore inadempiente, la volontà del soggetto e la libertà di omologarsi o meno ad un determinato comportamento acquista rilevanza primaria, non potendo l'ordinamento imporre o sostituire una volontà difforme a quella formatasi nell'individuo. Nella disciplina in esame, infatti, non c'è un divieto al licenziamento, che giustificerebbe una reazione dell'ordinamento di natura penalistica. Anzi, è lo stesso legislatore che riconosce, anche a livello costituzionale (*supra*), al datore di lavoro il diritto ad estinguere un rapporto di lavoro. Sicché, se licenziare è un diritto del datore, quale manifestazione della libera volontà del soggetto, costituzionalmente garantito, non può poi l'ordinamento reagire con una sanzione penale nel momento in cui tale diritto viene liberamente esercitato, salvo che tale comportamento non integri un autonomo reato, che va però sanzionato in quanto tale e non come conseguenza del licenziamento. È giusto, però, prevedere sanzioni laddove esso sia esercitato arbitrariamente, cioè determini una lesione ingiustificata di un diritto del soggetto destinatario del provvedimento, quale è appunto quello alla stabilità del posto di lavoro, come detto, anch'esso costituzionalmente garantito.

Ebbene, la reazione dell'ordinamento al licenziamento invalido è racchiusa compiutamente nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori; bisogna ora verificare se e come sia possibile indurre (e non costringere) il datore a rendere effettivo il diritto alla stabilità del posto di lavoro garantito dall'art. 18.

6.1. Le sanzioni penali

Una delle possibili misure coercitive indirette è stata individuata, da sempre, nelle

sanzioni di carattere penale³⁹⁰.

Nonostante le perplessità mostrate innanzi circa la possibilità di ricorrere ad esse nella fattispecie in esame, bisogna, in ogni caso, dare atto che gran parte della dottrina ha cercato di individuare³⁹¹, attingendo ad alcuni articoli del codice penale, un ipotesi di reato nell'inottemperanza all'ordine di reintegra da parte del datore.

Inizialmente, seppur a livello giurisprudenziale ed in via del tutto minoritaria, si faceva riferimento all'art. 509 c.p., in base al quale il datore di lavoro che viola una norma del contratto collettivo o non ottempera volontariamente ad una pronuncia giudiziale è punito con una sanzione amministrativa³⁹². Tale interpretazione, però, è risultata da subito insostenibile, in quanto essa, fatta eccezione per la violazione degli obblighi in capo al datore derivanti dal contratto collettivo, era inscindibile dal sistema corporativo, sicché il datore che non ottempera all'ordine di reintegra non poteva essere sanzionato penalmente in virtù dell'art. 509 c.p.³⁹³.

³⁹⁰ Sulla *ratio* della tutela penale di rafforzare le misure di coercizione civile, ritenute insufficienti, soprattutto con riferimento alle obbligazioni infungibili e alla conseguente impossibilità o ineffettività dell'esecuzione forzata, al fine di tutelare il bene giuridico di avvalersi utilmente dell'esecuzione forzata quale garanzia di una pronuncia giudiziale, v. F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 278; L. Marini, *Condotta ed offesa nel delitto di cui all'art. 388, capoverso, codice penale*, in *RIDPP*, 1959, 1223; A. Molari, *La tutela penale della condotta civile*, Padova, 1959, 20 e ss.; A. Grieco, *La tutela penale del processo civile*, Napoli, 1963, 268 e ss.; L. Conti, *Mancata esecuzione dei provvedimenti dei giudici*, in *ED*, Giuffrè, 1974, 296 e ss.

³⁹¹ Già Carnelutti auspicava una coraggiosa adozione delle misure penali a fronte dell'inutilizzabilità delle misure coercitive dirette (v. F. Carnelutti, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studio di diritto processuale in onere di Giuseppe Chiovenda*, Cedam, 1927, 248). Si vedano, poi, tra i tanti, C. Smuraglia, *Le sanzioni penali nella tutela del lavoro subordinato*, in *Atti del VI congresso nazionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1979, 59 e ss., a parere del quale non è corretto ragionare in maniera assoluta sull'opportunità o meno di ricorrere alle sanzioni penali per tutelare ulteriormente i diritti del lavoratore lesi dal comportamento datoriale, quanto piuttosto, verificare quali siano le sanzioni penali "inutili e in qualche modo dannose" e quali, invece, devono essere "rafforzate"; M. Napoli, *Licenziamenti...* cit., 73; *idem*, *La tutela reale...* cit., 159 e ss.; L. Renna, *L'esecuzione specifica...* cit., 73 e ss., spec. 88 - 92; M. Pivetti, *Ombre e luci...* cit., 169 e ss.; A. Giuffrè, *L'adempimento...* cit., 411; M. Miscione, *Eseguibilità in forma coattiva...* cit., 1003. Non sono mancate, in ogni caso, voci contrarie all'opportunità di ricorrere a sanzione penali nel caso di specie, come ad esempio, quella di Romagnoli, il quale ha affermato che l'esecutorietà dell'ordine di reintegrazione è stata cercata "nella sua criminalizzazione... col beneplacito del legislatore, il quale all'art. 28 introduce l'applicazione dell'art. 650 c.p." (v. U. Romagnoli, *Commento agli artt. 1-6, 8, 10, 13, 28 e 37*, in G. Ghezzi - G.F. Mancini - L. Montuschi - U. Romagnoli (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. Scialoja - G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna - Roma, 1972, 112); dello stesso avviso sono G. Amoroso - V. Di Cerbo, *Statuto dei lavoratori...* cit., 482 - 483; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 858 - 888; M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 63 e ss.

³⁹² V. Pret. Schio 21 aprile 1983, in *FI*, 1984, II, 7

³⁹³ V. su tutte Corte Cost. 17 aprile 1957, n. 55, in *FI*, 1957, I, c. 1737; Corte Cost. 8 febbraio 1966, n. 8, in *FI*, 1966, I, 201 e 1967; Corte Cost. 11 giugno 1975, n. 136, in *FI*, 1975, I, 1899; Pret. San Severo 12 novembre 1980, in *GM*, 1981, II, 1025.

Maggiori attenzioni, invece, sono state poste sugli artt. 650 e 388 c.p.

Il primo, l'art. 650, punisce, con una contravvenzione, il soggetto che non osserva un provvedimento dato dall'Autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o di ordine pubblico. A tale articolo fa espresso riferimento l'art. 28 dello Statuto, laddove il datore dovesse risultare inottemperante all'ordine giudiziale di cessazione della condotta antisindacale.

Ebbene, la dottrina si è divisa tra chi ha ritenuto applicabile, in via analogica, l'art. 650 cit. anche in caso di violazione dell'obbligo di reintegra *ex art.* 18³⁹⁴, e chi, invece, lo ha escluso in base a molteplici argomentazioni³⁹⁵. Non si può che concordare con l'inapplicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 650 c.p., in quanto, da un lato, la violazione dell'obbligo di reintegra non può essere intesa alla stregua di un comportamento antisindacale né di uno che viola esigenze di ordine pubblico; dall'altro lato, è necessario rispettare, non solo, i principi penalistici della tassatività della fattispecie penale e, quindi, del divieto di estendere in via analogica una previsione di reato a sfavore del cittadino (art. 1 c.p.)³⁹⁶, ma anche la *ratio legis* che ha espressamente riconosciuto l'applicabilità dell'art. 650 cit. all'ipotesi di inottemperanza all'ordine *ex art.* 28 e non anche a quella *ex art.* 18, volendo mantenere, evidentemente, distinte le

³⁹⁴ V. L. Lanfranchi, *Situazioni giuridiche...* cit., 378, il quale ha riconosciuto valenza antisindacale anche alla mancata reintegrazione del lavoratore, quindi, ritenendo applicabile all'art. 18 la sanzione penale espressamente prevista nell'art. 28; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela...* cit., 1173; A. Rossi, *La rilevanza penale dell'inottemperanza all'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato da parte del datore di lavoro*, in *RIDPP*, 1982, 732; M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 241 e ss., il quale ha optato per un'interpretazione estensiva del combinato disposto degli artt. 28 St. lav., 15 della legge n. 93 del 1977 e 650 c.p.

³⁹⁵ V. U. Romagnoli, *Commento agli articoli...* cit., 113, a parere del quale non solo non è ammessa nel diritto penale l'estensione analogica, ma ove accettata la tesi dell'applicabilità dell'art. 650 anche alla disciplina derivante dall'art. 18 ne deriverebbe una privazione di significato alle ragioni che hanno indotto il legislatore ad operare una differenziazione tra l'art. 18 e il 28 St. Lav.; G. Flora, *L'inottemperanza al provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro: aspetti penali*, in *RIDL*, 1982, I, 447, il quale ha messo in dubbio l'applicabilità dell'art. 650 c.p. in quanto trattasi di una disposizione in evidente contrasto con alcuni principi costituzionali in materia penale, particolarmente sotto il profilo della determinatezza della fattispecie; R. Rampioni, *Ordine di reintegrazione nel posto ex art. 18 l. co. Stat. Lav. ed art. 388 c.p.*, in *MGL*, 1981, 254, secondo il quale la tutela del lavoratore non rispecchia alcuna esigenza di ordine pubblico, necessaria, invece, per l'applicabilità dell'art. 650 cit.; A. Culotta, *Profili ricostruttivi del reato previsto dall'art. 388 c.p. e sanzionabilità del rifiuto di ottemperare ai provvedimenti di reintegrazione del lavoratore*, in *RGL*, 1983, I, 49, che ha valutato la possibile estensione analogica dell'art. 650 c.p. espressamente richiamato dall'art. 28 S.L. all'art. 18 come "*l'espressione di una concezione fortemente autoritaria e poliziesca dello Stato*"; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 861 – 869.

³⁹⁶ In senso conforme v. M. Pedrazzoli, *Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo*, in *LD*, 1988, 106.

due ipotesi. In ogni caso, l'art. 650 cit. è posto a garanzia dei provvedimenti dell'autorità amministrativa, anche per ragioni di giustizia, ma non di quelli giudiziari, se non espressamente previsto, come nel caso dell'art. 28 St. lav. e dell'art. 15 della legge n. 90 del 1977³⁹⁷.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 388 c.p. (nuovo testo) è opportuno scindere quanto previsto dal comma 1 da quanto stabilito dal successivo comma 2.

Una parte della dottrina, assolutamente minoritaria, ha ritenuto di intravedere nell'inadempimento all'obbligo di reintegra da parte del datore il reato di cui all'art. 388, co. 1 c.p.³⁹⁸, in quanto l'omessa reintegra equivale al comportamento del soggetto che, per sottrarsi alle obbligazioni derivanti da un provvedimento dell'Autorità giudiziaria, compie sui propri beni atti simulati o fraudolenti per sottrarsi all'adempimento dell'obbligo. Non è ben chiaro quale sia il rapporto di equivalenza tra l'omessa reintegra e una condotta fraudolenta finalizzata ad incidere negativamente sul proprio patrimonio; innanzitutto, il primo implica un comportamento passivo, mentre il secondo uno attivo³⁹⁹; in secondo luogo, l'art. 388 presuppone l'intento fraudolento, che, salvo casi specifici, non è desumibile dalla volontà del datore di non adempiere all'obbligo di reintegra⁴⁰⁰.

Anche in relazione alla possibilità di applicare alla fattispecie in esame quanto previsto dal comma 2 dell'art. 388 cit. sono insorte non poche problematiche.

In base a tale disposizione la pena detentiva, o in alternativa la multa, prevista dal comma 1 del medesimo articolo, si applica anche nel caso in cui il soggetto eluda un provvedimento giudiziale che prescrive misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito.

Qui bisogna tenere distinti il piano processuale da quello sostanziale. In ordine alla generale utilizzabilità dello strumento processuale dell'art. 700 c.p.c. da parte del

³⁹⁷ Sul punto v. F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 117.

³⁹⁸ V. C. Castelli – M. Di Lecce, *L'effettività dell'ordine di reintegrazione*, in *Lav.* 80, 1981, 310 e ss.; A. Culotta, *Profili ricostruttivi...* cit., 13.

³⁹⁹ Dello stesso avviso è M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 63.

⁴⁰⁰ In senso conforme v. G. Tamburrino, *Sull'applicabilità dell'art. 388 c.p. all'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *MGL*, 1974, 664; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela...* cit., 1172; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 117; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 875 – 876. *Contra*, soprattutto in giurisprudenza, v. Cass. 21 aprile 1981, n. 94, in *RIDL*, 1982, II, 871, che ha statuito che la prova della simulazione o della fraudolenza degli atti scaturisce direttamente dal mancato

lavoratore licenziato si dirà in seguito. Preme sottolineare, in questa sede, innanzitutto che l'art. 388, co. 2 cit. non troverebbe un'applicazione generalizzata, ma soltanto con riferimento alle ordinanze *ex art. 700 c.p.c.*, non potendo essere considerata la sentenza *ex art. 18* alla stregua di una <<misura cautelare>>⁴⁰¹, come prescritto, invece, dalla disposizione in esame. In secondo luogo, mentre alcuni ritengono che nell'ipotesi di reintegrazione ordinata mediante il provvedimento cautelare sarebbe applicabile l'art. 388, co. 2 cit. in quanto il dolo del datore sarebbe presunto⁴⁰², confermando l'orientamento maggioritario della giurisprudenza incline ad ammettere una generale applicabilità della norma in esame all'inottemperanza da parte del datore all'ordine di reintegra⁴⁰³, altri, invece, hanno categoricamente escluso il verificarsi del reato in questione in quanto la misura cautelare in ogni caso implicherebbe un'obbligazione infungibile, valorizzando, pertanto, la volontà del soggetto, sicché non potendo essere soggetta ad esecuzione forzata specifica non può neanche prefigurare un'ipotesi di reato⁴⁰⁴. Dal punto di vista sostanziale, poi, per giustificare l'applicabilità della disposizione in esame anche all'ipotesi di inottemperanza all'ordine, cautelare, di reintegra del lavoratore, alcuni autori hanno sostenuto che detto ordine fosse paragonabile ad un provvedimento a tutela del credito⁴⁰⁵; altri, invece, hanno affermato

adempimento degli obblighi derivanti dalla sentenza di condanna *ex art. 18*.

⁴⁰¹ V. G. Flora, *L'inottemperanza al provvedimento...* cit., 442; M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 210, il quale afferma che la sentenza di reintegrazione può avere <<un'aspirazione cautelare>> o al più può produrre <<un effetto cautelare>>, ma non ha certamente natura di provvedimento cautelare. Nello stesso senso v. M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 63; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 883; U. Gargiulo, *Sulla sanzionabilità ex art. 388 cpv. cod. pen. dell'omessa reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *RGL*, 2000, II, 322 e ss.; M. Pivetti, *Ombre e luci...* cit., 170. In senso contrario e, cioè, sulla natura di provvedimento cautelare dell'ordine di reintegrazione *ex art. 18*, v. T. Padovani, *Ordine di reintegrazione nel posto di lavoro e art. 388 cpv. c.p.*, in *DL*, 1975, II, 53 e ss.

⁴⁰² V. D. Danza, *Tutela penale in tema di provvedimento cautelare di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *GM*, 1976, II, 74; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela...* cit., 1175.

⁴⁰³ V. *ex plurimis*, Cass. n. 127409/2001 cit.; Cass. 23 febbraio 2000, n. 5551; Cass. 19 settembre 1989, in *RP*, 1990, 884; Pret. Catanzaro 19 marzo 1999 cit.; Pret. Milano 21 novembre 1983, in *DL*, 1994, 302.

⁴⁰⁴ V. R. Rampioni, *Ordine di reintegrazione...* cit., 246.

⁴⁰⁵ V. F. Frediani, *Note sull'effettività...* cit., 111 – 112, il quale ritiene anche che le garanzie offerte dall'art. 388 c.p. all'effettività dell'ordine di reintegrazione rilevano anche in relazione alla tutela diretta del diritto del lavoratore alla stabilità del posto, potendo ricorrere anche agli artt. 219 e 231 c.p.p., mediante i quali il giudice penale può compiere anche atti di polizia giudiziaria “che importino modifiche autoritative del rapporto di lavoro o creino obblighi di fare o non fare per il datore, formulando modalità per impedire che il reato sia portato ad ulteriori conseguenze”, come, per esempio, ordinare ai Carabinieri di assicurare materialmente la ripresa del servizio; G. Flora, *L'inottemperanza al provvedimento...* cit., 442 e ss. Conforme, in giurisprudenza, è Cass. 17 marzo 1982, in *RGL*, 1983, IV, 139; da ultimo Pret. Catanzaro 19 marzo 1999, in *RGL*, 2000, II, 315 e ss., secondo la quale il diritto di credito del lavoratore non è limitato alle retribuzioni, ma si riferisce anche allo “sviluppo della sua

che il diritto al posto di lavoro è un'estrinsecazione della personalità, che si sviluppa fino a fare del lavoratore un possidente *sui generis*⁴⁰⁶.

Ebbene, si dubita che anche l'art. 388, co. 2 c.p. possa essere applicato all'ipotesi della omessa reintegra del lavoratore da parte del datore di lavoro. Innanzitutto, perché esso fa esplicito riferimento alle << misure cautelari >> e non alle sentenze ordinarie di reintegrazione, per cui, al massimo, il ragionamento andrebbe circoscritto alle sole ipotesi di ordinanze *ex art. 700 c.p.c.*; inoltre, se l'ordine di reintegra presuppone un obbligo incoercibile del datore inadempiente, la volontà del soggetto e la libertà di omologarsi o meno ad un determinato comportamento acquista rilevanza primaria, non potendo l'ordinamento imporre o sostituire una volontà difforme a quella formata nell'individuo. Se licenziare, allora, è un diritto del datore, quale manifestazione della libera volontà del soggetto, costituzionalmente garantito, non può poi l'ordinamento reagire con una sanzione penale nel momento in cui tale diritto viene liberamente esercitato. In secondo luogo, non è possibile qualificare l'ordinanza cautelare di reintegra quale provvedimento a tutela del credito, in quanto quest'ultimo è espressamente garantito da un autonomo capo della sentenza *ex art. 18* e non viene pregiudicato dalla omessa reintegra; inoltre, ritenere che il lavoratore sia un possidente *sui generis* e, quindi, considerare il provvedimento cautelare diretto a tutelare il possesso, implica che il bene << posto di lavoro >> sia da ritenere alla stregua di un bene materiale, perché, evidentemente, non è possibile costituire un diritto reale su un bene immateriale, operazione che convince poco.

Come si è visto, allora, nessuna delle ipotesi di reato sin qui evidenziate presentano peculiarità compatibili, in generale, col rapporto di lavoro e, nello specifico, con l'inadempimento del datore di lavoro all'obbligo di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro.

6.2. Le altre forme di *astreintes*

personalità garantito sia dallo svolgimento dell'attività lavorativa in quanto tale sia mediante tutta una serie di diritti non patrimoniali, che trovano attuazione solo nello svolgimento dinamico del rapporto di lavoro". Contra, invece, v. Cass. 30 gennaio 1979, in MGL, 1980, 77.

⁴⁰⁶ V. M.G. Garofalo, *Contributo alla esegesi...* cit., 560; D. Danza, *Tutela penale...* cit., 75. *Contra*, v. M. Pedrazzoli, *La tutela cautelare...* cit., 1020, a parere del quale non può configurarsi un diritto reale, quale è il possesso, su un bene immateriale, quale è il posto di lavoro.

Più appropriato, invece, è il ricorso a forme di coercizione indiretta (o *astreintes*) che, in alcuni casi, svolgano una forza compulsiva, di carattere prettamente psicologico e non giuridico, sulla volontà del datore e, in altri casi, incidano in maniera significativa sulla sfera patrimoniale del datore.

Il ruolo e l'impatto prorompente che le *astreintes* potrebbero avere sul datore in ordine all'adempimento dell'obbligo di reintegra rappresentano ormai opinione diffusa⁴⁰⁷. Si è affermato, sul punto, che “*se solo il legislatore recepisse con maggior vigore e sistematicità la logica francese dell'astreinte*” si avrebbe uno strumento per raggiungere “*l'obiettivo di politica del diritto di evitare che vengano definitivamente chiusi gli occhi dinanzi alla persistente inadempienza del legislatore nel predisporre un adeguato sistema di misure coercitive indirette finalizzate a premere sul datore di lavoro perché adempia spontaneamente*”⁴⁰⁸. Bisogna verificare, allora, se tale intento è stato mantenuto dal legislatore e, in caso di risposta negativa, se dottrina e giurisprudenza sono intervenute per colmare tale eventuale lacuna⁴⁰⁹.

Secondo alcuni, gli obblighi strumentali di ripristino del rapporto, quali, ad esempio, l'ingresso del lavoratore in azienda tramite l'intervento dell'ufficiale giudiziario, nonostante le problematiche connesse a tale strumento innanzi evidenziate, hanno una forza compulsiva, potendo incidere indirettamente sulla volontà del datore di dare seguito all'ordine di reintegra, onde evitare di subire, anche giornalmente, l'intervento dell'ufficiale giudiziario o della forza pubblica⁴¹⁰.

Sulla funzione compulsiva di detti strumenti vi sono non poche perplessità. Innanzitutto, gli obblighi strumentali di ripristino del rapporto, una volta accetta la tesi della

⁴⁰⁷ V., tra i tanti, G. F. Mancini, *Il progetto di legge sulla <<giusta causa>> e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, in *RGL*, 1966, I, 120; G. Giugni, *Iniziativa legislativa...* cit., 256; M. Persiani, *La tutela dell'interesse...* cit., 613 - 614.; M. Pedrazzoli, *Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo*, in *LD*, 1988, 107 e ss.; F. Carinci, *La centralità della legge...* cit., XXXI; A. Proto Pisani, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in M. Barbieri - F. Macario - G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, 39; I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, 2004, 89; C. Pisani, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, 2004, 39; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 97; P. Tosi, *L'art. 18...* cit., 1355 - 1356.

⁴⁰⁸ Così si è espresso L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 97.

⁴⁰⁹ Cfr. V. Valentini, *Reintegrazione nel posto di lavoro...* cit., 169, il quale evidenzia l'importanza di strumenti legali di coercizioni indirette, affermando che “*se deve ritenersi incompatibile con il nostro ordinamento un obbligo di <<reintegrazione>> nel posto di lavoro avente contenuto effettivo, coercibilità ed effettività, si sarebbe potuto prevedere un apparato sanzionatorio per l'ipotesi di mancato ripristino del rapporto illegittimamente interrotto*”.

⁴¹⁰ V. F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 116.

coercibilità parziale dell'ordine di reintegra, rappresentano proprio quella parte di obblighi contenuti nella previsione dell'art. 18 che possono determinare l'esecuzione forzata di quei specifici obblighi; ma sono *pars pro toto* dell'ordine di reintegra e si è visto che non comportano comunque la risoluzione del problema. A ciò si aggiunga che si dubita, non solo, dell'utilizzabilità in concreto degli stessi strumenti (*supra*), ma anche dell'efficacia compulsiva di detti strumenti, in quanto viene in emergenza sempre la volontà del datore e non è certo che esso sia indotto a ripristinare in concreto la funzionalità del rapporto soltanto perché giornalmente assiste all'accompagnamento del lavoratore tramite l'ufficiale giudiziario, ovvero perché un suo collaboratore o un dipendente viene incaricato dal giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 612 c.p.c., a regolare i libri societari a seguito della sentenza di reintegra.

Dal punto di vista, invece, prettamente giuridico, si ritiene che le uniche forme di *astreintes* idonee a indurre il datore a eseguire volontariamente l'ordine giudiziale di reintegra siano quelle che incidono in maniera significativa sulla sua sfera patrimoniale. Ora, il dilemma storico è quello di verificare se queste forme di *astreintes* siano state inserite dal legislatore nell'art. 18, anche indirettamente, ovvero se sia necessario ricorrere a soluzioni esterne all'art. 18, ragionando, in questo caso, anche *de iure condendo*.

Una prima forma di *astreinte* che possa incidere sulla sfera patrimoniale del datore di lavoro potrebbe essere quella proposta da Mazziotti e, cioè, la possibilità di iscrivere ipoteca sui beni del debitore ai sensi dell'art. 2818 c.c.⁴¹¹. In base a tale articolo, ogni sentenza che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di obbligazione, ovvero al risarcimento del danno da liquidarsi successivamente, costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca sui beni del debitore, nel caso di specie del datore di lavoro. Ebbene, se tale soluzione appare sicuramente applicabile al capo della sentenza che condanna il datore al risarcimento del danno, dubbi sorgono in relazione all'ordine di reintegra. L'applicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 2818 c.c. presuppone, necessariamente, che anche l'ordine di reintegra sia contenuto in una sentenza di condanna. Ebbene, si è visto prima che tale ordine non può essere considerato alla stregua di una condanna in senso tecnico, proprio perché non ammette

forme di esecuzione specifica. Pertanto, se si esclude la natura di condanna in senso tecnico del capo della sentenza che ordina la reintegrazione, automaticamente si deve ritenere che l'art. 2818 c.c. sia applicabile soltanto con riferimento al capo della sentenza che condanna il datore al risarcimento del danno, svolgendo, pertanto, un ruolo di garanzia sul diritto patrimoniale, ma non potendo esercitare alcuna forza compulsiva sul datore in merito all'obbligo di reintegrazione effettivamente il lavoratore.

Generalmente, si ritiene che la principale forma di coercizione indiretta sia contenuta nel secondo capo della sentenza *ex art. 18* e, cioè, nella condanna del datore al pagamento delle retribuzioni, prima, e del risarcimento del danno, ora, sino alla effettiva reintegra del lavoratore⁴¹². Si tratta, è evidente, di una condanna ad un'obbligazione di dare e come tale soggetta, senza alcun dubbio, all'esecuzione in forma specifica⁴¹³.

Secondo alcuni, essa, oltre ad esercitare una pressione psicologica sul datore, il quale è costretto a corrispondere al lavoratore una determinata somma anche in assenza della prestazione lavorativa, punisce anche l'inadempimento del datore di lavoro all'ordine giudiziale di reintegra⁴¹⁴; da qui deriva, da un lato, che la violazione dell'ordine di reintegra costituisce manifestazione di dolo del datore di lavoro che può incidere sul *quantum* del risarcimento del danno aggravandolo⁴¹⁵; dall'altro lato, che il lavoratore potrebbe rivendicare anche danni ulteriori rispetto a quello *ex art. 18*, ai sensi dell'art. 1224 c.c., quale conseguenza del ritardo da parte del datore di lavoro nell'adempimento

⁴¹¹ V. F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 123 e ss.

⁴¹² V., su tutti, M. Pedrazzoli, *La tutela cautelare...* cit., 1063; *idem.*, *Struttura dei rimedi...* cit., 95; C. Mandrioli, *L'esecuzione specifica...* cit., 13; G. Bongiorno, *Art. 18...* cit., 599; A. Di Majo, *I licenziamenti illegittimi...* cit., 292; P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 45; M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit., 872; C. Zoli, *Tutela in forma specifica...* cit., 1790. *Contra*, v. M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 145; P.G. Alleva, *L'evoluzione...* cit., 99; M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 273.

⁴¹³ Sul punto si veda A. Proto Pisani, *Osservazioni sull'attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato*, in *FI*, 1978, I, 1489, a parere del quale l'art. 18 implicherebbe un obbligo di fare complesso, "composto da porzioni di pati, dare e facere, alcune delle quali fungibili".

⁴¹⁴ V. sul punto L. Mengoni, *Intervento*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Napoli, 1989, 151 e ss., secondo il quale la condanna deriva dall'inottemperanza all'ordine di reintegra e non dall'inadempienza originaria; G. Arieta, *Sull'eseguibilità...* cit., 74; F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 123 e ss.; M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 184; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 96.

⁴¹⁵ Cfr. V. Speciale, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica*, in M. Barbieri – F. Macario – G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, 87 e ss.; C. Zoli, *Tutela in forma specifica...* cit., 1790; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 96.

dell'obbligo di reintegrazione, di natura patrimoniale e non, che, ovviamente, non possono essere considerati *in re ipsa*, ma devono essere provati dal lavoratore.

Che la condanna patrimoniale, quale conseguenza ulteriore dell'accertamento dell'invalidità del licenziamento, possa rappresentare una forma di coercizione indiretta all'obbligo di reintegra, facendola discendere non dalla vigenza del contratto, ma dalla violazione dell'ordine di reintegra, esercitando una pressione psicologica sul datore di lavoro, lascia alquanto perplessi, almeno con riferimento all'attuale formulazione dell'art. 18.

Nel testo dell'art. 18 originario si prevedeva che, per il periodo successivo alla sentenza, il lavoratore aveva diritto alle *retribuzioni* sino all'effettiva reintegra. Questo implicava che il pagamento delle retribuzioni, pur in assenza del ripristino in concreto della funzionalità del rapporto, proteggeva il lavoratore da qualsiasi situazione negativa di carattere patrimoniale conseguente alla mancata reintegra, tutelando integralmente il proprio diritto principale derivante dal contratto di lavoro e, cioè, la retribuzione, che non poteva subire alcuna diminuzione per nessun motivo. Si poteva ritenere, pertanto, che l'apparato sanzionatorio predisposto dall'art. 18 era sicuramente effettivo, tutelando specificatamente *quel* diritto momentaneamente perso a causa del licenziamento. Il pagamento della retribuzione, secondo alcuni derivava dalla violazione dell'obbligo di reintegrazione, intesa quale <<retribuzione per inottemperanza>>⁴¹⁶, per altri dalla vigenza del contratto⁴¹⁷, in deroga al principio di sinallagmaticità. Il datore di lavoro, in ogni caso, sia che la retribuzione venisse considerata quale esatto adempimento dell'obbligazione contrattuale sia quale sanzione della violazione dell'obbligo di reintegrazione, subiva una significativa pressione psicologica in relazione alla necessità di reintegrare concretamente il lavoratore nel minor tempo possibile per evitare di

⁴¹⁶ V., tra i tanti, S. Chiarloni, *Dal diritto alla retribuzione...* cit., 1467; *idem*, *Lo statuto dei lavoratori...* cit., 60F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 125; E. Ghera, *Tecniche di tutela...* cit., 636.

⁴¹⁷ Sul punto significativa è la riflessione di M. Dell'Olio, *Licenziamento, reintegrazione...* cit., 548, a parere del quale "l'obbligo di reintegrazione non ha nessun significato giuridico perché non porta di per sé a nessuna conseguenza... bensì enuncia una, quella sulla spettanza delle retribuzione, che già deriverebbe dai principi generali". V. anche A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Torino, 1999, 312, il quale afferma che "l'illusione che fosse stata garantita al lavoratore, mediante tale ordine, una tutela più forte di quella di diritti comune è presto svanita di fronte alla correttamente riconosciuta incoercibilità del fare infungibile del datore di lavoro necessario ad una effettiva ripresa del servizio da parte del dipendente licenziato"; v. anche P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina...* cit., 101 – 102.

corrispondere retribuzioni senza ricevere in cambio la relativa prestazione lavorativa⁴¹⁸. La situazione, però, è mutata con la legge n. 108 del 1990 che ha modificato il testo dell'art. 18, unificando nel risarcimento del danno la tutela patrimoniale del lavoratore, utilizzando la retribuzione soltanto quale parametro per la quantificazione del danno. Come abbiamo visto nel primo capitolo, il testo finale di tale provvedimento rappresentava la sintesi di due delle proposte di legge presentate alla Camera e, cioè, la n. 4446 (Ghezzi ed altri) e la n. 3301 (Cavicchioli ed altri). La prima, proponeva, da un lato, l'estensione della sanzione della retribuzione anche per il periodo precedente la sentenza, quale naturale conseguenza della normale prosecuzione del rapporto, oltre al pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali e, dall'altro lato, la sanzione aggiuntiva, in caso di mancata ottemperanza all'ordine giudiziale di reintegra da parte del datore, del pagamento in favore della gestione dell'Inps per l'assicurazione contro la disoccupazione di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore. La seconda proposta di legge, invece, proponeva di recepire alcune delle interpretazioni giurisprudenziali rese su alcune problematiche legate all'applicazione delle tutele previste dal (vecchio) art. 18, quali l'inserimento nel testo della possibilità di detrarre dall'ammontare del risarcimento del danno, esteso a tutto il periodo, gli eventuali redditi di lavoro percepiti altrove, nonché la perdita di esecutività della sentenza di condanna alla reintegrazione in caso di riforma in appello della stessa, anche con riferimento al pagamento delle retribuzioni, bilanciata dalla sanzione del pagamento in favore della gestione dell'Inps per l'assicurazione contro la disoccupazione di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore per ogni giorno di mancata reintegra in caso di conferma in secondo grado.

Si assisteva, cioè, ad uno scontro ideologico tra due correnti di pensiero opposte: la prima, rappresentata da Ghezzi, incentrata sulla valorizzazione dell'ordine di reintegra e sulla conseguente necessità di introdurre strumenti espliciti di coercizione indiretta finalizzati a rendere il più effettivo possibile il sistema di tutele predisposto dall'art. 18; la seconda, invece, rappresentata da Cavicchioli, riteneva necessario rendere più

⁴¹⁸ Escludono, invece, il ruolo di *astreinte* della retribuzione *post* sentenza M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 145 – 146; P.G. Alleva, *L'evoluzione...* cit., 99 e M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 273, secondo i quali la retribuzione non è un mezzo di tutela, ma piuttosto l'oggetto stesso della tutela.

elastiche le garanzie in favore del lavoratore illegittimamente licenziato, prediligendo, pertanto, una (unica) tutela risarcitoria.

Ebbene, come abbiamo visto, il testo definitivo presentato alla Camera dall'On. Cavicchioli acquisiva dalla prima proposta soltanto la condanna al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, estendendolo anche al periodo precedente la sentenza, scartando, quindi, la sanzione del versamento in favore dell'Inps della somma pari all'importo delle retribuzioni per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'ordine di reintegrare il lavoratore; dalla seconda proposta, invece, recuperava l'estensione della tutela risarcitoria anche per il periodo successivo alla sentenza.

A questo punto è opportuno chiedersi se l'attuale garanzia risarcitoria possa essere considerata, come lo era quella prettamente retributiva, una forma di coercizione indiretta dell'obbligo di reintegrazione. La risposta non può che essere negativa. Ed infatti, già con il vecchio art. 18 non era certo la "sola" retribuzione, in assenza di ulteriori misure coercitive, come ad esempio quelle proposte da Ghezzi prima della riforma del '90, a poter esercitare un'assoluta e generalizzata forza compulsiva sul datore. Con la previsione attuale del solo risarcimento del danno tale dubbio non solo viene riproposto, ma definitivamente confermato. È vero che si tratta di un risarcimento di carattere speciale, in quanto il danno è presunto, ma è altrettanto vero che tale presunzione non è assoluta, potendo il datore eccepire anche per il periodo successivo alla sentenza *l'aliunde perceptum et percipiendum (infra)*. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il datore di lavoro è a conoscenza del fatto che il lavoratore lavora alle dipendenze di un altro soggetto e che tale rapporto persista anche dopo la sentenza *ex art. 18*. Potendo eccepire *l'aliunde* anche per tale periodo, il datore difficilmente ottempererà all'ordine di reintegrazione conscio del fatto che un ipotetico giudizio monitorio avviato dal lavoratore per il pagamento delle retribuzioni a titolo di risarcimento del danno si concluderà con un nulla di fatto, una volta accolta l'eccezione in questione.

Pertanto, non solo si ritiene che la condanna al risarcimento del danno non sia idonea a esercitare quella forza compulsiva propria degli strumenti di coercizione indiretta, ma che, al contrario, sia uno stimolo per il datore a non ottemperare all'ordine di reintegra. Salvo – e sul punto torneremo in seguito – considerare il risarcimento del danno come

una sanzione vera e propria, soprassedendo all'espressione atecnica utilizzata dal legislatore, collegata non all'inadempimento dell'obbligazione contrattuale, come lo era la vecchia previsione retributiva, ma all'inottemperanza all'ordine giudiziale. In questo caso, infatti, verrebbe a delinarsi una sanzione e non un risarcimento del danno, con la conseguente impossibilità di detrarre dal relativo importo alcunché, potendo quindi esercitare quella forza compulsiva tipica delle sanzioni.

Esclusa, pertanto, la condanna al risarcimento del danno *ex art. 18* dal novero dei possibili strumenti di coercizione indiretta e non potendo considerare gli obblighi strumentali di ripristino alla stregua di essi, rappresentando invece forme di coercizione diretta di determinati obblighi strumentali al ripristino del rapporto ma non incidenti su di esso (*supra*), l'analisi *de iure condito* non ha portato alcun risultato utile alla nostra riflessione; dobbiamo, perciò, tentare di ragionare *de iure condendo*, avendo a mente sempre l'obiettivo della riflessione e, cioè, la verifica dell'effettività dell'ordine di reintegra, per non "rassegnarsi all'idea che la stabilità del rapporto di lavoro garantita dall'ordine di reintegra è, più che altro, immaginaria"⁴¹⁹.

Una prima ipotesi potrebbe essere rappresentata dalla generale estensione della previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 18⁴²⁰, laddove si prevede l'obbligo in capo al datore che non reintegra il lavoratore – sindacalista di corrispondere, oltre al risarcimento del danno in favore dello stesso, di corrispondere al Fondo adeguamento pensioni una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore non reintegrato. Tale differenziazione di tutele è giustificata soltanto se il soggetto parzialmente discriminato può in ogni caso vantare una tutela completamente soddisfacente. Ebbene, nel testo originario dell'art. 18 tale eterogeneità aveva un senso, in quanto, da un lato, bisognava proteggere ulteriormente una particolare categoria di soggetti (peraltro già diversamente tutelati con la previsione della nullità del licenziamento) e, dall'altro lato, la previsione retributiva in ogni caso garantiva al lavoratore la piena tutela del proprio diritto, potendo, come detto, esercitare anche una pressione psicologica sul datore alla reintegra immediata del lavoratore. Nel sistema attuale, invece, se da un lato, le tutele per il lavoratore sindacalista sono, giustamente,

⁴¹⁹ Così si è espresso U. Romagnoli, *Piccole imprese e grandi traumi*, in *LD*, 1990, 527.

⁴²⁰ Ipotesi paventata in precedenza ma non accolta da parte della dottrina che ha ritenuto questa forma di

rimaste immutate, quella per il lavoratore “normale” sono addirittura regredite (*supra*); è evidente, pertanto, che la distanza tra le due categorie di soggetti oggi è notevole, sicché, proprio per evitare una differenziazione ingiustificata e al fine di rendere effettivo l’ordine di reintegrazione anche per i lavoratori non sindacalisti, sarebbe opportuno estendere in via generalizzata la previsione di cui all’ultimo comma, come, tra l’altro, aveva già proposto Ghezzi circa vent’anni fa (*supra*).

Un’altra ipotesi potrebbe essere rappresentata dall’estensione all’art. 18 della misure coercitive indirette legate all’art. 28. In relazione all’applicabilità dell’art. 650 c.p. si è detto innanzi. Una forza compulsiva potrebbe essere esercitata dalla previsione contenuta negli artt. 7, co. 7 della legge n. 388 del 2000 e 2, co. 545, lett. c) della legge n. 244 del 2007, in base ai quali il datore che ha subito provvedimenti definitivi in tema di condotta antisindacale perde il diritto, rispettivamente, alle agevolazioni fiscali e contributive precedentemente ottenute e ai crediti di imposta. Tali sanzioni non potrebbero essere contenute nella sentenza *ex art. 18*, ma dovrebbero essere applicate successivamente, una volta accertata, anche in via amministrativa, l’inottemperanza da parte del datore all’ordine di effettiva reintegrazione.

A ciò si aggiunga che all’art. 18 si potrebbe applicare anche l’art. 1, co. 1175 della legge n. 296 del 2006⁴²¹, laddove quest’ultimo prevede che la concessione di benefici normativi e contributivi sono subordinati al rispetto da parte del datore di lavoro anche degli “*altri obblighi di legge*”. Si tratta, è evidente, di una norma a carattere generale che può essere applicata a tutti quei casi in cui il datore abbia violato obblighi derivanti dalla legge o dal contratto collettivo. Ebbene, il datore che non ottempera all’ordine di reintegra ha violato, dapprima, gli artt. 1 e 3 della legge n. 604, nonché gli artt. 4 e 41, co. 2, Cost., che impongono al datore di non licenziare un lavoratore senza una valida motivazione, in seguito, l’art. 18 nel momento in cui non ripristina, per di più dolosamente, la funzionalità effettiva del rapporto di lavoro. Non è da escludere, pertanto, che tale ipotesi possa rientrare nella previsione *sub art. 1, co. 1175 cit.*, con la conseguenza che, una volta accertata la violazione anche dell’art. 18, il datore potrebbe essere condannato alla restituzione dei benefici contributivi usufruiti durante il periodo

astreinte “modesta e timida” (v. L. Montuschi, *Attualità della sanzione civile...* cit., 1197).

⁴²¹ Per un commento alla legge n. 296 del 2006 v. M. Miscione – D. Garofalo (a cura di), *Il lavoro nella*

di non reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato, ovvero all'impossibilità di usufruirne di nuovi finché non ottempera all'obbligo in questione.

Infine, come si avrà modo di approfondire in seguito, una forma di *astreinte* con forza effettivamente compulsiva potrebbe essere quella di tornare a considerare le somme da corrispondere al lavoratore a seguito della sentenza di accertamento dell'invalidità del recesso in assenza di concreta reintegra non come mero risarcimento del danno e, quindi, soggette ai principi generali in tema di quantificazione del risarcimento, ma come sanzione per la mancata reintegra, quindi, immutabili rispetto alla situazione soggettiva e oggettiva del lavoratore ed irripetibili in caso di riforma della sentenza, perché legate non all'esistenza giuridica del rapporto di lavoro ma alla violazione da parte del datore dell'ordine giudiziale (*infra*).

Queste soluzioni potrebbero svolgere quella forza compulsiva, tipica delle forme di coercizione indiretta, sul datore per indurlo a ripristinare nel minor tempo possibile la funzionalità di fatto del rapporto di lavoro, da lui illegittimamente estinto. Soltanto con l'introduzione di forme di coercizione indiretta, pertanto, stante l'inefficacia della tutela risarcitoria a raggiungere tale obiettivo (*supra*), l'ordine di reintegrazione e, quindi, il sistema di tutele apprestato dall'art. 18, potrebbe rivestire caratteri di *effettività* tali da garantire al lavoratore la completa soddisfazione del diritto leso dal licenziamento invalido subito. Solo così, infatti, l'ordine di reintegra potrebbe non essere considerato "inutile", ovvero garante di una stabilità "immaginata"⁴²², o ancora, una tutela di tipo "debole"⁴²³, laddove il legislatore ha prediletto una tecnica prevalentemente risarcitoria, compensativa della perdita del posto di lavoro, piuttosto che una completamente soddisfattiva.

7. La monetizzazione del rapporto di lavoro: l'indennità sostitutiva della reintegra

Una delle più importanti innovazioni apportate dalla riforma del '90 all'art. 18, unitamente all'unificazione del risarcimento del danno per l'intero periodo dal licenziamento sino all'effettiva reintegrazione del lavoratore (*infra*), riguarda la

finanziaria 2007, Ipsoa, 2007.

⁴²² V. nota n. 419.

⁴²³ V. E. Ghera, *Le sanzioni civili...* cit., 330 e ss.; *idem*, *Tecniche di tutela...* cit., 636 e 654.

previsione contenuta nel comma 5. È rimessa al lavoratore la possibilità di rinunciare alla reintegrazione, optando per un'indennità sostitutiva dell'importo di 15 mensilità di retribuzione globale di fatto, fatto salvo il diritto al risarcimento del danno sino all'effettiva corresponsione dell'indennità in questione (*infra*).

L'impatto che tale norma ha avuto sulla disciplina del licenziamento è stato dirompente. Il legislatore, infatti, ha introdotto uno strumento di <<monetizzazione>> del rapporto di lavoro, mediante il quale il lavoratore decide di optare per una tutela alternativa ed equivalente piuttosto che per la reintegrazione in forma specifica.

Si è detto innanzi – e si dirà anche in seguito – che la disciplina *sub* art. 18 rappresenta la chiara volontà del legislatore di privilegiare, nel diritto del lavoro, la tutela risarcitoria rispetto a quella ripristinatoria, ribaltando, di fatto, i principi civilistici in tema di responsabilità contrattuale, laddove la prima ha una funzione meramente residuale rispetto alla seconda.

Qui, infatti, la sanzione alternativa rischia di primeggiare sulla ricostituzione della funzionalità di fatto del rapporto⁴²⁴, venendo meno, così, l'ultimo baluardo della tutela ripristinatoria: non solo il legislatore ha eliminato ogni riferimento alla tutela retributiva, generalizzando quella risarcitoria, ma ha anche reso facoltativa la reintegrazione nel posto di lavoro.

In realtà, l'introduzione dell'indennità sostitutiva della reintegrazione trova giustificazione nelle difficoltà, essenzialmente di natura applicativa, derivanti dalla struttura e dalle peculiarità del sistema di tutele apprestato dal legislatore con l'art. 18 e, in particolar modo, dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro.

La riflessione più immediata che discende dalla lettura della norma in esame porta a considerare l'indennità in questione come una forma di intervento ad ulteriore garanzia dei diritti del lavoratore⁴²⁵.

Iniziamo, pertanto, la riflessione partendo dalle possibili ragioni che hanno spinto il legislatore del '90 ad introdurre l'indennità sostitutiva della reintegrazione.

⁴²⁴ Sul punto v. E. Ghera, *Le tecniche di tutela...* cit., 644, secondo cui "... la previsione legislativa di un simile strumento sanzionatorio potestativo... sembra evidenziare, ancora una volta, lo spostamento della finalità della reintegrazione e, nel complesso, della stessa tutela contro i licenziamenti illegittimi, dall'area ripristinatoria (adempimento specifico) all'area risarcitoria (monetizzazione compensativa del danno e/o punitiva dell'illecito)".

⁴²⁵ Nello stesso senso v. M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 163; *idem*, *Licenziamenti...* cit., 74.

La prima – e sicuramente quella più importante – riguarda la necessità di apprestare uno strumento alternativo alla reintegrazione, facendo tesoro delle difficoltà incontrate nella soddisfazione integrale del diritto del lavoratore al ripristino della funzionalità di fatto del rapporto.

Si è visto, infatti, che la reintegrazione presuppone in capo al datore di lavoro un'obbligazione di fare infungibile. Sia che si voglia considerare tale obbligo completamente infungibile o parzialmente fungibile, con riferimento agli obblighi strumentali di ripristino, il risultato non cambia, in quanto il diritto del lavoratore a riprendere effettivamente servizio non può prescindere dalla cooperazione del datore di lavoro (*supra*). Per la natura, pertanto, di tale obbligazione e per l'assenza di misure di coercizione indiretta, salvo procedere a difficili interpretazioni, in ogni caso non accolte dalla giurisprudenza (si pensi, ad esempio, alla necessità di considerare le somme relative al periodo successivo alla sentenza quale sanzione per l'inottemperanza all'ordine di reintegrazione, tesi contrastata dalla giurisprudenza che, attenendosi al dato letterale della norma, le considera aventi natura completamente risarcitoria e, quindi, riducibili una volta accolte le eccezioni di *aliunde perceptum et percipiendum*, nonché ripetibili in caso di riforma della sentenza – *infra*), il legislatore è stato costretto a trovare uno strumento alternativo, da rimettere, ovviamente, all'esclusiva volontà del lavoratore, ogni qual volta fosse difficilmente soddisfacibile, anche per ragioni imponderabili, il diritto primario e, cioè, quello della ripresa del lavoro⁴²⁶.

È evidente, quindi, che l'indennità in questione, da considerare alla stregua di una vera e propria sanzione stante la predeterminazione del suo ammontare, si sostituisce alla reintegrazione, ma non punisce l'inottemperanza da parte del datore di lavoro all'obbligo di reintegrare il lavoratore. Si tratta, pertanto, di una sanzione diretta a colpire il fatto illecito e, cioè, il licenziamento, in via alternativa rispetto alla sanzione principale della reintegrazione⁴²⁷, sicché è corretto ritenere che essa non serve a

⁴²⁶ Dello stesso avviso sono F. Bianchi D'Urso, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *MGL*, 1991, 347; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 82.

⁴²⁷ Sul punto v. P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 48; G. Dondi, *Aspetti previdenziali...* cit., 289; G. Napoletano, *La nuova disciplina...* cit., 204; E. Ghera, *Le tecniche di tutela...* cit., 642, a parere del quale l'indennità in questione “sembra avere una funzione non risarcitoria della mancata reintegrazione, ma soltanto sanzionatoria, e nello stesso tempo, riparatoria (e dunque assimilabile ad una penale) della lesione del diritto alla conservazione (o stabilità) del rapporto”.

compensare un danno, ma un bene giuridico a cui si rinuncia⁴²⁸. Ovviamente parliamo di un diritto potestativo del lavoratore, essendo del tutto irrilevante ai fini della soddisfazione l'eventuale opposizione del datore di lavoro⁴²⁹.

In realtà, la previsione contenuta nel comma 5 dell'art. 18, almeno a ridosso della sua emanazione, ha suscitato perplessità circa la sua conformità ad alcuni principi costituzionali. In varie occasioni, infatti, si è sostenuto che tale norma violasse il principio di uguaglianza, con riferimento sia alle ipotesi di licenziamento diverse da quelle rientranti nell'ambito della tutela reale sia all'art. 2119 c.c., individuando nell'indennità sostitutiva della reintegra una forma di dimissioni per giusta causa, sorretta, però, da una tutela forte non estesa a tutte le ipotesi di recesso *a latere lavoratoris*; in altri casi, invece, si è ritenuto violasse gli artt. 4 e 35 Cost. prevedendo uno strumento contrario alla tutela del lavoro e della conservazione del posto di lavoro. Nonostante le diffuse perplessità, la Corte Costituzionale ha sempre confermato la legittimità costituzionale dell'art. 18, co. 5, ora ritenendo inappropriato il confronto con l'art. 2119 c.c., non intravedendo nell'indennità *de qua* una forma di dimissioni per giusta causa, ora escludendo una violazione degli artt. 4 e 35 Cost., in quanto l'opzione all'indennità sostitutiva è rimessa alla volontà esclusiva del lavoratore, il quale può liberamente decidere di rinunciare al diritto al posto di lavoro, in cambio di una tutela alternativa⁴³⁰.

Con le pronunce della Consulta, i dubbi sulla possibile illegittimità costituzionale dell'art. 18, co. 5 sono venuti definitivamente meno; la conservazione del posto di lavoro è un diritto costituzionalmente garantito, ma, poiché non si tratta di un diritto

⁴²⁸ V. M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 165.

⁴²⁹ V., *ex plurimis*, M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 197; P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 47; R. Foglia, *L'«opzione»...* cit., 15; F. Bianchi D'Urso, *Prime considerazioni...* cit., 348; G. Napoletano, *La nuova disciplina...* cit., 204; E. Ghera, *Le tecniche di tutela...* cit., 643; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 86; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 799 – 800; L. De Angelis, *L'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro tra diritto e processo*, in *RTDPC*, 1996, 147; L. Nannipieri, *Termini e forme della scelta del lavoratore per l'indennità sostitutiva della reintegrazione*, in *RIDL*, 1998, II, 316; P. Tosi, *L'art. 18...* cit., 1358.

⁴³⁰ Si vedano Corte Cost. 4 marzo 1992, n. 81, in *NGL*, 1992, 97; Corte Cost. 2 aprile 1992, n. 160, in *NGL*, 1992, 242; Corte Cost. 9 novembre 1992, n. 426, in *MGL*, 1992, 551; Corte Cost. 22 luglio 1996, n. 291, in *NGL*, 1996, 576. Anche una parte della dottrina ha ipotizzato una illegittimità costituzionale del comma 5 dell'art. 18, con riferimento soprattutto alla violazione del principio di uguaglianza; si vedano, *ex plurimis*, M. Roccella, *Il tramonto del recesso...* cit., 20; M.J. Vaccaro, *Licenziamenti individuali: le norme dal 1966 ad oggi*, in *DPL*, 1990, 3089; F. Bianchi D'Urso, *Prime considerazioni...* cit., 338; M. Cinelli, *Reintegrazione o indennità: una scelta del lavoratore*, in *DPL*, 1991, 8.

soggettivo inderogabile o irrinunciabile, il lavoratore, ove lo ritenga opportuno, può decidere di rinunziarvi, preferendo una tutela alternativa. E proprio l'alternatività tra le due diverse forme di tutele giustifica la legittimità costituzionale della norma in questione, in quanto in ogni caso il lavoratore trova tutela in caso di lesione da parte del datore di lavoro del diritto, costituzionalmente garantito, alla conservazione del posto di lavoro. Si potrebbe discutere se l'indennità sostitutiva sia effettivamente equivalente, dal punto di vista sia qualitativo sia quantitativo, alla reintegrazione, ma questo è un discorso che esula dalla verifica della sua legittimità costituzionale, abbracciando, invece, quello della sua effettività.

La dottrina, quindi, si è concentrata essenzialmente sulla qualificazione giuridica dell'indennità in questione. Secondo alcuni⁴³¹ essa rappresenta una forma particolare di dimissioni per giusta causa, o comunque di estinzione legale del rapporto con l'imposizione di una penale a carico del datore di lavoro⁴³²: come le dimissioni, infatti, l'indennità rappresenterebbe la manifestazione della volontà del lavoratore di recedere dal rapporto di lavoro; rispetto alla disciplina generale presenterebbe evidenti elementi di specialità, in quanto il lavoratore sarebbe esonerato dal fornire giustificazioni al datore di lavoro e la tutela patrimoniale derivante dall'esercizio di tale diritto è stabilita *ex lege* in misura superiore rispetto all'indennità sostitutiva del preavviso *ex art. 2119 c.c.*, la cui corresponsione, in ogni caso, è subordinata all'accertamento della giusta causa delle dimissioni, condizione che nel caso di specie non è richiesta.

Secondo un altro orientamento⁴³³, minoritario, l'opzione all'indennità sostitutiva della reintegrazione rappresenta una ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c., in base al quale, nei contratti a prestazioni corrispettive, ciascun

⁴³¹ V., su tutti, M. D'Antona, *La reintegrazione e il risarcimento...* cit., 363; *idem*, *Tutela reale...* cit., 457; *idem*, *Commentario...* cit., 409, il quale assimila la fattispecie in esame alla previsione contenuta nella legge n. 7 del 1963, che riconosce una facoltà di recesso, con diritto ad un'indennità, fermo restando il trattamento retributivo fino al momento del recesso; M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 197; G. Ghezzi, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: analisi e prospettiva di soluzione*, in *PD*, 1991, 206; F. Bianchi D'Urso, *Prime considerazioni...* cit., 348; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 800 – 801. Una particolare teoria è espressa da Dondi, il quale, partendo da un'iniziale assimilazione con le dimissioni per giusta causa, precisa che si tratta di una speciale ipotesi di recesso introdotta dal legislatore, al pari di quelle previste da alcuni contratti collettivi, come quelli dei dirigenti industria o commercio, ai quali la contrattazione riconosce il diritto di dimettersi, con diritto all'indennità sostitutiva del preavviso, in caso di trasferimento d'azienda (v. G. Dondi, *Aspetti previdenziali...* cit., 290).

⁴³² P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 49.

⁴³³ V. quanto affermato da G. Ferraro, *I licenziamenti...* cit., 65.

contraente, in caso di inadempimento della controparte, può rivendicare, alternativamente, l'adempimento del contratto o la risoluzione di esso, con contestuale diritto al risarcimento del danno, che nel caso di specie sarebbe predeterminato dal legislatore. Tale tesi non convince, in quanto, non si ravvisa nella fattispecie in esame un inadempimento del datore di lavoro, se per esso deve essere intesa la violazione dell'obbligo di reintegrare il lavoratore, ben potendo, come si avrà modo di approfondire in seguito, quest'ultimo manifestare la volontà di optare per l'indennità sostitutiva anche prima della pubblicazione della sentenza di condanna; salvo considerare inadempimento la violazione da parte del datore di lavoro del generale obbligo di non esercitare arbitrariamente il potere di recesso, ma sembra una lettura della norma alquanto fumosa e giuridicamente infondata.

Si conviene, invece, con quell'orientamento dottrinario⁴³⁴ che intravede nell'indennità sostitutiva della reintegrazione una obbligazione con facoltà alternativa in capo al creditore. Nel caso di specie, a differenza di quanto avviene per il licenziamento adottato in ambito di tutela obbligatoria, dove l'obbligazione con facoltà alternativa è rimessa alla volontà del debitore (datore di lavoro) (*supra*), il lavoratore – creditore del posto di lavoro, può decidere di preferire alla prestazione dovuta in via principale, cioè la reintegrazione nel posto di lavoro, una prestazione diversa di natura pecuniaria, che è dovuta solo in quanto dichiarata di preferirla, e il cui adempimento produce, insieme con l'estinzione dell'obbligazione di reintegrare il lavoratore nel posto, la cessazione del rapporto di lavoro per sopravvenuta mancanza dello scopo.

Dalla qualificazione dell'indennità sostitutiva della reintegrazione come obbligazione con facoltà alternativa rimessa al lavoratore – creditore discende la possibilità di riflettere su due questioni rilevanti e, cioè, da un lato, sulle conseguenze derivanti, sul rapporto di lavoro, dall'esercizio da parte del lavoratore del diritto di opzione e,

⁴³⁴ V. M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 164; M. Cerreta, *La riforma della stabilità reale*, in *DL*, 1991, I, 56; G. Napoletano, *La nuova disciplina...* cit., 206; R. Foglia, *L'«opzione» economica del lavoratore reintegrato*, in *DL*, 1991, I, 14 e ss.; E. Ghera, *Tutela reale e tutela obbligatoria...* cit., 463; *idem*, *Le tecniche di tutela...* cit., 642 – 643; *idem*, *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2002, 380; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto dei lavoratori...* cit., 494; M. Papaleoni, *La più recente fase di evoluzione della normativa dei licenziamenti: la legge 11 marzo 1990, n. 108*, in *DL*, 1990, 253; *idem*, *La fine del libero...* cit., 83; A. De Felice, *Le sanzioni...* cit., 201; G. Vidiri, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, in *MGL*, 2002, 217; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 285; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 105. Sul punto v. anche Corte Cost. n. 81/1992 cit.; Corte Cost. n. 160/1992 cit.;

dall'altro lato, sull'individuazione del momento in cui tale opzione deve essere esercitata, rinviando al prosieguo l'analisi degli aspetti previdenziali di tale indennità e delle conseguenze prodotte dall'eventuale riforma della sentenza che ha accertato l'invalidità del recesso.

Per quanto riguarda il primo profilo, si è detto che l'esercizio del diritto potestativo di opzione è idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro, rappresentando una rinuncia alla prosecuzione del rapporto; si è parlato di <<idoneità>>, in quanto il rapporto non cessa immediatamente per effetto della ricezione da parte del datore di lavoro della dichiarazione di scelta del lavoratore, come si dovrebbe pensare se essa avesse la valenza di dichiarazione di recesso, ove, ad esempio, assimilata ad un'ipotesi di dimissioni per giusta causa, bensì solo al momento e per effetto del pagamento dell'indennità sostitutiva⁴³⁵. Tale soluzione è conforme, e pertanto deve essere pienamente condivisa, con la *ratio* della normativa. L'indennità sostitutiva della reintegrazione, infatti, è stata prevista per offrire al lavoratore uno strumento alternativo alla reintegrazione in tutti i casi in cui, per costrizione o anche per proprie scelte imponderabili, il lavoratore ritenga più soddisfacente monetizzare il rapporto di lavoro di cui è titolare. Poiché, quindi, l'art. 18 tutela la stabilità del posto di lavoro, con l'indennità sostitutiva il rapporto si estingue soltanto nel momento in cui il lavoratore risulta essere integralmente soddisfatto, quindi, con l'effettiva percezione delle somme in compensazione del bene giuridico <<posto di lavoro>>.

Pertanto, non solo il rapporto di lavoro non si estingue immediatamente, ma il datore di

Corte Cost. n. 242/1992 cit.; Corte Cost. n. 578/1996 cit.

⁴³⁵ V. le sentenze della Corte Costituzionale citate nella nota n. 380. Da ultimo v. Cass. 16 novembre 2009, n. 24199, in *D&G*, 2009; Cass. 4 settembre 2009, n. 19244, in *GD*, 2009, 39, 63; Cass. 16 marzo 2009, n. 6342, in *D&G*, 2009; Cass. 26 agosto 2003, n. 12514, in *RIDL*, 2004, II, 154; Cass. 28 luglio 2003, n. 11609, in *MGL*, 2004, 73; Cass. 6 marzo 2003, n. 3380, in *MGL*, 2004, 73. In dottrina v. G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto dei lavoratori...* cit., 495; L. De Angelis, *L'indennità sostitutiva...* cit., 170 e ss.; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 290; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 105. *Contra*, in giurisprudenza, v. Trib. Napoli 22 luglio 2002, in *MGL*, 2004, 77; Pret. Vicenza 18 aprile 1996, in *RIDL*, 1997, II, 183; Pret. Roma 9 dicembre 1993, in *ND*, 1993, 1145, a parere delle quali l'obbligazione con facoltà alternativa in capo al creditore, a differenza di quella in capo al debitore, implica che sia quest'ultimo ad indicare al debitore la prestazione da eseguire, sicché una volta operata la scelta questa è l'unica dovuta dal debitore il quale non potrà eseguire la prestazione principale pretendendo di estinguere l'obbligazione. In dottrina v. M. D'Antona, *Commentario...* cit., 410; M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 197; G. Dondi, *Aspetti previdenziali...* cit., 289; P. Tosi, *L'art. 18...* cit., 1359, secondo i quali il rapporto si estingue con la rivendicazione da parte del lavoratore dell'indennità sostitutiva, in quanto assimilano l'esercizio del diritto in questione ad un recesso speciale a

lavoro è obbligato a corrispondere al lavoratore le retribuzioni a titolo di risarcimento del danno sino all'effettivo pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione⁴³⁶, rendendo, pertanto, compiutamente soddisfattiva la tutela alternativa contenuta nell'art. 18, co. 5.

La seconda questione sulla quale è necessario riflettere attiene all'individuazione del momento in cui il lavoratore può optare per l'indennità sostitutiva. L'art. 18, co. 5 prevede un *dies ad quem*: entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il lavoratore, a pena di decadenza, deve comunicare al datore di lavoro la volontà di rinunciare alla reintegrazione nel posto di lavoro, optando per l'indennità sostitutiva. Manca, di fatto, una previsione del *dies a quo*, sicchè, soprattutto in dottrina, ci si è chiesti se il lavoratore potesse esercitare l'opzione in qualunque momento, purché entro il termine predetto, ovvero soltanto a partire dalla comunicazione del deposito della sentenza e fino al trentesimo giorno.

Ebbene, si concorda con quell'interpretazione⁴³⁷ secondo la quale il diritto nasce in qualunque momento, quale conseguenza immediata del licenziamento, ma può essere materialmente esercitato soltanto dopo la comunicazione del deposito della sentenza. Si tratta, quindi, di un diritto potestativo sottoposto a condizione sospensiva, consistente nell'accertamento giudiziale dell'invalidità del licenziamento e, quindi, della condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. Quest'ultimo, pertanto, può limitarsi inizialmente a chiedere in giudizio tale indennità in sostituzione

latere prestatoris.

⁴³⁶ V. le sentenze citate alla nota che precede. In dottrina v. A. Proto Pisani, *Giudizio di legittimità...* cit., 271; M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 165; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto dei lavoratori...* cit., 494 e ss.; M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 106; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 290; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 105. *Contra*, v. Trib. Torino 12 novembre 2005, in *RIDL*, 2006, II, 924; Trib. Roma 4 febbraio 2005 e Trib. Torino 19 agosto 2005, entrambe in *MGL*, 2006, 250, le quali escludono il permanere del diritto alle retribuzioni sino al pagamento dell'indennità sostitutiva evidenziando l'assenza del principio sinallagmatico, che verrebbe meno con la dichiarazione di opzione del lavoratore.

⁴³⁷ In giurisprudenza v., *ex plurimis*, Cass. 10 novembre 2008, n. 26920, in *GD*, 2009, 6, 82; Cass. 28 novembre 2006, n. 25210, in *GCM*, 2006, 11; Cass. 4 novembre 2000, n. 14426, in *NGL*, 2001, 201; Cass. 16 ottobre 1998, n. 10283, in *FI*, 1998, I, 121; Cass. 23 settembre 1998, n. 9522, in *MGL*, 1998, 889. In dottrina v. M. D'Antona, *Licenziamento illegittimo...* cit., 423; P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 49; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 802 – 803; L. De Angelis, *L'indennità sostitutiva...* cit., 168 e ss.; A. De Felice, *Le sanzioni...* cit., 203; M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 113; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 285. *Contra*, v. G. Dondi, *Aspetti previdenziali delle tutele contro i licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina...* cit., 286, secondo cui la formulazione della richiesta può avvenire soltanto a seguito dell'effettiva emanazione dell'ordine di

della domanda di reintegrazione, così come può esercitare la stessa scelta nel corso del giudizio, ovvero comunicare al datore di lavoro la sua intenzione anche prima del deposito della sentenza, fermo restando, in ogni caso, il diritto al risarcimento del danno *ex art. 18* sino all'effettivo pagamento dell'indennità (*supra*).

Più problematica, invece, è la previsione del doppio termine contenuto nell'art. 18, co. 5, nel momento in cui la norma sembra voler legare i due termini con un rapporto di dipendenza. Viene stabilito, infatti, che "... *Qualora il lavoratore entro 30 giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, né abbia richiesto entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il pagamento dell'indennità...*".

Innanzitutto, il legislatore fa espresso riferimento al deposito della sentenza, sicché è da escludersi che l'indennità sostitutiva della reintegrazione possa essere richiesta anche durante un procedimento cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, che si conclude con un'ordinanza⁴³⁸. In ogni caso tale inammissibilità deriva anche da un'interpretazione sistematica e funzionale della norma, in quanto, da un lato, l'indennità *de qua* è strettamente collegata alla tutela risarcitoria, alla quale la prima si affianca in un rapporto di dipendenza, pertanto, non potendo essere rivendicata, come vedremo, la tutela patrimoniale con il procedimento cautelare, lo stesso deve valere per l'indennità; dall'altro lato, l'art. 700 c.p.c. non impone al giudice di adottare un provvedimento corrispondente a quello che prevedibilmente sarà il contenuto della sentenza, ma solo di emettere i provvedimenti più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, sicché la condizione sospensiva cui è sottoposto il diritto (*supra*) non può avverarsi con l'ordinanza *ex art. 700 cit.*

Ritornando al problema del doppio *dies ad quem*, la formulazione della norma è ambigua, in quanto sembra collegare l'ipotesi della mancata ripresa del servizio del lavoratore in caso di invito da parte del datore di lavoro a quella del mancato esercizio del diritto di opzione entro il termine prestabilito. Il presunto collegamento lo si desume

reintegra. Dello stesso avviso di Dondi è F. Bianchi D'Urso, *Prime considerazioni...* cit., 349.

⁴³⁸ In senso conforme v. P. Sandulli – A. Vallebona - C. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 49; R. Foglia, *L'«opzione»...* cit., 15; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 84; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 803; L. De Angelis, *L'indennità sostitutiva...* cit., 158 – 159; M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 114. In giurisprudenza v. Cass. 25 gennaio 2005, n. 1431, in *DRI*, 2005, 785; Cass. 16 novembre 2000, n. 14441, in *RGL*, 2001, II, 567; Cass. 16 giugno 1998, n. 6005, in *LG*, 1998, 852.

dalla successiva previsione, laddove il legislatore espressamente prevede che il rapporto di lavoro si intende risolto “*allo spirare dei termini predetti*”.

Le interpretazioni rese a tale enunciazione sono state molteplici e tutte potenzialmente fondate.

Secondo un primo orientamento⁴³⁹ i due termini sono tra loro concorrenti, ma soltanto con riferimento alla risoluzione del rapporto, nel senso che quest'ultima si verifica soltanto quando spirano entrambi i termini: entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il lavoratore deve optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, mentre entro trenta giorni dall'invito deve riprendere servizio.

Invero, la dottrina si è divisa, principalmente, tra chi⁴⁴⁰ ha considerato i due termini in questione tra loro autonomi, pertanto il primo rileva (solo) per l'estinzione del rapporto, mentre il secondo (solo) per l'esercizio dell'opzione, e chi, invece, li ha considerati alternativi⁴⁴¹. La prima interpretazione ha il pregio di coordinare e razionalizzare la normativa, laddove l'art. 18, co. 5, sembra voler tenere distinte le due previsioni, evitando sovrapposizioni che rischierebbero di sminuire la portata innovativa della norma stessa. Anche per questa interpretazione, però, sorgono problemi laddove la decorrenza dei termini non dovesse coincidere. Ed infatti, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro inviti il lavoratore a riprendere servizio prima della comunicazione del deposito della sentenza, essendo tale *dies a quo* rilevante *expressis verbis* soltanto per l'esercizio dell'opzione, il primo rischia di spirare quando il secondo è ancora valido. In tale ipotesi, allora, se allo scadere del trentesimo giorno dall'invito a riprendere servizio il lavoratore non ha optato per l'indennità sostitutiva, per sua scelta o perché impossibilitato in quanto il relativo termine non è iniziato a decorrere perché la sentenza non è stata ancora depositata (come avviene costantemente nella prassi giudiziaria), il

⁴³⁹ V. M. Cinelli, *Reintegrazione o indennità...* cit., 9; R. Foglia, *L'«opzione»...* cit., 18.

⁴⁴⁰ V. G. Ferraro, *I licenziamenti...* cit., 67; F. Bianchi D'Urso, *Prime considerazioni...* cit., 350; G. Vidiri, *Il risarcimento...* cit., 218; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 287.

⁴⁴¹ V. U. Romagnoli, *La tutela contro i licenziamenti...* cit., 1217; G. Ghezzi, *La nuova disciplina...* cit., 201; M. D'Antona, *Disciplina...* cit., 173; *idem*, *Commentario...* cit., 411; M. Napoli, *Licenziamenti...* cit., 75; *idem*, *La tutela reale...* cit., 164; A. Proto Pisani, *Giudizio di legittimità...* cit., 371; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 807 – 808; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto dei lavoratori...* cit., 498; P. Tosi, *L'indennità «in sostituzione della reintegrazione» tra diritto speciale e diritto comune delle obbligazioni*, in *ADL*, 2006, 429 e ss.; *idem*, *L'art. 18...* cit., 1362. La giurisprudenza sembra propendere per l'alternatività dei due termini, v. Cass. 23 aprile 2008, n. 10526, in *GCM*, 2008, 4, 619; Cass. 28 novembre 2006, n. 25210, in *GCM*, 2006, 11; Cass. n. 14441/2000 cit.; Cass. 1 settembre 2000, n. 11464,

rapporto si estingue per espressa previsione normativa; se, allora, i due termini fossero tra loro autonomi, si dovrebbe paradossalmente ritenere legittima la richiesta del lavoratore dell'indennità sostitutiva anche a rapporto ormai risolto. Tale interpretazione, sembrerebbe, anzi, favorire il datore di lavoro, contrariamente a quelli che erano gli intenti del legislatore nell'apprestare una tutela ulteriore in favore del lavoratore.

In base, invece, all'opposto orientamento, i due termini devono essere considerati tra loro alternativi, soluzione che è potenzialmente idonea a risolvere le problematiche derivanti dalla non coincidenza dei termini. In base ad esso il lavoratore può esercitare il diritto all'indennità sostitutiva o entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, ovvero, se l'invito a riprendere servizio dovesse precedere tale comunicazione, entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito⁴⁴². In questo modo si eviterebbe di trovarsi nella situazione di stallo innanzi ipotizzata e, cioè, quella in cui il termine per la ripresa del servizio dovesse spirare prima dell'inizio di quello per esercitare l'opzione; ma al tempo stesso, l'orientamento in esame si discosta notevolmente dal dettato normativo, laddove l'art. 18 prevede espressamente che l'esercizio dell'opzione deve essere esercitata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza⁴⁴³, andando di fatto ad alterare ingiustificatamente la previsione originaria.

La soluzione più corretta sembra essere la prima, ma con qualche accorgimento. Innanzitutto deve essere rispettata l'autonomia e l'indipendenza dei due termini sanciti dall'art. 18, co. 5, salvaguardando la volontà espressa dal legislatore: entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro il lavoratore deve riprendere servizio, pena la risoluzione automatica del rapporto di lavoro; entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il lavoratore deve optare per l'indennità sostitutiva, pena

in *MGL*, 2000, 1320.

⁴⁴² In senso conforme in giurisprudenza v. Cass. n. 14441/2000 cit.

⁴⁴³ Su tale previsione G. Dondi sembra ritenere che la previsione del termine rilevi soltanto quale momento ultimo per esercitare il diritto, potendo, secondo l'Autore, il lavoratore optare per l'indennità sostitutiva sin dalla lettura del dispositivo. Se così fosse, ma si dubita stante l'espressa previsione normativa, non vi sarebbero problemi di non coincidenza dei termini, potendo sia il datore di lavoro sia il lavoratore esercitare i rispettivi diritto in qualunque momento, purché nei termini previsti dalla legge (v. G. Dondi, *Aspetti previdenziali...* cit., 287). In senso contrario e, cioè, sulla valorizzazione del dato letterale della norma e, quindi, sulla decorrenza del termine dalla comunicazione del deposito della sentenza e non dalla lettura del dispositivo v. P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 49.

l'inammissibilità di una futura rivendicazione. Se i predetti termini coincidono, come detto, *nulla quaestio*. In caso contrario e, cioè, se l'invito a riprendere servizio dovesse precedere la comunicazione del deposito della sentenza, il lavoratore dovrà comunque ritornare a lavoro, esercitando l'opzione nel momento in cui tale diritto diviene in seguito disponibile⁴⁴⁴. Potrebbe essere anche utile per il lavoratore ottemperare all'invito datoriale facendo espressa riserva di esercitare il diritto di opzione una volta divenuto questo disponibile, evitando, così, problemi interpretativi circa l'ammissibilità di tale rivendicazione, se ritenuta in contrasto con la manifestazione di volontà di non rinunciare alla prosecuzione del rapporto mediate l'ottemperanza all'invito di riprendere servizio. Laddove, invece, dovesse essere il termine per l'esercizio dell'opzione a precedere quello relativo all'invito a riprendere servizio, per il quale v'è la previsione di un *dies ad quem*, ma non anche di un *dies a quo*, nel senso che, una volta pubblicato il dispositivo della sentenza il datore può in qualunque momento invitare il lavoratore a riprendere servizio, essendo suo esclusivo interesse farlo nel minor tempo possibile (*infra*), il lavoratore dovrà esercitare l'opzione nel termine legale, alla scadenza del quale – ed in assenza dell'invito datoriale – il diritto alla prestazione principale e, cioè, alla reintegrazione, rimane impregiudicato⁴⁴⁵.

Tale soluzione sembra essere conforme all'interpretazione dell'art. 18, co. 5 dal punto di vista non solo letterale ma anche funzionale.

Per concludere sul punto, alcune brevi riflessioni. La monetizzazione del rapporto di lavoro, se da un lato, come detto, rafforza la posizione del lavoratore in tutti quei casi in cui lo stesso perde l'interesse a proseguire nel rapporto di lavoro illegittimamente interrotto, dall'altro lato, però, fa insorgere il ragionevole dubbio circa il fallimento del sistema della tutela reale. Il legislatore del '70, infatti, con una rivoluzione copernicana,

⁴⁴⁴ In senso conforme v. G. Napoletano, *La nuova disciplina...* cit., 204; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 120; G. Ferraro, *I licenziamenti...* cit., 65; G. Dondi, *Aspetti previdenziali...* cit., 288; F. Bianchi D'Urso, *Prime considerazioni...* cit., 350; P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 50; G. Vidiri, *Il risarcimento...* cit., 218; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 289; G. Suppiej – M. De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro...* cit., 412.

⁴⁴⁵ Dello stesso avviso sono C. Cester, *Osservazioni sull'indennità sostitutiva della reintegrazione*, in M. De Cristofaro (a cura di), *I licenziamenti individuali e la legge 11 maggio 1990, n. 108*, Cedam, 1991, 85; M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 165, secondo cui "il mancato esercizio dell'opzione entro trenta giorni è un segno inequivocabile della volontà del lavoratore di volersi avvalere della reintegrazione"; G. Suppiej – M. De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro...* cit., 412.

aveva regolamentato il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, garantito dalla Costituzione all'art. 4; si era cercato, in sintesi, di dare al bene giuridico <<posto di lavoro>> una rilevanza primaria, rafforzata dalla tutela risarcitoria, che non si collocava in alternativa rispetto al ripristino della funzionalità del rapporto, ma ad esso si aggiungeva. Ciò che il lavoratore rivendicava era il posto di lavoro illegittimamente perso, il resto veniva dopo. Con la riforma del '90 e con l'introduzione dell'indennità sostitutiva della reintegra, invece, il posto di lavoro torna ad avere un ruolo secondario, rispetto ad una tutela di natura prettamente economica. È evidente che si tratta di un intervento del legislatore di tipo correttivo, finalizzato a rimediare, non solo agli errori commessi, anche in sede interpretativa, ma anche all'incapacità di apprestare uno strumento di tutela ripristinatorio integralmente soddisfacente. L'incoercibilità dell'obbligo di reintegrazione e la contestuale assenza di chiari strumenti di coercizioni indiretta (*supra*), hanno reso – e rendono di fatto tuttora – il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro assolutamente privo di effettività. Per porre rimedio a tale patologica situazione, il legislatore, anziché intervenire per eliminare le predette complicazioni, ha preferito lasciare tutto com'era, introducendo uno strumento, quale appunto l'indennità sostitutiva della reintegrazione, sì a garanzia del lavoratore, ma che di fatto ha sancito il definitivo fallimento di tutto l'apparato normativo posto a tutela, almeno nelle intenzioni, del diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro.

CAPITOLO SECONDO

Il risarcimento del danno

Sommario: 1. Dalla retribuzione al risarcimento del danno quale conseguenza della sentenza *ex art. 18*. 2. Il risarcimento del danno per il periodo precedente la sentenza. 3. La tutela risarcitoria in caso di mancata reintegra. 4. La quantificazione del danno e l'onere probatorio. 4.1. *Aliunde perceptum*. 4.2. *Aliunde percipiendum*. 5. La revoca del licenziamento e il risarcimento del danno. 6. La tutela processuale. Gli effetti della riforma della sentenza. 6.1. L'immediata esecutività della sentenza. 6.2. L'impugnazione. 6.3. Il ricorso alla procedura d'urgenza e la tutela del dirigente sindacale. 7. La tutela della posizione previdenziale.

1. Dalla retribuzione al risarcimento del danno quale conseguenza della sentenza ex art. 18

La tutela risarcitoria completa il sistema di garanzie apprestate dal legislatore in favore del lavoratore illegittimamente licenziato: una volta accertata, infatti, l'invalidità del recesso, il giudice ordina al datore di ripristinare la funzionalità di fatto del rapporto e a risarcire i danni subiti dal lavoratore.

Il risarcimento dei danni, però, rappresenta la illogica conseguenza del ripristino dello *status quo ante*. A differenza di quanto deriva dall'applicazione dell'art. 8 della legge n. 604, che presuppone non un obbligo, ma almeno un'iniziativa del datore di svolgere un'attività negoziale, laddove decida di optare per la riassunzione⁴⁴⁶, l'art. 18 evoca immediatamente una mera attività materiale, "*certamente rilevante per il diritto in quanto oggetto di un obbligo del datore di lavoro e in quanto la sua mancata esecuzione genera precisi effetti giuridici, ma non in quanto fattispecie di effetti voluti*"⁴⁴⁷, con la conseguenza che gli effetti derivanti sul rapporto non sono ricollegabili direttamente alla sentenza che ordina la reintegrazione, ma al contratto di

⁴⁴⁶ Sulla necessaria iniziativa datoriale di svolgere un'attività negoziale ai sensi dell'art. 8 della legge n. 604, v. A. Aranguren, *La reintegrazione nel posto...* cit., 21; D. Napoletano, *Il licenziamento...* cit., 74 – 77; G. Pera, <<*Riassunzione*>> e penale... cit., 175 e ss.; M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 259.

⁴⁴⁷ Così si è espresso M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 259. Dello stesso avviso sono G. Prosperetti, *Sull'art. 18 dello Statuto...* cit., 177; G. Zangari, *Il licenziamento...* cit., 680; P. Fanfani, *Il risarcimento...* cit., 362 e ss.

lavoro originario, del quale la sentenza ristabilisce esclusivamente il profilo funzionale. E qui si annidano i principali problemi della tutela patrimoniale contenuta nell'art. 18. Quando abbiamo ragionato dell'istituto civilistico della *mora credendi* per trovare una giustificazione alla tutela risarcitoria per il periodo precedente alla sentenza, abbiamo detto che siamo di fronte ad una mora "speciale", potremmo dire "lavoristica", in quanto, accettata la tesi della sua applicabilità, l'effetto prodotto sul rapporto di lavoro è difforme rispetto a quello derivante dall'eventuale applicazione dei principi civilistici. Potendo, infatti, ragionare nella fattispecie in esame di reintegrazione in forma specifica, seppur atipica (*supra*), una volta costituito in mora il datore di lavoro, l'effetto derivante dall'accertamento dell'invalidità del licenziamento, con efficacia sempre *ex tunc*, in applicazione dei principi generali in tema di responsabilità contrattuale, dovrebbe essere rappresentato dall'obbligo in capo al datore di lavoro di adempiere esattamente alla prestazione contrattuale, in tutto eseguibile e, cioè, alla corresponsione in favore del lavoratore di tutte le retribuzioni dallo stesso maturate dalla data di licenziamento sino a quella dell'effettiva reintegra⁴⁴⁸.

Il legislatore, però, con l'art. 18, ha adottato una soluzione diversa. Le problematiche relative alla scelta della tutela risarcitoria (tutela risarcitoria per equivalente), in luogo di quella retributiva (reintegrazione in forma specifica), per il periodo precedente alla sentenza è stato affrontato nel primo capitolo quando si è ragionato della *mora accipiendi*. Si è detto che la *ratio* della tutela risarcitoria va ricercata essenzialmente nell'assenza, durante il periodo precedente alla sentenza, del sinallagma funzionale del contratto, sicché il datore, pur messo in mora, non può essere costretto ad adempiere alla propria prestazione senza ricevere nulla in cambio, salvo considerare la messa a disposizione delle energie lavorative da parte del lavoratore, attraverso la formale messa in mora, quale equivalente dell'effettiva prestazione lavorativa; ma poiché tale situazione patologica è generata in ogni caso da un comportamento illegittimo del datore di lavoro, questo deve essere sanzionato, preferendo il legislatore una tutela di tipo risarcitoria piuttosto che una prettamente sanzionatoria.

⁴⁴⁸ Sul punto v. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 161, il quale si pone la seguente domanda: "Se il rapporto, mai validamente estinto, <<continua>> a tutti gli effetti, e il lavoratore non perde il diritto alla retribuzione, dove e come il diritto alla retribuzione si trasforma nel diritto al risarcimento del danno di cui parla l'art. 18?"; *idem*, *Sulla responsabilità risarcitoria...* cit., 1155.

Tale conclusione, pur nella sua illogicità, trovava, però, un'ulteriore giustificazione nella condanna del datore di lavoro, per il periodo successivo alla sentenza, al pagamento delle retribuzioni, pur in assenza della prestazione lavorativa e, quindi, del sinallagma funzionale, ma in presenza di quello genetico⁴⁴⁹; tale previsione, evidentemente, rappresentava una vera e propria sanzione derivante dalla violazione da parte del datore di lavoro dell'ordine di reintegra e non l'esatto adempimento dell'obbligazione contrattuale.

La tesi, pur diffusa, in base alla quale la retribuzione da corrispondere al lavoratore per il periodo successivo alla sentenza non dovesse essere collegata alla violazione dell'ordine giudiziale, ma al contratto in quanto tale⁴⁵⁰, indipendentemente dalla disponibilità del lavoratore ad adempiere alla prestazione lavorativa, rischiava di compromettere la solidità della previsione risarcitoria prevista per il periodo precedente alla sentenza. Ed infatti, se la retribuzione rappresentava la logica conseguenza della persistenza del contratto, essa avrebbe dovuto essere riconosciuta anche per il periodo precedente alla sentenza; sicché, se la tutela risarcitoria trovava giustificazione nell'assenza del sinallagma funzionale, ad eccezione del caso dell'immediata concreta reintegra, la stessa situazione si verificava anche per il periodo successivo alla sentenza in caso di omessa reintegrazione. Pertanto, delle due l'una: o nella fattispecie in esame si assisteva ad una deroga generalizzata al principio di corrispettività che avrebbe giustificato la previsione retributiva per il periodo successivo alla sentenza, quale esatto adempimento di un'obbligazione contrattuale mai venuta meno, esentandola, però, a tutto il periodo dal licenziamento sino all'effettiva reintegra; oppure, la tutela retributiva per il periodo successivo alla sentenza non poteva che derivare dalla violazione da parte

⁴⁴⁹ Sul punto v. su tutti M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 275 – 276, secondo il quale la previsione della corresponsione della retribuzione per il periodo successivo alla sentenza, pur in assenza del sinallagma funzionale, non costituiva un “*monstrum giuridico*”, in quanto alla corrispettività tra le prestazioni andava assegnato il “*valore di un positivo principio giuridico d'ordine generale, come tale pur sempre suscettibile di eccezione quando il legislatore lo abbia ritenuto opportuno in considerazione della specialità della situazione, e non un valore dogmatico assoluto*”.

⁴⁵⁰ V., per esempio, quanto affermato da P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina...*cit., 101 – 102, a parere del quale il diritto alla retribuzioni per il periodo successivo alla sentenza non derivava dalla “*disobbedienza*” dell'ordine giudiziale, ma era dovuta in virtù del rapporto di lavoro “*non quale mezzo di tutela, ma piuttosto quale oggetto stesso della tutela*”; v. anche M. D'Antona, *Sulla responsabilità risarcitoria...* cit., 1160.

del datore di lavoro dell'ordine di reintegrazione (la cd. retribuzione per inottemperanza).

La differenziazione delle tutele patrimoniali contenuta nell'art. 18 *ante* riforma del '90 aveva, pertanto, un che di logico, anche se, come detto, la tutela risarcitoria per il periodo precedente alla sentenza non costituiva la corretta applicazione dei principi civilisti in tema di responsabilità contrattuale e reintegrazione in forma specifica. Ma a tale perplessità si poteva facilmente replicare che l'art. 18 aveva evidenti caratteri di specialità rispetto alla normativa civilistica, che si manifestavano proprio in relazione alla materia in esame (*supra*), potendosi tra l'altro concordare con quanto sostenuto da Alleva e, cioè, che la diversificazione di tutele tra i due periodi rispondeva ad un'esigenza di razionalità ed equità e, cioè, quella di evitare che l'applicazione dei principi civilistici per l'intero periodo di vigenza del licenziamento potesse determinare un "terrore del licenziamento"⁴⁵¹, paralizzando, ingiustificatamente, quello che comunque è un diritto, costituzionalmente garantito, del datore di lavoro⁴⁵².

L'unificazione in un unico regime di tutela, quella risarcitoria, posta in essere dalla legge n. 108 non solo ha ulteriormente allontanato l'art. 18 dal diritto comune, mettendo ancor più in evidenza la sua specialità, ma ha ingenerato ulteriori problemi applicativi, legati soprattutto alla natura risarcitoria delle somme da corrispondere al lavoratore anche per il periodo successivo alla sentenza, con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine alla quantificazione e alla loro ripetibilità in caso di riforma della sentenza, al punto che anche la tutela risarcitoria non può sottrarsi ad un giudizio di effettività rispetto al reale pregiudizio subito dal lavoratore illegittimamente licenziato.

2. Il risarcimento del danno per il periodo precedente la sentenza

Nonostante la legge n. 108 abbia unificato, dal punto di vista risarcitorio, i due periodi *pre* e *post* sentenza, ancor oggi è opportuno mantenere distinti, in una riflessione sulle conseguenze prodotte dall'accertamento dell'invalidità del licenziamento in ambito di tutela reale, i due periodi, soprattutto se l'obbiettivo della ricerca è quello di verificare l'effettività del sistema di tutele apprestato dall'art. 18, una volta acclarata la specialità

⁴⁵¹ Il riferimento è a P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina...* cit., 103.

⁴⁵² Sul punto v. anche M. G. Garofalo, *Art. 18...* cit, 277.

di esso rispetto ai principi generali in tema di responsabilità contrattuale.

La riforma del '90 non ha apportato modifiche per il periodo precedente alla sentenza e, soprattutto, non ha inciso sulla natura di esso e sulle sue peculiarità; anzi, ha privilegiato il risarcimento per equivalente rispetto alla reintegrazione in forma specifica, estendendola, come detto, anche per il periodo successivo alla sentenza⁴⁵³.

Il risarcimento del danno è legato al pregiudizio che il lavoratore ha subito a causa del licenziamento, che ha natura potenzialmente permanente e, cioè, persiste finché il datore di lavoro, spontaneamente o *iussu iudicis*, non elimina il comportamento illegittimo ripristinando lo *status quo ante*. Il risarcimento del danno, pertanto, è dovuto “*per il licenziamento e in dipendenza dell’illegittimità dello stesso*”⁴⁵⁴, per aver il datore utilizzato arbitrariamente il potere di recesso, pur costituzionalmente garantito⁴⁵⁵.

La tutela risarcitoria è legata da un rapporto di dipendenza – consequenzialità al capo principale della sentenza *ex art. 18* e, cioè, quello relativo all’accertamento dell’invalidità del recesso; allo stesso tempo, però, rispetto all’ordine di reintegrazione ha un evidente indipendenza ed autonomia⁴⁵⁶. Ed infatti, il risarcimento del danno si

⁴⁵³ Criticando la scelta del legislatore del '90, M.G. Garofalo ha affermato che “*l’innovazione più delicata... è quella contenuta nel 4° co. della nuova formulazione. Innovando inopinatamente e senza necessità una precedente formulazione sulla quale, almeno nelle grandi linee, si erano ormai consolidati orientamenti interpretativi tutto sommato equilibrati, il nuovo dettato della norma fa, almeno in apparenza, scomparire la distinzione tra il periodo precedente alla sentenza che contiene l’ordine di reintegra e quello successivo*” (v. M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 188).

⁴⁵⁴ V. M. D’Antona, *La reintegrazione...* cit., 159, secondo il quale il titolo del risarcimento è il licenziamento come illecito, visto nella sua complessità lesiva degli obblighi sia patrimoniali sia di comportamento che sono correlati al rapporto di lavoro. Sul punto v. anche A. Di Majo, *Considerazioni in tema di irripetibilità delle somme versate al lavoratore per inottemperanza all’ordine di reintegrazione ex art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *FI*, 1978, I, 1437; A. Proto Pisani, *Osservazioni sull’attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato*, in *FI*, 1978, I, 1488; M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 188; V. Valentini, *Reintegrazione nel posto...* cit., 176.

⁴⁵⁵ M. D’Antona, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Vol. II, 1989, Novene, 1150, il quale, in relazione al fatto generativo del danno, distingue, opportunamente, il risarcimento del danno per la <<perdita>> del posto di lavoro da quello derivante dalla <<esclusione>> dal posto di lavoro. Nel primo rientra l’art. 8 della legge n. 604 del 1966, in quanto il licenziamento adottato in ambito di tutela obbligatoria estingue il rapporto, sicché il lavoratore <<perde>> il posto di lavoro; nel secondo, invece, rientra l’art. 18 e i licenziamenti nulli, in quanto essi non estinguono il rapporto di lavoro, sospendendone soltanto la funzionalità di fatto, con la conseguenza che il lavoratore è <<escluso>> dal posto di lavoro.

⁴⁵⁶ Sul punto v., *ex plurimis*, M. Dell’Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 43; P. Sandulli, *Commento all’art. 18...* cit., 564; M. D’Antona, *La reintegrazione...* cit.; M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit., 872; F. Focareta, *L’articolo 18 dello Statuto...* cit., 265; A. De Felice, *Le sanzioni...* cit., 201; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 292; O. Mazzotta, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in *Scritti in Onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, 687. In giurisprudenza v. Cass. 21

affianca all'ordine di reintegrazione e persiste finché il datore non vi ottemperi; ma le due tutele corrono su binari paralleli: è possibile che il risarcimento del danno possa non sussistere, pur in presenza di un ordine di reintegrazione, laddove il datore di lavoro provi in giudizio l'assenza di una sua responsabilità, ovvero che il lavoratore non ha subito alcun danno. In tale ipotesi la tutela risarcitoria ha una funzione meramente residuale ed, in ogni caso, eventuale. È possibile, però, che il risarcimento del danno sussista anche quando non v'è un ordine di reintegrazione, per esempio, perché quest'ultima è impossibile (come avviene nell'ipotesi di cessazione totale dell'attività), ovvero perché è lo stesso lavoratore a non rivendicarla o ad optare per l'indennità sostitutiva. In questo caso la tutela risarcitoria svolge una funzione primaria.

Riflettere sul risarcimento del danno *ex art. 18*, per ora limitatamente al periodo precedente la sentenza, implica un continuo raffronto con i principi generali in tema di responsabilità contrattuale. Le problematiche afferenti alla tutela risarcitoria possono essere sintetizzate in tre punti: 1)- la quantificazione del danno; 2)- l'onere probatorio; 3)- la natura delle somme, corrisposte a titolo di risarcimento del danno e non anche di retribuzione. I primi due punti dipendono dal terzo, per cui preliminarmente è necessario soffermarsi su quest'ultimo, richiamando, in parte, quanto già detto a proposito della *mora accipiendi*.

Sulla natura risarcitoria delle somme in questione non sembra potersi discutere, dovendo necessariamente prediligere l'interpretazione della norma non solo letterale, ma anche sistematica⁴⁵⁷. Ciò sul quale è necessario riflettere, invece, è il motivo che ha

dicembre 1995, n. 13047, in *MGL*, 1996, 76; Cass. S.U. 23 aprile 1987, n. 3957, in *MGL*, 1987, 214. *Contra*, v. Cass. 11 ottobre 1984, n. 5104, in *MGL*, 1985, 64.

⁴⁵⁷ Sulla natura prettamente risarcitoria di tutte le somme corrisposte al lavoratore, anche con riferimento al periodo successivo alla sentenza, v. G. Pera, *La cessazione del rapporto...* cit., 178 e ss., il quale afferma che il risarcimento dei danni non si limita alla perdita delle retribuzioni, ma a tutti i danni subiti dal lavoratore a causa del licenziamento, che devono essere tutti risarciti; *idem*, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *RIDL*, 1990, I, 259; *idem*, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Cedam, 1993, 56. Sulla natura logicamente risarcitoria delle somme spettanti al lavoratore v. anche M. Dell'Olio, *Il risarcimento ex art. 18 statuto lavoratori nella giurisprudenza più recente*, in *MGL*, 1986, 292, a parere del quale la perdita della retribuzione “*resta ragione di danno, incidente sulla misura ma non sul mezzo del risarcimento*”; M. Napoli, *La stabilità reale...* cit., 23, secondo il quale “*la contrapposizione tra qualificazione in termini di retribuzione o di risarcimento è di per sé neutra rispetto alla determinazione quantitativa della somma di denaro da attribuire, potendo uno stesso ammontare essere suscettibile di entrambe le qualificazioni; né è possibile sostenere che di per sé il risarcimento del danno comporti un'erogazione monetaria inferiore: tutto dipenderà, infatti, dal modo con cui si computa l'ammontare del risarcimento stesso*”. Dello stesso avviso di Napoli è T. Treu, *Onerosità e*

indotto il legislatore a ricorrere al risarcimento del danno in luogo delle retribuzioni e se tale scelta tuteli o meno compiutamente i diritti del lavoratore.

Una delle peculiarità della *mora credendi* nel diritto del lavoro, forse quella più rappresentativa, è insita nelle conseguenze da essa prodotte sul rapporto *a latere* sia *datoris* sia *laboratoris*. Sulla prestazione lavorativa si è detto nel primo capitolo; bisogna, ora, soffermarsi sull'obbligazione datoriale.

Principio fondamentale nel diritto comune, con riferimento ai contratti sinallagmatici, è che la situazione di mora in cui si viene a trovare uno dei contraenti non determina la liberazione dello stesso dall'obbligo di eseguire la prestazione dedotta nel contratto, ma solo dal rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, che ricade, pertanto, sulla controparte. Sicché, fino al verificarsi di tale ultima ed eventuale circostanza, il debitore dovrà essere sempre pronto ad adempiere alla propria obbligazione, non appena rivendicata dal creditore. La mora, in sintesi, presuppone la persistenza dell'obbligazione in capo al debitore (*supra*).

Nel diritto del lavoro, si verifica, come abbiamo visto, una situazione "speciale", in quanto, da un lato, il lavoratore – debitore, una volta costituito in mora il datore di lavoro, sarà immediatamente liberato dall'obbligo di eseguire la prestazione lavorativa, in quanto l'adempimento tardivo di essa non è ammissibile, perché le *operae*

corrispettività... cit., 195 e ss.; G. Napoletano, *La nuova disciplina...* cit., 200 e ss.; M. De Luca, *Nuova disciplina dei licenziamenti individuali: note minime in tema di tutela forte*, in *DL*, 1993, I, 529 e ss.; G. Vidiri, *Il risarcimento del danno...* cit., 211. In giurisprudenza v. Cass. 21 febbraio 2004, n. 3509, in *ADL*, 2004, 403 e ss.; Cass. 17 febbraio 2004, n. 3114, in *OGL*, 2004, 201 e ss.; Cass. 1 aprile 2003, n. 4943, in *MGL*, 2003, 554 e ss.; Cass. 17 giugno 2000, n. 8263, in *FI*, 2000, I, 3516; Cass. S.U. 27 luglio 1999, n. 508, in *MGL*, 1999, 1061. Invero, non è mancato chi ha cercato di superare l'espressione letterale dell'art. 18, ante riforma del '90, per riconoscere ugualmente al lavoratore il diritto alle retribuzioni per il periodo precedente alla sentenza; si vedano, a tal fine, G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., che ha individuato nell'art. 18, con riferimento al periodo precedente la sentenza, il diritto del lavoratore sia al risarcimento del danno sia alle retribuzioni; A. Di Majo, *Considerazioni in tema...* cit., 1437 e P. Fanfani, *Il risarcimento dei danni...* cit., 362 i quali hanno riconosciuto il diritto del lavoratore alla (sola) retribuzione, quale logica conseguenza della invalidità del recesso e della continuità giuridica del rapporto; O. Mazzotta, *Il risarcimento dei danni...* cit., 2175. Una posizione particolare è stata assunta da M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 153 e da M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit., 871 e ss., secondo i quali il risarcimento del danno ha carattere di plurifunzionalità, nel senso che contiene un'astratta concorrenza tra il risarcimento dei danni e le retribuzioni nel caso in cui il lavoratore opti per la prosecuzione del rapporto, ovvero il solo ristoro dei danni ove il lavoratore non abbia rivendicato il ripristino della funzionalità del rapporto. Sulla plurifunzionalità del risarcimento del danno si era espressa anche la giurisprudenza con Cass. S.U. 29 aprile 1985, n. 2762, in *FI*, 1985, I, 1290, secondo la quale il risarcimento riguarda l'insieme delle attribuzioni patrimoniali volte a tenere indenne il lavoratore da tutte le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla sospensione del rapporto, ivi compreso il diritto al lavoro.

praeteritae diventano *operae peritae* e, quindi, non più recuperabili⁴⁵⁸, dall'altro lato, in relazione alla obbligazione retributiva, questa, pur essendo sempre eseguibile, viene sostituita dal risarcimento del danno. La specialità della mora "lavoristica" sta proprio in questo: pur venendo meno l'obbligazione in capo al lavoratore, il che escluderebbe il verificarsi di un'ipotesi di *mora credendi* che presuppone la persistenza dell'obbligazione, poiché tale situazione è determinata dal rifiuto ingiustificato da parte del datore di ricevere la prestazione, questo deve sopportare le conseguenze del perimento della (sola) obbligazione lavorativa, che, in applicazione dei principi civilistici, dovrebbero consistere, essenzialmente, nella persistenza dell'obbligazione retributiva.

Su tale conclusione dobbiamo riflettere, in quanto è qui che si annidano i principali problemi, interpretativi e applicativi, legati all'art. 18. Ed infatti, se tutto quello che è stato detto può trovare una conferma nel dato positivo, allora la disciplina *sub* art. 18, prevedendo il solo risarcimento del danno in luogo della retribuzione, pur in presenza di una continuità, prima solo giuridica poi anche funzionale, del rapporto, non solo si discosta dal diritto dei contratti, ma addirittura, confermando le perplessità di molti autori (*supra*), si sostituisce ad essa, predisponendo, però, in favore del lavoratore una tutela di gran lunga inferiore rispetto a quella che sarebbe stata a lui riconosciuta ove non fosse esistito l'art. 18.

Innanzitutto, in ambito di tutela reale, nel momento in cui viene accertata l'invalidità del recesso, il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno e non anche alle retribuzioni, in deroga a quanto previsto dal diritto dei contratti. Inoltre, il licenziamento è *ab origine* invalido, sicché il rapporto giuridicamente prosegue, come se il licenziamento non fosse stato mai posto in essere, essendo sospeso, durante il periodo di accertamento dell'invalidità del recesso, la mera funzionalità del rapporto⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Sul punto v. E. Ghera – F. Liso, *Mora del creditore...* cit., 977; G. Ghezzi, *La mora del creditore...* cit., 132; L. Mengoni, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, 278 e ss., spec. 282, secondo il quale "*Le operae cessano di essere beni, cioè si consumano, cum transierit tempus, quando non siano prestate a tempo debito. La prestazione lavorativa della giornata lavorativa dovuta per il 1° aprile, scade nell'ultimo istante di questo giorno: ma in questo medesimo istante, l'opera del 1° aprile, che il lavoratore non ha potuto o voluto prestare, perisce, diventa, in questo senso, opera praeterita*".

⁴⁵⁹ Non va dimenticato che una parte della dottrina ha ritenuto che il licenziamento fosse idoneo ad estinguere il rapporto, anche in ambito di tutela reale, partendo proprio dalla previsione risarcitoria,

Il punto di partenza della riflessione sulle conseguenze prodotte dalla *mora accipiendi* nel contratto di lavoro non può che essere costituito dal citato principio pauliano *qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet*⁴⁶⁰, in base al quale al debitore delle opere rifiutate spetta sempre ed in ogni caso il diritto alla controprestazione.

Ed infatti, poiché il rapporto si deve intendere come mai risolto, l'offerta del lavoratore riguarda una prestazione che in quel momento risulta essere del tutto possibile ed eseguibile. A seguito del rifiuto da parte del datore, la prestazione lavorativa, come detto, perisce e quest'ultimo, pertanto, non può che essere considerato in mora, in quanto ha violato quell'obbligo di cooperazione a cui innanzi si faceva riferimento, per aver ingiustificatamente rifiutato la prestazione dedotta nel contratto di lavoro, permanendo in ogni caso in capo ad esso l'obbligo retributivo⁴⁶¹.

A seguito, pertanto, della sentenza di accertamento dell'invalidità del recesso, il lavoratore maturerebbe il diritto a rivendicare le retribuzioni e non il risarcimento del danno in sostituzione di esse. Ma il legislatore ha optato per quest'ultima tutela. Eppure, nel panorama lavoristico, in più di un'occasione, il legislatore aveva utilizzato il principio pauliano; si pensi, ad esempio, agli artt. 6 della legge sull'impiego privato, 2118 c.c., 5 della legge n. 370 del 1955, 2 della legge n. 7 del 1963 e 2 della legge n. 1204 del 1971, dove il legislatore ha previsto, quale conseguenza del recesso nullo o

sostenendo, in sintesi, che se il legislatore ha previsto la tutela risarcitoria lo ha fatto perché ha ritenuto il licenziamento sempre idoneo ad estinguere il rapporto. V., sul punto, F.P. Rossi, *La reintegrazione nel posto...* cit., 649 e ss.; A. Aranguren, *Autonomia e legge...* cit., 395 e ss., secondo il quale la previsione risarcitoria, per il periodo precedente alla sentenza, rappresenta “*la riprova dell'efficacia estintiva del licenziamento illegittimo*”; P. Fanfani, *Il risarcimento del danno...* cit., 362 e ss., spec. 380, che osserva che si può in tanto ritenere sussistente un danno risarcibile, in quanto si ammetta l'esistenza di un fatto produttivo di danni, individuato dall'A. nella risoluzione del rapporto; U. Prosperetti, *Profili dell'invalidità...* cit., 208 e ss.; G. Pera, *La cessazione...* cit., 164 e ss.; R. Scognamiglio, *La disciplina del risarcimento...* cit., 341; L. Riva Sanseverino, *Commento all'art. 18...* cit., 686 e ss. Sulla teoria della produzione <<interinale>> di effetti estintivi da parte dell'atto di recesso, salva la possibilità di rimuovere l'ingiusta estromissione attraverso al ricostituzione *ex tunc* del rapporto, v. D. Guerrieri, *Gli effetti del licenziamento...* cit., 138 e ss., spec. 153; D. Napoletano, *Lo statuto...* cit., 79 – 80; F. Liso, *Osservazioni sulla mora...* cit., 1091; G. Pera, *Commento all'art. 18...* cit., 198 e ss., secondo il quale “*la non estinzione del rapporto è incompatibile con la soluzione risarcitoria scelta dal legislatore: nel periodo tra licenziamento e sentenza, quindi, non c'è rapporto, non c'è retribuzione, non c'è anzianità, ci sono solo i danni*”.

⁴⁶⁰ Il riferimento è al frammento di Paolo D. 19, 2, 38 pr. Sul punto v. anche G. Ghezzi, *Mora del creditore...* cit., 108.

⁴⁶¹ Sul punto v. E. Ghera – F. Liso, *Mora...* cit., 981, a parere dei quali “*il risultato dell'attività di cooperazione costituisce l'elemento obiettivo senza il quale la prestazione deve ritenersi impossibile*”.

della sospensione del rapporto, la mora del creditore e, quindi, il diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni maturate *medio tempore*.

Bisogna chiedersi, pertanto, se si tratta di una “scelta mirata” del legislatore, finalizzata ad attribuire specialità all’art. 18, ma allora illogica, in quanto ne consegue un sistema di tutele in favore del lavoratore illegittimamente licenziato di gran lunga inferiore, dal punto di vista sia qualitativo sia quantitativo, a quello potenzialmente derivante dalla applicazione del diritto comune, al quale in ogni caso si rinvia per la disciplina della tutela reale di diritto comune. Ovvero, se si tratta di una “scelta forzata”, nel senso che il legislatore ha applicato la disciplina generale del diritto civile, laddove la tutela risarcitoria si sostituisce a quella ripristinatoria dell’esatto adempimento ogni qual volta viene meno l’obbligazione principale (nel caso di specie, quella retributiva) per assenza, in ogni caso imputabile al creditore, del vincolo di corrispettività.

Si propende per la prima ipotesi, anche se è opportuno fare alcune precisazioni. Chi ritiene legittima la previsione risarcitoria, parte da presupposti diversi.

Secondo una parte della dottrina, espressasi soprattutto a ridosso dell’emanazione della legge n. 300, la tutela risarcitoria trova giustificazione in quanto viene negata la possibilità che prima della sentenza il datore sia stato in mora, con la conseguenza che il recesso, contrariamente a quanto sin qui detto, sia idoneo, indipendentemente dal vizio di invalidità o dall’ambito di tutela, ad estinguere il rapporto. All’interno di questo orientamento v’era, da un lato, chi riteneva che nullità, annullabilità ed inefficacia fossero parole prive di senso, in quanto la sentenza obbligava non alla reintegra, ma al ripristino del rapporto, così da costituirne uno nuovo a tutti gli effetti, con la conseguenza che non si sarebbe potuto parlare mai di tutela reale, ma solo di quella obbligatoria⁴⁶². Dall’altro lato v’era chi sosteneva che, con riferimento all’annullamento del licenziamento, il legislatore aveva predisposto una deroga alla disciplina generale, prevedendo un’esclusione sia della convalida sia della retroattività della pronuncia giudiziale. La conseguenza di tale interpretazione era che il licenziamento produceva effetti estintivi sino alla sentenza di accertamento dell’invalidità, a partire dalla quale

⁴⁶² Di questo avviso erano F.P. Rossi, *La reintegrazione...* cit., 655 e ss.; A. Aranguren, *Autonomia e legge...* cit., 395 e ss.; P. Fanfani, *Il risarcimento del danno...* cit., 381.

veniva rimossa l'efficacia estintiva soltanto *ex nunc*, prendendo corpo (solo) da quel momento la stabilità reale⁴⁶³.

Un'altra parte della dottrina, invece, pur pervenendo alle medesime conclusioni cui è giunta quella testé citata, da questa si discostava in relazione alle argomentazioni utilizzate. Il licenziamento determina l'estinzione del rapporto, ma la scelta della tutela risarcitoria in sostituzione di quella retributiva deriva dalla necessità di attenuare le conseguenze derivanti in capo al datore dall'illegittimità del licenziamento per il periodo precedente alla sentenza, onde evitare che l'incertezza della situazione giuridica in cui si trova il datore nelle more del giudizio e l'eccessiva durata del processo possano determinare conseguenze troppo onerose per il datore⁴⁶⁴. Da qui, discende, per il periodo *ante* sentenza, la detraibilità dall'ammontare del risarcimento di quanto il lavoratore ha guadagnato impiegandosi altrove e di quanto avrebbe potuto guadagnare usando l'ordinaria diligenza (*infra*).

L'orientamento dottrinario maggioritario⁴⁶⁵, però, per giustificare la previsione risarcitoria, ha utilizzato un presupposto diverso da quelli innanzi indicati e, cioè, ha rinviato al principio della sinallagmaticità del rapporto di lavoro e dell'impossibilità

⁴⁶³ Tale tesi è stata proposta da M. Persiani, *La tutela dell'interesse...* cit., 698 – 700.

⁴⁶⁴ Tale orientamento fu proposto, *de iure condendo*, da G. Giugni, *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in tema di licenziamenti*, in *RGL*, 1966, I, 129. In seguito, v. G. Pera, *Interrogativi sullo <<statuto>> dei lavoratori*, in *DL*, 1970, I, 17; *idem*, *Le controversie...* cit., 1287 e ss.; G. Ghezzi, *I licenziamenti dalla <<penale>> alla <<reintegra>> dei lavoratori*, in *Pol. del Dir.*, 1971, 305 e ss.; A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto dei lavoratori...* cit., 71. In critica a tale orientamento è G.F. Mancini, *Art. 18...* cit., 267, a parere del quale, non solo “è impensabile che il legislatore abbia voluto guardare con indulgenza all'autore di un licenziamento determinato da motivi ideologici o sindacali”, ma tale tesi altresì “svaluta la sanzione per la fase precedente la sentenza, spostando il baricentro della tutela complessiva nella reintegra – retribuzione, ossia in un rimedio che, per il fatto di giungere tardi, corre il rischio di non interessare il lavoratore comune, specie se, com'è probabile, egli abbia nel frattempo trovato una nuova occupazione”. Concorde con Mancini P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina...* cit., 94.

⁴⁶⁵ Sull'impossibilità di concepire in capo al datore di lavoro il dovere di corrispondere al lavoratore ugualmente la retribuzione anche in caso di assenza della prestazione lavorativa, dal che deriverebbe in capo al creditore in mora soltanto l'obbligo del risarcimento dei danni subiti dal debitore, si è espressa la dottrina maggioritaria. V., *ex plurimis*, G. Cottino, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *RDC*, 1948, I, 218; L. Mengoni, *In tema di mora...* cit., 581; *Idem*, *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, in *AA. VV.*, *Sciopero e serrata*, Lussemburgo, 1961, 318; G.F. Mancini, *Il recesso...* cit., 234; G. Ghezzi, *La mora del creditore...* cit., 120; A. Falzea, *L'offerta reale...* cit., 110; L. Barassi, *La teoria generale...* cit., 101; G. Napoletano, *La nuova disciplina...* cit., 202 – 203. In giurisprudenza, soprattutto a ridosso dell'emanazione dello statuto dei lavoratori, v. Cass. 18 luglio 1983, n. 4958, in *MGL*, 1983, 364; Pret. Roma 30 marzo 1974, in *RGL*, 1974, II, 239; Pret. Milano 29 aprile 1974, in *OGL*, 1975, 1123; Pret. Palermo 30 aprile 1974, in *FI*, 1975, I, 495; Trib. Roma 22 novembre 1974, in *RGL*, 1975, II, 110.

della prestazione lavorativa. Il lavoratore, in virtù del contratto di lavoro, si obbliga ad eseguire effettivamente la prestazione, costituendo il mettersi a disposizione dello stesso non parte del contenuto della prestazione lavorativa, ma, al massimo, un presupposto dell'adempimento. Sicché, che nell'ipotesi del licenziamento in ambito di tutela reale, la dichiarazione di disponibilità del lavoratore non può sostituire l'effettiva prestazione lavorativa, che di fatto manca. E, pertanto, se quest'ultima non è stata eseguita, non potendo essere eseguita *ex post* (cioè in virtù della sentenza), in quanto, come detto, l'adempimento tardivo di essa non è ammissibile (*supra*), in virtù del principio di sinallagmaticità, al lavoratore non potrà essere riconosciuto il diritto alle retribuzioni perché di fatto manca, irreparabilmente, l'adempimento dell'obbligo contrattuale. È evidente, però, che l'illegittimità del comportamento datoriale, manifestatasi attraverso la mancata cooperazione, che costituisce, pertanto, elemento di specificazione delle conseguenze impeditive dell'evento nei confronti della prestazione del singolo lavoratore⁴⁶⁶, deve in ogni caso essere sanzionato; infatti, secondo questa interpretazione, la prestazione lavorativa non è stata eseguita dal lavoratore per colpa, esclusiva, del datore, il quale, una volta messo in mora, dovrà risarcire i danni subiti dal lavoratore per non aver potuto eseguire effettivamente la prestazione lavorativa e, quindi, ricevere in cambio la controprestazione spettantegli, cioè la retribuzione. Il risarcimento del danno, pertanto, ai sensi dell'art. 18, non potrà che coincidere con le retribuzioni perse dal lavoratore (che ne costituisce di fatto il parametro quantitativo), quale lucro cessante derivante dall'illegittimità del comportamento datoriale.

Tale interpretazione giustificerebbe anche l'unificazione, operata dal legislatore del '90, del trattamento risarcitorio riconosciuto in favore del lavoratore ai sensi dell'art. 18: se dalla mora del datore durante il periodo dal licenziamento alla sentenza deriva il (solo) risarcimento del danno, è evidente che essa produrrà gli stessi effetti anche per il periodo successivo alla sentenza, laddove, in caso di mancata rientrata, manca la prestazione lavorativa e, quindi, l'elemento della corrispettività a giustificazione delle retribuzioni, che pertanto vengono sostituite dal risarcimento del danno⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Così si sono espressi E. Ghera – F. Liso, *Mora...* cit., 984.

⁴⁶⁷ Non va trascurato che, già prima della riforma del '90, alcuni autori, tra cui *in primis* Mancini, in applicazione dei suddetti principi, avevano ritenuto corretta l'opzione legislativa del risarcimento e non

Se accogliessimo questa interpretazione, arriveremmo ad una soluzione alquanto anomala, nel momento in cui dobbiamo ragionare se la tutela reale (con riferimento sia a quella speciale *ex art. 18* sia a quella di diritto comune) sia speciale o meno rispetto al diritto comune. Fatta eccezione per le ipotesi in cui è lo stesso legislatore a prevedere il diritto del lavoratore a percepire, in caso di invalidità del licenziamento, le retribuzioni non corrisposte (è l'ipotesi, ad esempio, del licenziamento per causa di matrimonio), in applicazione dei principi generali innanzi individuati, si arriverebbe alla conclusione che la tutela reale *ex art. 18*, in realtà, deve essere considerata "normale", mentre quella reale di diritto comune avrebbe evidenti profili di specialità. Ed infatti, mentre l'art. 18 riconosce al lavoratore il diritto al risarcimento del danno, quindi, attraverso una corretta applicazione dei principi suddetti, la tutela reale di diritto comune garantisce il diritto alle retribuzioni, in presenza di *mora credendi*, ma in assenza di corrispettività. Ed allora, è la tutela reale di diritto comune che dovrebbe essere considerata tutela a carattere speciale, mentre l'art. 18 altro non sarebbe che la corretta applicazione dei principi generali.

Secondo, invece, un'altra interpretazione, alla quale si aderisce, dovrebbe permanere in capo al datore di lavoro in mora, una volta offerta la prestazione da parte del lavoratore, l'obbligo di corrispondere al lavoratore la retribuzione, anche in assenza della prestazione lavorativa⁴⁶⁸.

corretta quella delle retribuzioni, arrivando ad ipotizzare la necessità di intendere la parola "retribuzione", prevista dal legislatore per il periodo successivo alla sentenza, con "risarcimento equivalente all'importo della retribuzione", anche con riferimento a quelle ulteriori ipotesi, quale ad esempio quella del licenziamento per matrimonio, in cui il legislatore aveva previsto espressamente la tutela retributiva e non risarcitoria. A tal fine, Mancini precisava che le due espressioni non hanno uguale significato, in quanto mentre per il periodo successivo alla sentenza il danno subito dal lavoratore coincide senza residui col lucro cessante (integrale) e, pertanto, sarà necessario parlare di risarcimento equivalente all'importo della retribuzione (quest'ultima espressione utilizzata dal legislatore, Mancini la definisce "ellittica"), per quello precedente, invece, il danno subito può non coincidere con le retribuzioni perse, per cui è opportuno parlare soltanto di risarcimento, variabile a seconda del danno effettivamente subito dal lavoratore (v. G.F. Mancini, Art. 18... cit., 270 – 271; *idem*, *Il nuovo regime*... cit., 195 - 196).

⁴⁶⁸ Tale tesi è stata sostenuta da C. Scuto, *La mora del creditore*... cit., 139 e ss.; L. Barassi, *Il contratto*... cit., 659, il quale, contrariamente a quanto dirà in seguito, ha affermato che "nei contratti commutativi o sinallagmatici il rifiuto di una prestazione non impedisce l'altra tranne se è giustificato... il prestatore di lavoro, una volta offerto il proprio lavoro e questo non venga accettato, ha fatto tutto quello che deve e può pretendere la retribuzione"; U. Natoli, *L'attuazione*... cit., 88 e ss.; *idem*, *Sui limiti legali e convenzionali*... cit., 287; G. Cattaneo, *La cooperazione*... cit., 10 e ss.; T. Treu, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 268; A. Freni – G. Giugni, *Art. 18*... cit., 70; M. Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. Riva Sanseverino – G. Mazzoni (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971, 610 e ss.; F. Liso,

Ed infatti, se è vero che la mera offerta lavorativa non può sostituire l'effettiva prestazione lavorativa, è altrettanto vero che, da un lato, il lavoratore comunque sarà liberato dal proprio obbligo e, dall'altro lato, il rifiuto ingiustificato del datore a ricevere la prestazione non può liberarlo da un obbligo, quello retributivo, che non potrà mai divenire impossibile. Pertanto, come è stato giustamente osservato, la verifica della sussistenza della sinallagmaticità, unico presupposto che giustificherebbe la permanenza del diritto del lavoratore alla retribuzione, va rigorosamente inquadrata non in riferimento alla esecuzione in concreto della prestazione, bensì alla sussistenza ininterrotta degli obblighi corrispettivi, con la conseguenza che *“deve ritenersi che la retribuzione vada corrisposta non nella misura in cui il datore abbia utilizzato la prestazione lavorativa, bensì quando sussista inalterato l'obbligo di corrisponderla”*⁴⁶⁹. Ed infatti, poiché l'obbligazione pecuniaria è sempre eseguibile, in applicazione dei principi generali del diritto comune, il lavoratore, una volta offerta la prestazione, ha comunque diritto alla reintegrazione in forma specifica e, quindi, all'esatto adempimento della prestazione ancora eseguibile, oltre al risarcimento degli eventuali danni derivanti dalla situazione di mora⁴⁷⁰, che giustificherebbe, tra l'altro, la tesi, ormai generalmente accolta, della risarcibilità dei danni ulteriori subiti dal lavoratore (*infra*).

Bisogna fare, però, una considerazione. Nel momento in cui il diritto del lavoratore alle retribuzioni viene fatto discendere non direttamente dall'ingiustificato rifiuto a ricevere la prestazione e, quindi, dalla violazione dell'obbligo di cooperazione, ma dalla persistenza dell'obbligazione retributiva derivante dalla situazione di mora e, quindi, dall'inadempimento contrattuale del datore, il discorso dovrebbe abbracciare non la *mora* del datore, ma il suo conseguente inadempimento⁴⁷¹.

Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro, in *RTDPC*, 1972, 1083 e ss.; E. Ghera – F. Liso, *Mora...* cit., 999; A. Di Majo, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, in *RGL*, 1975, I, 265 e ss.; P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina...* cit., 67 e ss.; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 112 e ss.

⁴⁶⁹ In questi termini si sono espressi E. Ghera – F. Liso, *Mora...* cit., 999.

⁴⁷⁰ Sul punto *v. ex plurimis* P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina...* cit., 106 e ss.

⁴⁷¹ Collegano il diritto del lavoratore alle retribuzioni alla persistenza in capo al datore dell'obbligazione contrattuale della retribuzione, in caso di rifiuto a ricevere la prestazione lavorativa, F. Liso, *Osservazioni sulla mora...* cit., 1068 ss. e E. Ghera, *Spunti critici in tema di mora del creditore*, in *DL*, 1970, I, 95 e ss.; nonché M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 67 – 70.

Partendo proprio dalla tesi ghezziiana della *mora credendi* quale causa dell'impossibilità della prestazione e, quindi, della traslazione del rischio in capo al datore, i fautori della tesi in base alla quale al lavoratore spetta il diritto non al risarcimento del danno, come sosteneva Ghezzi, ma alle retribuzioni, hanno ritenuto che da tale situazione è vero che discende l'impossibilità che il lavoratore subisca le conseguenze dell'inadempimento, ma è altrettanto vero che l'impossibilità di eseguire la prestazione perita non esime il datore all'adempiere la controprestazione retributiva, "*poiché il rapporto obbligatorio... resta integro in ogni altra sua parte*"⁴⁷².

La crisi del sinallagma funzionale derivante dal licenziamento, pertanto, non intacca quello genetico e, quindi, non impedisce l'attuazione dell'assetto degli interessi desumibili dal contratto; sicché, l'obbligazione retributiva persiste e il datore inadempiente è obbligato a corrispondere al lavoratore non il risarcimento del danno, ma la retribuzione.

Sarebbe, pertanto, l'inadempimento del datore relativamente all'obbligazione retributiva ad essere il punto centrale della vicenda. Ed infatti, nell'art. 18, nella sua formulazione sia originaria sia attuale, viene sanzionato il medesimo contegno lesivo: la situazione determinata dal licenziamento non è altro che una situazione di continuato inadempimento da parte del datore di lavoro, che sorge nel momento stesso in cui si verifica la mancata utilizzazione della prestazione lavorativa⁴⁷³.

Si deve, allora, ragionare sia di *mora accipiendi* sia di inadempimento del datore. È opportuno precisare, però, che la distinzione tra *mora credendi* ed inadempimento, nel caso in esame, sembra avere più che altro una valenza meramente terminologica. È lo stesso D'Antona, infatti, che, sposando la tesi dell'inadempimento afferma che la crisi del sinallagma funzionale deriva dalla situazione di mora del creditore – datore di lavoro⁴⁷⁴. L'inadempimento, cioè, si verifica perché c'è una situazione di *mora*

⁴⁷² V. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 68.

⁴⁷³ Sul punto esiste una diversa teoria dottrina secondo la quale il risarcimento del danno non deriva dalla *mora credendi* e dalla crisi del sinallagma funzionale, né dall'inadempimento dell'obbligazione retributiva, ma dall'inadempimento dei generali obblighi contrattuali che legittimano il datore di lavoro a ricorrere al potere di licenziamento soltanto in presenza di determinate condizioni di efficacia, sicché il risarcimento del danno consegue da tale violazione e compensa il danno generato dalla lesione del diritto della controparte alla continuità del lavoro a causa dell'utilizzo arbitrario del potere di licenziamento (v. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 99).

⁴⁷⁴ V. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 69.

credendi. Per cui, sembra corretto ritenere che tra *mora credendi* ed inadempimento non vi sia un'esclusione reciproca, ma uno stretto rapporto di funzionalità: se il datore rifiuta la prestazione è in mora e se è in mora non adempie alla controprestazione, in quanto non è pensabile che il datore corrisponda la retribuzione ad un lavoratore dopo averne rifiutato la prestazione, se non legittimamente; se il datore non adempie alla propria prestazione è perché non ha ricevuto in cambio la controprestazione, situazione che, eliminando l'ipotesi dell'inadempimento del lavoratore, può essere determinata solo dalla sua mora.

Lo stesso D'Antona, però, ragionando e chiedendosi il perché il legislatore, pur ammettendo la continuità del rapporto, mai estinto da un licenziamento sempre invalido, abbia previsto una tutela risarcitoria in luogo di quella retributiva, afferma che "*così posta... la domanda rischia di creare un falso problema*"⁴⁷⁵. L'Autore, infatti, ritiene che <<la sanzione risarcitoria >> ha il carattere della <<plurifunzionalità>>⁴⁷⁶, in quanto, poiché il licenziamento invalido viola una serie di obblighi diversi, ulteriori rispetto a quello prettamente retributivo, il termine utilizzato dal legislatore ha una valenza più ampia rispetto al significato letterale, in quanto comprende al suo interno l'insieme dei rimedi apprestati dal legislatore contro tutti gli effetti pregiudizievoli determinati dal licenziamento, che si risolvono in una "*somma di denaro*"⁴⁷⁷. Sicché, l'espressione utilizzata dal legislatore non deve essere intesa come esclusione della natura retributiva delle somme corrisposte al lavoratore, ma, invece, come una nozione onnicomprensiva di quanto quest'ultimo percepisce a seguito dell'invalidità del recesso, ivi compreso le retribuzioni, idonea a variare a seconda dei singoli casi e del comportamento delle parti. La conclusione cui giunge l'Autore, pertanto, è che se il lavoratore non rivendica la ricostituzione del rapporto, per sua scelta imponderabile, il

⁴⁷⁵ V. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 162 e ss.

⁴⁷⁶ V. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 153; *idem*, *Licenziamento illegittimo e prova del danno: la stabilità <<economica>> del rapporto di lavoro secondo le Sezioni Unite*, in *FI*, 1985, I, 2247 e ss. Vedi anche O. Mazzotta, *Il risarcimento dei danni...* cit., 2175, secondo cui la plurifunzionalità della tutela risarcitoria rappresenta "*l'aspetto speculare della correlativa plurioffensività dell'illecito del datore di lavoro*"; M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit., 871 e ss. In giurisprudenza, sul punto, v. Cass. S.U. n. 2762/1985 cit.

⁴⁷⁷ L'Autore afferma che "*il fatto che la responsabilità del datore di lavoro... sorga da un medesimo atto lesivo e si concretizzi in un'unica prestazione pecuniaria, non significa necessariamente che attraverso di essa trovino realizzazione obblighi della medesima natura, ma piuttosto... che l'inadempimento di obblighi diversi è il titolo della condanna al pagamento di un'unica somma di denaro*" (v. M. D'Antona,

rapporto di fatto si risolve, per cui le somme che riceve perdono la natura retributiva assumendo esclusivamente quella risarcitoria; ma se il lavoratore rivendica la continuità del rapporto, le somme che ne derivano hanno titolo nella *lex contractus* (cioè, nel sinallagma genetico) e dovranno comprendere l'adempimento dell'obbligo retributivo e il risarcimento dei danni subiti a causa della tardività dell'adempimento. L'espressione <<risarcimento del danno>>, pertanto, viene opportunamente utilizzata dal legislatore proprio per predisporre un sistema di tutele elastico, idoneo a soddisfare compiutamente tutti i diritti del lavoratore a seconda dei specifici casi. E' certamente, quella di D'Antona, una lettura pregevole dell'art. 18, con riferimento al profilo risarcitorio, significativa per i risvolti pratici che ne potrebbero tuttora derivare, ma forse eccessivamente ottimista delle intenzioni del legislatore. Si ritiene, invece, che l'art. 18, nel testo *ante* riforma del '90, abbia voluto prevedere esclusivamente il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, avendo tra l'altro previsto espressamente per il periodo successivo alla sentenza quello retributivo. Per cui se v'era una differenziazione di trattamento, questa doveva pur avere una sua logica; si può ragionare, come si è cercato di fare, in ordine a quale potrebbe essere il riferimento positivo a giustificazione del risarcimento del danno in luogo della retribuzione, ma non credo sia possibile ritenere che il legislatore, con l'art. 18, ieri – e ancor più oggi – abbia utilizzato l'espressione <<risarcimento>> avendo in mente quella di <<retribuzioni>>, quest'ultima, tra l'altro, utilizzata più per sanzionare l'inottemperanza all'ordine di reintegra che per far valere il ripristino del sinallagma funzionale.

Da quanto sin qui detto emerge che la tutela reale *ex art. 18* ha un carattere prettamente risarcitorio, dovendoci attenere non solo al dato letterale della norma, ma anche un'interpretazione logico-sistematica, fondata sul principio, pur non condiviso, che in assenza della prestazione lavorativa non può il lavoratore rivendicare ed ottenere dal datore di lavoro l'esatto adempimento della prestazione e, cioè, quella retributiva, dovendo in ogni caso l'inadempimento datoriale essere sanzionato attraverso il risarcimento dei danni che il lavoratore ha subito a causa della condotta illegittima datoriale, consistente nel lucro cessante e, cioè, in quanto il lavoratore avrebbe percepito

se il datore di lavoro avesse accettato l'offerta lavorativa⁴⁷⁸. Pertanto, nonostante le argomentazioni sin qui esposte che inducono in ogni caso a ritenere tale previsione non in sintonia con i principi generali del diritto comune, la scelta del risarcimento del danno in luogo delle retribuzioni risponde ad politica di diritto finalizzata a privilegiare le peculiarità del rapporto di lavoro.

D'altra parte, proprio nella disciplina del licenziamento si dovrebbe parlare di mora "speciale" del creditore – datore di lavoro⁴⁷⁹, in quanto in tutti i casi di sospensione o interruzione del rapporto mancherebbe sempre l'effettiva prestazione e, quindi, la sinallagmaticità funzionale del rapporto, con conseguente esonero del diritto del lavoratore alle retribuzioni. Ed invece, nel diritto del lavoro, ad eccezione dell'art. 18, v'è il generale principio in base al quale la sospensione funzionale del rapporto (alla quale può essere assimilata l'ipotesi dell'interruzione della funzionalità di esso in caso di licenziamento in ambito di tutela reale), non determina il venir meno del diritto del lavoratore alle retribuzioni, pur in assenza della corrispettività⁴⁸⁰. Si pensi, ad esempio, all'art. 6 della legge sull'impiego privato citata prevede espressamente il diritto del

⁴⁷⁸ Sulla nozione di <<lucco cessante>> v. C.M. Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, vol. 5, Giuffrè, 2001, 116 e ss. Sulla risarcibilità del lucco cessante v. G. F. Mancini, *Art. 18...* cit., 270 – 271; *idem*, *Il nuovo regime...* cit., 195 – 196; P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina...* cit., 109; G. Cattaneo, *Mora del creditore...* cit., 133; M.G. Garofalo, *Art. 18...* cit., 270; *idem*, *Contributo all'esegesi...* cit., 585 – 586; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 123; G. Napoletano, *La nuova disciplina...* cit., 189; V. Valentini, *Reintegrazione nel posto...* cit., 176 – 177; *idem*, *Sulla natura (integralmente) risarcitoria delle somme corrisposte in caso di licenziamento illegittimo*, in *RGL*, I, 807; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 293. In giurisprudenza v. Corte Cost. 3 luglio 1975, n. 178, in *FI*, 1975, I, 1590; Cass. 28 maggio 1976, n. 1927, in *RGL*, 1977, II, 86; Cass. S.U. 29 aprile 1985, nn. 2761 e 2762, in *FI*, 1985, I, 2247; Cass. 28 agosto 2007, n. 18146, in *GCM*, 2007, 7-8; Cass. 3 maggio 2004, n. 8364, in *D&L*, 2004, 637; Cass. 23 giugno 2001, n. 8621, in *NGL*, 2002, 105. *Contra*, v. M. D'Antona, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, in *RGL*, 1987, I, 331, nonché *idem*, *Licenziamento illegittimo e prova...* cit., 2251, il quale ritiene che il <<lucco cessante>> riguarda soltanto i licenziamenti adottati in ambito di tutela obbligatoria, mentre per quelli che soggiacciono alla tutela reale si deve parlare del <<danno emergente>>, in quanto il rapporto non è interrotto giuridicamente dal licenziamento, sicché il lavoratore conserva il diritto alle retribuzioni. Da ciò discende che il danno subito dal lavoratore non deriva dalla perdita di una aspettativa di guadagno (lucco cessante), ma dalla mancata percezione, imputabile al licenziamento, di somme sulle quali il lavoratore vanta un diritto contrattualmente perfetto (danno emergente).

⁴⁷⁹ Di mora "speciale" ha parlato O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 751.

⁴⁸⁰ Si veda, ad esempio, l'art. 6 del Regio Decreto n. 1825 del 1924 in tema di sospensione del rapporto dovuta a causa di forza maggiore, ovvero alle ipotesi di permessi retribuiti, di ferie. Per una rassegna delle ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro con diritto alla retribuzione, v. G. Branca, *Conservazione del rapporto*, in L. Riva Sanseverino – G. Mazzoni, *Nuovo Trattato di diritto civile*, Padova, 1971, 540 e ss. Vedi anche U. Natoli, *L'attuazione del rapporto...* cit., 91; P.G. Alleva, *L'evoluzione della disciplina...* cit., 91 – 92; T. Treu, *Onerosità e corrispettività...* cit., cap. IV.

lavoratore a percepire la retribuzione in tutti i casi di sospensione del rapporto voluto direttamente dal datore, ovvero alla sospensione cautelare.

Quanto appena detto conferma ancora una volta la specialità dell'art. 18 – e della mora ivi prevista – rispetto alla categoria generale del diritto comune.

3. La tutela risarcitoria in caso di mancata reintegra

Le problematiche innanzi individuate afferenti alla tutela risarcitoria, alla *ratio* di essa e al rapporto con il diritto comune, vengono in rilievo, con maggior intensità, in relazione al periodo successivo alla sentenza, laddove all'inadempimento contrattuale (che si manifesta con l'invalidità del licenziamento) si affianca l'eventuale inottemperanza all'ordine di reintegrazione. Qui, allora, il (solo) risarcimento del danno non è dovuto più soltanto per il licenziamento, ma anche per l'eventuale violazione dell'ordine giudiziale.

In presenza, pertanto, di situazioni eterogenee e di diversa gravità, il legislatore ha previsto, dopo la riforma del '90, una tutela per il lavoratore assolutamente omogenea. È necessario, pertanto, soffermarsi su questo aspetto per verificare se tale scelta legislativa abbia determinato un regresso di tutela per il lavoratore non più soltanto in relazione al diritto comune, ma anche rispetto a quella esistente prima della riforma.

Nella formulazione attuale dell'art. 18 il giudice, una volta accertata l'invalidità del licenziamento, ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore e lo condanna al risarcimento del danno mediante la corresponsione in favore del lavoratore di un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto maturata dalla data del licenziamento sino a quella dell'effettiva reintegra.

Non v'è, pertanto, più alcuna distinzione tra il periodo precedente alla sentenza e quello successivo, avendo ora il lavoratore diritto soltanto ad un unico e complessivo risarcimento del danno.

L'innovazione più importante – e quella più illogica - apportata dalla riforma del '90 sta proprio nell'aver eliminato qualsiasi differenziazione in ordine al trattamento patrimoniale tra i due suddetti periodi, non potendo più il lavoratore rivendicare l'esatto adempimento dell'obbligazione datoriale e, cioè, le retribuzioni.

Sulla scelta legislativa si possono fare non poche considerazioni. Innanzitutto, da un

punto di vista funzionalistico, l'innovazione ha un che di illogico. Se, infatti, il risarcimento del danno in luogo delle retribuzioni per il periodo precedente alla sentenza poteva trovare giustificazione nell'assenza del sinallagma funzionale, nonostante la *mora credendi*, era evidente che tale situazione si verificava anche per il periodo successivo alla pronuncia in caso di inottemperanza all'ordine di reintegrazione. Con una previsione assolutamente *pro lavoratoris* il legislatore del '70, nel generale intento di rendere il più efficace possibile l'ordine di reintegra e, quindi, il diritto del lavoratore alla stabilità del posto, aveva previsto la condanna del datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni e non solo al risarcimento del danno parametrato ad esso, che, evidentemente, nelle intenzioni del legislatore avevano titolo non nel contratto giuridicamente mai risolto e del quale la sentenza ricostituiva la funzionalità di fatto, ma nell'inadempimento all'ordine di reintegrazione. Una forma di *astreinte*, come detto innanzi, necessaria per costringere il datore a ripristinare la funzionalità di fatto del rapporto al fine di rendere compiutamente soddisfacente il diritto della stabilità del posto di lavoro sotteso all'art. 18.

Nonostante le perplessità innanzi mostrate sulla scelta del legislatore del '70 di differenziare i due periodi, soprattutto con riferimento a quello precedente la sentenza, l'interpretazione appena proposta e, cioè, quella di collegare le retribuzioni alla violazione dell'ordine di reintegra e non anche al contratto, sembrava essere l'unica idonea a giustificare la scelta del legislatore; ed infatti, se per il periodo *ante* sentenza il risarcimento del danno trovava giustificazione nell'assenza del sinallagma funzionale, tale situazione si verificava anche in caso di omessa reintegra; viceversa, se le retribuzioni per il periodo successivo alla sentenza erano collegate al contratto, esse dovevano essere riconosciute anche per il periodo precedente, in presenza di *mora credendi*, in quanto con la sentenza accertativa dell'invalidità del recesso, il rapporto si ricostituiva *ex tunc*, rendendo efficaci tutti gli atti posti in essere durante tale periodo, in occasione del quale l'obbligazione datoriale non veniva mai meno.

La scelta del legislatore, come detto, determinava un evidente discostamento dalla disciplina civilistica, giustificata, per opinione comune, dalle peculiarità del rapporto di lavoro che richiedevano l'individuazione di elementi di specialità della disciplina *sub* art. 18. Nonostante le perplessità mostrate, la scelta del legislatore di differenziare la

tutela patrimoniale per i due periodi, alla fine, era stata accettata, soprattutto grazie alla presenza dell'*astreinte* della retribuzione, necessaria per l'efficacia dell'intero apparato di tutele.

Con la riforma del '90 la situazione è notevolmente cambiata, e potremmo dire *in peius*. Ora, da un punto di vista logico e giuridico, l'unificazione della tutela patrimoniale in favore del lavoratore nel solo ed unico risarcimento del danno ha soddisfatto esigenze di omogeneità di due situazione praticamente identiche; l'assenza del sinallagma funzionale, in caso di omessa reintegra, esiste nel periodo sia precedente sia successivo alla sentenza, sicché, se questa rappresenta la giustificazione della tutela risarcitoria, essa, è evidente, doveva essere necessariamente estesa anche per il periodo successivo alla sentenza. È venuto meno, però – ed in maniera preoccupante - l'elemento dell'*astreinte* che risultava essenziale, come detto, per attribuire un minimo di efficacia all'art. 18 e, in particolar modo all'ordine di reintegra (e quindi alla stabilità concreta del posto di lavoro), laddove l'incoercibilità di detto obbligo (fatta eccezione per quelli strumentali di ripristino la cui forza compulsiva, però, ho messo in dubbio – *supra*), ha costituito e costituisce tuttora un ostacolo insuperabile verso la piena soddisfazione del diritto del lavoratore alla stabilità, non solo teorica, del posto di lavoro.

Lo scenario che oggi si presenta agli occhi del lavoratore credo possa essere definito alquanto preoccupante. La tutela unicamente risarcitoria implica una serie di considerazioni negative sull'effettività dell'apparato garantistico apprestato dall'art. 18. Sull'inidoneità dell'ordine di reintegrazione, per le sue peculiarità, a riconsegnare materialmente al lavoratore il posto di lavoro è già detto. Proprio perché la premessa della tutela del lavoratore era questa, il legislatore avrebbe dovuto individuare, come lo aveva fatto in parte prima, nella tutela patrimoniale non solo una logica conseguenza risarcitoria dell'illecito datoriale (il licenziamento), ma anche una sanzione idonea, come diceva D'Antona, a eliminare dal mondo giuridico l'atto lesivo e, soprattutto, ad evitare la reiterazione del comportamento e la persistenza del fatto dannoso, colpendo non solo l'atto datoriale illecito (il recesso), ma anche la violazione da parte di esso dell'obbligo di reintegrare il lavoratore.

Ora, se il legislatore avesse applicato i principi civilistici in materia di responsabilità contrattuale ai sensi degli artt. 1218 e ss. c.c., la tutela del lavoratore sarebbe stata

completa e perfetta⁴⁸¹. La messa in mora del datore di lavoro avrebbe determinato la persistenza dell'obbligazione retributiva; una volta ricostituita la sinallagmaticità funzionale del rapporto, il datore di lavoro sarebbe stato chiamato ad adempiere all'esatta prestazione e, quindi, alla corresponsione di tutte le retribuzioni maturate nelle more dal lavoratore, sempre eseguibili ed in alcun modo soggette alle regole in tema di prova e quantificazione del danno; l'adempimento tardivo avrebbe potuto legittimare il lavoratore a pretendere anche il risarcimento dei danni, in aggiunta e non in sostituzione dell'obbligazione principale. Si sarebbe, quindi, aperto uno scenario nel quale il lavoratore sarebbe stato compiutamente tutelato in caso di recesso invalido dal rapporto. Il legislatore, invece, ha optato per una scelta diversa, specializzando la disciplina lavoristica, ancor di più a seguito della riforma del '90, attraverso un'operazione discutibile sia sul piano della politica del diritto sia dal punto di vista giuridico.

Tale operazione, però, deve necessariamente passare al vaglio del giudizio di effettività. Il punto di partenza può essere costituito da un esempio. A seguito della sentenza che dichiara invalido il licenziamento, il datore è chiamato a reintegrare il lavoratore. In relazione a tale obbligo, però, il datore di lavoro resta inadempiente, consapevole del fatto che, non solo, non può essere fisicamente costretto a reintegrare il lavoratore, ma anche che quest'ultimo lavora alle dipendenze di un terzo soggetto. In tale caso, ogni qual volta il lavoratore avvierà una procedura monitoria per rivendicare le retribuzioni, trattandosi di risarcimento del danno, il datore potrà eccepire, anche per le somme *post* sentenza (*infra*), le eccezioni di *aliunde perceptum et percipiendum*, con la conseguenza che non solo non avrà reintegrato fisicamente il lavoratore, ma potrebbe anche non corrispondergli alcunché in caso di accoglimento, ormai pacifico, delle predette eccezioni, in assenza, tra l'altro, di un sistema di coercizioni indirette.

Può, allora, dirsi che l'art. 18, così interpretato, appresti un sistema di tutele idoneo a garantire al lavoratore il diritto alla effettiva stabilità del posto? La risposta sembra scontata. Non solo l'attuale sistema non tutela il lavoratore, ma, addirittura, potrebbe

⁴⁸¹ Sul punto v. P. Sandulli, *Commento all'art. 18...* cit., 557, il quale afferma che “non avrebbe destato scalpore se il legislatore avesse optato per una soluzione normale totalmente reintegratrice anche per la retribuzione, non mancando certamente esempi di situazioni nella quali, pur in assenza della prestazione, sussiste il diritto alla retribuzione”.

costituire un incentivo per il datore a persistere nel comportamento illecito⁴⁸², facendo venire meno, definitivamente, la natura accertativa, inibitoria e di condanna dell'art. 18. La prova dell'ineffettività dell'attuale tutela della stabilità del posto di lavoro è insita proprio nell'art. 18 e, in particolare, nella previsione dell'indennità sostitutiva della reintegrazione (*supra*), attraverso la quale il legislatore induce il lavoratore che si trova nelle condizioni predette ad optare per la monetizzazione del posto di lavoro e, quindi, ad "accontentarsi" della tutela risarcitoria. Ed allora, ancor più di ieri, aveva ragione Ghera quando affermava che nel diritto del lavoro si assiste ad un ribaltamento dello schema civilistico dei rimedi avverso la responsabilità contrattuale: la tutela risarcitoria prevale nettamente su quella ripristinatoria⁴⁸³.

L'art. 4 Cost, però, come detto nel primo capitolo, tutela il diritto del lavoratore *in primis* alla stabilità concreta del posto di lavoro e soltanto in via residuale alle conseguenze patrimoniali. Ed allora, se il diritto alla stabilità del posto di lavoro è costituzionalmente tutelato (*supra*) e se l'illegittimità del comportamento del datore di lavoro non solo è giustificata, ma anche incentivata dall'attuale formulazione ed interpretazione dell'art. 18, allora non sarebbe peregrina l'ipotesi di un'illegittimità costituzionale di quest'ultima norma, per violazione dell'art. 4, come nel primo capitolo interpretato, in quanto inidoneo a tutelare effettivamente un diritto costituzionalmente garantito. D'altra parte, non ci dobbiamo dimenticare che, quando, prima ancora della

⁴⁸² Di questo avviso sono M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 189, a parere del quale si assiste ad uno "svuotamento" della tutela reale: "infatti, più passa il tempo dal licenziamento e/o dalla sentenza senza che la reintegrazione sia avvenuta, più è probabile che il lavoratore si sia occupato altrove o, se si vuole, più ha avuto chances per farlo"; F. Carinci, *Licenziamenti e statuto: vent'anni per cambiare*, in *DPL*, 1990, 1594; A. Proto Pisani, *Giudizio di legittimità...* cit., 364 e ss.; L. De Angelis, *La giurisprudenza...* cit., 2274; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 789 – 790; M.V. Ballestrero, *Il valore e il costo...* cit., 402. In parte contrari sono U. Romagnoli, *La tutela...* cit., 1221, secondo il quale il <<prezzo>> del licenziamento è comunque tenuto alto dalla possibilità dell'opzione all'indennità sostitutiva della reintegrazione e E. Ghera, *Tutela reale e tutela...* cit., 470 – 471, a parere del quale l'art. 18, anche nella nuova formulazione, appresta una tutela di tipo "forte", in quanto si è in presenza di "una indennità avente natura risarcitoria, ma funzione almeno bivalente: indennitaria o di riparazione per l'equivalente del danno conseguente al licenziamento ingiustificato o comunque illegittimo; e satisfattivo e di riparazione in natura dell'inadempimento dell'obbligazione retributiva conseguente alla mancata reintegrazione... così congegnata l'indennità assolve... altresì ad una funzione compulsiva dell'adempimento specifico della reintegrazione".

⁴⁸³ E. Ghera, *Le sanzioni civili...* cit., 10 e ss.; *idem*, *Tecniche di tutela...* cit., 654. In seguito, M. D'Antona, *Sulla responsabilità risarcitoria...* cit., 1149; v. C. Zoli, *Tutela in forma specifica...* cit., 1791; M.V. Ballestrero, *Il valore e il costo...* cit., 402 – 403, a parere della quale la stabilità ha ormai un "costo", che non è quello della reintegrazione, ma dei danni subiti dal lavoratore; O. Mazzotta, *La reintegrazione nel posto...* cit., 688.

legge n. 604, si ragionava della legittimità costituzionale del sistema della libera recedibilità, la Corte Costituzionale, escludendone l'illegittimità, ha più volte invitato il legislatore, in particolar modo con la sentenza del 6 giugno 1965, n. 45 ad “*adeguare sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro*”⁴⁸⁴. V'è sempre stato, come detto, una valutazione di legittimità costituzionale da parte della Corte Costituzionale del sistema di tutela del lavoratore in caso di recesso invalido sottoposto a condizione sospensiva; i Giudici delle leggi, non riconoscendo una precettività immediata all'art. 4 Cost. in relazione al diritto del lavoratore alla stabilità del posto, hanno continuamente rinviato al legislatore ordinario il compito di apprestare una tutela conforme all'art. 4 cit. ed idonea a rendere effettivo tale diritto. Ebbene, l'art. 18, nella sua attuale formulazione e a seguito delle sue interpretazioni, non può essere considerato idoneo ad “*assicurare la continuità del lavoro*”, sicché non sembra peregrino poter ragionare della sua illegittimità costituzionale o, quanto meno, della sua inadeguatezza a raggiungere l'obiettivo prefissato dal legislatore, dietro il monito della Corte Costituzionale.

Una soluzione che potrebbe essere idonea ad evitare un giudizio di illegittimità costituzionale, o quanto meno, una richiesta di intervento da parte del legislatore ordinario sull'art. 18, potrebbe essere quella prospettata da una parte della dottrina⁴⁸⁵,

⁴⁸⁴ Leggila in *RGL*, 1965, II, 155. Con tale sentenza, preceduta dalla n. 7 del 1958 con la quale la Consulta aveva sottolineato che la libera recedibilità non costituiva più principio generale dell'ordinamento, i Giudici delle leggi avevano sostenuto che l'art. 2118 c.c. non era in contrasto con l'art. 4 Cost., rilevando che tale norma non garantisce a ciascun cittadino non solo il diritto al conseguimento di un'occupazione, ma neanche quello alla conservazione del posto di lavoro; ciò nonostante, seppur l'indirizzo politico di progressiva garanzia di diritto al lavoro non comporta l'immediata è già operante stabilità del rapporto di lavoro, ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore, nel quadro della politica prescritta dall'art. 4 Cost., a tanto adegui la normativa del rapporto di lavoro. Sul ruolo determinante svolto dalla Consulta sulla riforma della disciplina dei licenziamenti individuali, da quella *post* codicistica sino a quella ante 1990, v. M. Papaleoni, *La fine del libero licenziamento*, Franco Angeli, 1991, 13.

⁴⁸⁵ V., su tutti, M. D'Antona, *Tutela reale...* cit., 446 e ss.; *idem*, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *FI*, 1990, V, 256 e ss.; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 790 e ss.; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 123 e ss.; P. Sandulli – A. Vallebona – A. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 41 e ss.; M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 190 e ss.; M. Roccella, *Il tramonto del recesso <<ad nutum>> e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *QDLRI*, 1990, 24 – 25; G. Ghezzi, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: analisi e prospettive di evoluzione*, in *PD*, 1991, 2, 206; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto dei lavoratori...* cit., 517 – 518; M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit., 872; A. De Felice, *Le sanzioni...* cit., 200; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 101; da ultimo, v. G. Sottile, *Sulla natura delle somme spettanti al lavoratore riammesso in servizio*, in *RGL*,

ma avversata dalla giurisprudenza quasi unanime⁴⁸⁶, che, ragionando di risarcimento del danno anche per il periodo successivo alla sentenza, applica rigorosamente i principi civilistici in tema di quantificazione del danno, sostenendo, tra l'altro, che lo strumento risarcitorio presenta quegli elementi di elasticità tali permettere il ristoro di tutti i danni provocati dal licenziamento. Il riferimento è alla tesi in base alla quale le somme da corrispondere per il periodo successivo alla sentenza devono essere intese quale sanzione alla violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di reintegrazione e, quindi, immodificabili e, aggiungerei io, irripetibili in caso di riforma della sentenza, idonea, inoltre, ad esercitare una coazione indiretta sul datore di lavoro per indurlo a ripristinare senza indugio la funzionalità di fatto del rapporto. Tali somme, in sintesi, devono essere corrisposte al lavoratore esclusivamente quale sanzione in capo al datore di lavoro per non aver adempiuto all'obbligo di reintegrare il lavoratore e sino all'effettivo adempimento.

D'altra parte, tale tesi troverebbe conferma anche ricorrendo ai principi generali in tema di risarcimento del danno. Con la sentenza *ex art. 18*, infatti, il giudice può condannare il datore di lavoro a risarcire il danno subito dal lavoratore che risulta attuale, certo e misurabile, in quanto parametrato alle retribuzioni che oggettivamente il lavoratore non ha percepito, quindi, quello relativo al periodo precedente alla sentenza; per quello successivo, invece, il danno non solo è eventuale e futuro, ma neanche certo ed in ogni caso non può essere quantificato, anche nella misura minima, *ex ante*. È evidente, pertanto, che la liquidazione dell'indennità di cui all'art. 18 deve necessariamente

2009, II, 437, il quale ipotizza non solo una differenziazione di tutele tra i due periodi, ma anche che per il secondo spetti al lavoratore non un risarcimento a titolo di sanzione, ma le retribuzioni in quanto tali, quale esatto adempimento da parte del datore dell'obbligazione contrattuale a seguito del ripristino della corrispettività del rapporto ad opera delle sentenze.

⁴⁸⁶ V., *ex plurimis*, Cass. 13 dicembre 2006, n. 26628, in *GD*, 2007, 6, 45; Cass. 30 marzo 2006, n. 7543, in *GCM*, 2006, 3; Cass. 13 gennaio 2005, n. 482, in *RIDL*, 2006, II; 142; Cass. 22 luglio 2004, n. 13736, in *GCM*, 2004, 7-8; Cass. 12 maggio 2004, n. 9062, in *D&G*, 2004, 27, 106; Cass. 1 aprile 2003, n. 4943, in *MGL*, 2003, 554; Cass. 17 giugno 2000, n. 8263, in *FI*, 2000, I, 3516. Prima ancora della riforma del '90 la giurisprudenza di legittimità aveva più volte affermato che nell'art. 18 è compreso il risarcimento del danno pari al lucro cessante integrale, oltre alla risarcibilità dei danni ulteriori e diversi rispetto a quelli derivanti direttamente dal licenziamento, ma mai può essere sostituito dalle retribuzioni, che, invece, sono comprese nel risarcimento, quale parametro per la sua quantificazione (v. Cass. 28 maggio 1976, n. 1927, in *RGL*, 1977, II, 86; Cass. S.U. 29 aprile 1985, nn. 2761 e 2762, in *FI*, 1985, I, 2247). *Contra*, e cioè sulla qualificazione sanzionatoria delle somme successive all'ordine di reintegrazione, sposando, quindi, l'orientamento dottrinario prevalente, v. Cass. 14 maggio 1998, n. 4881, in *MGL*, 1998, 671.

presupporre due distinti capi di condanna: il primo, a titolo risarcitorio per il periodo precedente alla sentenza, nel quale il danno è attuale, certo e misurabile oggettivamente; il secondo, invece, dovendo prevedere una condanna in futuro e, quindi indeterminabile al momento della pronuncia, non potrà avere titolo risarcitorio, ma prettamente sanzionatorio, la cui natura logicamente eventuale rappresenta la conseguenza diretta della possibile violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di reintegrazione⁴⁸⁷. Sarebbe opportuno, pertanto, ritornare, dal punto di vista almeno interpretativo, a quanto prevedeva l'art. 18 *ante* riforma del '90 in relazione alla situazione che si viene a creare per il periodo successivo alla sentenza in caso di mancata reintegrazione. Soltanto così, infatti, il datore potrebbe essere indotto ad adempiere all'ordine giudiziale e, quindi, potrebbe essere reso effettivo il diritto del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro. In caso contrario si verificherebbe un "deficit di effettività"⁴⁸⁸ della tutela reale, e, quindi, della tutela della stabilità del posto di lavoro, che, in assenza di specifiche forme di coercizione indiretta, rischia di diventare in concreto un *flatus vocis*, perdendo quella centralità che il legislatore gli ha affidato nella disciplina del licenziamento⁴⁸⁹.

4. La quantificazione del danno e l'onere probatorio

La riflessione che precede introduce quella sulle problematiche derivanti dalla qualificazione esclusivamente risarcitoria delle somme corrisposte al lavoratore, in ordine alla sua quantificazione e all'onere probatorio.

⁴⁸⁷ In senso conforme, su tutti, v. M. D'Antona, *Tutela reale...* cit., 446 – 447, a parere del quale "ritenendo la indennità certa nell'ammontare, dato il riferimento alla retribuzione globale di fatto, ed immediatamente esigibile ad ogni scadenza in forza dell'esecutività della sentenza, per tutto il tempo dell'eventuale ritardo, la condanna in futuro realizza una tutela preventiva della retribuzione... e nello stesso tempo sanziona anticipatamente, con la forza della condanna esecutiva ora per allora, il ritardo nella reintegrazione"; *idem*, *Commento...* cit., 395; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 54.

⁴⁸⁸ Così si è espressa A. De Felice, *Le sanzioni...* cit., 203, la quale aggiunge che tale pericolo "è sufficiente a giustificarne una riconsiderazione da parte di interpreti ed operatori". V. anche, O. Mazzotta, *La reintegrazione nel posto...* cit., 689, il quale ritiene essenziale intervenire sul problema dell'effettività della stabilità del posto di lavoro, riconsegnandole il ruolo suo proprio all'interno dell'ordinamento, rilevando che la stabilità, da un lato, ha "un effetto esocontrattuale di garanzia del sistema complessivo" e, dall'altro lato, costituisce "l'unico antidoto contro il fallimento delle tecniche antidiscriminatorie".

⁴⁸⁹ Sul punto Giugni, già nel 1987, affermava che l'art. 18 non ha raggiunto lo scopo prefissatosi dal legislatore, in quanto, con specifico riferimento alla reintegrazione, "quello che è chiamato reintegrazione effettivamente non è reintegrazione e la stabilità reale è stabilità reale ma non è stabilità materiale", ritenendo che fosse opportuna l'introduzione di qualche strumento appropriatamente diretto a raggiungere questo obiettivo (v. G. Giugni, *Intervento...* cit., 191).

L'art. 18, nella sua attuale formulazione, prevede che, in caso di invalidità del licenziamento, il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno pari ad un'indennità *commisurata* alla retribuzione di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, oltre al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali maturati durante il medesimo periodo; il legislatore, inoltre, ha stabilito che il predetto risarcimento non può in ogni caso essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto.

Una delle principali critiche alla ipotetica natura retributiva delle somme corrisposte al lavoratore viene collegata alla previsione minima di danno delle cinque mensilità, disancorata dalla prestazione lavorativa e dalla dichiarazione di disponibilità del lavoratore⁴⁹⁰, ritenendo non conciliabile con la natura prettamente retributiva delle somme la previsione di un importo minimo garantito, indipendentemente dall'effettivo periodo di non lavoro⁴⁹¹.

La misura minima inderogabile costituisce una presunzione assoluta di danno, che deve essere risarcita anche qualora il danno effettivamente subito dal lavoratore sia quantitativamente inferiore rispetto a detto importo. È evidente, pertanto, che la previsione in questione prevede una vera e propria sanzione⁴⁹² che viene comminata al datore di lavoro per il solo fatto di aver esercitato arbitrariamente e in violazione degli obblighi su di esso incombenti il potere di recesso dal rapporto⁴⁹³.

La tesi in base alla quale tale previsione giustifica ulteriormente la natura prettamente risarcitoria delle somme che il datore di lavoro deve corrispondere al lavoratore

⁴⁹⁰ M. Dell'Olio, *I licenziamenti...* cit., 504.

⁴⁹¹ V. G.F. Mancini, *Art. 18...* cit., 243; G. Ghezzi, *I licenziamenti dalla...* cit., 297; F. Mazziotti, *Il licenziamento...* cit., 233. Da ultimo v. L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 293.

⁴⁹² Sulla natura sanzionatoria della misura minima del risarcimento v., tra i tanti, C. Assanti – G. Pera, *Commento allo statuto...* cit., 201; G. Ianniruberto, *I licenziamenti individuali dopo la legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *RGL*, 1970, I, 410; G. Pera, *La cessazione...* cit., 179; O. Mazzotta, *Il risarcimento dei danni...* cit., 2174; E. Ghera, *Le tecniche di tutela...* cit., 637; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 126; M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 165; M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 66; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto...* cit., 513 e ss.; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 99.

⁴⁹³ Sul punto la Corte Costituzionale ha più volte affermato che la previsione dell'indennità minima inderogabile non si pone in contrasto con il principio di eguaglianza, in quanto dall'illegittimità del licenziamento non deriva solo l'inadempimento, ma anche l'illecita estromissione del dipendente dal posto di lavoro e tale ultimo comportamento deve essere necessariamente sanzionato indipendentemente dall'effettivo danno subito dal lavoratore (v. Corte Cost. n. 178/1975, in *FI*, 1975, I, 1590; Corte Cost. 14 gennaio 1986, n. 2, in *FI*, 1986, I, 1184. Vedi anche Cass. S.U. 23 aprile 1987, n. 3975, in *FI*, 1987, I, 2059; nonché Cass. S.U. 29 aprile 1985, n. 2762, in *FI*, 1985, I, 1290.

presenta alcune criticità. L'indennità minima non deve essere considerata parte della tutela risarcitoria, in quanto, come detto, costituisce una sanzione a tutti gli effetti, sicché essa può essere compatibile con la tutela sia risarcitoria sia ripristinatoria e, quindi, retributiva, in quanto rappresenta una tutela aggiuntiva rispetto a quella imposta dal legislatore. Pertanto, per i primi cinque mesi il lavoratore avrà comunque diritto all'indennità minima, potendo, poi, per il periodo successivo rivendicare le maggiori somme, sia che esse siano imputabili a risarcimento del danno sia a retribuzione. Laddove, invece, il periodo di efficacia del licenziamento sia inferiore a cinque mesi, in concreto verificabile solo ed esclusivamente in caso di revoca del recesso, la previsione minima risulta compatibile con la previsione sia risarcitoria sia retributiva, non attraverso il carattere di specialità ma in dipendenza della natura sanzionatoria di tali somme. Si potrebbe anche ipotizzare, come da qualcuno di fatto sostenuto, che la misura minima dell'indennità, trattandosi di sanzione, si aggiungerebbe al risarcimento del danno previsto dall'art. 18, nel senso che al lavoratore spetterebbero le cinque mensilità a titolo di sanzione e il risarcimento del danno, da calcolare non a partire dal sesto mese ma sin dal licenziamento⁴⁹⁴; in sintesi, al lavoratore spetterebbe per i primi cinque mesi una doppia tutela, quella sanzionatoria e quella risarcitoria. Invero, appare più equo, come anticipato poc'anzi, scindere i due periodi, distinguendo e non sovrapponendo⁴⁹⁵, quindi, quello relativo ai primi cinque mesi a partire dal licenziamento da quello che inizia a decorrere dal sesto mese. Si ritiene, infatti, che per il primo periodo il legislatore ha previsto una sanzione a tutti gli effetti, di natura ovviamente patrimoniale, che garantisce al lavoratore una tutela minima inderogabile; il risarcimento del danno, invece, inizia a decorrere a partire dal sesto mese, durante il quale, a differenza di quanto previsto dal diritto comune, il danno subito dal lavoratore si presume, dovendo il lavoratore provare esclusivamente l'eventuale danno maggiore subito, mentre è il datore di lavoro che deve provare che il danno effettivamente subito dal lavoratore sia inferiore rispetto a quello presunto (si parla, pertanto, di una

⁴⁹⁴ Orientamento minoritario espresso da G. Pera, *Commento all'art. 18...* cit., 203 e ss. In giurisprudenza, anch'essa però isolata, v. Pret. Monza 1 aprile 1971, in *OGL*, 1971, 479 e Pret. Mestre 29 dicembre 1970, in *RGL*, 1970, II, 805.

⁴⁹⁵ In senso conforme, in giurisprudenza, v. Cass. 14 settembre 2009, n. 19770, in *GD*, 2009, 40, 74; Cass. 11 giugno 2004, n. 11152, in *Gius. Civ. Mass.*, 2004, 6.

presunzione semplice). Tale differenziazione, anche temporale, è altresì giustificata dall'impossibilità che l'accoglimento delle eccezioni di *aliunde perceptum et percipiendum* possano azzerare il risarcimento del danno, dovendo, così come si verifica nell'ipotesi di revoca del licenziamento (*infra*), la misura minima sempre ed in ogni caso essere corrisposta al lavoratore. La natura esclusivamente sanzionatoria dell'indennità minima, pertanto, determina la sua compatibilità con la tutela sia risarcitoria sia retributiva, in quanto queste iniziano laddove finisce la prima.

Un altro aspetto sul quale è opportuno soffermarsi, rinviando al prosieguo l'analisi della tutela previdenziale, riguarda la quantificazione del danno. L'art. 18 stabilisce che il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno pari ad una indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto. Al lavoratore, pertanto, come già detto in precedenza, non spettano le retribuzioni in quanto tali, ma un risarcimento che contiene, innanzitutto, le retribuzioni⁴⁹⁶; queste, pertanto, costituiscono esclusivamente il parametro per quantificare il danno. Il legislatore, infatti, a differenza di quanto previsto dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, non stabilisce che il danno deve essere parametrato all'ultima retribuzione globale di fatto, che giustifica la natura prettamente indennitaria delle somme *sub* art. 8, ma lo ancora alle retribuzioni globali di fatto maturate durante l'intero periodo di efficacia materiale del licenziamento, previsione che conferma che il lavoratore ha diritto innanzitutto al lucro cessante (*supra*) e, cioè, a quanto avrebbe percepito se il lavoratore non lo avesse ingiustamente licenziato⁴⁹⁷. La scelta della tutela

⁴⁹⁶ V. su tutti M. D'Antona, *Licenziamento illegittimo...* cit., 292 e ss., a parere del quale "la tesi secondo la quale il risarcimento del danno subito dal lavoratore nella crisi parentetica del rapporto include in primo luogo le retribuzioni perdute per l'inadempimento del relativo obbligo, mai venuto meno, è espressione di una valutazione normativa analoga... a quella che, nei contratti a prestazioni corrispettive, attribuisce alla parte incolpevole la facoltà di scegliere tra l'adempimento e la risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.), fermo restando il diritto ad un risarcimento del danno... Il diritto alla retribuzione viene ricompreso, venendo così a cambiare natura, in un più ampio risarcimento del danno nel senso che la continuità del rapporto, di fatto interrotto, è una *factio*, un insieme di rimedi giuridici"; *idem*, *Commentario della legge...* cit., 397. Sul punto v. anche P.G. Alleva, *L'evoluzione...* cit., 109; M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 26; M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 188; *idem*, *Contributo all'esegesi...* cit., 587; M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit., 842; M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 66; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 293; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto...* cit., 513 e ss.

⁴⁹⁷ Sul punto Mazziotti si è chiesto se per <<retribuzione globale di fatto>> dovesse essere intesa la retribuzione media prevista dal contratto collettivo per i lavoratori con la stessa qualifica e lo stesso livello di quello licenziato, ovvero la retribuzione che il lavoratore avrebbe percepito se non fosse stato licenziato; l'Autore ha optato per la seconda soluzione, confermando che al lavoratore spetta il risarcimento del danno inteso quale lucro cessante (v. F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 124).

risarcitoria da parte del legislatore, pertanto, deriva dalla elasticità di tale strumento, idoneo a ristorare soltanto i danni effettivamente subiti dal lavoratore, onde evitare che tutte le conseguenze negative prodotte dal licenziamento ricadano soltanto sul datore di lavoro.

Invero, si è cercato, in dottrina, di considerare la quantificazione del danno in un'ottica non elastica ma rigida, ipotizzando che il riferimento alla retribuzione globale di fatto fosse, in realtà, un implicito rinvio ad una tutela indennitaria forfetaria⁴⁹⁸ o ad una forma di risarcimento del danno a carattere speciale⁴⁹⁹, pertanto, sia in un caso sia nell'altro, insuscettibile di subire modificazioni, intendendo l'espressione <<indennità commisurata a>> come <<indennità uguale a>>, quindi indennità perfettamente uguale alle retribuzioni⁵⁰⁰. Tale tesi è stata dai più criticata⁵⁰¹ e non può, effettivamente, essere

⁴⁹⁸ P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 41 – 42.

⁴⁹⁹ V. M. Napoli, *Licenziamenti...* cit., 68; *idem*, *La tutela reale...* cit., 138 – 139.

⁵⁰⁰ V. M. Roccella, *Il tramonto del recesso...* cit., 8, a parere del quale “*basta dare un’occhiata allo Zingarelli per accorgersi che la parola <<commisurare>> vuol dire proprio <<misurare una cosa ad un’altra>>; e, se si vuol essere pignoli, controllando il vocabolario dei sinonimi e contrari della Zanichelli, si potrà verificare che il termine <<commisurare>> ha, fra gli altri suoi significati, quello di <<equiparare>>*”; G. Napoletano, *La nuova disciplina...* cit., 203. Sulla immodificabilità delle somme, anche con riferimento al periodo precedente alla sentenza, v. G.F. Mancini, *Il nuovo regime...* cit., 196, secondo il quale si deve necessariamente parlare di lucro cessante integrale e, quindi, bisogna rispettare il principio, sostenuto anche da Ghezzi, in base al quale il lavoratore che sia messo nell'impossibilità di adempiere ha diritto ad una somma pari al corrispettivo fin quando duri tale impossibilità; P.G. Alleva, *L'evoluzione...* cit., 110; M.G. Garofalo, *Commento all'art. 18...* cit., 271; *idem*, *La nuova disciplina...* cit., 189 e ss.; *idem*, *Contributo all'esegesi...* cit., 586 e ss.; E. Ghera – F. Liso, *Mora del creditore...* cit., 1000 e ss.; A. Proto Pisani, *Giudizio di legittimità...* cit., 367 e ss.; M. Napoli, *Licenziamenti...* cit., 68; *idem*, *La tutela reale...* cit., 138 – 139; O. Mazzotta, *Il risarcimento dei danni...* cit., 2176 – 2177, il quale esclude la possibilità di ridurre l'importo del risarcimento del danno a seguito del comportamento del lavoratore non utilizzando l'argomento della natura indennitaria delle somme, ma sostenendo che esse vengono corrisposte a titolo di adempimento tardivo, dovendo ragionare della permanenza del rapporto di lavoro e dell'inidoneità del recesso a fungere da causa estintiva del rapporto; sicché, le regole ordinarie che presiedono al risarcimento del danno sono inapplicabili; G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti individuali. Commento alla l. 11 maggio 1990, n. 108*, Napoli, 1990; A. Tampieri, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *DL*, 1992, I, 71.

⁵⁰¹ V., su tutti, A. Freni – G. Giugni, *Statuto...* cit., 70; M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 26 e ss.; *idem*, *La nuova disciplina...* cit., 205; G. Cattaneo, *Mora del creditore...* cit., 133; G. Pera, *La cessazione...* cit., 185; M. D'Antona, *Tutela reale...* cit., 449; *idem*, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, in *NLCC*, Cedam, 1991, 166; *idem*, *Commentario alla legge...* cit., 398; F. Bianchi D'urso, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *MGL*, 1990, 344; I. Piccinini, *Sulla misura dell'indennità ex art. 1, l. 108/90: aliunde perceptum e percipiendum, danni ulteriori, ingiustificato arricchimento*, in *DL*, 1991, I, 280; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 59; G. Vidiri, *Il risarcimento...* cit., 211; V. Valentini, *Sulla natura...* cit., 806; M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit., 845; G. Suppiej – M. De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro...* cit., 409; M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 69 e ss.; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto...* cit., 513 e ss. Una particolare teoria è quella espressa da F.P. Rossi, *La reintegrazione...* cit., 655 e ss., il quale ritiene che le detrazioni in questione possa addirittura azzerare il risarcimento del danno ex art. 18, potendo, quindi, esse incidere

accolta per plurime ragioni. Innanzitutto, constrirebbe con il dettato normativo, laddove si prevede espressamente la tutela risarcitoria. Contro questa affermazione si potrebbe obiettare che anche per il periodo successivo alla sentenza il legislatore ha previsto *expressis verbis* il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, eppure si è detto innanzi che per tale periodo le somme devono essere considerate aventi natura retributiva o, comunque, risarcitoria ma con funzione sanzionatoria e, quindi, imm modificabili. In questo caso, però, attingendo ai criteri ermeneutici, l'interpretazione letterale deve lasciare il passo a quella logico – funzionale, in quanto, come detto, ove ci fermassimo alla prima la norma rischierebbe di restare priva di effettività e, quindi, di non rispettare la *ratio legis* e gli obiettivi prefessati dal legislatore con l'art. 18. Per il periodo precedente alla sentenza, invece, una volta ritenuto che la tutela risarcitoria in luogo di quella retributiva trova giustificazione nell'assenza del principio di corrispettività (*supra*), non v'è alcuna ragione per contrastare il dettato normativo; anzi, paradossalmente, la previsione risarcitoria è pienamente giustificata anche attingendo all'interpretazione logico – funzionale, laddove il datore di lavoro, mentre con riferimento al periodo successivo alla sentenza risponde anche – e soprattutto – dell'inottemperanza all'ordine giudiziale di reintegrazione, per quello precedente, invece, non può essere costretto a subire tutte le conseguenze negative derivanti dal licenziamento ove nelle more si sono verificate situazioni idonee ad interrompere, o quantomeno ad affievolire, il nesso di causalità tra l'evento dannoso e il danno subito dal lavoratore (*infra*).

Inoltre, come giustamente osservato da D'Antona, l'espressione <<commisurare a>> non implica esclusivamente ed univocamente il significato di indennità uguale a tutte le retribuzioni globali di fatto, ma, al contrario, un solamente un parametro legale ed oggetto di misurazione del risarcimento⁵⁰².

Con riferimento, nello specifico, alla quantificazione del danno, poiché il sinallagma genetico non viene meno a causa del licenziamento, si dovrà tenere conto anche dei diritti patrimoniali *medio tempore* maturati dal lavoratore, derivanti direttamente dalla persistenza giuridica del rapporto di lavoro; quindi, nella retribuzione globale di fatto,

anche sull'indennità minima inderogabile.
⁵⁰² V. M. D'Antona, *Disciplina...* cit., 167.

dovranno essere prese in considerazione anche l'anzianità di servizio⁵⁰³, che potrebbe determinare il diritto ad ulteriori scatti di anzianità o anche a promozioni automatiche se previste dai contratti collettivi⁵⁰⁴, gli eventuali aumenti retributivi previsti dai contratti collettivi succedutisi nel tempo, i ratei di trattamento di fine rapporto, nonché le retribuzioni differite ove maturate, il tutto oltre agli accessori come per legge⁵⁰⁵.

Non si ritiene, invece, che il lavoratore abbia diritto alla corresponsione delle voci retributive strettamente legate al concreto svolgimento della prestazione lavorativa⁵⁰⁶, quali le indennità corrisposte a qualsiasi titolo per l'esposizione del lavoratore a rischi potenziali, in quanto in assenza della prestazione lavorativa non si verifica alcun rischio idoneo a giustificare l'erogazione dell'indennità, ovvero i premi di produzione, sia individuali sia collettivi, non avendo il lavoratore contribuito, anche se non per sua colpa, al raggiungimento di risultati, sia aziendali sia individuali, salvo quelli maturati, per intero o parzialmente, durante il periodo immediatamente precedente al licenziamento⁵⁰⁷. L'unica eccezione potrebbe essere rappresentata da quelle indennità non legate allo svolgimento della prestazione lavorativa, ma derivanti da inadempienze del datore di lavoro. Si pensi, ad esempio, all'indennità di mensa; questa, infatti, ove prevista dalla contrattazione collettiva, perde la sua natura tipicamente assistenziale per assumere quella prettamente retributiva⁵⁰⁸.

Diverso, invece, è il discorso relativo agli assegni nucleo familiare. Questi, costituendo il cd. salario previdenziale, vengono corrisposti dal datore di lavoro soltanto a titolo di anticipazione, essendo, invece, il soggetto giuridicamente obbligato l'istituto

⁵⁰³ V. conformemente A. Freni – G. Giugni, *Statuto dei lavoratori...* cit.; G. Pera, *La cessazione...* cit., 190; da ultimo v. M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 75.

⁵⁰⁴ In senso conforme v. G. Pera, *La cessazione...* cit., 191.

⁵⁰⁵ Dello stesso avviso sono M. D'Antona, *Sulla responsabilità risarcitoria...* cit., 331; *idem*, *La reintegrazione...* cit., 170; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 300. In giurisprudenza v. Cass. 5 marzo 2003, n. 3259, in *MGL*, 2003, 368.

⁵⁰⁶ V. sul punto Cass. 2 febbraio 2007, n. 2262, in *GCM*, 2007, 7-8; Cass. 29 gennaio 2007, n. 1833, in *LG*, 2007, 1029; Cass. 5 aprile 2001, n. 5092, in *MGL*, 2001, 1024; Cass. 26 giugno 1991, n. 7179, in *RGL*, 1992, II, 193. *Contra* v. P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, *La nuova...* cit., 47; nonché G. Ferraro, *I licenziamenti...* cit., 58.

⁵⁰⁷ Invero, in giurisprudenza v'è un orientamento, minoritario, che riconosce al lavoratore, in caso di invalidità del licenziamento, oltre alla retribuzione <<base>> anche ogni compenso di carattere continuativo che si ricolleggi alle particolari modalità della prestazione in atto al momento del licenziamento (v. Cass. 17 febbraio 2009, n. 3787, in *GCM*, 2009, 2, 253; Cass. 9 febbraio 2007, n. 2898, in *D&L*, 2007, 1, 203; Cass. 24 agosto 2006, n. 18441, in *GD*, 2006, 39, 67; Cass. 10 gennaio 2004, n. 215, in *D&G*, 2004, 4, 30).

previdenziale. Si potrebbe sostenere che tale voce retributiva rientra nella retribuzione globale di fatto, con la conseguenza che, persistendo giuridicamente il rapporto di lavoro, il diritto del lavoratore agli ANF non viene meno durante il periodo di vigenza del licenziamento, anche in considerazione del fatto che il datore di lavoro viene condannato, ai sensi dell'art. 18, anche al versamento della contribuzione previdenziale ed assistenziale, sicché i presupposti giuridici per la rivendicazione da parte del lavoratore di tale diritto non vengono meno a causa del licenziamento. Invero, gli ANF non sono *pars pro toto* della retribuzione mensile, ma ad essa si aggiungono. Sicché, il lavoratore, conservando, in presenza dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalla legge, il diritto a percepire tali somme, dovrà prima rivendicarli nei confronti dell'istituto previdenziale e, in caso di diniego⁵⁰⁹, pretendere dal datore di lavoro il risarcimento del danno subito, pari all'importo degli ANF non percepiti.

La qualificazione risarcitoria delle somme comporta ulteriori conseguenze in ordine alla quantificazione del danno. Si è discusso, infatti, se il lavoratore potesse rivendicare il risarcimento dei danni ulteriori subiti a causa del licenziamento, intendendo per tali quelli diversi da quelli che hanno causa diretta e immediata nell'atto lesivo (il recesso). L'art. 1224 c.c., comma 2, prevede il diritto del soggetto leso, che prova di aver subito un danno maggiore, a rivendicare l'ulteriore risarcimento del danno.

L'applicazione di tale norma al diritto del lavoro e, nello specifico, alla disciplina del licenziamento non può prescindere dalla qualificazione risarcitoria delle somme spettanti al lavoratore in caso di invalidazione del recesso. Ed infatti, in relazione all'art. 18 *ante* riforma del '90, opportunamente si distingueva il periodo precedente alla sentenza da quello successivo, ritenendo ammissibile la richiesta del lavoratore ai sensi dell'art. 1224 cit. esclusivamente per il primo periodo e non anche per il secondo, laddove la tutela risarcitoria lasciava il posto a quella retributiva. Venendo meno la predetta distinzione a seguito della novella del '90, l'ammissibilità della tutela risarcitoria relativamente al danno ulteriore subito dal lavoratore potrebbe ora essere

⁵⁰⁸ In senso conforme v. Cass. 16 settembre 2009, n. 19956, in *D&G*, 2009.

⁵⁰⁹ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui l'istituto previdenziale non sia stato chiamato in causa nel giudizio relativo all'impugnativa del licenziamento (non costituendo, in ogni caso, ipotesi di litisconsorzio necessario). L'eventuale sentenza di accoglimento, pur se notificata anche all'istituto previdenziale, non potrà produrre effetti nei confronti di esso, non essendo parte in causa, con il conseguente legittimo diniego in relazione al riconoscimento del diritto del lavoratore agli ANF.

estesa all'intero periodo coperto dall'art. 18. D'altra parte, come statuito dalla giurisprudenza maggioritaria⁵¹⁰, il riconoscimento della risarcibilità del danno ulteriore deriva dall'applicazione alla disciplina del licenziamento dei principi generali in tema di risarcimento del danno, che comporta la riduzione del risarcimento in caso di concorso (almeno) colposo del lavoratore danneggiato, ma anche l'incremento qualora il danno subito fosse superiore a quello *ex lege* stabilito.

Invero, anche per il riconoscimento del danno ulteriore sono emerse non poche problematiche, anch'esse derivanti dalla qualificazione delle somme spettanti al lavoratore. Ed infatti, soprattutto in dottrina, non tutti sono stati d'accordo nel ritenere risarcibile anche il danno ulteriore, in quanto il risarcimento del danno *ex art. 18* è idoneo a comprendere tutti i danni subiti dal lavoratore a causa del recesso invalido, nessuno escluso⁵¹¹. Tale interpretazione non sembra poter essere accolta, in quanto i danni subiti dal lavoratore trovano necessariamente tutti causa nel licenziamento, ma mentre la tutela risarcitoria *ex art. 18* riguarda i danni subiti a causa della ingiustificata perdita del posto di lavoro e, quindi, dell'assenza della retribuzione, al punto che si è detto che essi corrispondono al lucro cessante, non è possibile escludere a priori che l'evento lesivo (il licenziamento) sia idoneo a determinare la causazione di danni maggiori rispetto a quelli relativi alla perdita del posto di lavoro e, quindi, delle retribuzioni. Sarebbe fondata l'inammissibilità del risarcimento dei danni ulteriori laddove si ragionasse, come qualcuno ha cercato di fare, non di una tutela risarcitoria, ma di una prettamente indennitaria, attraverso la quale il legislatore ha previsto un quantificazione delle somme spettanti al lavoratore in misura rigida, non suscettibile di alcuna variazione, né in aumento né in detrazione (*supra*). Invero, appare più corretto sostenere che, in applicazione dei principi generali in tema di risarcimento del danno, saranno ammissibili sia le eccezioni di *aliunde perceptum et percipiendum*, in applicazione dell'art. 1227 c.c. sia la possibilità da parte del lavoratore di rivendicare il risarcimento dei danni ulteriori ai sensi dell'art. 1224 c.c.

⁵¹⁰ Sulla ammissibilità del risarcimento del danno ulteriore v., *ex plurimis*, Cass. 7 luglio 2009, n. 15915, in *D&G*, 2009; Cass. 17 dicembre 2007, n. 26561, in *GCM*, 2007, 12; Cass. 14 maggio 2003, n. 7479, in *GCM*, 2003, 5; Cass. 12 luglio 2002, n. 10203, in *RIDL*, 2003, II, 380.

⁵¹¹ V. A. Proto Pisani, *Giudizio di legittimità...* cit., 368; F. Carinci, *Licenziamento e statuto...* cit., 1593; G. Napolitano, *La nuova disciplina...* cit., 203.

Ovviamente, la predetta conclusione deve essere circoscritta alle somme relative al periodo precedente alla sentenza, in quanto per quello successivo, si ribadisce che quanto percepito dal lavoratore in detto periodo ha natura prettamente sanzionatoria, quale conseguenza dell'inottemperanza del datore all'ordine di reintegrazione, per cui, non ragionando di risarcimento del danno, non potranno essere applicati i principi generali del diritto comune e, quindi, gli artt. 1227 e 1224 c.c.⁵¹².

Nello specifico, il lavoratore può rivendicare l'ulteriore danno patrimoniale subito a causa della non percezione delle retribuzioni (si pensi, ad esempio, al lavoratore costretto a chiedere un prestito bancario per sopportare le spese ordinarie sue e della sua famiglia, ovvero al danno professionale subito a causa della lunga inattività), nonché quello non patrimoniale derivante dalle modalità con cui è stato licenziato (si pensi al licenziamento ingiurioso⁵¹³), ovvero dalla precaria situazione psico fisica che si viene a determinare a causa dell'espulsione illegittima dal ciclo produttivo (si pensi al risarcimento dei danni biologico, morale o esistenziale insorti a causa di una sindrome depressiva causata dal licenziamento⁵¹⁴).

La natura risarcitoria delle somme, con riferimento al periodo precedente alla sentenza, comporta, poi, tre ulteriori ed ultime considerazioni. La prima afferisce all'onere probatorio; la seconda alla rilevanza dell'elemento soggettivo in capo al datore di lavoro nella causazione del danno; l'ultima, che verrà approfondita in seguito, alla ripetibilità di quanto percepito dal lavoratore in caso di riforma della sentenza.

In ordine all'onere probatorio si manifesta, ulteriormente, la specialità della disciplina del licenziamento rispetto al diritto comune.

Si può parlare di una tutela risarcitoria <<speciale>>⁵¹⁵, ma solo con riferimento

⁵¹² In senso conforme v. F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 131; F. Bianchi D'Urso, *Prime considerazioni...* cit., 346; M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit..

⁵¹³ Sull'ingiuriosità del licenziamento quale causa di danni ulteriori v. Cass. 11 giugno 2008, n. 15496, in *GCM*, 2008, 6, 925; Cass. 5 marzo 2008, n. 5927, in *D&G*, 2008; Cass. 12 dicembre 2007, n. 26073, in *GD*, 2008, 7, 41; Cass. 14 maggio 2003, n. 7479, in *GCM*, 2003, 5; Cass. 1 aprile 1999, n. 3147, in *D&L*, 1999, 653; Cass. 26 gennaio 1989, n. 473, in *DPL*, 1989, 1441. In dottrina v. M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 27; M.G. Garofalo, *Commento all'art. 18...* cit., 270 – 271; P. Tullini, *Del licenziamento ingiurioso, del danno biologico e di altro*, in *RIDL*, 1994, II, 562 e ss; F. Mazziotti, *Inefficacia del licenziamento...* cit., 655 – 656; M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 92 – 96.

⁵¹⁴ V. Cass. S.U. 24 aprile 1990, n. 3455, in *FI*, 1990, I, 1493. In dottrina v. M. D'Antona, *Licenziamento illegittimo...* cit., 2247; *idem*, *Sulla responsabilità risarcitoria...* cit., 378 e ss.; M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 68.

⁵¹⁵ V. in senso conforme M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 135.

all'onere probatorio, in quanto può prescindere dall'effettivo danno subito dal soggetto leso ed, in ogni caso, impone un onere probatorio negativo in capo al soggetto danneggiante e non, invece, uno positivo in capo a quello danneggiato. L'art. 18, infatti, presuppone una presunzione assoluta con riferimento all'importo minimo delle cinque mensilità, al punto che si è detto in precedenza che essa rappresenta più una sanzione che un risarcimento del danno, ed una semplice per il restante periodo, in quanto non è il lavoratore, soggetto leso, che dover provare di aver subito un danno e, conseguentemente, il suo ammontare, ma è il datore di lavoro che deve provare che il lavoratore ha subito un danno inferiore rispetto a quello presunto dalla legge⁵¹⁶; sicchè, sarà onere di quest'ultimo attivarsi, nei modi e nei tempi che in seguito si andranno ad analizzare, per evitare di essere condannato a risarcire un danno maggiore rispetto a quello effettivamente subito dal lavoratore. Il rapporto tra diritto del lavoro e diritto civile torna nel binario della normalità, invece, in relazione alla risarcibilità del danno ulteriore, laddove, all'unanimità in dottrina⁵¹⁷ quanto in giurisprudenza⁵¹⁸ si ritiene che è il lavoratore che deve provare l'an e il quantum dell'ulteriore danno subito.

In relazione alla seconda problematica, invece, è evidente che se si parla di risarcimento, in applicazione dei principi generali in tema di risarcimento del danno, si dovrà tener conto anche dell'elemento soggettivo del datore di lavoro. Anche in questo caso si assiste ad una presunzione, semplice, di imputabilità del danno al datore di lavoro, per cui non è il lavoratore che deve provare la responsabilità, per colpa o per dolo, del datore di lavoro, ma è quest'ultimo che deve provare di aver agito in buona

⁵¹⁶ V. su tutte Corte Cost. 23 dicembre 1998, n. 420, in *DL*, 1998, II, 473. Nella giurisprudenza di legittimità v., *ex plurimis*, Cass. 28 agosto 2007, n. 18146, in *GCM*, 2007, 7-8; Cass. 1 luglio 2004, n. 12102, in *GCM*, 2004, 7-8; Cass. 3 maggio 2004, n. 8364, in *D&L*, 2004, 637; Cass. 15 luglio 2002, n. 10260, in *MGL*, 2002, 788; Cass. 21 settembre 1998, n. 9464, in *GD*, 1998, 43, 55. Sul punto M. D'Antona incisivamente sintetizza così: "La combinazione tra diritto speciale e diritto comune che ne risulta, può essere così sinteticamente rappresentata. La <<commisurazione>> del risarcimento alla retribuzione globale di fatto funziona come presunzione semplice. La legge presume che il danno equivalga al <<valore>> della prestazione inadempita e fissa tale valore con riferimento alla retribuzione globale di fatto., sollevando il lavoratore dalla necessità di provare, secondo i principi, di aver subito un'effettiva perdita patrimoniale. Il danneggiante ha però la facoltà di eccepire i fatti che, secondo il diritto comune, possono moderare l'ammontare del risarcimento, incluso l'aliunde perceptum" (v. M. D'Antona, *Commentario della legge...* cit., 399). Sul punto v. anche, tra i tanti, M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 133 – 134; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 99.

⁵¹⁷ V. *ex plurimis* M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 26; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 128; M. D'Antona, *Commentario alle legge...* cit., 397; G. Suppiej – M. De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro...* cit., 409; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 296.

fede, perché indotto ad adottare il licenziamento da circostanze esterne, non a lui imputabili, in seguito rivelatesi infondate (si pensi, ad esempio, al licenziamento irrogato a seguito di un giudizio definitivo di inidoneità del lavoratore alla mansione o al lavoro, poi ribaldato in corso di giudizio⁵¹⁹; ovvero, all'ipotesi di recesso intimato in base a norme poi dichiarate incostituzionali⁵²⁰; o, ancora, al licenziamento irrogato in base ad erronee giustificazioni fornite dal lavoratore durante il procedimento disciplinare⁵²¹). L'elemento soggettivo, pertanto, rileva ai fini dell'accertamento del *quantum* del risarcimento del danno, per cui, escludendo la previsione minima inderogabile⁵²², quest'ultimo potrebbe essere ridotto o addirittura azzerato laddove il datore provi in giudizio l'assenza di qualsiasi responsabilità a suo carico nella causazione del danno, non potendo essere ritenuta la responsabilità del datore di lavoro di natura oggettiva⁵²³.

In realtà bisogna fare un'ultima considerazione. La rilevanza dell'elemento soggettivo per il periodo precedente alla sentenza viene meno per quello successivo, laddove in caso di violazione dell'obbligo di reintegrare il lavoratore si presume non solo la responsabilità del datore di lavoro, ma anche la volontà di non adempiere e, quindi, il dolo. Qui, però, la quantificazione delle somme spettanti al lavoratore prescinde dall'elemento soggettivo del datore di lavoro, con la conseguenza che mentre con

⁵¹⁸ Cfr. le pronunce citate nella nota n. 510.

⁵¹⁹ V., tra le tante, Cass. 15 luglio 2002, n. 10260, in *MGL*, 2003, 81; Cass. 21 settembre 1998, n. 9464, in *MGL*, 1999, 137.

⁵²⁰ V. Cass. 18 aprile 2002, n. 5586, in *NGL*, 2002, 593; Cass. 3 febbraio 1999, n. 941, in *NGL*, 1999, 547.

⁵²¹ V. Cass. 30 maggio 2005, n. 11401, in *RIDL*, 2006, II, 640; Cass. 27 febbraio 2004, n. 4050, in *MGL*, 2004, 413.

⁵²² Sull'illegittima esclusione della misura minima inderogabile di danno dalla rilevanza dell'elemento soggettivo v. G. Sigillò Massara, *Il risarcimento del danno da fatto lecito (o dovuto)*, in *DL*, 1998, II, 480, a parere del quale, dovendosi applicare anche nella fattispecie in esame i principi generali del diritto civile in tema di risarcimento del danno, la colpa e il dolo, costituendo elementi costitutivi della fattispecie <<inadempimento>> generatrice di risarcimento del danno, qualora essi fossero assenti dovrebbe essere esclusa qualsiasi responsabilità del datore di lavoro, anche in relazione all'obbligo di risarcire le cinque mensilità.

⁵²³ Sulla rilevanza dell'elemento soggettivo ai fini della determinazione del risarcimento del danno per la parte eccedente la misura minima inderogabile v. Corte Cost. n. 420/1998 cit.. Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. 12 agosto 2008, n. 21538, in *GCM*, 2008, 7-8, 1259; Cass. 30 maggio 2005, n. 11401, in *RIDL*, 2006, II, 640; Cass. 27 febbraio 2004, n. 4050, in *DRI*, 2005, 190; Cass. 17 febbraio 2004, n. 3114, in *OGL*, 2004, I, 201; Cass. 15 luglio 2002, n. 10260, in *MGL*, 2002, 788; Cass. SU 27 luglio 1999, n. 508, in *MGL*, 1990, 1061. In dottrina cfr. V. Valentini, *Sulla natura...* cit., 809; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 295; M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 69.

riferimento al periodo precedente alla sentenza esso rileva ai fini della diminuzione del risarcimento del danno, in relazione, invece, al periodo in esame l'elemento soggettivo non comporta alcun incremento di esso. V'è pertanto una discrasia tra i due periodi, questa volta a vantaggio esclusivo del datore di lavoro, il che giustifica non solo che per il periodo *post* sentenza si debba parlare di risarcimento con funzione sanzionatoria e non di mero risarcimento, proprio in relazione alla gravità del comportamento datoriale, ma anche che sarebbe opportuno incrementare le sanzioni a carico del datore di lavoro sia per rendere effettiva la tutela reintegratoria in favore del lavoratore sia per punire adeguatamente il comportamento doloso posto in essere dal datore di lavoro.

4.1. Aliunde perceptum

La qualificazione integralmente risarcitoria delle somme spettanti al lavoratore a seguito dell'invalidazione del licenziamento determina la possibilità di applicare anche nella fattispecie in esame i principi generali in tema di risarcimento del danno. Il riferimento, come abbiamo visto nel paragrafo che precede, è *in primis* all'art. 1224, co. 2, c.c. in tema di risarcibilità del danno ulteriore; *in secundis*, all'art. 1223 c.c. in base al quale deve essere risarcito soltanto il danno effettivamente subito, quale causa diretta ed immediate dell'evento lesivo, nonché all'art. 1227 c.c., secondo cui la condotta colposa o dolosa del soggetto danneggiato, nel caso di specie del lavoratore, incide negativamente sulla quantificazione del risarcimento del danno subito.

Per tali motivi, quindi, è evidente che ragionando di licenziamento invalido quale causa di danno e, conseguentemente, di risarcimento del danno i predetti principi devono essere rispettati, salvo si voglia attribuire alle somme in questione una natura diversa da quella risarcitoria. Ed infatti, chi ha sostenuto in passato la natura indennitaria di esse sin dal momento del licenziamento ha ritenuto, ovviamente, inammissibile ogni detrazione, proprio perché incompatibile con la natura non risarcitoria delle somme liquidate al lavoratore (*supra*).

Nonostante il parere unanimemente contrario della giurisprudenza, che non differenzia i due periodi ritenendo il diritto del lavoratore *ex art. 18* avente natura esclusivamente risarcitoria, non si può che confermare l'idea che, in realtà, una diversificazione c'è ed è evidente, soprattutto a livello logico – funzionale (*supra*).

Sulla scia di questa riflessione si collaca quella relativa alla verifica dell'applicabilità o meno dell'art. 1227 c.c. alla fattispecie in esame; bisogna verificare, in sintesi, se la condotta colposa o dolosa del lavoratore, posta in essere successivamente al licenziamento e prima dell'eventuale sentenza di reintegra, può determinare una riduzione del risarcimento del danno attraverso l'accoglimento da parte del giudice adito dell'eccezioni di *aliunde perceptum et percipiendum*.

L'ammissibilità delle suddette eccezioni, come detto, sembra ormai fuori discussione⁵²⁴, anche se, mentre la giurisprudenza e quella parte della dottrina che opta per la natura esclusivamente risarcitoria delle somme *ex art. 18* non distingue tra il periodo *pre* e *post* sentenza (*supra*), si ritiene invece che detta ammissibilità vada circoscritta soltanto al primo periodo indicato e, cioè, a quello che va dalla data del licenziamento sino alla sentenza (con esclusione, ovviamente, dell'ipotesi del licenziamento nullo perché adottato per causa di matrimonio, in quanto ai sensi dell'art. 2 della legge n. 7 del 1963, il diritto del lavoratore ha *ex lege* natura retributiva e, quindi, risulta immodificabile), in quanto per il periodo successivo le somme devono perdere la natura risarcitoria per acquistare quella sanzionatoria in reazione alla mancata reintegrazione del lavoratore da parte del datore di lavoro⁵²⁵. Ritenere, al contrario, rilevante il comportamento colposo del lavoratore anche nel periodo successivo alla sentenza ai fini della diminuzione del risarcimento del danno comporta il rischio, come abbiamo visto, di rendere ineffettiva la tutela *ex art. 18* e, in particolar modo, quella reintegratoria, laddove la nuova occupazione del lavoratore può indurre il datore di lavoro a non ottemperare all'ordine di reintegra, potendo tale circostanza azzerare o, comunque, comprimere notevolmente la quantificazione delle somme (*supra*).

Circoscrivendo, pertanto, la presente riflessione esclusivamente al periodo che precede

⁵²⁴ Si vedano, a tal proposito, le numerose pronunce giurisprudenziali sul tema, tra le quali si segnalano TAR Lazio (Roma) 2 febbraio 2007, n. 799, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 2, 528; Cass., 20 giugno 2006, n. 14131, in *LG*, 2006, 1130; Cass., 16 settembre 2002, n. 13543, in *LG*, 2003, 233; Cass., 3 ottobre 1998, n. 9826, in *GCM*, 1998, 2007.

⁵²⁵ Sull'impossibilità di detrarre alcunché dalle somme corrisposte al lavoratore durante il periodo successivo alla sentenza, stante la natura sanzionatoria di esse, v. F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 131; M. D'Antona, *Disciplina...* cit., 167; *idem*, *Tutela reale...* cit., 451; *idem*, *Commentario alla legge...* cit., 404; M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 195; *idem*, *Contributo all'esegesi...* cit., 593; M. Dell'Olio, *La nuova disciplina e il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo: considerazioni generali*, in *DL*, 1991, I, 203; M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit., 856; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 294; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto...* cit., 517 - 518; A. Avondola, *Il danno per licenziamento...*

la sentenza, si osserva che tra le due eccezioni in esame v'è una sostanziale differenza, che le rende complementari, ma non alternative. L'eccezione di *aliunde perceptum*, infatti, è ancorata ad un dato reale e, cioè, alla accertata percezione di somme, quale corrispettivo di un'attività lavorativa a qualsiasi titolo prestata, da parte del lavoratore licenziato nelle more dell'accertamento dell'invalidità del licenziamento subito⁵²⁶; quella di *aliunde percipiendum*, invece, è subordinata ad un'indagine da parte del giudice sull'esistenza di un comportamento colposo (e, conseguentemente, con una valutazione della gravità della colpa) ovvero doloso del lavoratore licenziato, per non essersi impegnato a ricercare una nuova occupazione o per aver ingiustificatamente rifiutato un'offerta lavorativa, assumendo rilevanza dunque un guadagno del lavoratore non "reale" ma "virtuale" (o se si preferisce, il mancato guadagno).

Il punto nodale è che non si dovrebbe far ricadere sul datore di lavoro la responsabilità di tutte le conseguenze negative subite dal lavoratore a causa del licenziamento, compreso quelle derivanti da una condotta colposa o addirittura dolosa di quest'ultimo, in quanto i danni causati dal recesso illegittimo non sono collegabili esclusivamente all'evento *ex se*, ma anche allo stato di disoccupazione, prolungato nel tempo, causato dal licenziamento, ma la cui persistenza potrebbe essere collegata alla negligenza del lavoratore. Sicché, ove venisse meno il nesso di causalità tra l'evento licenziamento e i danni da questo prodotti sul lavoratore, ciò non potrebbe non influire sulla quantificazione del danno medesimo.

A questo punto è opportuno soffermarsi sull'onere probatorio, in ordine al profilo sia soggettivo sia oggettivo.

Ebbene, mentre sul profilo soggettivo dell'onere probatorio, pacificamente in capo al datore di lavoro⁵²⁷, non sono sorti problemi interpretativi, ancora oggi si discute in

cit., 308.

⁵²⁶ Sul punto la Cassazione si è recentemente pronunciata statuendo che non tutte le somme *medio tempore* percepite dal lavoratore possono costituire *aliunde perceptum*, ma solo quelle percepite a titolo di retribuzione e non a titolo per esempio di prestazione assistenziale, previdenziale o pensionistica; la diversa natura delle somme in questione rispetto alla retribuzione osta alla *compensatio lucri cum danno* (v. Cass. 14 giugno 2007 n. 13871, in *GL*, 2007, 37, 31; nonché Cass. S.U. 13 agosto 2002 n. 12194, in *GCM*, 2002, 1891. *Contra* v. Cass. 5 giugno 1996 n. 5228, in *DL*, 1997, II, 358; Cass. 27 settembre 1997 n. 9483, in *GCM.*, 1997, 1792).

⁵²⁷ V. *ex plurimis* Cass., 5 aprile 2004, n. 6668, in *GCM.*, 2004, 4; Cass., 26 febbraio 2002, n. 2853, in *GCiv.*, 2002, I, 1226; Cass., 29 agosto 2000, n. 11341, in *GCM*, 2000, 1857; Cass., 8 giugno 1999, n. 5662, in *OGL*, 1999, I, 435. L'imputazione dell'onere probatorio in tema di *aliunde perceptum* e

relazione a quello oggettivo. Il principio che governa l'ammissibilità dell'eccezione in questione è quello relativo alla *compensatio lucri cum damno*⁵²⁸, in base al quale, poiché il risarcimento del danno non deve essere fonte di lucro per il danneggiato⁵²⁹, (soltanto) gli eventuali effetti vantaggiosi per quest'ultimo che hanno causa diretta nell'evento dannoso rilevano ai fini della diminuzione del danno subito, affinché la misura del risarcimento del danno non superi quella dell'interesse leso.

Bisogna, quindi, verificare quali redditi rientrano nell'ambito di applicazione dell'*aliunde perceptum* e quali, invece, per la loro natura devono essere esclusi. Innanzitutto, si ammette la detraibilità delle somme percepite dal lavoratore a titolo di corrispettivo per un'attività lavorativa a qualsiasi titolo prestata nelle more del giudizio, ivi compreso i compensi ricevuti dal lavoratore per aver svolto una prestazione di lavoro autonomo o parasubordinato⁵³⁰. V'è, però, da fare una precisazione; non tutti i compensi percepiti per lo svolgimento di una prestazione lavorativa possono essere compresi nell'eccezione in questione, in quanto, in ogni caso, è opportuno procedere ad

percipiendum è una diretta ed inevitabile conseguenza del meccanismo presuntivo di determinazione del danno, adottato dal legislatore con l'art. 18 St. lav. Ed infatti, se non ci fosse quest'ultima previsione, l'onere probatorio del *quantum* di danno ricadrebbe sul creditore danneggiato (nel caso di specie il lavoratore) in virtù dei principi generali in tema di responsabilità contrattuale (è importante ricordare che il datore non potrà mai dimostrare che il danno subito dal lavoratore sia inesistente in quanto quest'ultimo avrà diritto al risarcimento del danno pari ad almeno cinque mensilità, quale sanzione – e non anche risarcimento – dell'illegittimità del licenziamento). In ultima analisi, il meccanismo *sub art. 18 St. lav.* determina una inversione dell'onere della prova in ordine all'*an et quantum* del risarcimento dovuto al lavoratore danneggiato. In dottrina l'unico che non riconosce l'onere probatorio in capo al datore di lavoro, sostenendo che dal testo della norma non si evince una previsione in tal senso, è R. Scognamiglio, *Licenziamento illegittimo...* cit., 120 e ss.

⁵²⁸ Alcuni Autori che hanno ritenuto inammissibile l'*aliunde perceptum* (cfr. nota n. 434) hanno utilizzato, quale argomento, l'impossibilità di ricorrere al principio in questione, in quanto, come affermato per esempio da Garofalo, "*le somme guadagnate dal prestatore lavorando autonomamente o alle dipendenze di un terzo hanno in ciò una loro autonoma causa, non ricollegabile con un nesso causale al fatto illecito del licenziamento proprio perché tre questo e le prime vi è l'insuperabile diaframma del nuovo negozio dal quale esse traggono titolo*", sicché il principio della *compensatio lucri cum danno* risulta inapplicabile alla fattispecie in esame in quanto esso afferisce soltanto all'ipotesi in cui il guadagno e la perdita derivino dal medesimo evento (v. M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 189, *idem*, *Contributo all'esegesi...* cit., 588 e ss., che ripropone quanto in precedenza affermato da P.G. Alleva, *L'evoluzione...* cit., 67 e ss., spec. 89).

⁵²⁹ Sul punto v. G. Cattaneo, *Mora del creditore...* cit., 110, secondo il quale "*Il diritto del debitore liberato trova un limite nell'esigenza di non accordargli un beneficio gratuito e non giustificato*". Sulla necessità di considerare gli ulteriori guadagni percepiti dal soggetto danneggiato ai fini della riduzione del risarcimento del danno si era già espresso, attingendo ai principi di correttezza e buona fede, L. Barassi, *Il contratto...* cit., 665 – 669, il quale affermava "... *chè ripugna alla buona fede, alla coscienza morale il cumulo della mercede intera con altri guadagni*". Dello stesso avviso di Barassi era C. Scuto, *La mora...* cit., 239 e ss.

⁵³⁰ Sul punto v., da ultimo, Cass. 25 luglio 2008, n. 20500, in *GCM*, 2008, 7-8, 1212. In dottrina v. M.

una preliminare verifica di incompatibilità. In sintesi, se un determinato compenso viene percepito dal lavoratore per lo svolgimento di una prestazione che sarebbe risultata compatibile anche ove il rapporto non fosse stato illegittimamente sospeso (si pensi ad un part-time eseguito al di fuori dell'orario di lavoro e nel rispetto dell'obbligo di fedeltà e di non concorrenza, eventualmente anche preesistente al licenziamento), questo, evidentemente, non può costituire *aliunde perceptum*, in quanto non determinerebbe un ingiustificato arricchimento del soggetto danneggiato⁵³¹.

Ancora oggi, invece, si discute se sia possibile o meno considerare *aliunde perceptum* anche i trattamenti previdenziali goduti in pendenza di giudizio, con riferimento sia alle prestazioni temporanee di disoccupazione sia a quelle definitive di pensione.

Secondo una parte della giurisprudenza, risalente nel tempo ed in ogni caso minoritaria⁵³², nell'eccezione in questione devono essere ricomprese tutte le somme percepite dal lavoratore nelle more del giudizio, anche quelle aventi natura previdenziale. La giurisprudenza maggioritaria, invece, alla quale si aderisce, esclude tali somme dal novero dei redditi rilevanti ai fini dell'*aliunde perceptum*, sulla base di diverse argomentazioni; secondo alcune pronunce la diversa natura delle somme in

Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 82.

⁵³¹ In senso conforme v. Cass. 15 dicembre 1989, n. 5645, in *DPL*, 1990, 1060. In dottrina v. F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 129; *idem*, *Inefficacia del licenziamento...* cit., 656; M. Dell'Olio, *Il risarcimento...* cit., 293; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 61; A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, vol. II, *Il rapporto di lavoro*, Torino, 1999, 316; V. Valentini, *Sulla natura...* cit., 812 – 813; G. Vidiri, *Il risarcimento...* cit., 215; L. Ioеле, *La tutela reale...* cit., 297. Una posizione particolare è assunta da M. D'Antona, *La reintegrazione e il risarcimento del danno...* cit., 361; *idem*, *Disciplina...* cit., 168; *idem*, *Licenziamento illegittimo...* cit., 297, *idem*, *Sulla responsabilità risarcitoria...* cit., 332, *idem*, *La reintegrazione nel posto...* cit., 151 e ss., *idem*, *Commentario alla legge...* cit., 400 e ss., a parere del quale nell'*aliunde perceptum* non deve essere ricompreso il reddito derivante dallo svolgimento di una prestazione compatibile con quella sospesa e neanche quello prodotto da una prestazione lavorativa non equivalente, per contenuto professionale, trattamento economico e riconoscimento sociale rispetto a quella propria del rapporto sospeso. Mentre sulla prima esclusione si è pienamente d'accordo con l'Autore, sulla seconda, invece, emergono perplessità, in quanto, o si accetta la tesi dell'inammissibilità assoluta della detrazione di guadagni derivanti da un altro contratto di lavoro e, quindi, da una causa diversa rispetto all'evento lesivo, oppure, una volta ammessa detta detraibilità, non è possibile procedere ad una differenziazione qualitativa, ma soltanto quantitativa, dovendo essere detratto dall'importo della retribuzione mensile riconosciuta al lavoratore quanto di fatto dallo stesso percepito per aver svolto un altro lavoro. Dello stesso parere di D'Antona sono R. Cosio, *I fatti limitativi del danno per il licenziamento illegittimo*, in *RGL*, 1986, II, 41; M.G. Garofalo, *Commento all'art. 18...* cit., 271; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 133; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto...* cit., 522; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 100.

⁵³² V. Cass. 3 ottobre 2000, n. 11136; Cass. 27 settembre 1997, n. 9483, in *GCM*, 1997, 1792; Cass. 5 giugno 1996, n. 5228, in *DL*, 1997, II, 358; Cass. 29 marzo 1996, n. 2906, in *FI*, 1997, I, 554. In dottrina, ma isolatamente, v. G. Vidiri, *Il risarcimento...* cit., 215.

questione rispetto alla retribuzione osta al principio della *compensatio lucri cum damno*, in quanto tali somme non hanno causa diretta nell'evento dannoso⁵³³; per altre, invece, con riferimento al trattamento pensionistico, la continuità giuridica del rapporto di lavoro, conseguente alla sentenza che invalida il licenziamento, rende indebita la prestazione pensionistica, per legge subordinata alla cessazione del rapporto di lavoro, con il conseguente obbligo in capo al lavoratore di restituire all'ente previdenziale erogante quanto percepito a titolo di pensione⁵³⁴. D'altra parte, la percezione del trattamento pensionistico non sorge per effetto della disponibilità delle energie lavorative derivante dal rifiuto, conseguente al licenziamento, da parte del datore di riceverle, ma quale conseguenza della cessazione del rapporto, indipendentemente dalle modalità di estinzione, e della maturazione di determinati requisiti⁵³⁵, sicché, in caso di invalidazione del licenziamento l'unico obbligo nascente in capo al lavoratore sarebbe quello di restituire all'ente previdenziale erogante quanto percepito a titolo di pensione, prestazione divenuta *ex post* indebita (ovviamente non per colpa del lavoratore), non potendo il datore di lavoro eccepire alcunché sul punto essendo soggetto estraneo al rapporto obbligatorio tra il lavoratore e l'ente previdenziale.

Le argomentazioni addotte dalla giurisprudenza e la conclusione cui si è testè giunti ben può estendersi anche alle prestazioni di disoccupazione⁵³⁶ e alle indennità di mobilità ai sensi dell'art. 7 della legge n. 223 del 1991 per il lavoratore privato e dell'art. 33, co. 8 del d.lgs. n. 165 del 2001 per quello pubblico, in quanto anche la percezione di esse è subordinata alla cessazione del rapporto di lavoro⁵³⁷; pertanto, anche in questo caso, la ricostituzione del rapporto che consegue alla sentenza che invalida il licenziamento, fa venir meno il presupposto al quale la legge ricollega il diritto a qualsiasi trattamento di disoccupazione, nonché di mobilità, ad eccezione di quello con requisiti ridotti per il

⁵³³ Sul punto V., *ex plurimis*, Cass. 8 maggio 2008, n. 11373, in *LPA*, 2008, 3-4, 645; Cass. 14 giugno 2007, n. 13871, in *GL*, 2007, 37, 31; Cass. 16 aprile 2007, n. 9988, inedita; Cass. SU 13 agosto 2002, n. 12194, in *GCM*, 2002, 1891; Cass. 19 maggio 2000, n. 6548, in *MGL*, 2000, 1065. In dottrina v. M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit., 886 e ss.; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti...* cit., 100.

⁵³⁴ V. *ex plurimis* Cass. 9 febbraio 2004, n. 2406, in *GCM*, 2004, 2; Cass. 20 febbraio 2003, n. 2529, in *RGL*, 2003, II, 328; Cass. n. 12194/2002 cit. In dottrina v. L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 298.

⁵³⁵ In senso conforme v. Cass. 17 dicembre 2008, n. 29473, inedita; Cass. 11 giugno 2004, n. 11134, in *GCM*, 2004, 6; Cass. n. 2529/2003 cit.; Cass. 8 giugno 1995, n. 6439, in *LG*, 1996, 250.

⁵³⁶ *Contra* e, quindi, sulla deducibilità a titolo di *aliunde perceptum* dell'indennità di disoccupazione v. G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto...* cit., 522.

⁵³⁷ Sul punto v. *ex plurimis* Cass. 10 agosto 2006, n. 18137, in *OGL*, 2006, 3, 695; Trib. Foggia 19

particolare modo di computo e di erogazione dello stesso.

È inevitabile che dall'ineducibilità del trattamento di disoccupazione o dell'indennità di mobilità discende, una volta venuta meno anche la contribuzione figurativa che ad esso afferisce, l'obbligo per il datore di lavoro di versare per intero quella obbligatoria⁵³⁸. In ogni caso, da tale situazione potrebbero discendere, in concreto, alcuni effetti perversi: si pensi, ad esempio, all'ipotesi del fallimento del datore di lavoro nelle more del giudizio con contestuale obbligo, una volta ricostituito il rapporto, di restituzione del trattamento di disoccupazione e irrecuperabilità del risarcimento del danno per incapienza dell'attivo, salvo non ritenere che l'insolvenza del datore di lavoro, generatrice di bisogno, e la funzione alimentare del trattamento di disoccupazione, solo *ex post* indebitamente percepito, non rendano quest'ultimo irripetibile da parte dell'Inps.

L'ineducibilità dal risarcimento del danno del trattamento di disoccupazione e dell'indennità di mobilità goduto dal lavoratore, come detto obbligato a restituirlo in caso di invalidazione del licenziamento, non può, in ogni caso, comportare un obbligo in capo al lavoratore di impugnare il licenziamento; tanto, a differenza di quanto previsto nelle ipotesi di dimissioni per giusta causa, in relazione alle quali l'ente previdenziale, prendendo atto della posizione espressa dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 24 giugno 2002, n. 269⁵³⁹ circa l'involontarietà dello stato di disoccupazione conseguente alle dimissioni per giusta causa e il diritto del dimissionario a percepire ugualmente l'indennità di disoccupazione, ha comunque previsto in capo al lavoratore un obbligo di far riconoscere giudizialmente la sussistenza della giusta causa, pena, in mancanza, la restituzione del trattamento di disoccupazione percepito⁵⁴⁰.

Dal punto di vista processuale sorgono problemi laddove si discuta di quando il datore di lavoro deve eccepire l'*aliunde perceptum*. In base ad un orientamento

settembre 2006, inedita; Cass. 14 febbraio 2005, n. 2928, in *GCM*, 2005, 2.

⁵³⁸ Sull'obbligo in capo al datore di versare, in caso di condanna *ex art.* 18 St. Lav., anche la quota contributiva a carico del lavoratore v. Cass. 4 aprile 2008, n. 8800, in *D&G*, 2008.

⁵³⁹ Leggila in *D&L*, 2002, 585.

⁵⁴⁰ Sul punto v. Circ. Inps del 4 giugno 2003, n. 97 e del 20 ottobre 2003, n. 163, con le quali l'ente previdenziale, da un lato, ha individuato, seppur non in maniera tassativa, le ipotesi in cui ricorre la giusta causa delle dimissioni e, dall'altro lato, ha stabilito la procedura e la modulistica necessaria per la

giurisprudenziale maggioritario, cui si aderisce, l'eccezione in esame (al pari di quella di *aliunde percipiendum*) deve essere sollevata dal datore di lavoro, a pena di decadenza, nel primo atto difensivo (quindi nella memoria di costituzione *ex art.* 416 c.p.c.), ovvero, qualora il datore di lavoro sia venuto a conoscenza delle relative circostanze solo in corso di giudizio e non per sua colpa, nel primo atto difensivo utile successivo⁵⁴¹. Sul punto, non va dimenticato, però, che esiste un altro orientamento giurisprudenziale contrario rispetto a quello poc'anzi individuato, espresso dalla Corte di Cassazione, che ha qualificato l'eccezione in questione come eccezione in senso lato e, quindi, rilevabile d'ufficio, anche in appello *ex art.* 345, comma 2 c.p.c., purché fondata su fatti allegati o comunque acquisiti al processo⁵⁴², anche mediante il comportamento del lavoratore stesso⁵⁴³.

In definitiva, sia che sia voglia qualificare *l'aliunde perceptum* come eccezione in senso stretto sia come eccezione in senso lato, considerato il divieto di scienza privata del giudice, è necessario che i fatti posti a fondamento della medesima risultino acquisiti agli atti su impulso sia del datore di lavoro sia del lavoratore⁵⁴⁴.

4.2. Aliunde percipiendum

Diversamente dall'eccezione di *aliunde perceptum*, quella di *aliunde percipiendum* è subordinata ad un giudizio virtuale da parte del giudice adito in merito alla potenziale capacità di guadagno del lavoratore licenziato; il datore di lavoro non deve provare la percezione da parte del lavoratore di un reddito, ma che quest'ultimo si è messo colposamente o dolosamente nelle condizioni di non poter guadagnare e, quindi, di non eliminare o ridurre, pur avendone la possibilità e i mezzi, le conseguenze negative prodotte dal licenziamento.

presentazione della domanda di disoccupazione.

⁵⁴¹ V. Cass. n. 14131/2006 cit.; Cass. n. 13543/2002 cit.; Cass. n. 9826/1998 cit. In dottrina v. F. Mazziotti, *Inefficacia del licenziamento...* cit., 656 – 657.

⁵⁴² V. Cass., 15 marzo 2005, n. 5610, in *OGI*, 2005, I, 143; Cass., 20 marzo 2004, n. 5655, in *GCM*, 2004, 3; Cass., 1 agosto 2001, n. 10523, in *GCM*, 2001, 1523; Cass. 21 marzo 2000, n. 3345, in *RIDL*, 2001, II, 133 e ss.; Cass., S.U., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *LG*, 1998, 11, 933 – 945.

⁵⁴³ V. A. Vallebona, *Istituzioni...* cit., 317; *idem*, *Onere della prova e rapporto di lavoro*, Cedam, 1988, 37 – 38.

⁵⁴⁴ In senso conforme v. M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 80 – 81.

Per quanto riguarda il profilo soggettivo dell'onere probatorio e quello processuale si rinvia a quanto detto in relazione all'eccezione di *aliunde perceptum*, potendo far valere quanto detto anche con riferimento all'eccezione in esame.

Più problematica, invece, è la questione relativa al profilo oggettivo dell'onere probatorio e, cioè, a cosa in concreto il datore di lavoro deve provare in giudizio.

Una parte della giurisprudenza e della dottrina, infatti, pur riconoscendo un generale obbligo di cooperazione in capo al lavoratore, ai sensi dell'art. 1227, co. 2, c.c., ha in alcuni casi ristretto le maglie di tale obbligo, al punto da ritenere il comportamento diligente prescritto dalla predetta norma come "onere" e non come "obbligo". È stato affermato, infatti, che il lavoratore licenziato, una volta impugnato tempestivamente il recesso, non è soggetto ad ulteriori oneri di diligenza, quale può essere la dichiarazione di disponibilità resa ai Centri per l'Impiego, ovvero la ricerca attiva di un nuovo lavoro, i quali eccedono l'ambito della cooperazione che la parte deve prestare, nell'esercizio dei propri diritti, per evitare danni alla controparte⁵⁴⁵.

A tale affermazione possono opporsi due obiezioni. La prima, riguarda il rapporto tra oneri processuali ed obblighi sostanziali, che l'orientamento predetto ha erroneamente sovrapposto, considerando la diligenza richiesta al lavoratore licenziato non come "obbligo" ma come "onere". La seconda, conseguente alla prima, afferisce all'effettivo ambito di applicazione dell'art. 1227 c.c.

Per quel che riguarda la prima problematica, a norma dell'art. 1227 c.c. esiste in capo al creditore danneggiato non l'onere ma l'obbligo di diligenza per evitare di concorrere

⁵⁴⁵ V., in giurisprudenza, Cass. 9 ottobre 2007, n. 21066, in *ADL*, 2008, 505 e ss.; Cass. 6 agosto 2002, n. 11786, in *GCM*, 2002, 1483. In dottrina v. M.G. Garofalo, *Commento all'art. 18...* cit., 271 – 272; O. Mazzotta, *Il risarcimento dei danni...* cit., 2176; M. D'Antona, *Disciplina...* cit., 168; *idem*, *La reintegrazione e il risarcimento...* cit., 361; *idem*, *Licenziamento illegittimo...* cit., 298; *idem*, *Sulla responsabilità risarcitoria...* cit., 332 – 333; *idem*, *Commentario alla legge...* cit., 401 e ss.; *idem*, *Tutela reale...* cit., 448, a parere del quale la diligenza prevista dall'art. 1227 c.c. può essere richiesta a chi ha <<perduto il posto di lavoro>> e non a chi è stato <<escluso dal posto di lavoro>>, in quanto "il danno è causato dall'illecita esclusione dal posto di lavoro e l'esclusione non cessa di essere illecita quando il lavoratore trova un altro lavoro. Il comportamento del lavoratore sul mercato del lavoro, in altri termini, non può aggravare un danno che deriva dal fatto storico dell'esclusione del lavoro e dal decorrere del tempo"; pertanto, l'Autore esclude l'ammissibilità dell'*aliunde percipiendum* con riferimento alla ricerca attiva di una nuova occupazione, ma la ritiene ammissibile in relazione alla colpevole inerzia nel proporre l'azione giudiziale. Dello stesso avviso di D'Antona è M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit., 871 – 872. Sul punto v. anche F. Mazziotti, *Inefficacia del licenziamento...* cit., 657, il quale esclude l'esistenza di un obbligo in capo al lavoratore licenziato di attivarsi per cercare un nuovo lavoro, la cui violazione determinerebbe una riduzione del risarcimento del danno ex art. 18; ma, al tempo stesso, fa rientrare nel

nella realizzazione del danno subito. E tanto trova conferma anche nell'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, secondo cui in tema di concorso di colpa del creditore, l'art. 1227 c.c. ha riguardo al comportamento di quest'ultimo in relazione ad un'obbligazione inadempita o non ritualmente adempiuta⁵⁴⁶, per cui, considerare la diligenza e le manifestazioni di essa alla stregua di un onere processuale, quale può essere la proposizione tempestiva dell'azione giudiziaria da parte del lavoratore licenziato, rischia di determinare, in pratica, uno svuotamento della norma stessa.

Infatti, se i comportamenti richiesti al lavoratore nelle more del giudizio costituiscono soltanto un "onere" di diligenza, quindi non suscettibile di essere sanzionato in caso di omissione, deve chiedersi qual è, allora, l'effettivo ambito di applicazione della predetta norma, ma sul punto si tornerà più avanti.

Preme ora soffermarsi su un altro aspetto. A causa della errata qualificazione della "diligenza nel ricercare un nuovo lavoro" ovvero "di rendere la dichiarazione di disponibilità" come un "onere" incombente sul lavoratore anziché come un obbligo, la Cassazione, con l'orientamento criticato, ha ritenuto di escludere, in generale, l'esistenza di ulteriori oneri in capo al lavoratore licenziato, una volta assolti quelli prettamente processuali

Ebbene, l'impugnazione del licenziamento e la diligenza *ex art. 1227 c.c.* costituiscono posizioni giuridiche passive distinte e non sovrapponibili: la prima, rappresenta un'onere del lavoratore, il quale può decidere liberamente se impugnare o meno il licenziamento, dovendo subire, ma per sua volontà, le conseguenze negative derivanti dall'eventuale mancata impugnazione del licenziamento (*infra*); la seconda, invece, costituisce un obbligo per il lavoratore, il cui inadempimento determina l'accertamento quanto meno di un concorso di colpa nella persistenza o nell'aggravamento del danno e, quindi, la conseguente riduzione del relativo risarcimento.

Come detto, l'eccezione di *aliunde percipiendum* è subordinata ad un giudizio virtuale in merito alla potenziale capacità di guadagno del lavoratore licenziato; ciò che deve essere provato dal datore di lavoro non è il conseguimento da parte del lavoratore di un

novero dell'*aliunde percipiendum* l'inerzia del lavoratore nel proporre l'azione giudiziale.

⁵⁴⁶ V. *ex plurimis* Cass. 17 maggio 2006 n. 11498, in *GCM*, 2006, 5; Cass. 19 febbraio 2003 n. 2469, in *GCM*, 2003, 347.

reddito ulteriore, ma l'essersi messo colposamente nelle condizioni di non poter guadagnare e, quindi, di non eliminare, pur avendone la possibilità e i mezzi, le conseguenze negative prodotte dal licenziamento.

Ai fini della prova, il datore di lavoro deve dedurre circostanze specifiche idonee a provare la negligenza del lavoratore.

Un primo indicatore è rappresentato dall'inerzia del lavoratore nel proporre la domanda giudiziale. Infatti, se un lavoratore impugna nei termini il licenziamento, a partire da quel momento deve cooperare affinché col suo comportamento negligente non aggravi il danno subito. Si potrebbe obiettare che l'esistenza del termine prescrizione induce a ritenere inesistente un obbligo in capo al lavoratore di tal genere. Invero, il termine prescrizione rileva ai fini della rivendicabilità di un diritto, l'obbligo di non essere inerte (e quindi di essere diligente), invece, rileva ai fini dell'eliminazione del danno subito.

Si potrebbe sostenere, ancora, che l'esistenza del termine prescrizione rileva ai fini dell'impossibilità di considerare l'inerzia in questione quale accettazione tacita del licenziamento.

Per i Giudici di legittimità, infatti, l'impugnazione tempestiva del licenziamento *ex art. 6 della legge n. 604 del 1966* è sufficiente a manifestare la volontà del lavoratore di non accettare il provvedimento espulsivo, ben potendo avviare l'azione giudiziale a suo piacimento, purché nel termine legale⁵⁴⁷.

È evidente che il problema si complica in tutte le ipotesi di licenziamento nullo, ovvero inefficace, in relazione alle quali non solo non v'è un onere di impugnativa, ma l'azione è altresì imprescrittibile. Ed infatti, l'irrelevanza attribuita dal Supremo Collegio a qualunque comportamento del lavoratore successivo al recesso, ai fini della valutazione dell'ammissibilità dell'azione giudiziale, ove estesa anche all'ipotesi di licenziamento nullo o inefficace, esporrebbe il datore al rischio di un giudizio sempre proponibile, essendo prescrivibili soltanto i diritti patrimoniali sottesi alla domanda giudiziale. Di contro, in relazione alla dichiarazione di nullità del termine apposto al contratto, la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che osta alla ricostituzione del

⁵⁴⁷ In senso conforme v. *ex plurimis* Cass. 13 dicembre 2005, n. 27428, in *NGL*, 2006, 3, 408; Cass. 30 marzo 1998, n. 3337, in *GCM*, 1998, 696.

rapporto cessato per scadenza di un termine, poi dichiarato nullo, il comportamento posto in essere dal lavoratore successivamente alla cessazione del rapporto (ad esempio, instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro), incompatibile con la volontà di proseguire nello stesso⁵⁴⁸.

Si coglie un'evidente discrasia tra le soluzioni adottate dalla giurisprudenza pur in presenza di fattispecie abbastanza simili, potendosi, invero, adattare la soluzione sul termine dichiarato nullo anche all'ipotesi del licenziamento, contrariamente a quanto affermato dall'orientamento giurisprudenziale citato.

V'è da dire, in ogni caso, che la problematica della rilevanza o meno dei comportamenti posti in essere dal lavoratore ai fini dell'accettazione del licenziamento, discende soprattutto dalla difficoltà di individuare quali tra gli stessi possano essere considerati idonei a provare l'avvenuta acquiescenza al licenziamento.

Parte della giurisprudenza ritiene che una volontà tacita di accettazione del recesso può individuarsi soltanto in presenza di circostanze precise, concordanti ed obiettivamente concludenti, che dimostrino l'intenzione del lavoratore di accettare l'atto risolutivo, ritenendosi a tal fine indispensabili: a) la disponibilità del diritto, non potendo rinunciarsi a diritti dei quali non si può disporre; b) la piena conoscenza dell'atto o degli atti lesivi della situazione giuridica soggettiva; c) un comportamento non equivoco di adesione alle altrui determinazioni e proposte; d) la spontaneità, che deve escludersi in presenza non soltanto di un atto esecutivo, ma anche della necessità di soddisfare bisogni insopprimibili ed indifferibili, ovvero di evitare pregiudizi⁵⁴⁹.

Altre pronunzie, invece, attribuiscono rilevanza alla sola inerzia del lavoratore protratta per lungo tempo⁵⁵⁰; altre ancora, riconoscono importanza all'inerzia del lavoratore, ma soltanto in presenza di comportamenti incompatibili con la volontà di riprendere l'attività lavorativa, quali, ad esempio, la restituzione del libretto di lavoro⁵⁵¹

⁵⁴⁸ V. Cass. 24 giugno 2008, n. 17150, in *RIDL*, 2009, II; 3; Cass. 6 luglio 2007, n. 15264, in *RIDL*, 2008, I, 158; Cass. 4 giugno 2003, n. 8893, in *OGI*, 2003, I, 388; Cass. 11 dicembre 2001, n. 15628, in *GCM*, 2001, 2128; Cass. 2 dicembre 2000, n. 15403, in *MGL*, 2001, 337.

⁵⁴⁹ V. Cass. 20 gennaio 2005, n. 1125, in *GCM*, 2005, 1; Trib. Foggia 19 settembre 2006, inedita.

⁵⁵⁰ Cass. 23 luglio 2004, n. 13891, in *GCM*, 2004, 7-8; Cass. 4 giugno 2003, n. 8893, in *OGI*, 2003, I, 388; Cass. 18 giugno 2002, n. 8839, in *GCM*, 2002, I, 2101; Cass. 29 marzo 1995, n. 3753, in *FI*, 1995, I, 1815.

⁵⁵¹ V. Cass. 23 giugno 1989, n. 3034, in *GCM*, 1989, 6.

(ovviamente sino alla sua soppressione⁵⁵²), la percezione del trattamento di disoccupazione o l'iscrizione nelle liste di mobilità⁵⁵³, l'accettazione senza riserva del TFR⁵⁵⁴, ovvero l'accettazione di un emolumento percepito a titolo di incentivo all'esodo.

Ritornando all'eccezione di *aliunde percipiendum*, l'inerzia del lavoratore nel proporre l'azione giudiziale può incidere negativamente sul risarcimento del danno *ex art. 18 St. Lav.* Ed infatti, l'ingiustificato ritardo nel proporre l'azione giudiziale può indurre il giudice a ritenere, da un lato, che lo stato di bisogno ingenerato dal licenziamento in realtà non esista o, comunque, sia inferiore rispetto a quello legalmente presunto; dall'altro lato, che tale comportamento abbia inciso significativamente sulla persistenza dello stato di bisogno e, quindi, sul danno da risarcire, il cui ammontare, pertanto, va determinato tenendo conto della negligenza del danneggiato⁵⁵⁵.

Un'altra circostanza che il datore di lavoro potrebbe addurre quale prova della negligenza da parte del lavoratore potrebbe essere quella relativa all'esistenza di una proposta contrattuale ingiustificatamente rifiutata dal lavoratore, ovvero all'inerzia dello stesso nel ricercare una nuova occasione lavorativa⁵⁵⁶.

Se non vi sono prove certe, quali per esempio una formale proposta contrattuale seguita dal silenzio o dal rifiuto espresso del lavoratore, si potrebbe ricorrere a presunzioni.

Un valido ausilio all'assolvimento dell'onere probatorio gravante sul datore di lavoro potrebbe provenire dalla disciplina *sub* d.lgs. n. 181 del 2000, come modificata dal d.lgs. n. 297 del 2002 e integrata dai vari provvedimenti regionali. Il riferimento, nello

⁵⁵² V. art. 8 del d.Lgs. n. 297 del 2002, che ha abrogato la legge n. 112 del 1935, istitutiva del libretto di lavoro.

⁵⁵³ V. Cass. 17 dicembre 2004, n. 23554, in *DL*, 2006, 1-2, 38.

⁵⁵⁴ Sul punto si registra in ogni caso il diffondersi di un orientamento contrario a quello indicato, che esclude che l'accettazione del TFR ovvero la non rivendicazione dell'indennità sostitutiva del preavviso possano essere intese quale volontà del lavoratore di accettare il licenziamento (v. Cass. 15 febbraio 2008, n. 3865, in *GCM*, 2008, 2, 238; Trib. Milano, 9 gennaio 2006, in *OGL*, 2006, 1, 209; Cass. 12 luglio 2002, n. 10193, in *NGL*, 2003, 97; Cass. 21 marzo 2000, n. 3345, in *D&G*, 2000, 12, 44).

⁵⁵⁵ Sul punto v. M. Dell'Olio, *Il risarcimento...* cit., 293; F. Mazziotti, *Inefficacia del licenziamento...* cit., 657; M. D'Antona, *Commentario alla legge...* cit., 402 e ss.; M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit.; V. Valentini, *Sulla natura...* cit., 818; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 298.

⁵⁵⁶ Sul punto Romagnoli ha affermato che il dovere del soggetto disoccupato di attivarsi per cercare una nuova occupazione rientra tra i doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., sicché la l'attesa passiva da parte del disoccupato comporta una violazione di detto dovere, con le conseguenze che ne derivano in ordine alla perdita del diritto al trattamento previdenziale e alla rilevanza di detto comportamento ai fini della quantificazione del risarcimento dei danni rivendicato [v. U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di uguaglianza*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*,

specifico, è alla dichiarazione di “disponibilità” resa dal disoccupato, alla nozione di offerta di lavoro “congrua”, di legittimo rifiuto e alle ipotesi di conservazione o decadenza dello stato di disoccupazione. Pertanto, ove il lavoratore non abbia reso la dichiarazione di disponibilità, ovvero dovesse risultare decaduto dal trattamento di disoccupazione per aver rifiutato una congrua offerta lavorativa o per non aver partecipato, ingiustificatamente, ad un corso di formazione o riqualificazione professionale organizzati dagli enti preposti, il giudice potrebbe utilizzare tali circostanze per presumere l’inesistenza o, quanto meno, la contrazione del danno subito a causa del licenziamento e, quindi, ridurre il risarcimento del danno (ovviamente in via equitativa non essendoci parametri oggettivi).

Un ulteriore elemento presuntivo della negligenza del lavoratore potrebbe essere dato dalla mancata accettazione da parte dello stesso della revoca del licenziamento, laddove quest’ultima determinerebbe la ricostituzione del rapporto di lavoro alle medesime condizioni, normative e retributive, esistenti prima del licenziamento. Sull’istituto della revoca del licenziamento e sugli effetti prodotti da essa dirò in seguito; qui preme sottolineare come il rifiuto del lavoratore di accettare la revoca del licenziamento, qualora il datore dovesse provare l’ingiustificatezza di esso, può essere utilizzato dal giudice per ridurre l’importo del risarcimento del danno, ma non per ritenere inammissibile la domanda risarcitoria, dovendo il giudice, qualora fosse accertata l’invalidità del licenziamento, riconoscere al lavoratore, anche nell’ipotesi di revoca, in ogni caso l’indennità minima inderogabile delle cinque mensilità (*infra*).

Un discorso diverso, invece, deve essere fatto in relazione a quelle determinate circostanze o situazioni che prescindono dalla responsabilità del lavoratore, ma che, in ogni caso, incidono sulla quantificazione del risarcimento del danno. Il riferimento è alla problematica dell’eccessiva durata dei processi. In tal caso la responsabilità potrebbe essere addebitata allo Stato per non essere capace di organizzare gli uffici giudiziari in maniera tale da garantire a tutti un processo di durata “ragionevole”. Poiché, come abbiamo detto, il datore di lavoro non può subire tutte le conseguenze negative che non sono diretta ed immediata conseguenza del licenziamento, l’eccessiva durata dei processi potrebbe essere sicuramente considerata una causa di parziale esonero della

responsabilità del datore di lavoro per la persistenza dello stato di disoccupazione, in ogni caso generato dal licenziamento. Qualcuno, in dottrina, ha ipotizzato di porre a carico dello Stato, esonerando così il datore di lavoro, la parte del risarcimento del danno relativa al periodo eccedente la durata ragionevole del processo, eventualmente tramite l'istituzione di un Fondo, al cui finanziamento potrebbe partecipare anche la generalità dei datori di lavoro⁵⁵⁷. Si dubita dell'effettività di tale soluzione. Innanzitutto perché l'istituzione di un Fondo, finanziato anche dal datore di lavoro, implicherebbe in ogni caso un obbligo patrimoniale in capo a quest'ultimo, con la conseguenza che non si verificherebbe alcun esonero del datore di lavoro dal corrispondere somme anche in assenza di una sua responsabilità. Anzi, ipotizzando un datore di lavoro mai convenuto in giudizio, questo sarebbe costretto a finanziare e a riparare i danni prodotti dall'illegittimità dell'operato di altri datori di lavoro. In ogni caso, esiste già nell'ordinamento italiano uno strumento per ottenere un indennizzo a causa della sottoposizione ad un processo con durata irragionevole ed è quello stabilito dalla legge n. 89 del 2001 che ha ratificato, unitamente alla legge n. 848 del 1955 la Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali e il relativo protocollo addizionale, rispettivamente del 4 novembre 1950 e del 20 marzo 1952. Tale provvedimento, infatti, legittima ogni cittadino (quindi, sia il lavoratore sia il datore di lavoro) ad avviare un giudizio, nei confronti del Ministero della Giustizia, per rivendicare l'indennizzo per essere stato parte di un processo eccessivamente lungo. Non vi sono dati empirici idonei a verificare la concreta utilizzazione da parte del datore di lavoro di tale strumento, ma, in ogni caso, non si può non ritenerlo sufficientemente idoneo a ristorare i danni subiti dal datore di lavoro, ben potendo quest'ultimo rivendicare sia l'indennizzo stabilito *ex lege* sia il risarcimento dei danni ulteriori subiti a causa della lungaggine del processo, come ad esempio, l'essere stato condannato a risarcire in favore del lavoratore un danno superiore rispetto a quello effettivamente subito da quest'ultimo per responsabilità dello Stato.

⁵⁵⁷ V. R. De Luca Tamajo, *La disciplina del licenziamento individuale tra conservazione <<miope>> e tentativi di riforma*, in *DML*, 2000, 517; A. Avondola, *Il danno per il licenziamento illegittimo tra disciplina comune e disciplina speciale*, in *ADL*, 2003, I, 305.

5. La revoca del licenziamento e il risarcimento del danno

Una breve riflessione deve essere fatta anche in relazione alla revoca del licenziamento e agli effetti da essa prodotti.

In generale, il problema principale sotteso alla revoca del negozio giuridico discende dall'assenza di una disciplina *ad hoc*; non c'è, infatti, nessun articolo nel codice civile o una legge che ne disciplini gli elementi essenziali.

Con il termine "revoca" si individua qualsiasi dichiarazione con la quale si ritira una precedente manifestazione di volontà, al fine di eliminarne gli effetti o di esprimere una diversa determinazione⁵⁵⁸.

La revoca è l'esplicazione di uno *ius poenitendi*, mediante il quale un soggetto, verificata l'illegittimità o la semplice inopportunità dell'atto posto precedentemente in essere, decide di renderlo inefficace, manifestandosi, pertanto, quale *actus contrarius* rispetto all'atto revocato⁵⁵⁹.

La dottrina qualifica la revoca come un atto giuridico unilaterale; deve provenire dallo stesso autore dell'atto da revocare; è sempre attuabile stragiudizialmente⁵⁶⁰ e, in ogni caso, prima che l'atto da revocare abbia prodotto effetti immodificabili nella sfera giuridica del soggetto destinatario dell'atto ablativo o di terzi; può essere, infine, ricettizio. In ogni caso, è opportuno precisare che la revoca non "cancella" dal mondo giuridico un atto già posto in essere, secondo quanto previsto dal noto brocardo "*quod factum infectum fieri nequit*", ma ne elimina gli effetti sostituendoli con dei nuovi⁵⁶¹.

V'è da dire che l'assenza - come detto - di una disciplina *ad hoc* determina l'impossibilità di considerare l'istituto giuridico in esame astrattamente, essendo

⁵⁵⁸ V. E. Betti, *Teoria generale...* cit., 251; M. Costanza, *Revoca*, in *Digesto – Discipline Privatistiche*, Utet, 1995, 443 e ss.; A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè, 1999, 259 – 260; L. Ferri, *Revoca*, in *ED*, Vol. XL, Giuffrè, 1989, 196 e ss.

⁵⁵⁹ V. E. Betti, *Teoria del negozio giuridico*, ESI, 1994, 252 e ss.

⁵⁶⁰ Ferri afferma che la revoca, nel diritto privato, è un atto di autonomia o autodeterminazione del singolo, per cui ove sia necessario un provvedimento giudiziario non è più corretto parlare di "revoca", la quale, pertanto, deve essere sempre attuabile stragiudizialmente dal singolo o dal collegio che ha posto in essere l'atto da revocare (v. L. Ferri, *Revoca*, cit., 198).

⁵⁶¹ Sul punto v. O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 817, a parere del quale "*il recesso, atto unilaterale recettizio, e quindi produttivo di effetti nel momento in cui entra nella sfera conoscitiva del destinatario, non può essere cancellato dal mondo giuridico attraverso una mera manifestazione di volontà di direzione contraria, essendosi già prodotti gli effetti che da esso derivano*". V. anche M. Napoli, *Sconto o condanna per l'imprenditore pentito di aver licenziato?*, in *RIDL*, 1985, II, 482 e ss., spec. 487.

necessario - al contrario - una valutazione caso per caso per individuarne i tratti essenziali.

La predetta situazione di incertezza interpretativa è ancor più marcata nel diritto del lavoro, dove si sono formati due orientamenti tra loro opposti con riguardo agli effetti che la revoca produce sul rapporto di lavoro nonché alla necessaria o meno accettazione da parte del lavoratore.

Poiché la revoca può intervenire sia prima sia dopo l'instaurazione del giudizio, occorre precisare che i problemi dinanzi evidenziati e che si vanno ad analizzare attengono principalmente alla revoca intervenuta nella fase extragiudiziale. Ed infatti, se in quest'ultimo caso sorgono problemi interpretativi sulle condizioni e sugli effetti che essa è idonea a produrre non solo sul rapporto di lavoro ma anche, in termini processuali, sull'ammissibilità della successiva azione giudiziaria del lavoratore, nonché sulla necessaria o meno accettazione da parte del lavoratore (*infra*), ove intervenga nella fase giudiziale la riflessione deve essere circoscritta alle prime due problematiche, in quanto, con riferimento all'accettazione da parte del lavoratore, la revoca costituisce un comportamento processuale dismissivo che per produrre effetti necessita sempre dell'accettazione della controparte, al pari di qualsiasi rinuncia intervenuta in corso di causa. Pertanto, se il datore convenuto revoca il licenziamento in corso di causa, la sua efficacia sarà in ogni caso subordinata all'accettazione da parte del lavoratore ricorrente, il quale potrà avere interesse a proseguire il giudizio, nonostante la "proposta" di revoca del licenziamento e, quindi, rifiutarla.

Ne dà conferma una non più recente pronuncia della Corte Costituzionale, secondo la quale la facoltà di monetizzare il diritto alla reintegrazione non può essere vanificata dal datore di lavoro attraverso la revoca del licenziamento "*durante il relativo giudizio*", salva accettazione espressa o tacita del lavoratore⁵⁶².

Per quanto riguarda, invece, la revoca del licenziamento intervenuta in fase stragiudiziale, la dottrina, al pari della giurisprudenza, si divide tra chi considera l'accettazione necessaria affinché la revoca divenga efficace e chi, invece, la esclude.

⁵⁶² V. Corte Cost. 22 luglio 1996, n. 291, in *LG*, 1997, 1021. Nella giurisprudenza di legittimità v. *ex plurimis*, Cass. 13 giugno 2002, n. 8493, in *GCM*, 2002, 1010; Cass. 16 settembre 2000, n. 12260, in *D&L*, 2000, 1003; Cass. S.U. 23 aprile 1987, n. 3957, in *MGL*, 1987, 214.

Sull'onda del predetto contrasto interpretativo, la Corte di Cassazione ha enunciato, in una recente pronuncia⁵⁶³, due principi tra loro connessi: *in primis*, essa sostiene che la revoca del licenziamento determina automaticamente la ricostituzione dell'originario rapporto di lavoro e, quindi, delle contrapposte obbligazioni del lavoratore alla prestazione e del datore alla retribuzione; *in secundis*, afferma che la non accettazione della revoca costituisce rifiuto della prestazione, che, per la sinallagmaticità del rapporto, preclude il sorgere dell'obbligazione retributiva in capo al datore di lavoro.

Come si può ben vedere, la Corte di Cassazione, nel caso in esame, contrariamente all'orientamento giurisprudenziale oramai consolidato, ma anche a quanto affermato costantemente in dottrina, ha optato per la seconda delle due soluzioni innanzi prospettate: ha ritenuto, infatti, superflua l'accettazione della revoca del licenziamento da parte del lavoratore, in quanto essa determina la ricostituzione automatica dell'originario rapporto di lavoro.

Viceversa, la teoria maggioritaria ha affermato che la revoca del licenziamento deve essere considerata quale mera offerta da parte del datore di ricostituzione del rapporto di lavoro risolto, sicché essa può produrre effetti esclusivamente se accettata dal lavoratore attraverso una manifestazione di volontà, espressa o anche tacita⁵⁶⁴. Pertanto, la revoca del licenziamento, quale atto unilaterale recettizio, costituisce una proposta contrattuale che, seppur riferita ad un rapporto di lavoro risolto, a norma degli artt. 1326 e ss c.c., necessita dell'accettazione da parte del lavoratore per la ricostituzione del rapporto originario⁵⁶⁵.

Procedendo all'esame delle due posizioni, ci si accorge subito che la "non accettazione" e il "rifiuto" in realtà non danno origine a tesi diverse, come in apparenza poteva sembrare. Non si può non ritenere, infatti, che nella fattispecie in esame un

⁵⁶³ V. Cass. 2 febbraio 2007, n. 2258, in *LG*, 2007, 704.

⁵⁶⁴ V. Trib. Napoli 27 gennaio 2005, in *D&L*, 2005, 231; Corte di Appello Milano 1 settembre 2004, in *LG*, 2005, 3, 293; Cass. 5 agosto 2004, n. 15129, in *GCM*, 2004, 7-8; Cass. 1 luglio 2004, n. 12107, in *GCM*, 2004, 7-8; Cass. 22 giugno 2004, n. 11638, in www.legge-e-giustizia.it; Cass. 12 ottobre 1993, n. 10085, in *RIDL*, 1994, II, 551, a parere della quale "Il licenziamento è atto unilaterale recettizio. Una volta comunicato al destinatario produce i suoi effetti. Ciò comporta che esso non può essere revocato unilateralmente, necessitando l'accordo dell'interessato senza il quale tale rapporto non può essere ripristinato". Sul punto, a dir il vero, non si comprendono le ragioni per cui l'*actus contrarius* di un atto unilaterale recettizio debba perdere il carattere di unilateralià proprio dell'atto revocato. Se il licenziamento è un atto unilaterale, lo stesso dovrebbe valere per la sua revoca.

⁵⁶⁵ Sul punto v. M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 98; nonché V. Cerritelli e A. Piccinini, *Il*

comportamento negativo, quale è la mancata accettazione della revoca laddove l'accettazione fosse considerata necessaria, è del tutto assimilabile ad uno positivo, quale appunto l'espreso rifiuto a riprendere servizio in caso di ricostituzione automatica del rapporto; se l'interesse del lavoratore è quello di non riprendere servizio, non accetterà la revoca nel primo caso ovvero rifiuterà di riprendere servizio nel secondo. Per cui la differenza non è insita nella volontà del lavoratore, ma, al massimo, nella modalità della sua manifestazione. Nell'uno e nell'altro caso, infatti, il lavoratore ha comunque manifestato, direttamente o indirettamente, la propria volontà e da tale manifestazione derivano, come si vedrà, i medesimi effetti sul rapporto di lavoro.

Lo stesso discorso può esser fatto se si considera la situazione contraria: se interesse del lavoratore è quello di riprendere servizio, accetterà la revoca nel primo caso, oppure riprenderà a lavorare nel secondo caso.

In conclusione, il problema di fondo non è tanto quello di considerare a priori necessaria o meno l'accettazione della revoca, quanto quello di individuare, prima, quali siano gli interessi del lavoratore, rapportandoli – ovviamente – alla volontà espressa dal datore e, una volta individuati, stabilire se sia necessaria o meno l'accettazione della revoca.

È stato precisato, tra l'altro, che ai fini della revoca non è sufficiente il mero invito del datore a riprendere servizio, ma occorre una <<revoca piena>> e, cioè, la espressa dichiarazione del datore di considerare il rapporto come mai risolto, riconoscendo non solo la continuità giuridica del rapporto, ma anche tutto quanto maturato dal lavoratore nelle more e non corrisposto⁵⁶⁶.

Quest'ultima precisazione riconduce al discorso poc'anzi fatto, nel senso che l'accertamento sul contenuto della manifestazione di volontà del datore di lavoro e, cioè, sul tipo di rapporto di lavoro offerto a seguito della revoca del licenziamento, diventa essenziale ed imprescindibile, da un lato, per stabilire se è necessaria o meno l'accettazione da parte del lavoratore; dall'altro lato, per verificare la legittimità o meno del rifiuto da parte di quest'ultimo.

licenziamento individuale – Analisi della normativa e guida alla sua applicazione, Ediesse, 1999, 255.

⁵⁶⁶ V. Cass. 12 luglio 2004, n. 12867, in *GCM*, 2007, 7-8; Cass. 19 luglio 1997, n. 6650, in *GL*, 1997, 4, 26.

Ebbene, la necessaria accettazione della revoca da parte del lavoratore dovrebbe presupporre l'offerta di un nuovo contratto di lavoro, difforme, almeno nei suoi elementi essenziali, da quello originario. Non avrebbe senso, infatti, secondo le regole generali del diritto civile, ipotizzare che il lavoratore accetti una proposta contrattuale se essa si presenta uguale a quella originaria. Se la revoca costituisce *actus contrarius* rispetto a quello revocato, se questa, intervenendo direttamente sull'atto e non anche sul rapporto, elimina dal mondo giuridico gli effetti prodotti dall'atto revocato ripristinando lo *status quo ante*, e, infine, se in seguito alla revoca del licenziamento i pregiudizi arrecati al lavoratore a causa del licenziamento vengono annullati *in toto* attraverso un comportamento soddisfacente del datore, la revoca non può essere valutata alla stregua di una nuova offerta contrattuale, costituendo un atto di ravvedimento del datore; in questo caso si parlerebbe di "ricostituzione" del rapporto o di "reintegrazione" e non anche di "riassunzione" del lavoratore.

In una recente sentenza la Suprema Corte ha statuito che nell'ipotesi in cui al lavoratore licenziato sia proposta una revoca del licenziamento consistente non in una "reintegrazione", ma in una "riassunzione" *ex nunc*, con perdita delle retribuzioni maturate *medio tempore*, non può ritenersi pretestuoso il rifiuto del lavoratore⁵⁶⁷.

Il principio di diritto enunciato dalla Cassazione può essere così sintetizzato: se, in seguito alla revoca, viene ricostituito l'originario rapporto di lavoro, si dovrà ritenere superflua l'accettazione espressa della revoca da parte del lavoratore; qualora, invece, si vuol dar vita ad un nuovo rapporto di lavoro, allora sarà sempre necessaria l'accettazione della revoca ed in ogni caso l'eventuale rifiuto non può che essere considerato legittimo.

La tesi maggioritaria, invece, ritiene che la revoca del licenziamento, per essere efficace, deve essere sempre ed in ogni caso accettata dal lavoratore⁵⁶⁸. Tale

⁵⁶⁷ V. Cass. n. 12867/2004 cit., nonché Cass. n. 10085/1993 cit. Tale principio era stato già enunciato da alcuni Autori che, in tempi non recenti, avevano sostenuto che la revoca del licenziamento ha efficacia *ex nunc* e, quindi, che non consentirebbe la integrale e retroattiva ricostituzione dell'originario rapporto di lavoro (v. O. Mazzotta, *Il risarcimento dei danni...* cit., 2174; nonché P.G. Corrias, *Revoca del licenziamento...* cit., 320).

⁵⁶⁸ V. Trib. Napoli 27 gennaio 2005, in *D&L*, 2005, 231; Corte di Appello Milano del 1 settembre 2004, in *LG*, 2005, 293; Cass. 5 agosto 2004, n. 15129, in *GCM*, 2004, 7-8; Cass. 1 luglio 2004, n. 12107, in *GCM*, 2004, 7-8; Cass. 22 giugno 2004, n. 11638, in www.legge-e-giustizia.it; Cass. 12 ottobre 1993, n. 10085, in *RIDL*, 1994, II, 551. In dottrina v. G. Pera, *La cessazione...* cit., 180; O. Mazzotta, *I*

orientamento si fonda sul principio civilistico, secondo cui, risolto un contratto, perché questo si ricostituisca è necessario che vi sia una nuova offerta seguita da un'accettazione. Onde, la revoca del licenziamento è assimilata a tutti gli effetti ad una nuova proposta contrattuale e, come tale, va accettata dal lavoratore.

Invero tale principio, calato nel rapporto di lavoro, necessita di una riconsiderazione. Ed infatti, mentre elemento essenziale per la conclusione di un contratto è lo scambio di una proposta e di una accettazione, viceversa nel diritto del lavoro esiste un caso in cui il rapporto si (ri)costituisce senza che la legge preveda l'accettazione del lavoratore; il riferimento è proprio all'ipotesi di cui all'art. 18 St. Lav., laddove si verifica la situazione opposta: il rapporto si ricostituisce a seguito di una pronuncia giudiziale e il lavoratore può, eventualmente, manifestare la volontà di non riprendere servizio, potendo beneficiare a certe condizioni della soluzione alternativa dell'indennità sostitutiva della reintegra (*supra*). Ancora, un'altra ipotesi di devalorizzazione del principio civilistico della necessaria manifestazione della volontà di entrambi i contraenti è ravvisabile nel meccanismo *sub* art. 2112 c.c., secondo cui la novazione soggettiva *a latere datoris* opera automaticamente senza bisogno di accettazione da parte del lavoratore, al quale è consentito però opporsi alla cessione del proprio rapporto di lavoro.

Chi, invece, propende per l'orientamento minoritario fonda il proprio convincimento sulla considerazione che la revoca fa "risorgere" il vecchio rapporto di lavoro e, pertanto, non necessita di accettazione, perché nulla è cambiato.

Anche questa prospettazione, così come la prima, può essere criticata ove assolutizzata, in quanto prescinde totalmente dalla configurazione generalmente accolta della revoca del negozio giuridico (*supra*).

Alla luce di quanto sin qui detto, si può pervenire ad una prima conclusione e, cioè, che l'assenza, nel diritto del lavoro, di una disciplina *ad hoc* della revoca (e in particolare della revoca del licenziamento) determina l'impossibilità di configurare l'istituto giuridico in esame in maniera monolitica, essendo necessaria - al contrario - una

licenziamenti... cit., 817; V. Cerritelli e A. Piccinini, *Il licenziamento individuale – Analisi della normativa e guida alla sua applicazione* cit., 255; M. Tatarelli, *Il licenziamento ...* cit., 98; P. Tosi, *L'art. 18 St. Lav...* cit., 1356.

valutazione caso per caso, al fine di individuarne i tratti essenziali, potendosi quindi considerare fondate entrambe le interpretazioni, purché le si confrontino di volta in volta con i vari casi concreti.

Sarà necessaria l'accettazione della revoca del licenziamento da parte del lavoratore, ogni qual volta il datore di lavoro, revocando il licenziamento, "offra" al lavoratore un nuovo rapporto di lavoro (ipotesi innanzi richiamata usando l'espressione della "riassunzione"), difforme negli elementi essenziali da quello originario, proprio per evitare che il lavoratore, in un primo momento, subisca gli effetti dannosi del licenziamento e, in un secondo momento, possa essere costretto a riprendere servizio in forza di un nuovo contratto di lavoro, perdendo, tra l'altro, i diritti nel frattempo maturati (per esempio, le retribuzioni *medio tempore* maturate e l'anzianità lavorativa pregressa).

Laddove, invece, il datore di lavoro, revocando il licenziamento, "offra" al lavoratore l'opportunità di riprendere servizio alle medesime condizioni del rapporto originario, riproponendolo integralmente (precedentemente si era parlato di "reintegrazione" o di "ricostituzione"), si ritiene non necessaria l'accettazione della revoca da parte del lavoratore, in quanto da un lato la revoca dovrà essere considerata quale manifestazione di ravvedimento e non anche quale offerta contrattuale e, dall'altro lato, verrebbero soddisfatti integralmente gli interessi del lavoratore, attraverso un comportamento soddisfacente posto in essere dal datore finalizzato all'eliminazione di tutte le conseguenze negative prodotte sulla sfera giuridica del lavoratore dal licenziamento poi revocato (in precedenza, si è detto che la revoca, quale *actus contrarius*, non cancella dal mondo giuridico l'atto revocato, ma ne elimina gli effetti).

Da ciò, poi, deriva un'ulteriore considerazione: nel primo caso (offerta di nuovo contratto di lavoro) il rifiuto della revoca costituisce facoltà ineliminabile del lavoratore, a garanzia dei diritti sino ad allora maturati (come detto, retribuzione *medio tempore* non percepita e anzianità di servizio)⁵⁶⁹. Nel secondo caso, invece, l'eventuale rifiuto potrebbe essere considerato illegittimo e costituisce inadempimento contrattuale,

⁵⁶⁹ Sul punto v. Cass. n. 12867/2004 cit., secondo la quale nell'ipotesi in cui al lavoratore licenziato sia proposta una revoca del licenziamento consistente in realtà non in una "reintegrazione", ma in una "riassunzione" *ex nunc*, quindi con perdita delle retribuzioni maturate *medio tempore*, non può ritenersi pretestuoso il rifiuto del lavoratore.

sicché potrebbe riverberarsi anche sulla quantificazione giudiziale del danno eventualmente subito dal lavoratore, con salvezza, ovviamente, della misura minima inderogabile⁵⁷⁰.

Per quanto riguarda, invece, la forma della revoca e della sua (eventuale) accettazione, si è giunti in giurisprudenza ad una soluzione univoca, alla quale si aderisce, e, cioè, quella che esclude l'obbligo di utilizzare la forma medesima dell'atto da revocare, sicché sia la revoca sia l'accettazione non richiedono la forma scritta *ad substantiam*, rilevando anche il comportamento concludente della parte interessata⁵⁷¹.

Se la problematica, sin qui esaminata, circa gli effetti prodotti sul rapporto di lavoro dalla revoca del licenziamento consente un margine di discussione, non altrettanto può dirsi con riferimento all'impugnabilità giudiziale del licenziamento pur revocato ai fini risarcitori o sostitutivi della reintegra.

In caso di licenziamento, infatti, abbiamo visto che il lavoratore ha il diritto di impugnare il provvedimento risolutivo anche al solo fine di chiedere la condanna al risarcimento del danno subito, essendo la domanda risarcitoria autonoma ed indipendente rispetto a quella reintegratoria (*supra*).

Ebbene, tale libertà deve essere garantita a prescindere da come si configurino gli effetti della revoca sul rapporto. Nel caso in cui, infatti, si ritenga necessaria l'accettazione della revoca perché il datore ha offerto un nuovo contratto di lavoro diverso da quello risolto, la non accettazione non solo sarà legittima e opportuna, ma equivarrà alla manifestazione della volontà di impugnare il licenziamento, quale unico strumento per soddisfare i propri interessi, considerando – tra l'altro – che proprio la revoca costituirebbe in tal caso prova indiretta dell'illegittimità del provvedimento espulsivo.

Nel caso in cui, invece, propendendo per la seconda soluzione, si ritiene il rapporto (originario) ricostituito a prescindere dall'accettazione, il lavoratore potrà rifiutarsi di riprendere servizio impugnando il licenziamento nella ipotesi di difformità tra il nuovo rapporto e quello vecchio (paragonabile all'eccezione di inadempimento *sub art. 1460*

⁵⁷⁰ V. *ex plurimis* G. Pera, *La cessazione...* cit., 180; M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 138 – 139; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto...* cit., 532.

⁵⁷¹ V., *ex plurimis*, Cass. 5 marzo 2008, n. 5929, in *D&G*, 2008; Cass. 5 ottobre 2007, n. 20901, in *GD*, 2007, 44, 81; Cass. 10 maggio 2005, n. 9717, in *MGL*, 2005, 761; Cass. 12 luglio 2004, n. 12687, in *DL*, 2005, II, 357; Cass. 1 luglio 2004, n. 12107, in *NGL*, 2004, 764. In dottrina v. P. Tosi, *L'art. 18 St. Lav...* cit., 1356; M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 98.

c.c.) e chiedendo contestualmente il risarcimento del danno (la cui quantificazione potrebbe essere influenzata in negativo dal rifiuto illegittimo del lavoratore), ovvero potrà riprendere servizio, impugnando ugualmente il licenziamento al solo fine di chiedere l'indennità minima⁵⁷², ovvero il risarcimento del danno, per esempio nel caso in cui l'eccessivo lasso di tempo tra il licenziamento e la revoca abbia determinato un danno rilevante, anche ulteriore rispetto a quello presunto dalla legge.

Da ciò deriva, quindi, che non può essere escluso il diritto del lavoratore ad impugnare il licenziamento, sebbene revocato, proprio perché laddove il licenziamento fosse dichiarato illegittimo (e la revoca, come detto, potrebbe costituirne una prova rilevante) il lavoratore avrà diritto sempre ed in ogni caso al risarcimento del danno subito, almeno nella misura minima.

Sulla tutela processuale del lavoratore è stato giustamente osservato in dottrina che *“la decisione attorno all'autonomia delle garanzie non può non tener conto delle diverse utilità che il lavoratore intende di fatto conseguire attraverso l'azione giudiziale, nelle cui more peraltro possono verificarsi fatti ed eventi tali da determinare una diversa volizione rispetto a quella iniziale... Per cui non permettere la richiesta, preventiva o successiva, della sola monetizzazione del recesso, significherebbe <<premiare>> senza ragione l'illecito comportamento datoriale...”*⁵⁷³.

Tale tesi ha trovato conferma in una recente sentenza secondo la quale *“... l'accettazione della proposta di revoca, in quanto espressione di autonomia negoziale, è atto libero e nella piena discrezionalità del lavoratore che legittimamente può rifiutarlo per procedere in via giudiziaria... Il rifiuto di accettare la revoca del licenziamento potrebbe corrispondere all'interesse del lavoratore a non consentire che il rapporto di lavoro prosegua senza soluzione di continuità almeno economica, in quanto tale continuità potrebbe precludergli la possibilità di agire in via risarcitoria per il danno da licenziamento illegittimo. Inoltre, potrebbe corrispondere all'interesse*

⁵⁷² V. Trib. Milano 6 febbraio 2006, in *LG*, 2006, 1028; nello stesso senso v., tra le tante, Cass. 1 luglio 2004, n. 12102, in *NGL*, 2004, 621; Cass. 21 dicembre 1995, n. 13047, in *MGL*, 1996, 76.

⁵⁷³ V. A. Nicolai, *Art. 18. L'apparato sanzionatorio*, in O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 814. Infatti, precisa l'Autore, è necessario pensare al *“soggetto che abbia immediatamente o in corso di giudizio trovato un'occupazione più confacente ed intenda realizzare una mera soddisfazione economica in conseguenza dell'ingiusta estromissione”*.

*(anche morale) del lavoratore all'accertamento giurisdizionale sull'illegittimità del licenziamento*⁵⁷⁴.

Come si vede, quindi, il diritto del lavoratore all'azione giudiziale non verrebbe minimamente scalfita aderendo all'una o all'altra soluzione e tanto non può che costituire un'ulteriore prova della fondatezza di entrambe le interpretazioni sin qui prospettate.

Altro profilo meritevole di attenzione è quello legato alle conseguenze prodotte sul rapporto di lavoro dalla revoca del licenziamento; si discute, in sintesi, se la revoca del licenziamento possa essere equiparata a tutti gli effetti alla sentenza di reintegra *ex art. 18 St. Lav.*

Se si accetta l'ipotesi della ricostituzione automatica del rapporto a prescindere dall'accettazione del lavoratore, non si può negare che la revoca possa essere equiparata a tutti gli effetti alla fattispecie *sub art. 18 cit.* Il rapporto precedentemente risolto, infatti, verrebbe considerato come mai cessato (come detto, la revoca elimina dal mondo giuridico gli effetti dell'atto revocato), con tutte le conseguenze economiche che ne derivano. In pratica, la revoca costituirebbe una forma di "autotutela", del tutto assimilabile ad una pronuncia giudiziale di reintegra, con l'effetto che, ove il datore, dopo aver, mediante la revoca, ricostituito il rapporto precedentemente risolto, non dovesse corrispondere al lavoratore le retribuzioni *medio tempore* maturate, quest'ultimo potrà adire il Tribunale del lavoro competente per tutelare i propri diritti. Al contrario, se non riprenderà servizio il lavoratore potrà essere considerato a tutti gli effetti inadempiente perché assente ingiustificato, con tutte le prevedibili conseguenze anche dal punto di vista disciplinare.

Alle stesse conclusioni non può pervenirsi ove si ritenesse necessaria l'accettazione della revoca. In questo caso, infatti, la revoca non potrà produrre *ex se* gli stessi effetti riconducibili all'*art. 18 cit.*, in quanto il rapporto di lavoro, nel caso in cui la revoca

⁵⁷⁴ V. Trib. Napoli 27 gennaio 2005 cit.; nonché Cass. 5 dicembre 1997, n. 12366, in *RIDL*, 1998, II, 351. Sul punto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione in passato hanno statuito che non esiste un collegamento funzionale tra la domanda di reintegrazione e quella di condanna al risarcimento del danno subito, le quali – pertanto - sono autonome e scindibili (v. Cass., Sez. Unite, 23 aprile 1987, n. 214, in *MGL*, 1987, 214); da ciò deriva che il lavoratore, anche in caso di sopravvenuta revoca del licenziamento, può autonomamente chiedere la condanna del datore al risarcimento del danno subito a causa del licenziamento e in seguito revocato, in quanto la sanzione "è correlata al pregiudizio, anche morale, che deriva dall'abuso del diritto, tenendo conto, inoltre, che la sanzione ha anche una funzione di prevenzione generale rispetto a futuri analoghi comportamenti, scoraggiando i recessi avventati".

venisse accettata dal lavoratore, si ricostituirà in conseguenza dell'incontro delle due volontà. In tal caso, il lavoratore dovrà necessariamente impugnare giudizialmente il licenziamento per ottenere le tutele previste dall'art. 18 St. Lav.

Da quanto sin qui detto discende, infine, un'ulteriore riflessione. Innanzitutto, dal punto di vista processuale, nel caso in cui la revoca (ri)costituisca *ex se* l'originario rapporto di lavoro, in caso di rifiuto a riprendere servizio, l'eventuale impugnativa di licenziamento e, quindi, l'azione giudiziale intrapresa dal lavoratore, potrà proseguire solo ed esclusivamente in relazione al profilo risarcitorio (almeno sino alla data di ricevimento da parte del lavoratore della revoca), venendo meno l'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.* con riguardo alla domanda di reintegra⁵⁷⁵, salvo il caso in cui, come già ribadito, il rapporto di lavoro, ricostituito a seguito della revoca, sia diverso da quello originario.

D'altronde, il lavoratore, come anticipato, può decidere di non accettare la revoca perché è suo interesse procedere per via giudiziaria, anche solo relativamente al profilo risarcitorio, in quanto il diritto al risarcimento del danno patito, che potrà consistere nelle retribuzioni non percepite (nella misura minima di 5 mensilità nel caso di applicabilità dell'art. 18 cit.) e nell'ulteriore danno dallo stesso subito, potrà essere azionato a prescindere dalla mancata accettazione della revoca e, quindi, dalla mancata disponibilità a svolgere la prestazione lavorativa⁵⁷⁶.

Sul punto, d'altronde, la Corte Costituzionale, in una sentenza non più recente, ha affermato che *“il regime sanzionatorio di carattere patrimoniale previsto dalla*

⁵⁷⁵ In senso conforme v. G. Pera, *La cessazione...* cit., 180; P. Tosi, *L'art. 18 St. Lav...* cit., 1356.

⁵⁷⁶ Sul punto recentemente si è espresso in senso contrario il Tribunale di Milano con la sentenza 6 febbraio 2006 cit., secondo la quale laddove vi sia stata una manifestazione di volontà, quale per esempio la messa a disposizione della prestazione da parte del lavoratore in occasione dell'impugnazione del licenziamento ovvero la ripresa stessa dell'attività in seguito alla revoca del licenziamento, il lavoratore ha indirettamente optato per la reintegra, tale per cui non potrà richiedere il pagamento dell'indennità sostitutiva di cui all'art. 18, co. 5, legge n. 300 del 1970; v. anche Corte di Appello Milano 1 settembre 2004 cit., a parere della quale *“... deve escludersi il diritto al risarcimento del danno, previo accertamento dell'illegittimità del licenziamento a suo tempo intimato al lavoratore, allorché il datore di lavoro abbia revocato il licenziamento, invitando il lavoratore a riprendere servizio e il rapporto si sia ricostituito senza soluzione di continuità in quanto il lavoratore ha manifestato la sua volontà di accettare la revoca del licenziamento...”*; nonché Trib. Torino 30 settembre 2002, secondo cui in caso di revoca del licenziamento, se il rapporto di lavoro di fatto non è stato interrotto, nessun danno può configurarsi a carico del dipendente e l'azione per il risarcimento deve ritenersi inammissibile per carenza di interesse ad agire.

normativa sul licenziamento illegittimo non può che prescindere del tutto dalla natura della causa che impedisce la ricostituzione del rapporto di lavoro”⁵⁷⁷.

Ciò non esclude, sempre sotto il profilo risarcitorio, che in caso di mancata accettazione della revoca da parte del lavoratore, si possa ritenere che quest’ultimo abbia concorso alla determinazione del danno subito, ai sensi dell’art. 1227 c.c, sicché la mancata accettazione rileverà ai fini della quantificazione del danno effettivamente risentito dal lavoratore (*supra*).

Per concludere, escludendo che l’elaborazione sull’istituto della revoca possa *tout court* estendersi all’ipotesi di licenziamento, per la peculiarità che lo connota, non può aprioristicamente ritenersi necessaria o superflua l’accettazione della revoca, dovendosi effettuare una ricognizione puntuale in ordine alla concreta volontà manifestata dal datore di lavoro e alle conseguenze che la stessa riverbera sul rapporto di lavoro cessato per effetto del licenziamento revocato: se la revoca ricostituisce esattamente l’originario rapporto di lavoro, può prescindere dalla sua accettazione da parte del lavoratore e l’impugnazione giudiziale sarà circoscritta al solo profilo risarcitorio; in caso contrario, l’accettazione sarà imprescindibile, ammettendosi in mancanza un’impugnazione piena del licenziamento, anche ai fini reintegratori.

6. La tutela processuale. Gli effetti della riforma della sentenza

La natura integralmente risarcitoria delle somme corrisposte al lavoratore ai sensi dell’art. 18 fa insorgere problemi anche in relazione alle conseguenze derivanti dalla riforma della sentenza. Nello specifico, è opportuno chiedersi se quanto percepito dal lavoratore quale ristoro dei danni subiti a causa del licenziamento invalido subito sia ripetibile o meno qualora la sentenza dovesse essere in seguito riformata.

Il punto di partenza è rappresentato dall’applicabilità dell’art. 2033 c.c. alla fattispecie in esame. Tale norma disciplina il cd. indebito oggettivo e, cioè, la situazione in base alla quale un soggetto, debitore, esegue un pagamento non dovuto in un favore di un altro soggetto. Esso si verifica quando il pagamento viene effettuato in virtù di un rapporto giuridico inesistente o precedentemente risolto, rilevando, in tale caso, la mala fede del destinatario del pagamento, ovvero quando, pur in presenza di un rapporto

⁵⁷⁷ V. Corte Cost. 23 febbraio 1996, n. 44, in *D&L*, 1996, 611.
276

giuridico, la causa del contratto manchi *ab origine* (la cd. *condictio indebiti sine causa*) o sia venuta meno nella prosecuzione del rapporto in virtù di eventi successivi (la cd. *condictio ob causam finitam*). Tutto ciò che è stato corrisposto, a titolo risarcitorio o di esatto adempimento, in presenza di una delle predette circostanze, rappresenta un indebito e, pertanto, deve essere restituito.

Con riferimento al diritto del lavoro, tale principio subisce un'importante deroga. L'art. 2126 c.c., infatti, stabilisce che in caso di declaratoria di nullità (integrale) o di annullamento del contratto di lavoro, il lavoratore ha diritto in ogni caso alla retribuzione relativa alle prestazioni di lavoro di fatto rese in favore del datore di lavoro, salvo la nullità derivi dall'illeicità dell'oggetto o della causa del contratto (ad eccezione della violazione di norme imperative poste a tutela del lavoratore). Si tratta, evidentemente, di una norma posta ad esclusiva tutela del contraente debole, onde garantire a quest'ultimo un'effettiva e compiuta tutela nei casi di utilizzo illegittimo da parte del datore di lavoro della prestazione lavorativa.

Rapportando i sudetti principi alla fattispecie in esame, è emersa nel tempo l'esigenza di tutelare il lavoratore nel caso in cui la sentenza di primo grado a lui favorevole sia in successivamente riformata.

Ed infatti, in base all'art. 2033 cit., ove dovesse essere riformata la sentenza, il lavoratore sarebbe costretto a restituire quanto ricevuto precedentemente dal datore di lavoro, nonché a rinunciare al posto di lavoro.

Ebbene, in vigenza del vecchio testo dell'art. 18, la soluzione alla problematica in esame rispecchiava la differenziazione di tutele *pro-lavoratoris* previste per i due periodi, quello precedente alla sentenza e quello successivo. Così, si riteneva che per il primo periodo tutte le somme percepite dal lavoratore a titolo di risarcimento del danno, ivi compresa la misura minima, dovevano essere restituite al datore di lavoro, una volta riformata la sentenza, in quanto con essa veniva meno l'illiceità contrattuale che costituiva il titolo del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 18⁵⁷⁸. Costituiva,

⁵⁷⁸ V., *ex plurimis*, A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto...* cit., 73; G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 276; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 129; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 931; M. D'Antona, *Disciplina...* cit., 173 e ss.; *idem*, *Commentario...* cit., 413; *idem*, *Tutela reale...* cit., 457; M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 196; F. Mazziotti, *Inefficacia...* cit., 658. *Contra* v. A. Di Majo, *Considerazioni in tema...* cit., 1441; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 143 e ss.; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 73; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 313.

ovviamente, indebito oggettivo anche il versamento della contribuzione, la cui restituzione, pertanto, poteva essere rivendicata dal datore di lavoro nei confronti dell'istituto previdenziale, nonché quanto versato a titolo di trattenute fiscali. È evidente che da tale situazione derivava anche il diritto del datore di lavoro di pretendere il risarcimento dei danni ulteriori, ai sensi dell'art. 1224, co. 2, c.c., identificati, ad esempio, negli interessi legali e nel danno da svalutazione monetaria, cacolati, però, non *ab origine*, come sembra voler dire una parte della dottrina⁵⁷⁹, ma a far data dalla domanda e, cioè, dalla notifica del ricorso in appello, in applicazione di quanto previsto dall'art. 2033 c.c., secondo cui gli interessi sulle somme indebitamente corrisposte possono essere rivendicati a partire dalla data di pagamento soltanto nell'ipotesi di malafede di chi ha ricevuto il pagamento, situazione che nella fattispecie in esame evidentemente non ricorre.

Più problematica, invece, era la riflessione sulla ripetibilità o meno delle somme corrisposte al lavoratore relativamente al periodo successivo alla sentenza. Qui, infatti, non bisognava distinguere tra natura risarcitoria e natura retributiva di dette somme, quanto, invece, tra inottemperanza all'ordine giudiziale e reintegrazione effettiva del lavoratore. Ed infatti, l'art. 2033 c.c. fa riferimento al generico rapporto giuridico, sicché costituisce indebito quanto ricevuto sia a titolo di adempimento dell'obbligazione contrattuale sia a titolo risarcitorio, per inadempimento o fatto illecito. Qui, però, interviene l'art. 2126 c.c.; se v'è stata effettiva reintegrazione, quanto percepito dal lavoratore dopo la sentenza di primo grado e prima di quella in appello, ha natura esclusivamente retributiva, quale controprestazione dell'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa, sicché è evidente che, in applicazione dell'art. 2126 cit., (anche in via analogica, estrapolandone i principi generali, ove si volesse escludere la sua applicabilità immediata), quanto percepito dal lavoratore non può in alcun modo essere restituito al datore di lavoro⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ V. F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 130.

⁵⁸⁰ Sul punto v. U. Romagnoli, *Lo statuto dei lavoratori...* cit., 152; M.G. Garofalo, *Commento all'art. 18...* cit., 283; *idem*, *Contributo...* cit., 602; A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto...* cit., 73; C. Assanti – G. Pera, *Commento...* cit., 211; P. Sandulli, *Commento all'art. 18...* cit., 566; G. M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 140; Pera, *La cessazione...* cit., 195; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 133; *idem*, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 128 – 129; *idem*, *Inefficacia...* cit., 658; M. Dell'Olio, *Licenziamento, reintegrazione...* cit., 512 e ss.; *idem*, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 47; M. Napoli, *La tutela reale...*

Problemi, invece, sorgevano qualora il datore di lavoro fosse risultato inadempiente all'ordine di reintegrazione. In questo caso, infatti, pur ragionando di retribuzioni, per espressa previsione normativa, queste non rappresentavano il corrispettivo della prestazione lavorativa. Si rendeva, quindi, ancor più necessario, proprio per tutelare il lavoratore e rendere effettivo l'ordine di reintegrazione, ancorare tali somme non al contratto mai estinto, ma alla violazione da parte del datore di lavoro dell'ordine giudiziale di reintegrazione. Soltanto così, infatti, le somme percepite a seguito della sentenza potevano costituire una misura di coercizione indiretta all'obbligo di ripristinare la funzionalità del rapporto; queste, pertanto, non potevano subire detrazioni e, ovviamente, non potevano essere ripetute in caso di riforma della sentenza.

Sul punto, almeno originariamente, la giurisprudenza era concorde⁵⁸¹, seguendo quell'orientamento dottrinario che ancorava le somme in questione alla violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di reintegrazione (*supra*); chi, invece, sosteneva che esse dovevano essere corrisposte al lavoratore in virtù del contratto di lavoro mai estinto, quindi, come esatto adempimento delle prestazione da parte del datore di lavoro, non solo, come detto, non potevano giustificare la natura risarcitoria delle somme precedenti alla sentenza, avendo la sentenza efficacia *ex tunc* e, quindi, dovendo tale principio estendersi anche per detto periodo, ma, in caso di mancata reintegra, non potevano giustificare l'irripetibilità delle somme successive alla sentenza, stante l'inapplicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 2126 c.c., mancando di fatto il

cit., 162; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 70; V. Valentini, *Reintegrazione nel posto di lavoro...* cit., 205. Sul punto v. anche O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 934 e ss., il quale, pur riconoscendo l'irripetibilità di tali somme, escluse il rinvio all'art. 2126 c.c., optando, invece, per l'applicabilità degli artt. 1458 e 2041 c.c. In base a tali norme, l'Autore sostiene che le somme corrisposte a titolo di controprestazione, quale è appunto la retribuzione nel caso in esame, non possono essere ripetute in quanto, in caso contrario, si verificherebbe un'ipotesi di ingiustificato arricchimento. Tale conclusione, per l'Autore, non può essere assoluta, considerando l'elasticità del principio dell'ingiustificato arricchimento, sicché il lavoratore potrebbe essere costretto a restituire quanto ricevuto a titolo di retribuzioni laddove il datore provi che dalla prestazione lavorativa non sia derivato alcun vantaggio o, per lo meno, un vantaggio inferiore e sproporzionato rispetto a quanto corrisposto al lavoratore, il che giustificherebbe una ripetibilità parziale delle somme in questione. Si veda anche una recente pronuncia di merito, Trib. Genova 22 settembre 2005, in *RIDL*, 2006, II, 149, la quale, inspiegabilmente, pur riconoscendo l'irripetibilità delle somme ricevute dal lavoratore a titolo di controprestazione dell'attività lavorativa resa, ritiene ripetibili quelle voci retributive legate agli aumenti contrattuali o agli scatti di anzianità. Sull'inapplicabilità dell'art. 2126 c.c. alla fattispecie in esame v. G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 276 e ss.

⁵⁸¹ V. tra le tante Cass. S.U. 15 marzo 1982, n. 1669, in *FI*, 1982, I, 985; Cass. 3 aprile 1986, n. 2311, in *FI*, 1987, I, 747; Cass. 14 maggio 1998, n. 4881, in *MGL*, 1998, 671.

presupposto per ricorrere a tale disposizione e, cioè, l'effettiva prestazione lavorativa. Una parte della giurisprudenza, successiva a quella poc'anzi indicata, per risolvere l'*impasse* che rischiava di crearsi con la predetta teoria, ha giustificato l'irrepetibilità delle somme in questione rinviando in ogni caso all'art. 2126 c.c., ma dando rilevanza alla prestazione di fatto e, quindi, alla messa a disposizione del lavoratore quale equivalente dell'effettiva prestazione lavorativa⁵⁸². Si è visto, nel primo capitolo, come tale assimilazione, pur paventata da qualcuno, sia del tutto ingiustificata, in quanto, dall'applicazione di tale tesi, deriverebbe che il datore di lavoro sarebbe interessato semplicemente ad aver a disposizione un lavoratore, indipendentemente dallo svolgimento di una prestazione lavorativa. Oggetto del contratto, pertanto, dovrebbe essere la disponibilità del lavoratore e non anche l'effettiva prestazione lavorativa. È evidente, invece, che l'interesse del datore di lavoro, coincidente con la causa del contratto, non può che avere natura economica e, quindi, essere rappresentato dall'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa del debitore, quale parte di un ciclo produttivo determinante un guadagno; il mettersi a disposizione, quindi, non fa parte del contenuto della prestazione lavorativa, ma, al massimo, ne rappresenta un presupposto dell'adempimento⁵⁸³ o, al più, un'obbligazione accessoria. Inoltre, quale ulteriore conseguenza derivante dall'applicazione della teoria della messa a disposizione quale equivalente della effettiva prestazione di lavoro, non vi sarebbe più inottemperanza da parte del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione, automaticamente attuato con la messa a disposizione del prestatore mediante la semplice notifica della sentenza. Il ricorso all'art. 2126 c.c. e alla riaffermazione della *lex contractus* per giustificare l'irrepetibilità delle somme in caso di riforma della

⁵⁸² V. Cass. S.U. 13 aprile 1988, n. 2925, in *MGL*, 1988, 370; Cass. 6 aprile 1989, n. 1660, in *FI*, 1989, I, 2497 e ss.; Cass. 24 febbraio 1990, n. 1404, in *DPL*, 1990, 1824; Cass. 10 dicembre 1999, n. 13854, in *RIDL*, 2000, II, 565, secondo la quale "non devono essere restituite le somme riferibili al periodo decorrente dalla sentenza di primo grado alla sentenza di riforma, in base alla riaffermata vigenza della <<lex contractus>> e alla equiparazione alla effettiva utilizzazione delle energie lavorative del dipendente, della mera utilizzabilità delle stesse, in relazione alla presunta disponibilità del lavoratore, se richiesto, a riprendere servizio".

⁵⁸³ Su tale ultima critica v. E. Ghera – F. Liso, *Mora...* cit., 980. Sul punto v. anche M. D'Antona, il quale, giustamente, ha rilevato che "se il lavoratore, che si limita a restare a disposizione, adempie, non si può fare a meno di concludere che il creditore può legittimamente fissare anche quel tipo di programma di adempimento, ciò che equivale a dire che il datore di lavoro ha il potere (legittimo) di sospendere, di ridurre l'orario, di non reintegrare, purché presti il corrispettivo dovuto" (v. M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 73).

sentenza, anche in assenza di prestazione lavorativa, appare, per le motivazioni suddette, inconferente⁵⁸⁴; è necessario, invece, valorizzare l'irripetibilità in questione quale conseguenza della natura prettamente sanzionatoria delle somme corrisposte successivamente alla sentenza di primo grado per violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di reintegrare il lavoratore. Rappresentando, infatti, una sanzione, esse non possono essere in alcun modo ripetute.

Tale conclusione assume ancor più importanza quando si riflette dell'attuale formulazione dell'art. 18.

Oggi, infatti, dovendo ragionare del "solo" risarcimento del danno, fatta eccezione dell'ipotesi di reintegra del lavoratore e, quindi, della pacifica applicabilità dell'art. 2126 c.c., se non procedessimo alla distinzione tra i due periodi, non avremmo, in caso di mancata reintegrazione del lavoratore, alcuno strumento per giustificare l'irripetibilità delle somme relative al periodo *post* sentenza. A tale risultato giunge ormai la giurisprudenza di legittimità, che, ragionando di un'unica e generalizzata tutela risarcitoria, ritiene ripetibili tutte le somme percepite dal lavoratore, senza distinguere tra periodo precedente e periodo successivo alla sentenza⁵⁸⁵.

È necessario, pertanto, ancora una volta sottolineare l'importanza che riveste la qualificazione sanzionatoria delle somme successive alla sentenza, quale conseguenza della violazione da parte del datore di lavoro dell'ordine giudiziale; solo ricorrendo alla natura sanzionatoria delle somme in questione, infatti, può trovare giustificazione non solo l'inammissibilità delle eccezioni di *aliunde perceptum et percipiendum (supra)*, ma anche l'irripetibilità di esse in caso di riforma della sentenza⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Dello stesso avviso è M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 71 e ss.; F. Mazziotti, *Inefficacia...* cit., 659. *Contra*, v. L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 314.

⁵⁸⁵ V., da ultimo, Cass. 13 dicembre 2006, n. 26628, in *GD*, 2007, 6, 45; Cass. 11 dicembre 2006, n. 26340, in *RIDL*, 2007, II, 973; Cass. 30 marzo 2006, n. 7543, in *GCM*, 2006, 3; Cass. 21 febbraio 2004, n. 3509, in *ADL*, 2004, 350; Cass. 1 aprile 2003, n. 4943, in *MGL*, 2003, 554; Cass. 17 giugno 2000, n. 8263, in *MGL*, 2001, 110. In dottrina in senso conforme cfr. G. Vidiri, *Il risarcimento del danno...* cit., 216; V. Valentini, *Reintegrazione nel posto...* cit., 226 e ss.; M. Vitaletti, *Licenziamenti individuali e disciplina del risarcimento: orientamenti giurisprudenziali*, in *RIDL*, 2007, II, 975; A. Vallebona, *Parola d'ordine: salvare il processo del lavoro*, in *MGL*, 2007, 6.

⁵⁸⁶ In senso conforme v. M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 162, a parere del quale "ritenere che la porzione di risarcimento maturata a seguito della sentenza segua le sorti del risarcimento relativo al periodo tra licenziamento e sentenza significa negare ogni effetto all'ordine di reintegra". V. anche A. Proto Pisani, *Giudizio di legittimità...* cit., 369 e ss.; M. D'Antona, *Commentario...* cit., 413 e ss.; *idem*, *Tutela reale...* cit., 457; *idem*, *Condanna di reintegra e riforma della sentenza in appello*, in *GDLRI*, 1987, 607 e ss.; P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 46; F. Mazziotti,

Per le somme a titolo di risarcimento del danno, invece, al pari dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, trova conferma, anche nell'attuale formulazione dell'art. 18, l'orientamento precedente che ammetteva la ripetibilità di esse una volta riformata la sentenza, in quanto con essa veniva meno l'illiceità contrattuale che costituiva il presupposto del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 18 e dell'indennità sostitutiva della reintegrazione *ex* comma 5, con la conseguenza che venuta meno l'illegittimità del licenziamento tali attribuzioni patrimoniali diventano *sine titulo*⁵⁸⁷.

Un'ultima riflessione derivante dalla riforma della sentenza riguarda gli effetti da essa prodotti sul rapporto di lavoro e, in particolar modo, sulla sua continuità.

Concordo con quella parte della dottrina che ritiene che nel caso in esame si verifica una particolare ipotesi di estinzione del rapporto⁵⁸⁸. In questo caso, infatti, non sarà necessaria l'adozione di un formale licenziamento, con tutte le conseguenze che ne derivano soprattutto a livello formale, verificandosi, invece, un'ipotesi di estinzione automatica del rapporto, che necessita, in ogni caso di una manifestazione di volontà.

6.1. l'immediata esecutività della sentenza

Una delle peculiarità della sentenza di reintegrazione è la sua immediata esecutività ai sensi dell'art. 18. Ciò comporta il diritto del lavoratore a rivendicare immediatamente e, quindi, indipendentemente dall'eventuale gravame proposto dal datore di lavoro, la reintegrazione effettiva nel posto di lavoro e la corresponsione in suo favore di quanto spettantegli a titolo di risarcimento del danno. Sull'effettività dell'ordine giudiziale di reintegrazione si è detto nei paragrafi che precedono; qui, invece, preme soffermarsi sull'incidenza che l'immediata esecutività della sentenza ha sulla soddisfazione del diritto patrimoniale del lavoratore.

Inefficacia... cit., 659; M. Mariani, *Gli effetti della riforma in appello della sentenza di reintegrazione ex art. 18 St. Lav.: una storia infinita*, in *RIDL*, 2006, II, 151. *Contra*, v. M.G. Garofalo, *Contributo...* cit., 605.

⁵⁸⁷ Sulla ripetibilità dell'indennità sostitutiva della reintegrazione v. M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 48 – 49; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 931; M. D'Antona, *Disciplina...* cit., 173 e ss.; *idem*, *Commentario...* cit., 413; *idem*, *Tutela reale...* cit., 457; *idem*, *Licenziamento illegittimo...* cit., 426 – 428; M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 199; P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 49; G. Ferraro, *I licenziamenti...* cit., 78 e ss.; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 74; L. De Angelis, *L'indennità sostitutiva...* cit., 173 e ss.; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 314.

⁵⁸⁸ V. C. Assanti – G. Pera, *Commento all'art. 18...* cit., 212; G. Pera, *La cessazione...* cit., 196; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 133 – 134.

I problemi sorti sono essenzialmente quattro: 1)- la decorrenza dei diritti patrimoniali; 2)- la quantificazione del risarcimento del danno, connesse alla certezza e alla liquidità del credito; 3)- la possibilità di utilizzare la sentenza quale titolo esecutivo per rivendicare le somme spettanti al lavoratore; 4)- il rapporto tra l'esecutività della sentenza e la proposizione del gravame.

La prima problematica viene in emergenza nel momento in cui, come si ritiene, si distinguono i due periodi *pre* e *post* sentenza. Ed infatti, in relazione al primo periodo è evidente che il diritto al risarcimento del danno sorge a far data dal licenziamento in quanto così stabilisce espressamente il legislatore, indipendentemente, quindi, se l'impugnazione del licenziamento avvenga immediatamente a ridosso del recesso o allo scadere del termine legale di decadenza. Per quanto riguarda, invece, il secondo periodo, il tutto è legato all'inottemperanza del datore di lavoro dell'obbligo di reintegra. Problema, questo, irrilevante se optassimo per l'unificazione della tutela risarcitoria, in quanto il risarcimento sarebbe dovuto dalla data di licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione. Si è detto, però, che una sostanziale distinzione tra i due periodi deve essere mantenuta, sicché si ripropone il problema di verificare quando il datore di lavoro risulta inottemperante all'obbligo in questione, in quanto, a partire da tale data, la tutela risarcitoria lascia il posto a quella sanzionatoria, con tutte le conseguenze che ne derivano (*supra*).

Ebbene, per risolvere tale problematica è utile riproporre le soluzioni adottate in vigore del vecchio testo dell'art. 18. Alcuni⁵⁸⁹ ritenevano essenziale la formale messa in mora da parte del lavoratore, addossando, pertanto, su di esso gli oneri di ricostituzione della funzionalità del rapporto di lavoro. Altri⁵⁹⁰, invece, si erano espressi per la decorrenza dell'obbligo retributivo dalla data di notifica della sentenza e, quindi, dalla manifestazione di volontà del lavoratore di avvalersi del titolo. La tesi, invero, che va condivisa e che può essere riproposta anche per l'attuale disciplina è quella in base alla quale l'inottemperanza all'obbligo in questione si verifica a partire dalla data di pubblicazione della sentenza e, quindi, dalla lettura del dispositivo, in quanto, da un

⁵⁸⁹ Sul punto v. G. Balbi, *Reintegrazione nel posto di lavoro e decorrenza della retribuzione*, in *MGL*, 1980, 234 e ss., il quale non fa riferimento alla formale messa in mora, ma comunque ritiene necessaria l'iniziativa, anche meramente fisica, del lavoratore, per il ripristino del rapporto di lavoro.

⁵⁹⁰ V. A. Aranguren, *Autonomia e legge...* cit., 396; G. Zangari, *Contributo alla teoria...* cit., 161.

lato, a partire da tale data il datore di lavoro viene a conoscenza dell'esistenza di un obbligo a suo carico e, dall'altro lato, non è possibile addossare oneri o obblighi in capo al lavoratore danneggiato in relazione ad una situazione, quella della ripristino della funzionalità di fatto del rapporto, che la legge pone, al contrario, a carico del datore di lavoro danneggiante; dovrà essere, pertanto, quest'ultimo ad attivarsi per la ricostituzione del rapporto di lavoro, mediante l'invito rivolto al lavoratore a riprendere servizio, assumendosi tutte le responsabilità delle conseguenze derivanti dal mancato ripristino della funzionalità del rapporto⁵⁹¹.

Le ulteriori due problematiche e, cioè, quella della quantificazione del risarcimento del danno, connesse alla certezza e alla liquidità del credito, e quella della possibilità di utilizzare la sentenza quale titolo esecutivo per rivendicare le somme spettanti al lavoratore, possono essere esaminate congiuntamente.

Si è discusso a lungo, soprattutto in giurisprudenza, se la sentenza *ex art. 18* potesse essere utilizzata dal lavoratore per rivendicare la corresponsione delle somme spettantegli anche qualora la pronuncia fosse generica, non contenendo l'indicazione dell'ammontare specifico di esse. Partendo dal presupposto che la sentenza è immediatamente esecutiva, *nulla quaestio* se l'importo del risarcimento del danno venga esplicitato dal giudice nel dispositivo o nella motivazione⁵⁹², in quanto il credito risulterebbe in questo caso pacificamente certo, liquido ed esigibile. Problemi, invece, sorgono se non v'è alcuna indicazione dell'importo del risarcimento né nel dispositivo né nelle motivazioni. In questo caso si concorda con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario secondo cui il credito risulterebbe certo e liquido, in assenza di specifica indicazione nel testo della sentenza, ove desumibile sulla base di deduzioni processuali

⁵⁹¹ In senso conforme v. Cass. 20 gennaio 1978, n. 262, in *FI*, 1978, I, 1486 e ss.; Pret. Trento 25 marzo 1980, in *DL*, 1981, II, 271 e ss. In dottrina v. G. Pera, *La cessazione...* cit., 193; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 138; E. Garbagnati, *Profili processuali del licenziamento per motivi sindacali*, in *RDP*, 1973, 599; M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 207 e ss.; L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1982, 506; P.G. Alleva, *L'evoluzione...* cit., 108; M. Dell'Olio, *Ancora sul rapporto di lavoro dopo l'ordine di reintegrazione: disponibilità alla ripresa del servizio e prestazione di lavoro altrui*, in *DL*, 1981, II, 275 e ss.; F. Mazziotti, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1986, 366.

⁵⁹² Si fa riferimento alla motivazione in quanto essa costituisce *pars pro toto* del titolo esecutivo, per cui essa integra e completa il dispositivo, sicché se l'indicazione dell'ammontare del risarcimento è contenuta nella motivazione e non anche nel dispositivo alla prima dovrà far riferimento per avviare l'azione esecutiva, salvo non vi sia tra le due parti della sentenza divergenza, perché in tal caso prevarrà il dispositivo sulla motivazione.

del lavoratore non contestate dal datore di lavoro⁵⁹³, in virtù del principio processuale secondo cui ciò che non è contestato in giudizio risulta provato.

È opportuno, però, fare una precisazione. Contrariamente a quanto previsto dall'art. 8 della legge 604, l'art. 18 fa riferimento alle retribuzioni globali di fatto maturate dal lavoratore durante il periodo di esclusione dal posto di lavoro, sicché, come detto, esse devono ricomprendere tutto ciò che il lavoratore avrebbe percepito se avesse lavorato (*supra*); per cui, non sarà sufficiente, come solitamente viene fatto, indicare l'importo dell'ultima retribuzione, ma sarà necessario depositare estratti del contratto collettivo dal quale evincere l'effettivo importo della retribuzione globale di fatto maturata nel tempo. Soltanto in questo caso e in assenza di contestazione, la condanna generica potrà divenire "determinata" e, quindi, legittimare il lavoratore ad avviare la procedura esecutiva, potendo poi il datore di lavoro eccepire soltanto eventuali vizi formali dell'atto di precetto e non anche quelli sostanziali. In caso contrario, il lavoratore, in assenza di pagamento spontaneo da parte del datore di lavoro, dovrà avviare la procedura monitoria per rendere certo e liquido il credito riconosciutogli *ex sententia*. Per quel che riguarda invece, la condanna in futuro si discute se il lavoratore possa far valere la sentenza *sine die*. In questo caso si ripropongono le affermazioni testè fatte, ma con una precisazione. Innanzitutto, come dai più sostenuto, il lavoratore non sarà costretto a promuovere un nuovo giudizio di condanna per le somme future, in quanto l'*an* del diritto viene accertato con la sentenza *ex art. 18*⁵⁹⁴; problemi, invece, derivano, dal *quantum* del credito, trattandosi, appunto, di condanna generica per il futuro. In questo caso non si vede altro strumento che quello della procedura monitoria⁵⁹⁵, da

⁵⁹³ V. *ex plurimis* Cass. 29 novembre 2004, n. 22427, in *MFI*, 2004; Cass. 19 gennaio 1999, n. 478, in *MGL*, 1999, 433. *Contra*, v. Cass. 1 giugno 2005, n. 11677, in *NGL*, 2006, 123; Cass. 6 giugno 2003, n. 9132, in *OGL*, 2003, I, 768; Cass. 11 giugno 1999, n. 5784, in *GCM*, 1999, 1334; Cass. 1 giugno 1988, n. 3732, in *MGL*, 1988, 519.

⁵⁹⁴ V. *ex plurimis*, C. Assanti – G. Pera, *Commento all'art. 18...* cit., 213; U. Romagnoli, *Aspetti processuali dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 1971, 1319; E. Paolini, *Note sulla condanna in futuro*, in *RTDPC*, 1976, 576 e ss.; G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 278; L. Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire*, in *RTDPC*, 1978, 1142; M. Napoli, *La stabilità reale...* cit., 49 e ss.; M. Dell'Olio, *Licenziamento, reintegrazione...* cit., 510; *idem*, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 44 e ss.; M. D'Antona, *Disciplina...* cit., 165; M.G. Garofalo, *La nuova disciplina...* cit., 188; A. Proto Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 364 e ss.; F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 132.

⁵⁹⁵ Sul punto, in senso conforme, v. G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 278; C. Assanti – G. Pera, *Commento all'art. 18...* cit., 213; G. Bongiorno, *Commento all'art. 18...* cit., 584. *Contra* v. M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 44, a parere del quale, con riferimento alla condanna in futuro relativa ai diritti patrimoniali maturati nel periodo successivo alla sentenza, il ricorso alla procedura

avviare per tutta la durata della persistenza dell'inottemperanza da parte del datore di lavoro, dovendo necessariamente ricorrere a tale strumento per la quantificazione della retribuzione globale di fatto maturata dal lavoratore successivamente alla sentenza, ovviamente non prevedibile *ex ante*⁵⁹⁶.

Un'ultima problematica, infine, attiene al rapporto tra provvisoria esecutività della sentenza ed impugnazione di essa e tra la sentenza di primo grado e quella di riforma.

Con riferimento al primo profilo, la sentenza è *ope legis* provvisoriamente esecutiva, in relazione sia all'ordine di reintegrazione sia alla condanna patrimoniale; si pone il problema, però, di individuare uno strumento al quale il datore di lavoro può ricorrere per ottenere la sospensione dell'esecutività della sentenza.

La dottrina, soprattutto, si è divisa tra chi⁵⁹⁷ ritiene applicabile lo strumento generale dell'inibitoria *ex artt.* 283 e 351 c.p.c., in base ai quali ove sussistano gravi e fondati motivi la parte interessata può chiedere la sospensione, totale o parziale, dell'esecutività della sentenza impugnata e chi, invece, esclude a priori tale possibilità, almeno con riferimento al capo della sentenza relativo all'ordine di reintegrazione, trattandosi di un'ipotesi di esecutività *ope legis*, che deroga la previsione generale di cui agli articoli 283 e 351 c.p.c.⁵⁹⁸. I primi ritengono che, oltre allo strumento generale dell'inibitoria, è lo stesso processo del lavoro a contenere una disposizione in tal senso e, cioè, l'art. 431 c.p.c., che non fa alcuna distinzione tra condanna al *facere* e condanna al *dare*, sicché esso si applica alla sentenza *ex art.* 18 in quanto tale, senza alcuna distinzione, con la

monitoria non sarebbe esperibile se non dopo il passaggio in giudicato della sentenza accertativa del diritto rivendicabile, ritenuta dall'Autore "*questione evidentemente pregiudiziale... Né varrebbe invocare l'esecutività, data la natura costitutiva della pronuncia di annullamento, per sé idonea a fare stato, come del resto quelle di accertamento della nullità o inefficacia, solo a seguito, appunto, del passaggio in giudicato e non già a dare luogo, come tale, a un processo di esecuzione*".

⁵⁹⁶ In senso conforme v. G. Ferraro, *I licenziamenti...* cit., 60; P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, *La nuova disciplina...* cit., 42; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 308.

⁵⁹⁷ V. M. Papaleoni, *Esperibilità, contenuto e limiti dell'inibitoria avverso la sentenza di cui all'art. 18, legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *MGL*, 1971, 200 e ss.; E. Garbagnati, *Profili processuali...* cit., 604; G. Bongiorno, *Commento all'art. 18. Profili processuali*, in U. Prosperetti (diretto da), *Commentario dello statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1975, 575 e ss.; F. Mazziotti, *L'estinzione del rapporto...* cit., 370.

⁵⁹⁸ V., tra i tanti, A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto...* cit., 72; C. Assanti – G. Pera, *Commento all'art. 18...* cit., 209; G. Tarzia, *L'esecutorietà della sentenza nel porcesso del lavoro*, in *RTDPC*, 1974, 468; G. Pera, *Le controversie in tema...* cit., 1290 e ss.; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 137; M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 241 e ss.; M.G. Garofalo, *Contributo...* cit., 603 e ss.; *idem*, *Commento all'art. 18...* cit., 282 e ss.; G. D'Auria, *Sentenza di primo grado...* cit., 436; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 309.

conseguenza che la corte di appello potrebbe sospendere l'esecutività della sentenza di primo grado non solo con riferimento alla condanna patrimoniale ma anche all'ordine di reintegrare il lavoratore. I secondi, invece, escludono la possibilità di ricorrere agli artt. 283 e 351 c.p.c., ritenendo che essi si applicano soltanto alle ipotesi in cui la provvisoria esecutività della sentenza è concessa discrezionalmente dal giudice di primo grado, rappresentando uno strumento necessario per reagire all'utilizzo illegittimo da parte del giudice di prime cure del potere di dichiarare provvisoriamente esecutiva una sentenza, mentre, nel diritto del lavoro, quest'ultima peculiarità della pronuncia è espressamente prevista dal legislatore e, pertanto, non può essere disattesa dal giudice di appello; inoltre, ritengono che l'art. 431 c.p.c. si applichi solamente alla condanna patrimoniale e non all'ordine di reintegrazione, potendo – tra l'altro - essere sospesa soltanto l'esecuzione della condanna al risarcimento del danno e non anche l'esecutività della sentenza, mentre il datore sarebbe in ogni caso obbligato a reintegrare immediatamente il lavoratore.

È opportuno, a questo punto, scindere i due capi di condanna contenuti nella sentenza *ex* art. 18, ragionando del rapporto tra l'art. 283 c.p.c. e l'art. 431 c.p.c.

Per quel che riguarda l'ordine di reintegrazione torna il problema se considerare l'obbligo che ne discende coercibile o meno. Qualora, infatti, fosse integralmente incoercibile, l'azione inibitoria diventerebbe giuridicamente inutile, in quanto non avrebbe senso sospendere l'efficacia di un obbligo se l'attuazione di esso è rimessa alla esclusiva volontà del soggetto obbligato. Ed infatti, sia nell'ipotesi di mancata reintegrazione sia in quella di sospensione dell'efficacia della sentenza, il risultato non cambierebbe: in ogni caso il lavoratore non sarebbe riammesso in servizio. Se, invece, propendessimo per la coercibilità parziale, soluzione come detto preferibile, allora il datore di lavoro avrebbe la necessità di utilizzare uno strumento processuale per sospendere l'esecutività della sentenza, a maggior ragione se si ritenesse applicabile una delle fattispecie di reato innanzi indicate in caso di inottemperanza ad un ordine giudiziale. Lo strumento, in questo caso, sarebbe quello *ex* art. 283 c.p.c. e non quello *sub* art. 431 c.p.c. per due motivi: il primo, perché quest'ultima norma fa riferimento, come sostenuto dalla dottrina innanzi citata, soltanto alle sentenze di condanna di crediti di lavoro, con la conseguenza che tale norma deve essere considerata speciale rispetto

alla prima, ma limitamente al capo specifico della sentenza di condanna patrimoniale e al profilo dell'esecuzione della sentenza e non anche della sua esecutività, dovendo, quindi, necessariamente rinviare alla norma generale e, cioè, all'art. 283 cit. per la sospensione dell'esecutività della sentenza (e non dell'esecuzione) che contiene una condanna diversa da quella patrimoniale; il secondo, che giustifica anche il primo, perché l'art. 431 cit. non fa riferimento alla sospensione dell'esecutività della sentenza, ma a quella dell'esecuzione di essa, presupponendo, quindi, l'avvio del procedimento esecutivo da parte del lavoratore, che può riguardare soltanto i crediti e non anche obbligazioni di fare, come quella reintegratoria, che pertanto deve essere regolata dalla norma generale dell'art. 283 c.p.c., che fa riferimento alla sospensione sia dell'efficacia esecutiva sia dell'esecuzione della sentenza impugnata.

Per quanto riguarda, invece, il capo della sentenza che condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno, questa, è evidente, è soggetta al regime di sospensione speciale di cui all'art. 431 c.p.c., ove ne ricorrano i presupposti (l'avvio dell'azione esecutiva da parte del lavoratore) e le condizioni (la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*). A tale strumento, anzi, il datore di lavoro dovrà necessariamente ricorrere in relazione non tanto alle somme relative al periodo precedente alla sentenza, sempre ripetibili, ma a quelle successive ad essa, come detto, irripetibili perché da considerare quale sanzione dell'inottemperanza all'ordine giudiziale (*supra*). In tale caso, infatti, il datore di lavoro, nel momento in cui decide di non ottemperare all'ordine di reintegrazione, proprio per evitare di corrispondere somme non più recuperabili, dovrà non solo impugnare la sentenza, ma chiedere anche la sospensione dell'esecuzione, ove avviata, per tutelare la propria posizione in caso di accoglimento del gravame.

Da quanto sin qui detto discendono alcune considerazioni: gli artt. 431 e 283 c.p.c. sono legati da un rapporto di specialità, nel senso sopra indicato; in relazione alla condanna al risarcimento del danno, può essere sospesa soltanto la sua esecuzione mediante lo strumento di cui all'art. 431 c.p.c., mentre con riferimento alla reintegrazione – e nei limiti degli obblighi strumentali di ripristino – è possibile sospendere l'esecutività della sentenza attraverso lo strumento di cui all'art. 283 c.p.c.; il datore di lavoro non può avvalersi dello strumento di cui all'art. 431 c.p.c. qualora il lavoratore non abbia avviato la procedura esecutiva, in quanto tale norma disciplina l'ipotesi della sospensione

dell'esecuzione della sentenza e non della sua esecutività; non potrà ricorrere ad esso ove abbia reintegrato il lavoratore, perché altrimenti si verificherebbero due situazioni contrastanti, potendo anche ritenere inammissibile l'eventuale richiesta perché incompatibile con la volontà manifestata dal datore di dare esecuzione spontanea alla sentenza.

Infine, un'ultima riflessione attiene al rapporto tra la sentenza di primo grado, esecutiva, e quella di riforma. Prima della riforma del codice di procedura civile del '90, infatti, si discuteva se, in base all'art. 336, co. 2, c.p.c., la sentenza di riforma potesse sostituirsi interamente a quella riformata sin dal momento della sua pubblicazione – cd. interpretazione <<sostitutiva>>⁵⁹⁹ - ovvero se vi fossero delle conseguenze che si mantenevano stabili almeno sino al passaggio in giudicato della sentenza – cd. interpretazione <<conservativa>>⁶⁰⁰, considerando che la sentenza di primo grado era immediatamente esecutiva e non poteva essere privata, ai sensi dell'art. 337 c.p.c., di tale caratteristica con la sola impugnazione della sentenza. Il problema, in sintesi, è quello di verificare se e fino a quando il lavoratore può utilizzare la sentenza esecutiva *ex art. 18* in caso di riforma di essa.

La problematica, pertanto, nasceva dall'esigenza di interpretare le due norme suddette alla luce delle peculiarità del diritto del lavoro, al fine di salvaguardare l'immediata esecutività della sentenza almeno sino al passaggio in giudicato di quella di riforma, anche per evitare un umiliante andirivieni del lavoratore dal posto di lavoro⁶⁰¹. Ed infatti, una prima giurisprudenza⁶⁰², propendendo per l'interpretazione <<conservativa>>, aveva più volte affermato che, non solo, il datore di lavoro non

⁵⁹⁹ V. su tutti V. Andrioli, *Commento al codice di procedure civile*, Vol. II, Napoli, 1960, 415.

⁶⁰⁰ V. su tutti E. Redenti, *Appendice sulla interpretazione dell'art. 336 capoverso e disposizioni connesse... e sconnesse*, in *Diritto processuale civile*, II, 2^a ed., Milano, 1952, 511 e ss.

⁶⁰¹ Per la ricostruzione della dottrina espressasi in tal senso cfr. V. Velentini, *Reintegrazione nel posto di lavoro e riforma della sentenza in appello*, in *ADL*, 2004, I, 185.

⁶⁰² V. su tutte Pret. Milano 2 aprile 1974 e 9 luglio 1974, seguite da Cass. 8 aprile 1976, n. 1232, tutte in *RGL*, 1976, II, 557. In dottrina v. A. Proto Pisani, *Effetti della riforma con sentenza non passata in giudicato sull'esecuzione della condanna alla reintegra del lavoratore licenziato*, in *RGL*, 1976, II, 557; M. Taruffo, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *RTDPC*, 1976, 800, il quale, affermando che l'interprete "si trova a dover compiere una scelta tra due assurdità" e, cioè, quella di conservare in vita gli effetti esecutivi di una sentenza riformata, oppure quella di eliminare tali effetti in vista di una certa coerenza astratta del sistema, vanificando la tutela reale, opta per la "salvezza dalla prima assurdità"; P. Sandulli, *Commento all'art. 18...* cit., 565; G.F. Macini, *Commento all'art. 18...* cit., 276; G. Bongiorno, *Commento all'art. 18...* cit., 581 – 582; F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 128.

potesse espellere il lavoratore e, quindi, estinguere il rapporto di lavoro, fino al passaggio in giudicato della sentenza di riforma, ma anche che il lavoratore potesse avviare una nuova procedura esecutiva, anche dopo la riforma della sentenza, in quanto soltanto con il formarsi del giudicato la sentenza avrebbe perso efficacia; in sintesi, il rapporto doveva proseguire, con le relative conseguenze di natura economica, pur in presenza di una riforma della sentenza, almeno sino al passaggio in giudicato di essa, potendo tra l'altro il lavoratore rivendicare esecutivamente i propri crediti sino a tale momento. Tale orientamento veniva criticato da quella parte della dottrina favorevole all'interpretazione <<sostitutiva>>, secondo la quale non era possibile postulare una sopravvivenza dell'efficacia di un titolo esecutivo dopo che ad esso si sostituiva un provvedimento giurisdizionale di segno diametralmente opposto, con l'impossibilità, quindi, di iniziare una nuova esecuzione forzata una volta caducata la sentenza di reintegra⁶⁰³. La Sezione Unite della Corte di Cassazione⁶⁰⁴, chiamate a risolvere la problematica derivante dalla contrapposizione delle due interpretazioni, hanno affermato che *“l'immediata sostituzione della sentenza riformata comporta che questa, per effetto della riforma, perde subito ogni efficacia, tanto di accertamento che*

⁶⁰³ V. E. Garbagnati, *Sugli effetti della riforma della condanna alla reintegrazione del lavoratore licenziato*, in *RDP*, 1974, 656; C. Mandrioli, *Reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 700 ed efficacia esecutiva della sentenza di secondo grado nel processo del lavoro*, in *GI*, 1975, I, 2, 314 – 315; E.F. Ricci, *L'esecutorietà della sentenza*, in L. Riva Sanseverino – G. Mazzoni (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, IV, Padova, 1975, 337 e ss.; M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 45; G. Borrè, *Osservazioni in tema di art. 336, capov., cod. proc. civ. e art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *FI*, 1981, I, 2422 e ss.

⁶⁰⁴ Il riferimento è a Cass. S.U. 15 marzo 1982, n. 1669, in *MGL*, 1983, 195. Tale pronuncia è stata aspramente criticata sia a ridosso della sua emanazione sia ancora oggi. In quest'ultimo senso cfr. V. Valentini, *Reintegrazione nel posto di lavoro...* cit., 189, secondo cui *“Nel tentativo di far coesistere l'accertamento positivo del rapporto di lavoro (contenuto nella sentenza di primo grado) con l'accertamento negativo del medesimo rapporto dichiarato dal giudice di appello si arriva infatti a dire (incomprensibilmente) che il rapporto di lavoro sussiste, pur essendone stata dichiarata la giuridica inesistenza”*. Si vedano anche in precedenza M. Napoli, *La stabilità...* cit., 46; S. Magrini, *Riforma in appello della sentenza pretorile di reintegrazione ed estromissione del lavoratore dall'azienda*, in *MGL*, 1980, 781 e ss., secondo cui con tale orientamento i supremi giudici hanno *“tacitamente convenuto fra loro che eccezionalmente, nella particolare materia dei licenziamenti, il Pretore ha sempre ragione”*; G. Fabbrini, *Provvisoria esecutività delle sentenze e riforma d'appello*, in *MGL*, 1983, 204, a parere del quale la totale vanificazione del giudizio di appello stravolge i rapporti tra diritto sostanziale e processo: un processo giusto deve dare a chi ha ragione tutta la tutela che gli spetta ma non deve darne nessuna a chi a torto, dal momento che l'unica funzione che lo stesso deve assolvere è quella di *“tutelare le situazioni sostanziali accertate come esistenti e negare tutela alle situazioni accertate come inesistenti”*. In precedenza già Chiovenda aveva affermato che *“la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione”* (v. G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli, 1933, 147).

esecutiva, venendo meno anche la sua idoneità a fungere da titolo esecutivo nelle ipotesi in cui sia provvisoriamente eseguibile ope iudicis o ope legis". In pratica, venivano salvati soltanto gli atti esecutivi iniziati e conclusi prima della riforma, almeno sino al passaggio in giudicato della sentenza di riforma, mentre dovevano essere interrotti o non potevano essere avviate procedure esecutive non ancora concluse o non iniziate prima della riforma della sentenza, in quanto il titolo esecutivo veniva automaticamente meno⁶⁰⁵.

Da tale statuizione, però, derivava una conseguenza importante sul rapporto di lavoro. Le Sezioni Unite, nella sentenza citata, infatti, avevano affermato anche che la riforma della sentenza, non interferendo, se non dal momento del passaggio in giudicato, sull'esecuzione conclusa o sugli atti esecutivi compiuti prima della riforma, non poteva neanche incidere sulle situazioni di natura reale e sui rapporti obbligatori di tipo continuativo, che siano stati costituiti o ripristinati, "*de iure*" e "*de facto*", in esecuzione coatta o spontanea della pronuncia di primo grado. Pertanto, la sopravvenienza della sentenza d'appello, dichiarativa della legittimità del licenziamento, non ancora passata in giudicato, "*non fa venir meno l'obbligo del datore di lavoro di osservare gli impegni conseguenti alla pregressa esecuzione della sentenza di primo grado, con la conseguenza che l'allontanamento del dipendente prima del passaggio in giudicato della medesima sentenza d'appello (ovvero la sospensione del pagamento della retribuzione) configura un nuovo ed autonomo atto lesivo dei diritti del lavoratore, impugnabile con la specifica azione prevista dal citato art. 18 della legge n. 300 del 1970*".

Il predetto orientamento è stato disatteso da una serie di pronunce successive della Corte di Cassazione⁶⁰⁶, che hanno affermato, al contrario, il diritto del datore di lavoro, una volta pubblicata la sentenza di riforma, di estromettere il lavoratore, interrompendo anche la corresponsione delle retribuzioni. Orientamento definitivamente accolto da una nuova pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶⁰⁷, la quale ha affermato che "*a seguito della sentenza che dichiara l'illegittimità del licenziamento ed ordina la*

⁶⁰⁵ In senso conforme v. O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 925.

⁶⁰⁶ V. tra le tante Cass. 7 febbraio 1987, n. 1328, in *DL*, 1987, II, 168 e ss.; Cass. 7 febbraio 1987, n. 1332, in *RIDL*, 1987, II, 833.

⁶⁰⁷ Cass. S.U. 13 aprile 1988, n. 2925, in *FI*, 1988, I, 2280.

reintegrazione nel posto di lavoro, l'obbligo del datore di lavoro, inottemperante a tale ordine, di corrispondere la retribuzione dovuta in virtù del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 18, comma 2, della l. 20 maggio 1970 n. 300, si fonda sulla riaffermata vigenza della lex contractus e sulla ininterrotta continuità del rapporto di lavoro con la correlativa equiparazione, alla effettiva utilizzazione delle energie lavorative del dipendente, della mera utilizzabilità di esse, in relazione alla disponibilità del lavoratore, ove richiesto, a riprendere servizio (salva la prova contraria, a carico del datore di lavoro, della mancanza di detta disponibilità). Pertanto, qualora quell'ordine venga rimosso con sentenza d'appello, dichiarativa della legittimità del licenziamento, le retribuzioni maturate fino alla pronuncia di tale sentenza, se già riscosse, restano irripetibili, e, in difetto, possono essere chieste anche in separato giudizio (di cognizione, non di esecuzione, dato il venir meno del titolo esecutivo), in applicazione dei principi posti dall'art. 2126 c.c. con riguardo al rapporto lavorativo di fatto, mentre, per il periodo successivo alla pronuncia d'appello, non essendo più operativa la predetta equiparazione, nessuna retribuzione si rende dovuta, e, se corrisposta, una volta passata in giudicato la pronuncia stessa, potrà essere oggetto di azione di ripetizione”.

Oggi il problema sembra essere risolto. Con l'art. 48 della legge n. 353 del 1990 è stato modificato l'art. 336 c.p.c., eliminando il riferimento alla circostanza del passaggio in giudicato della sentenza di riforma, potendo, pertanto, essa incidere sul rapporto di lavoro sin dalla data della sua pubblicazione. La sentenza che dichiara invalido il licenziamento produrrà i suoi effetti non sino all'impugnazione di essa, in ottemperanza a quanto prevede l'art. 337 c.p.c., salvo i casi di sospensione innanzi analizzati (*supra*), ma sino alla pubblicazione della sentenza di riforma. Tale differenziazione non incide sulla irripetibilità delle somme corrisposte al lavoratore a far data dalla sentenza di accertamento dell'invalidità del recesso, in quanto, come detto, esse rappresentano, indipendentemente dalla loro qualificazione, la sanzione per l'inottemperanza all'ordine di reintegrazione, ma rileverà per il futuro, potendo il datore di lavoro estromettere il

lavoratore e, quindi, non corrispondergli alcunché, senza dover attendere il passaggio in giudicato della sentenza di riforma⁶⁰⁸.

6.2.L'impugnazione

L'art. 6 della legge n. 604 del 1966 stabilisce che il lavoratore ha l'onere di impugnare, a pena di decadenza, il licenziamento, con qualsiasi atto idoneo a manifestare la volontà di non accettare il recesso.

Innanzitutto, l'impugnazione rappresenta un onere e non un obbligo in capo al lavoratore; è l'atto mediante il quale quest'ultimo manifesta la volontà di non accettare il licenziamento, per cui, in caso contrario, il lavoratore non dovrà in alcun modo impugnare il recesso. Il legislatore, inoltre, ha previsto un termine entro il quale impugnare il licenziamento e, cioè, 60 giorni dalla comunicazione del recesso, ovvero da quella dei motivi, qualora essi non siano stati specificati dal datore di lavoro contestualmente all'atto di recesso.

L'individuazione di un termine legale di decadenza ha ingenerato una serie di problematiche; ci si riferisce, come avremo modo di approfondire in seguito, da un lato, al rapporto tra l'onere di impugnare il recesso e la nullità e dell'inefficacia del licenziamento e, dall'altro lato, alle conseguenze derivanti dalla mancata impugnazione del recesso entro il termine legale, considerando che quest'ultima rappresenta condizione non solo di procedibilità, ma anche di ammissibilità di qualsiasi rivendicazione giudiziale attinente al licenziamento.

Innanzitutto, il legislatore non prevede una specifica forma per l'impugnazione del licenziamento, potendo essa essere fatta dal lavoratore, direttamente o con l'ausilio di un terzo (organizzazione sindacale o difensore), in qualsiasi modo, purché contenga l'esplicita manifestazione della volontà dello stesso di non accettare il licenziamento⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ In senso conforme v. M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 69.

⁶⁰⁹ Sul punto v. F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 158, secondo cui "*La genericità della forma si spiega in considerazione del fatto che l'impugnativa non è un negozio, ma un mero atto giuridico*"; *idem*, *Forma e procedura...* cit., 92. Proprio la rilevanza della dichiarazione di volontà del lavoratore di non accettare il licenziamento aveva indotto autorevole dottrina processualistica a sostenere che l'onere di cui all'art. 6 non doveva essere qualificata in termini di una vera e propria <<impugnazione>>, quanto, più propriamente, di una <<contestazione>>, mediante la quale il lavoratore non dichiara di non accettare il licenziamento, contestando l'uso arbitrario del potere di recesso da parte del datore di lavoro (v. C. Consolo, *Oggetto del giudicato...* cit., 586 – 587).

Così, è stato affermato dalla giurisprudenza che l'impugnazione del licenziamento può essere effettuata tramite dichiarazione a firma del lavoratore, ovvero a firma congiunta con il proprio difensore; attraverso un telegramma, purché in giudizio, in caso di contestazione da parte del datore di lavoro della provenienza di tale dichiarazione, il lavoratore provi di essere l'autore di essa mediante l'esibizione dell'originale consegnato all'ufficio postale, ovvero, anche ricorrendo alla prova testimoniale sulle medesime circostanze⁶¹⁰; tramite fax, con onere a carico del lavoratore di provare l'avvenuta ricezione da parte del datore di lavoro; tramite ufficio postale, rilevando, in questo caso, la data di consegna del documento all'ufficio e non anche quella di effettiva ricezione da parte del datore di lavoro⁶¹¹; con la notifica (e non il mero deposito) al datore di lavoro del ricorso *ex art. 414 c.p.c.* nel termine legale di impugnazione⁶¹²; tramite, infine, richiesta di convocazione per l'espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione, purché l'atto con il quale il lavoratore impugna il licenziamento sia inviato anche al datore di lavoro, non potendo svolgere tale funzione la mera convocazione della Direzione Provinciale del Lavoro indirizzata anche al datore di lavoro⁶¹³.

La forma e le modalità con le quali il lavoratore deve procedere all'impugnazione del licenziamento non hanno creato particolari problemi in sede applicativa, se non sotto il profilo meramente processuale relativo all'onere probatorio.

Diverso, invece, è il discorso relativo al rapporto tra l'impugnazione del recesso e alcuni istituti civilistici, quale la messa in mora, nonché alle conseguenze derivanti dalla mancata impugnazione del licenziamento nel termine legale.

Prima ancora di ragionare delle suddette problematiche, bisogna soffermarsi preliminarmente sul campo di applicazione dell'art. 6 citato.

⁶¹⁰ V., *ex plurimis*, Cass. 6 ottobre 2008, n. 24660, in *GL*, 2008, 45, 31; Cass. 17 maggio 2005, n. 10291, in *GCM*, 2005, 5; Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689, in *RIDL*, 2004, II, 777; Cass. 5 giugno 2001, n. 7620, in *MGL*, 2001, 872. Sul punto v. A. Rondo, *Impugnazione del licenziamento a mezzo telegramma, onere della prova e poteri del giudice*, in *RIDL*, 2009, II, 355 – 359.

⁶¹¹ V. Cass. 4 settembre 2008, n. 22287, in *MGL*, 2008, 871 e ss.; Cass. 27 febbraio 1998, n. 2200, in *GCM*, 1998, 457.

⁶¹² V. su tutte Cass. S.U. 18 ottobre 1982, n. 5395, in *FI*, 1982, I, 3019; nonché Cass. 12 dicembre 1990, n. 11812, in *DPL*, 1991, 1033.

⁶¹³ V. Cass. 15 maggio 2006, n. 11116, in *NGL*, 2006, 542; Cass. 18 luglio 1991, n. 8010, in *NGL*, 1991, 845.

L'art. 6 della legge n. 604 non si applica a determinate categorie di soggetti o tipologie contrattuali, quali: i lavoratori per i quali si applica ancora la libera recedibilità dal rapporto; i contratti a termine alla scadenza del termine, salvo il datore di lavoro proceda ad un recesso *ante tempus*, ovvero anziché comunicare la mera scadenza del termine, adotti un vero e proprio licenziamento; i recessi adottati in virtù di una clausola pattizia o legale di risoluzione automatica al verificarsi di una determinata condizione, come ad esempio il licenziamento del soggetto che ha maturato i requisiti per la pensione; l'allontanamento del lavoratore in precedenza reintegrato a seguito della riforma in appello della sentenza *ex art. 18*; il recesso revocato prima della scadenza del termine *sub art. 6*; i licenziamenti nulli o inefficaci.

Soffermandoci su quest'ultima ipotesi, la dottrina e la giurisprudenza si sono più volte chiesti se l'onere di impugnare il licenziamento fosse esteso anche ai licenziamenti viziati da nullità o inefficacia.

Ebbene, il punto di partenza della riflessione è rappresentato da quanto sostenuto dall'orientamento dottrinario fautore, con riferimento alla tutela reale, dell'unicità del licenziamento illegittimo (*supra*). L'operazione di ricondurre in un'unica categoria di licenziamento invalido tutti i vari vizi del recesso deve necessariamente fermarsi al profilo sanzionatorio, in quanto, anche volendo optare per tale interpretazione, non può essere messo in discussione che, comunque, le tre fattispecie di invalidità (inefficacia, nullità e annullabilità) mantengono la loro autonomia giuridica⁶¹⁴; se le conseguenze dell'invalidità saranno le stesse, diversa deve essere, ad esempio, proprio la situazione in tema di impugnazione e di prescrizione dell'azione.

Con riferimento alla ipotesi di nullità del licenziamento è pacifico che non trovi applicazione il termine decadenziale di cui all'art. 6 cit., in quanto, in applicazione dei principi generali di diritto civile, la nullità, quale vizio di un atto, non ammettendo un termine prescrizione (*ex art. 1422 c.c.*) e potendo essere rilevata da chiunque vi abbia

⁶¹⁴ V. sul punto P. Sandulli, *Commento all'art. 18...* cit., 498 e ss., spec. 554; U. Romagnoli, *Commento all'art. 18...* cit., 91 e ss.; O. Mazzotta, *I licenziamenti ...* cit., 747; M.G. Garofalo, *Art. 18. Reintegrazione...* cit., 250; *idem*, *Contributo...* cit., 563 e ss.; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 84; M. Napoli, *La stabilità reale...* cit., 21; *idem*, *licenziamento...* cit., 64; M. Prosperetti, *Profili di invalidità del licenziamento*, in *MGL*, 1972, 208; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 278.

interesse, quindi, anche d'ufficio dal giudice (*ex art. 1421 c.c.*), non può essere sottoposta neanche a decadenza⁶¹⁵.

Invero, un orientamento, soprattutto giurisprudenziale⁶¹⁶, ritiene, sulla base della portata generale dell'art. 6 e, quindi, dell'inderogabilità dell'impugnazione del licenziamento, che quest'ultima fosse necessaria anche nelle ipotesi di recesso nullo o inefficace.

Tale orientamento, in ogni caso, è stato sostituito dall'ormai unanime considerazione che l'onere di impugnazione non riguardi né le ipotesi di licenziamento nullo, né quelle di recesso inefficace⁶¹⁷.

Da tale conclusione emerge una prima considerazione. Il licenziamento nullo o inefficace, non soggiacendo al regime di decadenza di cui all'art. 6 cit., potrebbe essere giudizialmente impugnato nel termine di prescrizione ordinaria previsto per l'azione di nullità, costringendo il datore di lavoro a provare la legittimità del licenziamento a distanza di un considerevole lasso temporale dalla sua adozione. Tale situazione, però, si deve ripercuotere negativamente sulle conseguenze prodotte dall'eventuale invalidazione del recesso; così, l'inerzia del lavoratore nel proporre l'azione giudiziale potrebbe essere valutata quale comportamento negligente del lavoratore ai sensi dell'art.

⁶¹⁵ In passato non tutti sono stati d'accordo sull'inapplicabilità dell'art. 6 cit. alle ipotesi di licenziamento nullo o inefficace. Si veda, ad esempio, F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 156 e ss., a parere del quale "l'onere dell'impugnativa si applica anche al licenziamento nullo, essendo imposto come condizione di esercizio dei diritti derivanti dall'inadempimento del datore, secondo il regime dell'art. 18 stat.". Per l'Autore tutti i licenziamenti, indipendentemente dal vizio, che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 18 devono essere impugnati a pena di decadenza; il regime generale, che esclude tale onere nell'ipotesi di recesso nullo, si applica soltanto ai recessi che esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 18 o per i quali il legislatore ha previsto un regime di nullità speciale, come nel caso del licenziamento per causa di matrimonio, gravidanza o puerperio; *idem*, *Forma e procedura...* cit., 91. Dello stesso avviso di Mazziotti sono A. Proto Pisani, *Giudizio di legittimità...* cit., 366; *idem*, *La nuova disciplina...* cit., 364; G. Massetani, *Ingiustificate limitazioni...* cit., 1945; *idem*, *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, in *FI*, 1989, I, 841 e ss. V., anche, R. De Luca Tamajo, *Commento all'art. 2*, in R. De Luca Tamajo – M. D'Antona (a cura di), *Legge 11 maggio 1990, n. 108: la disciplina dei licenziamenti individuali*, in *NLCC*, 1991, 133; E. Barraco, *Tutela reale e processo: rimedio (eccezionale) di mero accertamento?*, in *ADL*, 2008, 1077.

⁶¹⁶ V. Cass. 5 luglio 1974, n. 1962, in *MGL*, 1975, 39; Cass. 14 ottobre 1975, n. 3324, in *GI*, 1977, I, 523; Cass. 11 ottobre 1978, n. 4561, in *RGL*, 1979, II, 116; Cass. 29 giugno 1981, n. 4225, in *NGL*, 1982, 248; Cass. 28 ottobre 1989, n. 4542, in *MGL*, 1989, 640; Cass. 18 luglio 1991, n. 8010, in *RIDL*, 1992, II, 1025; Cass. 25 agosto 2006, n. 18533, in *NGL*, 2006, 809. In dottrina, v. gli Autori indicati alla nota che precede.

⁶¹⁷ Sul punto, in giurisprudenza v., *ex plurimis*, Cass. 3 novembre 1977, n. 4687, in *MGL*, 1978, 345; Cass. 12 aprile 1980, n. 2356, in *NGL*, 1980, 283; Cass. S.U. 18 ottobre 1982, n. 5394, in *DL*, 1984, II, 31; Cass. 21 febbraio 1984, n. 1236, in *FI*, 1984, I, 2551; Cass. 6 aprile 1990, n. 280, in *DPL*, 1990, 2144; Cass. 2 marzo 1999, n. 1757, in *LG*, 1999, 825. In dottrina, v. G. Pera, *La cessazione del rapporto...* cit., 152; nonché E. Ghera, *Diritto del lavoro...* cit., 268; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 129.

1227 c.c. e, quindi, determinare una riduzione del risarcimento del danno (*supra*); inoltre, tale comportamento potrebbe rappresentare una forma di accettazione tacita del licenziamento, pur in presenza di eventuali dichiarazioni del lavoratore di segno contrario, rilevante ai fini della valutazione dell'inammissibilità della domanda.

Proprio per cercare di evitare il verificarsi delle predette situazioni negative, l'art. 34 del d.d.l. n. C.1441-*quater*-B⁶¹⁸, ha proposto la modifica dell'art. 6 cit., imponendo non solo l'onere di impugnazione del licenziamento, indipendentemente dal vizio di esso, quindi anche per l'ipotesi di recesso nullo o inefficace, ma anche l'onere in capo al lavoratore di avviare il giudizio entro 180 giorni dall'impugnazione, a pena della sua inefficacia.

Tale iniziativa testimonia la volontà del legislatore di contemperare gli interessi di tutti i soggetti coinvolti; infatti, non solo mira a ridurre – *a latere lavoratoris* - i tempi del processo del lavoro, ma evita anche – *a latere datoris* - che comportamenti inerti o volutamente inerti del lavoratore, come quello di cui si è innanzi detto, nell'incertezza delle soluzioni giurisprudenziali, possano determinare conseguenze sul datore più gravi di quelle effettivamente riconducibili ad un licenziamento invalido.

Ciò che, invece, ha creato maggiori problemi è, da un lato, il rapporto tra l'impugnazione del licenziamento e la dichiarazione di formale messa in mora e, dall'altro lato, le conseguenze derivanti dalla mancata impugnazione del recesso nel termine legale.

Con riferimento alla prima problematica, si è discusso se l'impugnazione del licenziamento rappresentasse una sorta di formale messa in mora e, quindi, sostituisse questa in base ad un rapporto di specialità tra l'art. 6 cit. e gli artt. 1219 e ss. c.c., ovvero se quest'ultima fosse sempre ed in ogni caso necessaria, in aggiunta all'impugnazione *ex art. 6 cit.*

Secondo un primo orientamento, l'impugnazione del recesso non sostituisce la messa in mora, in quanto, anche nell'ipotesi del recesso sarebbe necessario che il lavoratore offrisse la sua prestazione nelle modalità previste dall'art. 1217 c.c., rappresentando

⁶¹⁸ Il d.d.l. n. 1441-*quater*-B, presentato alla Camera dei Deputati il 30 novembre 2009, è frutto dello stralcio dal d.d.l. n. 1441 di alcuni articoli, tra cui l'art. 67 in tema di impugnativa del licenziamento, e delle modifiche apportate al medesimo testo proveniente dal Senato, ove era identificato col n. S.1667.

l'offerta elemento costitutivo della fattispecie della mora, sicché ove questa dovesse mancare – non potendo essere sostituita dalla mera impugnazione del licenziamento – verrebbe meno la fattispecie civilistica della *mora credendi* e, quindi, il diritto del lavoratore a beneficiare delle conseguenze patrimoniali previste dalla legge⁶¹⁹. Qualcun'altro ha sostenuto⁶²⁰, invece, che l'offerta formale secondo le modalità civilistiche non fosse necessaria ogni qual volta il creditore dimostra inequivocabilmente di non voler cooperare, come avviene nel licenziamento, estendendo analogicamente alla *mora credendi* l'art. 1219, co. 2, c.c. in tema di *mora debendi* automatica.

Si ritiene, invece, di poter sostenere che l'impugnazione del licenziamento rappresenta una formale messa in mora, in quanto con essa il lavoratore dichiara di non accettare il licenziamento, offrendo, contestualmente, la sua prestazione, che viene ingiustificatamente rifiutata dal datore. Gli effetti della violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di cooperazione *latu sensu* si producono indipendentemente dall'offerta formale della prestazione da parte del lavoratore secondo le modalità previste dal codice civile, andando l'art. 18 a derogare la disciplina generale degli artt. 1206 e ss. c.c.. Attraverso l'impugnazione il lavoratore manifesta la volontà di non accettare il licenziamento e, con una contestuale dichiarazione libera, offre la sua prestazione che non viene accettata (offerta, comunque, necessaria nell'ipotesi di licenziamento nullo o inefficace, laddove è esclusa l'impugnazione); l'impugnazione, tra l'altro, può ben rappresentare quella “formula d'uso” prevista dall'art. 1217, co. 2, c.c., per l'intimazione dell'offerta⁶²¹.

⁶¹⁹ Secondo questo orientamento dottrinario, il datore non cade in mora soltanto per aver licenziato il lavoratore ingiustamente, ma è necessaria l'intimazione da parte di quest'ultimo nelle forme d'uso previste dal predetto articolo, non potendo essa essere sostituita dall'impugnazione del licenziamento, “giacché non è detto che essa sia idonea a giustificare l'illazione univoca e sicura della volontà di tornare in fabbrica” (v. G.F. Mancini, *Art. 18...* cit., 271). Dello stesso avviso sono M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 77 – 78; M.G. Garofalo, *Commento all'art. 18...* cit., 266 – 267; U. Romagnoli, *Commento all'art. 18...* cit., 124 e ss.; M. Napoli, *La stabilità reale...* cit., 32.

⁶²⁰ V. F. Mazziotti, *Il licenziamento...* cit., 236 e ss.; *Idem*, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 523.

⁶²¹ Secondo l'orientamento che ritiene necessaria, oltre all'impugnazione del licenziamento, anche la formale messa in mora del datore di lavoro da parte del lavoratore, quest'ultima non si determina mai automaticamente (come invece può verificarsi per la *mora debendi* ai sensi dell'art. 1219 c.c.), ma necessita di un'iniziativa del debitore che si qualifica non in base alla mera manifestazione di volontà di adempiere (che è idonea ad escludere solamente la *mora debendi* ai sensi dell'art. 1220 c.c.), ma in base ad una particolare procedura, comprensiva di intimazione e di constatazione nelle forme dovute. Da ciò deriverebbe che la mancata cooperazione del datore determina “l'insorgere della <<situazione base>>

In relazione, invece, alle conseguenze derivanti dalla mancata impugnazione del licenziamento nel termine legale, sia la dottrina sia la giurisprudenza si dividono tra chi ritiene inammissibile non solo l'azione giudiziale finalizzata all'accertamento dell'invalidità del licenziamento (e, quindi, alla rivendicazione delle conseguenze previste *ex lege*), ma anche l'azione risarcitoria in base ai principi generali del diritto civile⁶²², e chi, invece, ritiene ammissibile soltanto quest'ultima azione⁶²³.

Il primo (ed unico) dato certo è che il lavoratore, ove non impugnato il licenziamento entro il termine legale, non può ricorrere agli strumenti tipici del diritto del lavoro per rivendicare l'invalidità del licenziamento e le tutele previste in suo favore.

Bisogna, quindi, discutere essenzialmente se il lavoratore ha la possibilità di ricorrere ad altri strumenti di tutela, oppure se, una volta decaduto dall'impugnazione, non può rivendicare alcun diritto, pur in presenza di un'invalidità manifesta del recesso.

Secondo il primo orientamento, diffusosi soprattutto negli ultimi anni, la mancata impugnazione del licenziamento nel termine di decadenza legale preclude l'accertamento dell'illegittimità del recesso ai fini della tutela sia reale che risarcitoria di diritto speciale (art. 18 St. lav.) e di diritto comune (art. 1218 e art. 1453 c.c.), in quanto viene a mancare il presupposto necessario consistente proprio e soltanto nella dedotta illegittimità. Il giudice eventualmente adito dal lavoratore, in sintesi, non potrebbe

della mora credendi, ma non è idonea da sola a consentire, non solo, l'applicazione di una speciale disciplina, ma neppure un uso che non sia puramente convenzionale della categoria, in assenza di intimazione – offerta nelle forme d'uso” (V. M. D'Antona, La reintegrazione... cit., 79; G.F. Mancini, Art. 18... cit., 271, secondo il quale non è dato interpretare univocamente l'impugnazione del licenziamento come significazione di una volontà di proseguire il rapporto; M.V. Ballestrero, I licenziamenti... cit., 107. Contra, E. Ghera – F. Liso, Mora... cit., 992, a parere dei quali nel rapporto di lavoro “a causa della sua particolare natura si verificherebbe la corrispondenza materiale tra l'offerta nelle forme d'uso (art. 1217) e quella non formale (ex art. 1220) che è idonea ad escludere la mora del debitore”, donde l'automatico sorgere della mora al momento del rifiuto, il quale a sua volta, in ragione della “continuità della prestazione di lavoro, rende superflua una specifica intimazione per futuro prossimo”).

⁶²² V. Cass. 14 maggio 2007, n. 11035, in *LG*, 2007, 879; Cass. 9 marzo 2007, n. 5545, in *LG*, 2007, 1143; Cass. 21 agosto 2006, n. 18216, in *GCM*, 2006, 7-8; Trib. Milano 16 novembre 2007, in *LG*, 2008, 428.

⁶²³ V. Cass. 10 gennaio 2007, n. 245, in *GCM*, 2007, 1; Cass. 2 marzo 1999, n. 1757, in *LG*, 1999, 825. In dottrina v. F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 162; *idem*, *Forma e procedura...* cit., 94; M. Miscione, *La nuova tutela obbligatoria...* cit., 204 – 205, a parere del quale “né l'art. 8 della L. n. 604 del 1966, né l'art. 18 St. lav... escludono le azioni ordinarie: è prevista solo la decadenza dai benefici delle speciali tutele, in caso di mancata impugnazione in termini, ma il lavoratore, se vuole rinunciare a tali benefici, potrebbe farlo, senza perdere il diritto alle azioni ordinarie”; I. Pagni, *Tutela specifica...* cit., 283 e ss.; M. Tatarelli, *Il licenziamento...* cit., 338 e ss.; G. Gigliano, *Diritti postestativi e impugnazione stragiudiziale del licenziamento nell'area della tutela reale*, in *DML*, 2006, 262.

riconoscere alcuna tutela al lavoratore diversa da quella tipizzata dalla normativa speciale, in quanto la mancata impugnazione preclude ogni valutazione sull'invalidità del licenziamento, da intendersi quale atto illecito.

In base al secondo orientamento, invece, il lavoratore, qualora non dovesse impugnare il licenziamento subito nel termine legale, può comunque esperire la normale azione risarcitoria in base ai principi generali, purché ne ricorrano i presupposti, non potendo, però, far valere vizi o rivendicare diritti tipici della normativa speciale. In base a tale orientamento discende che: 1)- il lavoratore non deve aver impugnato il recesso nel termine legale; 2)- la mancata impugnazione non comporta la liceità del recesso (si pensi anche al licenziamento nullo o inefficace, *ab origine* invalidi e improduttivi di effetti)⁶²⁴; 3)- può essere avviata un'azione di responsabilità extracontrattuale, per danni derivanti da atto illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c.; 4)- il lavoratore non deve far valere vizi del licenziamento, come previsti dalla normativa lavoristica in tema di recesso invalido (come, ad esempio, l'assenza di giustificazione o la mancanza di forma scritta), né può rivendicare diritti nascenti dall'applicazione dell'art. 8 della legge 604 o dall'art. 18 della legge 300, ma deve provare che il comportamento illecito posto in essere dal datore di lavoro ha ingenerato un danno ingiusto ulteriore, che, evidentemente, non può essere quello derivante dalla perdita del posto di lavoro e, quindi, dalla assenza di reddito, ma deve afferire a danni ulteriori, quale, ad esempio, quelli derivanti dall'ingiuriosità del recesso; 5)- il lavoratore ha l'onere di provare l'esistenza di un fatto illecito, il danno ingiusto e il nesso di causalità.

Invero, esiste anche un orientamento, seppur isolato, che potremmo definire "mediano"⁶²⁵, in base al quale l'inadempimento rimane sempre il fatto costitutivo generatore della pretesa fatta valere con la domanda di risarcimento, ancorché il diritto così azionato possa configurarsi diversamente a seconda del regime di tutela previsto dalla legge e invocato, in quanto la scelta della tutela si risolve in una questione di scelta

⁶²⁴ V. sul punto C. Consolo, *Oggetto del giudicato...* cit., 589, il quale, ragionando degli effetti della mancata impugnazione del licenziamento, afferma che "*non perciò solo, evidentemente, quel recesso diviene anche fondato e quindi efficace, nel caso che tale in origine non fosse: il rapporto di lavoro, in ipotesi immutato da un recesso infondato ed inefficace, almeno in un primo tempo dunque perdura intatto sul piano sostanziale pur dopo la decadenza del lavoratore licenziato dal potere di azione per inerzia nell'esternare il proprio punto di vista*".

⁶²⁵ Espresso solamente da Cass. 23 dicembre 2000, n. 16163, in *GC*, 2001, I, 1588.

della norma giuridica da applicare che, come tale, è passibile di mutamento ad opera delle stesse parti o anche del giudice senza modifica della *causa petendi*, rimanendo in ogni caso invariato il fatto costitutivo. In pratica, il lavoratore, ove rivendicate le tutele speciali dell'art. 8 o 18 ed eccepita l'inammissibilità della domanda per l'intervenuta decadenza dell'impugnazione del licenziamento, potrebbe modificare il *petitum*, salvaguardando la *causa petendi*, abbandonando la tutela speciale per ricorrere a quella generale civilistica.

Ritengo che si possa propendere per il secondo orientamento, in quanto, laddove il licenziamento, fatto illecito, per le modalità con cui viene adottato, determina l'insorgenza di danni ulteriori e diversi rispetto a quelli naturalmente conseguenti alla perdita del posto di lavoro, il giudice adito non deve verificare se il licenziamento sia valido o invalido in base alla normativa lavoristica, né tanto meno deve verificare se il rapporto sia ancora in vita in virtù dell'inefficacia o della nullità del licenziamento, ma deve valutare se quest'ultimo costituisce *ex se* un fatto illecito dal quale è derivato un danno ingiusto per il lavoratore, ulteriore rispetto a quello "ordinario" derivante dalla perdita del posto di lavoro. D'altra parte, tale conclusione è in linea con quanto sostenuto in tema di quantificazione del danno, con specifico riferimento alla risarcibilità dei danni ulteriori (*supra*); se questi sono pacificamente ammessi anche in relazione alle ipotesi disciplinate dalla normativa speciale, quale conseguenza di un comportamento datoriale che prescinde e va oltre la mera invalidità del licenziamento, non si vede perché gli stessi danni ulteriori non possano essere rivendicati dal lavoratore, ricorrendo ai principi generali in tema di responsabilità extracontrattuale, pur in assenza di impugnazione del licenziamento.

6.3 Il ricorso alla procedura d'urgenza e la tutela del dirigente sindacale

Nella tutela del lavoratore illegittimamente licenziato svolge un ruolo fondamentale il fattore tempo: quanto più è lungo l'allontanamento illegittimo del lavoratore dal posto di lavoro tanto più è grave il rischio di un pregiudizio irreparabile e più difficile è la piena restaurazione della situazione preesistente.

Il fattore tempo, pertanto, rischia di essere una delle principali cause dell'ineffettività della tutela del lavoratore invalidamente licenziato. Abbiamo visto che su tale pericolo

incide in maniera significativa l'inappropriatezza della tutela processuale; la durata irragionevole dei processi comporta una serie di conseguenze negative non solo sull'effettività delle tutele ma anche sulla persona del lavoratore. Il problema si presenta ancor più grave nelle ipotesi in cui all'accertamento dell'invalidità del licenziamento non segue il ripristino della funzionalità del rapporto di lavoro o perché non previsto dalla legge (art. 8), ovvero perché nelle more del giudizio questo diviene impossibile; si pensi all'ipotesi in cui, a causa dell'eccessivo lasso temporale intercorso tra la data del licenziamento e quello della sentenza favorevole al lavoratore, il datore di lavoro ha cessato l'attività, ovvero è fallito. È frequente, infatti, nella prassi il verificarsi di tale situazione, che di fatto costringe il lavoratore ad avviare ulteriori giudizi (ad esempio, l'insinuazione al passivo del fallimento del datore di lavoro, con tutte le conseguenze che ne derivano; l'avvio del giudizio per la dichiarazione di fallimento, ovvero per l'accertamento della responsabilità degli amministratori), ovvero a rinunciare alla soddisfazione del proprio credito, pur in presenza di un valido titolo esecutivo.

Il fattore tempo, pertanto, rappresenta un ostacolo per la completa soddisfazione dei diritti del lavoratore illegittimamente licenziato, che dovrebbe indurre il legislatore ad apprestare tutele ulteriori, proprio per fronteggiare tale patologica situazione. Si è visto che con la legge n. 89 del 2001 è stato riconosciuto al cittadino leso dall'irragionevole durata del processo il diritto ad un'indennità, il cui modesto importo, però, non è idoneo a soddisfare integralmente i diritti, nel caso di specie, del lavoratore licenziato, né a ristorare satisfattivamente tutti i danni da questo subiti, per colpa non solo del comportamento illegittimo del datore di lavoro, ma anche dello Stato, nel momento in cui non garantisce un'adeguata tutela processuale.

Bisogna, pertanto, verificare se nell'ordinamento italiano esistano strumenti di tutela, di natura processuale, in favore del lavoratore per evitare di sopportare le conseguenze negative derivanti da tali patologiche situazioni.

Circoscrivendo l'analisi alla fattispecie del licenziamento, gli strumenti a cui innanzi si accennava possono essere individuati nel giudizio cautelare che il lavoratore può avviare, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., e in quello specifico previsto per le ipotesi del

licenziamento del dirigente sindacale ai sensi dell'art. 22 St. lav.⁶²⁶.

Con riferimento alla tutela processuale del dirigente sindacale, ai sensi dell'art. 18, co. 7 e ss., dello statuto, considerata "estensione"⁶²⁷ dell'art. 28 in relazione all'interesse realmente tutelato (*infra*), si ritiene ormai pacifica la natura e funzione cautelare di tale strumento⁶²⁸; esso rappresenta un procedimento incidentale⁶²⁹, in quanto esperibile in corso di causa, avente evidenti elementi di specialità, in quanto, per espressa previsione normativa, il giudice deve accertare l'esistenza del requisito del *fumus boni iuris*, che si manifesta con la parvenza di invalidità del licenziamento derivante dalla valutazione sommaria degli elementi di prova forniti dal datore di lavoro⁶³⁰, mentre il *periculum in mora* è presunto⁶³¹, stante la pericolosità connessa alla rilevanza antisindacale di questo

⁶²⁶ Con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione di tale norma, la dottrina si è divisa tra chi ritiene insuperabile il dato testuale della norma, in quanto identificare in maniere inequivocabile i beneficiari di tale tutela al fine di evitare che l'eccessiva dilatazione di essa possa determinare un'assoluta e inopportuna indeterminazione delle obbligazioni imposte al datore di lavoro con la conseguenza che la tutela in esame riguarda soltanto i soggetti indicati nell'art. 22 St. lav. (di questo avviso sono G. Pera, *Commento...* cit., 219; A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto...* cit., 73 e ss.; P.G. Alleva, *L'evoluzione...* cit., 116; G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 293; U. Prosperetti, *Su una interpretazione dell'art. 22 dello statuto dei lavoratori*, in *MGL*, 1971); altri invece, affermano che la sfera di applicabilità dell'art. 18 si estende oltre i limiti espressamente previsti dall'art. 22, in quanto la volontà del legislatore è quella di tutelare tutti quei soggetti che svolgono attività sindacale e, quindi, sono maggiormente esposti alle rappresaglie datoriali (v. C. Assanti, *Commento all'art. 22*, in C. Assanti – G. Pera (a cura di), *Commento...* cit., 274; P. Sandulli, *Commento...* cit., 570; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 197 e ss.; G. Bongiorno, *Commento all'art. 18...* cit., 585 - 586).

⁶²⁷ V. M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 161.

⁶²⁸ V., *ex plurimis*, D. Borghesi, *Licenziamenti individuali e ordinanza di reintegra ex art. 18, comma 4-9 St. lav.*, in *RGL*, 1972, I, 437 – 478, secondo il quale tale strumento più che rappresentare uno strumento propriamente anticipatorio costituisce a tutti gli effetti una misura cautelare; L. Lanfranchi, *Situazioni giuridiche...* cit., 407; F. Carpi, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *RTDPC*, 1977, 638; G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 290 e ss.; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 178; R. Foglia, *Il licenziamento...* cit., 8. Più in generale, sui provvedimenti di natura cautelare v. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 39.

⁶²⁹ Sull'incidentalità di tale provvedimento v. A. Proto Pisani, *Problemi di coordinamento del nuovo rito speciale del lavoro*, in *RGL*, 1974, I, 365 e ss.; G.F. Mancini, *Lo statuto...* cit., 290 e ss.; R. Foglia, *I licenziamenti...* cit., 8.

⁶³⁰ Sul punto v. G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 296; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 203; D. Borghesi, *Licenziamenti individuali...* cit., 465 – 467, che giustifica tale conclusione con il naturale riflesso della distribuzione dell'onere probatorio nel processo del lavoro. V. anche A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto...* cit., 73 e G. Pera, *Commento...* cit., 226 – 227, a parere dei quali dall'insufficienza o dall'irrelevanza dei mezzi di prova forniti dal datore di lavoro deriva la presunzione della natura ritorsiva del licenziamento.

⁶³¹ Sulla specialità di tale provvedimento, stante la presunzione assoluta del requisito del *periculum in mora*, v. D. Borghesi, *Licenziamenti...* cit., 468, a parere del quale nella fattispecie in esame vi sono fattori di pericolo presunti, come l'evidente posizione di inferiorità del lavoratore licenziato, la natura quasi alimentare della retribuzione, e soprattutto la carica sindacale ricoperta dal lavoratore; F. Carpi, *Provvedimenti interinali...* cit., 638; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 201.

tipo di licenziamento. La specialità di tale tutela si articola in due punti: la possibilità di anticipare gli effetti della sentenza di merito e l'intensificazione delle sanzioni in caso di inottemperanza da parte del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione.

La maggior parte della dottrina⁶³² ha ritenuto che lo strumento di tutela in questione fosse espressione della necessità di salvaguardare, contro il provvimento datoriale plurioffensivo, sia l'interesse collettivo del sindacato a non vedersi privato nel luogo di lavoro del proprio dirigente per il periodo antecedente l'eventuale sentenza di reintegrazione, sia quello del singolo soggetto a non vedersi ingiustamente espulso dal ciclo produttivo, dal quale potrebbe derivare il rischio di subire un danno imminente ed irreparabile quale causa dell'attesa della sentenza di merito, il che giustifica la legittimazione concorrente del lavoratore e del sindacato a proporre, in corso di causa, l'istanza volta ad ottenere l'ordinanza anticipatoria.

La procedura speciale in esame non va letta, però, rigidamente, nel senso che essa costituirebbe la sola ed unica tutela apprestata dal legislatore in favore di tale particolare categoria di lavoratore; ed infatti, ben può il dirigente sindacale ricorrere alla procedura <<generale>> di cui all'art. 700 cit., laddove l'organizzazione sindacale cui appartiene non intenda sottoscrivere l'istanza, elemento essenziale di tale fattispecie; del pari, può verificarsi anche l'ipotesi in cui sia l'organizzazione sindacale ad avviare, autonomamente, un giudizio ai sensi dell'art. 28 St. lav., laddove vi sia un licenziamento discriminatorio e antisindacale che lede anche gli interessi collettivi del sindacato⁶³³, al fine di chiedere al giudice l'adozione di un provvedimento idoneo a far cessare il comportamento antisindacale, che consisterebbe, in pratica, nella

⁶³² V., su tutti, M.G. Garofalo, *Contributo all'esegesi...* cit., 607, che da tale argomento trae la giustificazione della possibilità del lavoratore non sindacalista di ricorrere alla procedura cautelare ex art. 700 c.p.c. V., anche, A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto...* cit., 73; G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 291; C. Assanti - G. Pera, *Commento...* cit., 220; P. Sandulli, *Commento all'art. 18...* cit., 567; G. Ghezzi, *I licenziamenti dalla penale...* cit., 307; P.G. Alleva, *L'evoluzione...* cit., 114.

⁶³³ V. M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 188., a parere della quale la possibilità di utilizzare lo strumento ex art. 28 cit. avverso i licenziamenti "antisindacali" è spiegata dalla necessità di riparare, contemporaneamente, la lesione subita dall'interesse collettivo e individuale: "la plurioffensività del licenziamento, non permette, in altri termini, di separare gli effetti ricadenti nella sfera individuale da quelli ricadenti nella sfera collettiva, e anzi giustifica la dilatazione del petitum per adeguarlo alla causa petendi, quale risulta dall'inscindibilità degli interessi coinvolti, in ragione della simultaneità della lesione degli stessi". In senso conforma a Ballestrero v. U. Romagnoli, *Commento...* cit., in G. Ghezzi – G.F. Mancini – L. Montuschi (a cura di), *Statuto dei diritto dei lavoratori*, II ed., Milano – Roma, 1981, 446.

reintegrazione del lavoratore licenziato per motivi sindacali⁶³⁴. La fattispecie tipica in esame, pertanto, presuppone una concorrenza degli interessi in gioco, quello del lavoratore e quello (in via subordinata)⁶³⁵ dell'organizzazione sindacale, che la contraddistingue dagli altri strumenti di tutela, dove l'interesse del singolo (*ex art. 700 c.p.c.*) o del sindacato (*ex art. 28 St. lav.*) è tutelato in via del tutto autonoma. L'intervento del sindacato, pertanto, diventa necessario soltanto laddove il lavoratore sindacalista intenda avvalersi dello (ulteriore) strumento di tutela in esame, ben potendo optare per la prosecuzione del giudizio ordinario, senza subire alcun pregiudizio con riferimento alle conseguenze derivanti dalla sentenza di condanna, ovvero laddove sia il sindacato stesso a voler intervenire nel giudizio, affiancando il lavoratore, ove ritenga necessario tutelare, nel minor tempo possibile, il proprio interesse (*supra*). Non si può, quindi, ragionare di litisconsorzio necessario ai sensi dell'art. 102 c.p.c., come da qualcuno sostenuto⁶³⁶, ma di intervento volontario del sindacato ai sensi dell'art. 105 c.p.c., quando l'iniziativa è presa da quest'ultimo, o di intervento su istanza di parte *ex art. 106 c.p.c.*, quando sia il lavoratore ad attivarsi in tal senso⁶³⁷.

Un altro aspetto di notevole importanza afferisce alla condanna del datore di lavoro inottemperante alla sentenza (ovviamente con riferimento al solo licenziamento del lavoratore dirigente sindacale) o all'ordinanza di reintegrazione al pagamento in favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore non reintegrato. Si tratta, è evidente, di una misura di coercizione

⁶³⁴ Di questo avviso sono G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 280; P. Sandulli, *Commento all'art. 18...* cit., 569; R. De Luca Tamajo, *Potere disciplinare e potere di recesso nell'individuazione della condotta antisindacale*, in *DL*, 1972, I, 38; G. Pellettieri, *Ancora in tema di licenziamenti individuali: il licenziamento quale comportamento antisindacale ex art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *DL*, 1973, I, 29; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 175 e ss.; F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 129.

⁶³⁵ Parlo di <<subordinata>> in quanto sarà necessaria sempre ed in ogni caso l'iniziativa del lavoratore, che si manifesta, prima, nell'impugnazione del licenziamento, poi, nell'avvio dell'azione giudiziaria, sicché in assenza di tali presupposti la procedura in esame non potrà essere avviata. Sul punto v. in senso conforme, M.G. Garofalo, *Contributo...* cit., 628; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 204 - 205, la quale, stante la natura degli interessi tutelati dalla norma in esame, in relazione anche a quelli tutelati dall'art. 28 dello statuto e dall'art. 700 c.p.c., nega che il legislatore avesse voluto tutelare in via principale l'interesse del sindacato, soffermandosi sulla circostanza che l'intervento del sindacato è previsto *ad adiuvandum* e non in via autonoma e principale.

⁶³⁶ V., ad esempio, la posizione di A. Aranguren, *A proposito di una peculiare interpretazione dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *MGL*, 1970, 538. *Contra*, v. G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 298; E. Garbagnati, *Profili processuali...* cit., 607; G. Bongiorno, *Commento all'art. 18...* cit., 591.

⁶³⁷ Nello stesso senso v. G. Ghezzi, *I licenziamenti dalla penale...* cit., 310.

indiretta⁶³⁸ finalizzata a tutelare, in maniera più significativa rispetto al licenziamento del lavoratore “ordinario”, quella particolare fattispecie di recesso plurioffensivo, nella quale necessita di tutela non solo l’interesse del singolo ma anche quello collettivo dell’organizzazione sindacale, attraverso uno strumento avente funzione compulsiva sul datore di lavoro. Dalla natura sanzionatoria della condanna in questione, deriva, evidentemente, che tali somme, una volta riformata la sentenza o l’ordinanza, non possono essere ripetute dal datore di lavoro, trattandosi a tutti gli effetti di una sanzione comminata a seguito dell’inottemperanza dello stesso ad un ordine giudiziale⁶³⁹.

Per quanto riguarda, invece, la tutela del lavoratore non “sindacalista”, viene in emergenza l’art. 700 c.p.c. A dir il vero, il rinvio a tale norma necessita di una considerazione preliminare e, cioè, quella relativa alla utilizzabilità di tale strumento nella fattispecie del licenziamento invalido adottato in ambito di tutela reale.

Nel diritto positivo, infatti, manca un’espressa previsione in tal senso; nel titolo che il codice di procedura civile dedica ai procedimenti sommari vengono tipizzate una serie di fattispecie soggette alla tutela cautelare, tra le quali, però, manca quella relativa alla lesione di diritti derivanti dal rapporto di lavoro e, nello specifico, di quelli connessi ad un invalido licenziamento. Tale lacuna ha indotto alcuni Autori⁶⁴⁰, soprattutto giusprocessualisti, ad escludere la possibilità di ricorrere alla tutela cautelare in caso di licenziamento invalido, ritenendo, soprattutto, che tale tutela potesse essere rivendicata con riferimento esclusivo ai diritti assoluti, tra i quali non ritenevano comprendere

⁶³⁸ V. in senso conforme G.F. Mancini, *Commento all’art. 18...* cit., 299; P. Sandulli, *Commento all’art. 18...* cit., 567; L. Montuschi, *Commento all’art. 38*, in G. Ghezzi – G.F. Mancini – L. Montuschi (a cura di), *Statuto dei diritto dei lavoratori*, II ed., Milano – Roma, 1981, 602 e ss.; A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto...* cit., 75; G. Ghezzi, *I licenziamenti dalla penale...* cit., 310; M. Persiani, *La tutela dell’interesse...* cit., 116; M.G. Garofalo, *Contributo...* cit., 628 – 629; M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 207 – 208.

⁶³⁹ V. A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto...* cit., 75; G.F. Mancini, *Commento all’art. 18...* cit., 299; L. Montuschi, *Commento all’art. 38...* cit., 606; P. Sandulli, *Commento all’art. 18...* cit., 568; M.G. Garofalo, *Contributo...* cit., 629. *Contra*, v. G. Ardau, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1972, 1385.

⁶⁴⁰ V., su tutti, S. Satta, *Provvedimenti d’urgenza e urgenza di provvedimenti*, in *MGL*, 1962, 49 e ss.; *idem*, *Ancora sui provvedimenti d’urgenza in materia di lavoro*, in *MGL*, 1968, 420 e ss.; *idem*, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, I, Milano, 1968, 270 – 271; *idem*, *Provvedimenti d’urgenza e rapporto di lavoro*, in *MGL*, 1971, 455 e ss.; C. Madrioli, *Reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 700 c.p.c. ed efficacia esecutiva delle sentenze di secondo grado nel processo del lavoro*, in *GI*, 1975, I, 309; E. Dini, *Reintegra nel posto di lavoro a mezzo di provvedimenti d’urgenza*, in *ND*, 1976, 661. *Contra*, v. D. Borghesi, *Licenziamenti...* cit., 454; M. Pedrazzoli, *La tutela cautelare...* cit., 1055 – 1057; M. Taruffo, *Problemi in tema...* cit., 808 e ss.; G.F. Mancini, *Commento all’art. 18...* cit., 280 e ss.; F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 129 – 130.

quello del posto di lavoro, in quanto considerato alla stregua di un diritto di credito o di un diritto potestativo, tipici dei rapporti obbligatori (quale è, appunto, il rapporto di lavoro), non annoverabili tra i diritti assoluti, oltre al fatto che la sentenza sul licenziamento ha natura costitutiva, sicché prima della pronuncia di merito non esiste un diritto rivendicabile. Inoltre, si riteneva che dalla specifica previsione contenuta nell'art. 18 a tutela del solo lavoratore dirigente sindacale si doveva dedurre la volontà del legislatore di apprestare tale rimedio soltanto in favore di tali soggetti, escludendo, pertanto, la generalità dei lavoratori dall'utilizzazione dello strumento cautelare anticipatorio previsto dall'art. 700 c.p.c.

Invero, contrariamente a quanto affermato dalla dottrina processualistica innanzi citata, in assenza di una previsione *ad hoc*, è l'art. 700 cit. a colmare tale lacuna, in quanto, trattandosi di una norma di chiusura, essa estende la possibilità di ricorrere alla procedura d'urgenza anche in relazione a quelle fattispecie non tipizzate dal legislatore negli articoli precedenti del codice di procedure civile, purché sussistano le condizioni ed i presupposti tipici del procedimento in questione. Inoltre, come giustamente osservato da Garofalo⁶⁴¹, tra la particolare procedura per i lavoratori sindacalisti e l'art. 700 cit. esiste un rapporto di complementarietà, in quanto uno non esclude l'altro, atteso che diverso è l'interesse da tutelare: individuale del lavoratore e collettivo del sindacato nel primo caso, (solo) individuale del lavoratore nel secondo, ben potendo il dirigente sindacale ricorrere alla procedura <<generale>> di cui all'art. 700 cit., laddove l'organizzazione sindacale cui appartiene non intenda sottoscrivere l'istanza, elemento essenziale di tale fattispecie. Pertanto, non essendo identico l'interesse tutelato, non solo non si verifica un'ingiustificata sovrapposizione di tutele, ma non può neanche dirsi che l'art. 18, co. 7, abbia derogato l'art. 700 cit., la prima speciale successiva, la seconda generale precedente, in quanto sono ambedue specie del genere provvedimenti cautelari anticipatori⁶⁴². Inoltre, con specifico riferimento all'obiezione relativa alla natura costitutiva della sentenza e, quindi, all'inesistenza di un diritto rivendicabile prima dell'emanazione di essa, è facile obiettare che tale situazione si potrebbe verificare

⁶⁴¹ V. M.G. Garofalo, *Contributo all'esegesi...* cit., 607. Sulla possibile coesistenza della tutela cautelare del lavoratore sindacalista ai sensi dell'art. 18 e del lavoratore <<normale>> ex art. 700 cit. v. anche G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 281.

⁶⁴² Su questo punto, conformemente a Garofalo, v. G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 281.

soltanto nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, perché ingiustificato, e quindi annullabile, ma non con riferimento al recesso nullo o inefficace, per il quale la sentenza ha natura dichiarativa. Infine, in relazione all'insussistenza di un diritto assoluto che legittimerebbe il ricorso alla procedura d'urgenza, è stato giustamente sostenuto⁶⁴³ che tale affermazione deve presupporre la negazione della natura di diritti a quelle situazioni che non comportino una signoria immediata su un bene; ed invece, tale natura deve essere riconosciuta, sul piano del diritto positivo, anche quando la soddisfazione dell'interesse del soggetto attivo è assicurata mediante la cooperazione del soggetto obbligato, ovvero attraverso l'esercizio di un potere, ben potendo tale interesse, tutelato dall'ordinamento, anche a livello costituzionale, subire un pregiudizio nel momento in cui si verifica una situazione che ostacola ingiustificatamente la sua realizzazione concreta, anche, eventualmente, dopo il suo riconoscimento giudiziale⁶⁴⁴. È opportuno, pertanto, ragionare non dell'esistenza o meno di un riferimento normativo specifico, che nel caso in esame esiste e, come detto, è rappresentato dall'art. 700 cit., quanto della natura del diritto tutelato e, quindi, se quello leso dal licenziamento invalido possa o meno essere trovare garanzia anche nella procedura d'urgenza.

Ancora una volta offrono importanti spunti di riflessione le parole di D'Antona⁶⁴⁵. L'Autore, partendo dagli insegnamenti di Montesano⁶⁴⁶, ragiona della tutela cautelare degli obblighi di non fare infungibili; dice D'Antona, *“se conveniamo sul punto che, nella vicenda della reintegrazione, l'astensione dell'obbligato non è l'oggetto del credito (se per oggetto del credito si intende ciò che soddisfa immediatamente l'interesse del creditore) ma solo uno strumento necessario per conservare o assicurare il bene giuridico... se ne ricava che nel nostro caso, come in ogni altro caso d'obbligo negativo infungibile, i beni e le utilità tutelati dalla norma esistono prima*

⁶⁴³ V. M.G. Garofalo, *Contributo all'esegesi...* cit. 608 – 609. Sul punto v. anche L. Montesano, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, 48 e ss.; G. Borrè, *Esecuzione forzata...* cit., 69 e ss.; M.V. Bellestrero, *I licenziamenti...* cit., 165.

⁶⁴⁴ Sul punto v. G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 283 – 284, il quale critica la tesi espressa principalmente da Satta circa l'impossibilità di tutelare in via cautelare un diritto non assoluto e, cioè, quello derivante da un rapporto obbligatorio. L'Autore, infatti, afferma che l'interesse (e il diritto) del lavoratore dedotto nel contratto è rappresentato dalla retribuzione, per cui *“se la retribuzione soddisfa ai bisogni più urgenti del lavoratore e se tali bisogni egli non è in grado di far fronte in altro modo, è evidentemente la sua stessa integrità fisica, la sua salute che la durata del processo mette in giuoco”*.

⁶⁴⁵ Il riferimento è a M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 220 e ss.

⁶⁴⁶ V. L. Montesano, *I provvedimenti d'urgenza...* cit., § 13, n. 3 e 24, n. 4.

dell'adempimento del debitore e indipendentemente da questo, pur potendo essere irrimediabilmente distrutti e pregiudicati dall'adempimento". Il punto di partenza, pertanto, è il seguente: l'interesse assoluto del lavoratore, che deve essere tutelato, è l'essere parte di un valido rapporto di lavoro; il datore di lavoro ha l'obbligo negativo di non porre in essere comportamenti idonei a ledere tale interesse, come, per esempio, a licenziare il lavoratore ingiustificatamente. Per cui, nel momento in cui il datore viola tale obbligo negativo, lede il diritto assoluto del lavoratore, aggiungerei io, costituzionalmente garantito (*supra*), alla stabilità del posto di lavoro (cioè, a non essere arbitrariamente estromesso da un valido rapporto di lavoro), lesione che potrebbe essere irreparabile. Da ciò deriva la possibilità per il lavoratore di ricorrere alla procedura d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. (il che giustifica anche l'impossibilità di utilizzare tale procedura in caso di licenziamento adottato in ambito di tutela obbligatoria, laddove l'estromissione dal rapporto di lavoro è sempre valida ed efficace, ancorché ingiustificata, sicché non viene lesa dal comportamento datoriale il diritto assoluto alla stabilità del posto).

Quanto sin qui detto conferma a quanto sostenuto in precedenza in merito alla natura obbligatoria della cooperazione creditoria all'esecuzione della prestazione lavorativa. Se, infatti, ragionassimo di un <<onere>> di cooperazione e non di un <<obbligo>> in capo al datore di lavoro, non si porrebbe il problema della possibilità di cautelare in via anticipata il diritto del lavoratore al posto di lavoro, in quanto non si verificherebbe alcuna violazione da parte del datore di lavoro di un obbligo, come diceva D'Antona, di non fare infungibile, proprio perché non ragioneremmo di un comportamento dovuto. Mentre, invece, la qualificazione obbligatoria di tale comportamento cooperativo del datore di lavoro, non solo fa discendere le conseguenze relative alla tutela dei diritti del lavoratore insite in un rapporto mai giuridicamente estinto (*supra*), ma giustifica l'utilizzabilità dello strumento *ex art. 700 c.p.c.*, laddove tale obbligo è stato violato e il lavoratore necessita di una soddisfazione immediata – ed in via anticipata rispetto alla sentenza di merito – del diritto al posto di lavoro, il cui persistente disconoscimento – causato ovviamente dalla durata del giudizio ordinario – potrebbe determinare pregiudizi irreparabili.

Proprio l'irreparabilità del danno è stata al centro del dibattito, sia in giurisprudenza sia

in dottrina, incentrato essenzialmente sulla necessità di verificare in quale ipotesi tale rischio verrebbe in concreto a manifestarsi.

Secondo una parte considerevole della dottrina⁶⁴⁷ la specialità della fattispecie del licenziamento si estrinsecerebbe anche con riferimento ai requisiti della procedura d'urgenza, laddove ritengono che anche per le ipotesi <<ordinarie>> di licenziamento (cioè, quelle diverse dal recesso del lavoratore sindacalista) il *periculum in mora* è *in re ipsa*, in quanto la violazione da parte del datore dell'obbligazione di non fare infungibile e continuativo (manifestatasi, per le motivazioni predette, con il licenziamento) produce sempre un pregiudizio irreparabile, atteso che “*il fumus del diritto e dell'azione e la minaccia della lesione dell'interesse che si assume protetto sono sufficienti a giustificare l'applicazione dell'art. 700, senza che occorra alcuna particolare indagine sulla irreparabilità dell'eventuale pregiudizio, giacché questo inerisce necessariamente alla lesione minacciata*”⁶⁴⁸.

Sulla presunzione assoluta del *periculum in mora* nella fattispecie in esame la giurisprudenza si è espressa in senso negativo, fino ad allargare le maglie degli oneri probatori in capo al lavoratore illegittimamente licenziato una volta avviata la procedura di urgenza. Ed infatti, se proprio la giurisprudenza ha da sempre ammesso la possibilità per il lavoratore licenziato di avvalersi dello strumento cautelare⁶⁴⁹, anche quando in dottrina si discuteva se esso fosse o meno utilizzabile, la stessa, poi, nel corso degli anni, ha pian piano specificato la consistenza dei requisiti alla base del procedimento d'urgenza, imponendo sempre maggiori oneri probatori sul lavoratore in relazione proprio al *periculum in mora*. Ed infatti, è stato più volte affermato che costituisce *ius receptum* quello secondo cui il *periculum in mora* non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, ma deve fondarsi su elementi concreti che incombe al lavoratore allegare e dimostrare in virtù del principio generale dell'onere della prova. Tale principio generale

⁶⁴⁷ V., su tutti, M. Pedrazzoli, *La tutela cautelare...* cit., 1055 e ss.; A. Proto Pisani, *Appunti...*cit., § 2 – 6; E. Frediani, *Note sull'effettività...* cit., 100 e ss.; M. Taruffo, *Problemi in tema...* cit., 809; M. D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 221.

⁶⁴⁸ Così si è espresso L. Montesano, *I provvedimenti...* cit., 132.

⁶⁴⁹ Si vedano le sentenze risalenti agli anni immediatamente a ridosso dell'emanazione dello statuto dei lavoratori, come, ad esempio, Pret. Firenze 20 febbraio 1961, in *FI*, 1961, I, 1764 e ss.; Pret. Sannicandro Garganico 20 febbraio 1976, in *MGL*, 1968, 420; Pret. Roma 30 dicembre 1977, in *RGL*, 1979, II, 1050; Pret. Roma 25 agosto 1979, in *DL*, 1980, II, 71; Pret. Mestre 21 giugno 1983, in *DL*, 1983, II, 352. Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. 29 ottobre 1981, n. 5716, in *DL*, 1983, II, 28; Cass. SU 27 gennaio

può essere fatto valere anche quando si ragiona di licenziamento⁶⁵⁰, in quanto non sussiste alcuna disposizione di legge che induce a ritenere che in tale ipotesi la verifica sull'esistenza del requisito di cui si discute possa fermarsi alla circostanza del fatto stesso della risoluzione del rapporto e della conseguente disoccupazione del lavoratore⁶⁵¹. Anzi, attraverso una lettura sistematica delle norme si può ritenere necessaria la prova a carico del lavoratore della sussistenza del requisito in questione, in quanto, quando il legislatore ha voluto ragionare in via presuntiva, lo ha esplicitamente indicato, come si verifica nell'ipotesi del licenziamento del lavoratore dirigente sindacale. Non essendoci, pertanto, una specifica previsione sul punto e dovendo applicare quanto previsto dall'art. 700 c.p.c., il *periculum in mora* non può essere presunto, ma deve essere provato dal lavoratore. Concludere per la presunzione assoluta del requisito del *periculum in mora*, infatti, comporterebbe che il ricorso alla tutela urgente diventerebbe strumento ordinario di impugnativa per tutti i licenziamenti.

Si vuole dire, sostanzialmente, che se è vero che dalla perdita del posto di lavoro può derivare in capo al lavoratore un pregiudizio imminente ed irreparabile, è anche vero che tale circostanza va valutata esaminando gli elementi concreti che il ricorrente deve addurre in aggiunta alla mera deduzione relativa alla perdita del posto di lavoro, sì da indurre il giudice a stabilire se in concreto la situazione di bisogno in cui potrebbe trovarsi il lavoratore privo di occupazione richieda necessariamente l'emissione di un provvedimento d'urgenza.

Con l'ordinanza *ex art. 700 cit.* il giudice, una volta accertata in via sommaria l'esistenza del diritto rivendicato, l'inadempimento datoriale e il rischio di un

1983, n. 754, in *GCM*, 1983, 1; Cass. 21 settembre 1990, n. 9640, in *GCM*, 1990, 9.

⁶⁵⁰ In senso conforme v. Trib. Bari 19 aprile 2007, in *giurisprudenzabarese.it*, 2007; Trib. Torre Annunziata 25 giugno 2007, in *GD*, 2007, 29, 80; Trib. Rimini 24 marzo 2007, in *Red. Giuffrè*, 2007; Trib. Milano 23 giugno 2004, in *D&L*, 2004, 1046. *Contra* v. Trib. Milano 9 giugno 2004, in *D&L*, 2004, 1045.

⁶⁵¹ Sul punto v. M.G. Garofalo, *Contributo all'esegesi...* cit., 615 – 617, a parere del quale sarebbe errato desumere l'irreparabilità del danno conseguente al licenziamento dal semplice fatto dell'esistenza stessa del licenziamento, in quanto, “*da un lato, l'esistenza libera e dignitosa può essere assicurata per altra via, quali ad esempio altre fonti di reddito del lavoratore o altro contratto di lavoro che il lavoratore sia in grado di stipulare; dall'altro lato, il danno al diritto a svolgere attività sindacale nell'unità produttiva potrà sussistere ed essere rilevante solo quando il lavoratore sarà in grado di provare... di aver esercitato quell'attività nel periodo anteriore alla sentenza con un certo grado di intensità*”. Sull'impossibilità di considerare il *periculum in mora* presunto in via assoluta v. anche G.F. Mancini, *Commento all'art. 18...* cit., 284 - 285; F. Mazziotti, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 129.

pregiudizio grave ed irreparabile⁶⁵², ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nell'originario posto di lavoro, senza però condannare lo stesso, stante la natura cautelare del provvedimento (*supra*), alla soddisfazione del diritto patrimoniale del lavoratore. Questo, pertanto, non verrà soddisfatto per un ordine giudiziale di condanna, ma in virtù dell'esatto adempimento della obbligazione contrattuale una volta ripristinato il rapporto.

La condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro in virtù di un provvedimento d'urgenza presenta alcune caratteristiche tipiche dell'ordine derivante da una sentenza di merito, ma con un *quid pluris*, dato proprio dalla natura cautelare del provvedimento.

Innanzitutto, al pari della sentenza, l'ordinanza *ex art. 700* ha natura inibitoria; essa, infatti, contiene un ordine al datore di lavoro di ripristinare la funzionalità di fatto del rapporto, attraverso una obbligazione di fare (o anche di non fare, cioè di desistere dal comportamento illecito, secondo la lettura di Montesano e D'Antona – *supra*) che però presenta natura di infungibilità. Ritornano, pertanto, le problematiche relative all'esecuzione in forma specifica di un ordine di fare (o di non fare) infungibile e, conseguentemente, all'effettività della tutela, anche in via cautelare, *sub art. 18*; rinviando a quanto detto su tale problematica e sulle soluzioni adottabili per fronteggiare tale problema, escludendo, in questo caso, la possibilità di avviare un giudizio ai sensi dell'art. 612 c.p.c. per ottenere dal giudice le modalità con cui il datore deve adempiere all'ordine giudiziale, limitatamente agli obblighi strumentali (fungibili) di ripristino⁶⁵³, qui preme sottolineare che la vicenda presenta un risvolto diverso, in

⁶⁵² Sul punto è opportuno precisare che, mentre il giudizio di cognizione si può concludere con una condanna del debitore, nel processo cautelare la cognizione del giudice non può che essere sommaria e finalizzata non a condannare il debitore, ma a rendere possibile l'attuazione della misura cautelare; inoltre, mentre la sentenza di condanna accerta il diritto del soggetto e l'inadempimento dell'obbligato, nel procedimento cautelare non si procede ad un accertamento completo di essi, limitandosi il giudice a verificare se essi siano esistenti in base ad un giudizio di probabilità e che vi sia il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile. La cognizione del giudice sull'azione cautelare, pertanto, ha una funzione meramente strumentale, come mezzo per l'attuazione della cautela, ma è priva di una qualsiasi propria autonoma efficacia (v. S. Liebman, *Unità del procedimento cautelare, in Problemi del processo civile*, Napoli, 107; *idem*, *Manuale...* cit., 172 e ss., secondo cui il processo cautelare si contrappone come *tertium genus* a quello di cognizione e a quello di esecuzione ed è caratterizzato dalla sua funzione strumentale, ausiliaria, nei confronti di un processo principale, del quale mira a garantire la proficuità dei risultati nei casi ammessi dalla legge).

⁶⁵³ Con specifico riferimento ai provvedimenti cautelari, infatti, è stato dai più sostenuta l'ontologica esecutorietà del provvedimento cautelare, il che comporta l'irrelevanza non solo della esecuzione forzata,

quanto stiamo ragionando di un provvedimento di natura cautelare. La violazione, infatti, di un ordine giudiziale contenuto in un provvedimento giudiziario potrebbe dar vita, se prescrive misure cautelari, al reato di cui all'art. 388, co. 2, c.p. Si ripropongono le perplessità già espresse in precedenza circa la possibilità di ricorrere, in generale, a sanzioni penali nella fattispecie in esame, preferendo ad esse, quali misure di coercizione indiretta, quelle di natura patrimoniale, e, nello specifico, al reato di cui all'art. 388 cit.⁶⁵⁴ Si è detto, infatti, che tale norma prevede la necessità che i provvedimenti giudiziari contengano misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito, fattispecie che, a parere di chi scrive, non ricorrono nella fattispecie in esame⁶⁵⁵, nonostante le argomentazioni favorevoli proposte da autorevole dottrina (*supra*).

7. La tutela della posizione previdenziale

La tutela del lavoratore in caso di licenziamento invalido è completata dalla condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali relativi al periodo dal licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione.

essendo essi stessi esecuzione forzata (il che giustifica l'esclusione della notificazione dell'ordinanza e l'intimazione del precetto), ma anche dello strumento processuale *sub* art. 612 c.p.c., dovendo essere il giudice adito ad indicare nell'ordinanza le modalità di esecuzione della stessa e, in caso di omissione, dovendo adire, ai sensi dell'art. 691 c.p.c., nuovamente il medesimo giudice ovvero rivolgersi a quello di merito, ove istruito il giudizio a cognizione piena (sull'esecutorietà intrinseca ed immediata dei provvedimenti cautelari, v., *ex plurimis*, G. Borrè, *Esecuzione forzata...* cit., 242 e ss.; R. Vaccarella, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, 189; C. Mandrioli, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Nss.DI*, VI, Torino, 1960, 768, G. D'Auria, *Esecuzione dei provvedimenti cautelari e reintegrazione d'urgenza nel posto di lavoro*, in *RGL*, 1979, II, 1976 e ss.; S. Satta, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963, 250; S. Liebman, *Unità...* cit., 248 e ss.; *idem*, *Manuale...* cit., 93; L. Montesano, *I provvedimenti...* cit., 118. Sulla possibilità, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, di utilizzare lo strumento di cui all'art. 612 c.p.c. v. G. Borrè, *Esecuzione forzata...* cit., 163 e ss.; L. Lanfranchi, *Situazioni giuridiche...* cit., 391; S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Jovene, 1978, 146; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela...* cit., nota 95; M. Taruffo, *Problemi in tema...* cit., 810 e ss.).

⁶⁵⁴ Anche l'orientamento maggioritario della giurisprudenza penale di legittimità esclude l'applicabilità dell'art. 388, co. 2, c.p. all'inosservanza del provvedimento cautelare *ex* art. 700 c.p.c. che ordina la reintegrazione del lavoratore, sostenendo che è possibile che si verifichi il reato in questione soltanto qualora il provvedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. sia emesso al fine di tutelare la difesa della proprietà, del possesso o del credito, condizioni nelle quali non può rientrare la reintegrazione nel posto di lavoro; in caso contrario, infatti, si dovrebbe ricorrere all'estensione analogica della norma in questione, violando, così, i principi generali di diritto penale in tema di tipizzazione dei reati (v., *ex plurimis*, Cass. 7 maggio 2009, n. 21305, in *D&G*, 2009; Cass. 28 giugno 1979, in *OGL*, 1979, 1173; Cass. 23 giugno 1975, n. 1393, in *RGL*, 1976, II, 975).

⁶⁵⁵ In senso conforme v. M.V. Ballestrero, *I licenziamenti...* cit., 171 – 172; F. Mazziotti, *Licenziamenti*

In ordine al profilo contributivo della tutela *ex art. 18* non sono emerse, nel tempo, particolari problematiche, rappresentando, anzi, uno dei pochi argomenti sui quali dottrina e giurisprudenza sono giunte a soluzioni concorde e omogenee.

Va subito precisato che la tutela contributiva in favore del lavoratore non nasce con la riforma dell'art. 18 attuata con la legge n. 108, in quanto con essa viene di fatto regolamentato quanto la dottrina⁶⁵⁶ e, soprattutto la giurisprudenza avevano già previsto in vigenza del vecchio testo dell'art. 18.

Ed infatti, la Corte di Costituzionale, con l'importante sentenza del 14 gennaio 1986, n. 7⁶⁵⁷, ha sancito la persistenza dell'obbligo contributivo in capo al datore di lavoro, anche se non specificatamente previsto dall'art. 18, sulla base di una serie di argomentazioni. Innanzitutto, i Giudici delle leggi individuano alcuni principi fondamentali che regolano la fattispecie del licenziamento adottato in ambito di tutela reale: a)- il licenziamento illegittimo interrompe la prestazione del lavoro ma non il rapporto di lavoro con la conseguenza che non viene meno nemmeno il rapporto assicurativo; b)- la reintegrazione ordinata dal giudice ripristina la situazione anteriore al licenziamento anche per quanto riguarda la prestazione, che riprende vigore una volta eliminata la parentesi dell'illegittimo atto di recesso; c)- per il periodo tra il licenziamento e la reintegrazione, il danno risarcito si identifica, anzitutto, con quanto il lavoratore avrebbe avuto diritto di percepire in forza dell'obbligazione propria del rapporto, cioè anzitutto con la retribuzione, fatti salvi, però, il maggior danno da provarsi dal lavoratore e *l'aliunde perceptum* dal lavoratore, detraibile, se provato dal datore di lavoro; d) per il periodo di tempo che va dal provvedimento di reintegrazione alla effettiva ripresa del lavoro, sono dovute specificamente le retribuzioni.

illegittimi... cit., 129 – 130.

⁶⁵⁶ V. A. Freni – G. Giugni, *Lo statuto dei lavoratori...* cit.; D. Napoletano, *Lo statuto...* cit., 68; M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 25 e ss.; G. Pera, *La cessazione del rapporto...* cit., 191 e ss.; M. Grandi – G. Pera, *Commentario breve allo statuto dei lavoratori*, Padova, 1985, 77 e ss. *Contra*, v. C. Assanti, *Commento allo statuto...* cit., 203, a parere dei quali non v'è in capo al datore di lavoro un obbligo al versamento dei contributi, ma un diritto in capo al lavoratore di rivendicare, in caso di accertamento dell'invalidità del licenziamento, il risarcimento del danno eventualmente risentito sul piano previdenziale, suscettibile di diminuzione o azzeramento in caso di occupazione del lavoratore durante il periodo in questione. Nello stesso senso v. G. Alibrandi, *Commento all'art. 18. Profili di diritto previdenziale*, in U. Prosperetti, *Commento dello statuto...* cit., 607 e ss.. V. anche L. Ventura, *Lo statuto dei diritti dei lavoratori: appunti per una ricerca*, in *RGL*, 1970, I, 497.

⁶⁵⁷ Leggila in *FI*, 1986, I, 1785 – 1788, con nota di M. D'Antona, *Licenziamento illegittimo, effetti retributivi della <<crisi di funzionalità>> del rapporto di lavoro e contribuzione previdenziale*.

Sulla base dei predetti principi di ordine generali, la Consulta ha affermato che “...siccome il licenziamento illegittimo non produce la cessazione del rapporto di lavoro e, quindi, del rapporto assicurativo-previdenziale ad esso collegato, e siccome anche per il periodo compreso tra il licenziamento ed il provvedimento di reintegrazione sono dovute le retribuzioni, sia pure comprese nel danno liquidato, e sussiste la possibilità che sia coperto tutto il periodo di sospensione della prestazione del lavoro avendo la norma di previsione determinato solo il minimo del danno risarcibile e non il massimo, non può assolutamente affermarsi che non sussista l’obbligo contributivo del datore di lavoro”.

La Corte Costituzionale porta a compimento quel processo giurisprudenziale, avviato qualche anno prima, di graduale riconoscimento in favore dei lavoratori illegittimamente licenziati di una tutela più ampia rispetto a quella desumibile dal dettato normativo, comprendendo anche quella previdenziale, focalizzando l’attenzione sul principio, poi definitivamente sancito dalla Consulta, in base al quale il recesso adottato in ambito di tutela reale non è idoneo a estinguere il rapporto, ma soltanto a interrompere la funzionalità di fatto di esso, con la conseguenza che l’obbligazione contributiva in capo al datore di lavoro non può venir meno⁶⁵⁸.

Una delle problematiche derivanti da tale riconoscimento, rimasto attuale anche successivamente alla riforma del '90, è legata al rapporto tra l’obbligazione contributiva e l’effettivo risarcimento del danno riconosciuto al lavoratore. Una prima considerazione, derivante dai principi espressi anche dalla Corte Costituzionale (*supra*), attiene al parametro da utilizzare per la quantificazione dei contributi previdenziali ed assistenziali. Nessuno ha messo in discussione che tale parametro fosse rappresentato dalle retribuzioni che il lavoratore avrebbe percepito se non fosse stato licenziato. Diverso, invece, è il discorso relativo al rapporto tra obbligazione contributiva ed effettivo risarcimento del danno riconosciuto al lavoratore illegittimamente licenziato. Anche in questo caso tutti sono stati d’accordo nel ritenere che la determinazione dell’obbligazione contributiva, in virtù dell’autonomia del rapporto contributivo rispetto

⁶⁵⁸ V., *ex plurimis*, Cass. 18 luglio 1983, n. 4958, in *MGL*, 1983, 364; Cass. 3 dicembre 1984, n. 6317, in *FI*, 1986, I, 2766. Successivamente alla pronuncia della Corte Costituzionale, e prima della riforma del '90, v. Cass. 3 aprile 1986, n. 2296, in *IP*, 1986, 1305; Cass. 31 maggio 1986, n. 3688, in *MGL*, 1987, 81; Cass. 22 gennaio 1987, n. 585, in *MGL*, 1987, 257; Cass. 20 marzo 1987, n. 2789, in *GCM*, 1987, 3.

a quello lavorativo, deve prescindere dall'importo del risarcimento dei danni liquidato dal giudice, eventualmente ridotto in ragione dell'accoglimento delle eccezioni di *aliunde perceptum et percipiendum*⁶⁵⁹; da ciò deriva che, indipendentemente dall'ammontare del risarcimento del danno, il datore di lavoro dovrà versare i contributi previdenziali ed assistenziali sulla base della retribuzione effettiva che il lavoratore avrebbe percepito se non fosse stato illegittimamente licenziato⁶⁶⁰, finanche nell'ipotesi di impossibilità a procedere alla reintegrazione, ad esempio, per cessazione dell'attività⁶⁶¹.

Nella previsione suddetta è possibile intravedere uno strumento di coercizione indiretta dell'ordine di reintegrazione; il datore di lavoro è chiamato ad adempiere all'obbligo contributivo indipendentemente da quanto effettivamente corrisposto al lavoratore a titolo risarcitorio. Innanzitutto, è evidente che si tratta di un'obbligazione datoriale autonoma rispetto a quella risarcitoria, nel senso che essa prescinde da quest'ultima, ben potendo il datore di lavoro essere condannato al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, quantificati in relazione alla retribuzione che il lavoratore avrebbe percepito se non fosse stato licenziato, sia nell'ipotesi di riduzione del risarcimento del danno al minimo e, cioè, alle cinque mensilità, sia in quella di impossibilità oggettiva di adempiere all'obbligo di reintegrazione, dal quale quello contributivo mantiene sempre ed in ogni caso una sua autonomia. Pertanto, possiamo dire che si tratta di una forma di responsabilità oggettiva, tipizzata dal legislatore, e che, per la sua funzione prettamente sanzionatoria, assurge a strumento di coercizione indiretta dell'ordine di reintegrazione,

⁶⁵⁹ In giurisprudenza v., tra le tante, Cass. 7 gennaio 2009, n. 68, in *D&L*, 2009, 499; Cass. 4 aprile 2008, n. 8800, in *D&G*, 2008; Cass. SU 5 luglio 2007, n. 15143, in *FI*, 2008, 4, 1204; Cass. 1 marzo 2005, n. 4261, in *GCM*, 2005, 3; Cass. 7 marzo 2003, n. 3487, in *MGL*, 2003, 568.

⁶⁶⁰ V. E. Siniscalchi, *Reintegrazione nel posto di lavoro, risarcimento del danno, retribuzione e obbligo contributivo*, in *DL*, 1986, II, 310; A. Topo, *Licenziamento illegittimo e tutela della posizione contributiva del lavoratore*, in *RIDL*, 1990, II, 678; G. Dondi, *Aspetti previdenziali...* cit., 285; G. Amoroso – V. Di Cerbo, *Statuto dei lavoratori...* cit., 540. In senso contrario si erano espressi C. Assanti – G. Pera, *Commento allo statuto...* cit., 203, a parere dei quali l'eventuale occupazione altrove del lavoratore illegittimamente licenziato farebbe giungere “*all'assurdo di una duplice situazione ai fini previdenziali, senza danno*”. Perplessità sono state espresse anche da G. Pera, *La cessazione...* cit., 191 – 192, secondo il quale “... è veramente originale la situazione di una doppia predisposizione della tutela previdenziale, con dubbia utilità per lo stesso soggetto superprotetto; per questo parrebbe opportuna una normativa ad hoc”. Nonché da M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi...* cit., 25; *idem*, *Il risarcimento...* cit., 7; M. D'Antona, *Licenziamento illegittimo, effetti retributivi...* cit., 305 – 306; M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 76 – 77; F. Bianchi D'Urso, *Prime osservazioni...* cit., 345 – 346.

⁶⁶¹ V. Cass. 22 dicembre 2008, n. 29936, in *GCM*, 2008, 12, 1824.

potendo, infatti, il datore di lavoro, in questo caso, essere condannato indipendentemente dalla sua effettiva responsabilità.

Così come per il risarcimento del danno, anche per la tutela previdenziale possono essere presi in considerazione i principi su espressi in tema di ripetibilità dei contributi versati in caso di riforma della sentenza. Qui, però, v'è una sostanziale differenziazione: il rapporto contributivo riguarda il datore di lavoro e l'istituto previdenziale; il lavoratore è solamente destinatario dei benefici derivanti da tale rapporto. Pertanto, l'eventuale iniziativa datoriale dovrà essere necessariamente rivolta nei confronti dell'istituto previdenziale. Ora, a differenza di quel che accade per il risarcimento del danno, si ritiene che il versamento dei contributi in questione è completamente ripetibile, ad eccezione di quelli versati a seguito della prestazione di lavoro effettivamente svolta, irripetibilità, come detto, garantita dall'art. 2126 c.c. Per quanto riguarda, invece, il restante periodo, l'obbligazione previdenziale mantiene in ogni momento la sua autonomia rispetto sia all'ordine di reintegrazione sia al risarcimento del danno, dovendo essere considerata a tutti gli effetti una (totale) sanzione per comportamento illegittimo. Venuto meno questo a seguito della riforma della sentenza, viene meno la giustificazione della sanzione in questione, la cui restituzione, pertanto, può essere integralmente pretesa dal datore di lavoro⁶⁶².

Un'ultima considerazione riguarda il rapporto tra la tutela previdenziale e l'indennità sostitutiva della reintegrazione. Come abbiamo visto, quest'ultima presenta un profilo prettamente sanzionatorio, volto ad indennizzare il lavoratore nel caso di rinuncia alla reintegrazione.

Tali somme devono essere esenti da prelievo contributivo⁶⁶³. Ed infatti, l'indennità sostitutiva della reintegrazione ha natura prettamente indennitaria, paragonabile ad una sorta di incentivo all'esodo, non potendo in alcun modo essere sussunta nella definizione di retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale, laddove v'è

⁶⁶² In senso conforme v. F. Mazziotti, *I licenziamenti...* cit., 130; O. Mazzotta, *I licenziamenti...* cit., 948; F. Bianchi D'Urso, *Prime osservazioni...* cit., 347; M. Napoli, *Licenziamenti...* cit., 75; V. Amoroso – G. Di Cerbo, *Statuto dei lavoratori...* cit., 540; L. Ioele, *La tutela reale...* cit., 316. *Contra* v. G. Ferraro, *I licenziamenti...* cit., 75; E. Siniscalchi, *Riflessi previdenziali della legge 11 maggio 1990, n. 108*, Napoli, 1990, 165.

⁶⁶³ V. M. Papaleoni, *La fine del libero...* cit., 77 – 78; M. Napoli, *La tutela reale...* cit., 166; G. Dondi, *Aspetti previdenziali...* cit., 291; G. Napolitano, *La nuova disciplina...* cit., 206; L. Ioele, *La tutela*

l'espressa esclusione da contribuzione di quelle somme che hanno natura diversa ed autonoma rispetto alla retribuzione. Ebbene, l'indennità in questione, oltre a non poter essere considerata retribuzione, rappresenta un erogazione che ha causa autonoma rispetto alla retribuzione in quanto tale; pertanto, in assenza di una previsione *ad hoc* di segno contrario, come avviene nel caso dell'incentivo all'esodo, deve essere escluso l'assoggettamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione a prelievo contributivo.

CONCLUSIONI

Elogio della stabilità⁶⁶⁴ o critica della sua effettività? A questo interrogativo, con il quale si è aperta la presente riflessione, è possibile ora fornire una risposta.

Lo studio diacronico dell'istituto del recesso dal rapporto di lavoro, in un continuo – e necessario – andirivieni dal e verso il diritto civile, ha offerto gli strumenti per ritenere impossibile elogiare la stabilità del posto di lavoro, come realizzata dalle leggi speciali, senza criticarne l'effettività.

La specializzazione di alcuni principi generali del diritto civile ha determinato un *corpus* normativo frastagliato, non omogeneo, dove è stata ritenuta legittima un'evidente disegualianza tra le varie categorie di soggetti (vi sono, infatti, tutele diversificate in favore del lavoratore licenziato) ed una inevitabile tutela sostanzialmente di tipo economico, che costituisce il comune denominatore delle varie ipotesi disciplinate del legislatore.

Certo è che l'istituto del licenziamento è quello che più di ogni altro è in grado di testimoniare lo “*straordinario*” sviluppo del diritto del lavoro rispetto al diritto civile⁶⁶⁵.

Ed allora è giusto chiedersi se la sola applicazione dei principi generali del diritto civile avrebbe comportato una tutela del lavoratore, in caso di recesso dal rapporto, migliore rispetto a quella speciale del diritto del lavoro, ovvero se la combinazione delle due tutele abbia comportato la predisposizione di un sistema completo ed effettivo.

V'è subito da dire che il *corpus* normativo del recesso è speciale, ma al tempo stesso generale, in quanto il rinvio al diritto comune, oltre ad essere continuo, è necessario per colmare quelle lacune presenti nella normativa speciale: si pensi, ad esempio, all'istituto della messa in mora per giustificare la rivendicazione da parte del lavoratore delle tutele patrimoniali, ovvero agli artt. 1224 e 1227 c.c. per la quantificazione del risarcimento del danno.

Questo andirivieni dal e verso il diritto civile, però, ha suscitato qualche perplessità sull'attuale sistema di tutele, in relazione, non solo alla compresenza di situazioni

⁶⁶⁴ V. M. Napoli, *Elogio della stabilità*, in *QDLRI*, 2001, 9.

⁶⁶⁵ Sul punto v. F. Carinci, *Discutendo intorno all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2003, I, 35.

omogenee disciplinate in maniera diversa, ma anche all'effettività di tale sistema e, quindi, alla sua capacità di promozione degli interessi che intende tutelare.

Tali problematiche sono ancor più evidenti quando si discute della stabilità del posto di lavoro, in quanto la necessità di contemperare interessi contrapposti e costituzionalmente protetti e, cioè, quello della conservazione del posto di lavoro, da un lato, e quello relativo al potere di recesso, dall'altro lato, deve fare i conti, non solo, con le peculiarità del rapporto di lavoro, che mal si conciliano con alcuni principi generali del diritto comune, ma anche con un sistema di tutele complementari, quali quella processuale e quella interna al mercato del lavoro, che, dovendo implementare la tutela principale per renderla il più efficiente possibile, di fatto, invece, rappresentano le principali cause della sua ineffettività.

La Costituzione riconosce il diritto al lavoro come bene giuridico primario del lavoratore e l'art. 18 St. lav. dovrebbe rappresentare l'attuazione di tale garanzia⁶⁶⁶, quale strumento di riequilibrio dei poteri all'interno del rapporto individuale di lavoro⁶⁶⁷. E tale era sino al 1990, dove la reintegrazione in forma specifica costituiva la tutela principale, garantita sia direttamente con l'ordine di ripristino della funzionalità del rapporto, sia indirettamente, attraverso la previsione del diritto del lavoratore alle retribuzioni, quale sanzione per l'inottemperanza del datore di lavoro all'ordine giudiziale di ripristino della funzionalità del rapporto. Quest'ultima, quindi, rappresentava una misura di coercizione indiretta necessaria per fronteggiare l'ostacolo insuperabile dell'incoercibilità dell'obbligo del datore di lavoro di far lavorare il lavoratore, tesa a confermare la supremazia della reintegrazione in forma specifica sul risarcimento per equivalente, nel rispetto dei principi generali del diritto comune in tema di responsabilità contrattuale.

Con la riforma del '90, invece, e con l'unificazione della tutela risarcitoria per il periodo sia precedente sia successivo alla sentenza e con l'introduzione dell'indennità

⁶⁶⁶ S. Liebman, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *QDLRI*, 2002, 26, 59, secondo cui "il complesso sistema sanzionatorio incentrato sulla tutela reale del posto di lavoro costituisce, a tutt'oggi, il momento forse più elevato di attuazione legislativa del dettato costituzionale nel momento stesso in cui la direttiva di cui all'art. 4, che contiene il comando rivolto allo Stato di garantire le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro a tutti i cittadini, viene a saldarsi con l'assolutezza del principio di tutela della dignità umana (art. 2)".

⁶⁶⁷ V. T. Treu, *Lo Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *QDLRI*, 2002, 6, 36.

sostitutiva della reintegrazione, il rapporto tra le predette tutele si è capovolto: la monetizzazione del rapporto prevale sul bene giuridico <<posto di lavoro>>, di fatto indebolendo la tutela ripristinatoria⁶⁶⁸, e i tentativi della dottrina di trovare un rimedio a tale situazione hanno dovuto fare i conti con la resistenza della giurisprudenza, ancorata con forza, nel caso di specie, all'interpretazione letterale dell'art. 18.

Ed allora è lecito porsi l'interrogativo se con l'applicazione degli artt. 1218 e ss. c.c., in assenza della disciplina speciale, il lavoratore sarebbe stato tutelato in maniera diversa e migliore.

La risposta, però, non può che essere negativa. Innanzitutto perché la specialità della disciplina del recesso dal rapporto di lavoro non contrasta coi principi generali, in quanto ad essi rinvia, applicandoli integralmente dove compatibili e modellandoli in base alle peculiarità del rapporto in caso di incompatibilità, in un continuo processo di trasformazione del diritto del lavoro che, ormai, non può più essere considerata una <<fase>>, ma è un <<divenire continuo>>⁶⁶⁹. In secondo luogo, perché la specializzazione del diritto del lavoro ha permesso la consacrazione del diritto del lavoratore, costituzionalmente garantito, alla conservazione del posto di lavoro (valutato, però, non come <<posto fisso>>, ma come diritto a non esserne privato se non per comprovate ragioni), quindi, alla stabilità⁶⁷⁰, intesa come <<valore>>, che non deve essere eliminata perché di ostacolo all'aumento dell'occupazione⁶⁷¹, quale misura

⁶⁶⁸ V. in senso conforme F. Carinci, *Discutendo...* cit., 39, a parere del quale con riforma del '90 "la reintegra ha finito per essere una sorta di tutela iperobbligatoria, in una logica e in una prospettiva <<monetarista>>. Il che l'ha chiaramente indebolita nella sua intrinseca forza attrattiva... incerta, per la portata amplissima di clausole generali... defatigante, per la lungaggine di ciascuno dei tre gradi del processo... costosa per entrambi, in forza della stessa lungaggine".

⁶⁶⁹ Sul punto v. G. Proia, *A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie*, in *ADL*, 2007, 1204.

⁶⁷⁰ A difesa della stabilità si è sempre schierato M. Napoli, il quale recentemente ha affermato che difendere il concetto di stabilità significa affrontare l'idea diffusa che essa limita la crescita del mercato del lavoro e la libera iniziativa economica dell'impresa. Scrive l'Autore: "All'inizio del terzo millennio porsi dalla parte della stabilità dei rapporti di lavoro sembra essere impresa disperata e comunque marchiata dalla cultura lavoristica del vecchio secolo. La cultura... negatrice della stabilità sembra essere maggioritaria sia nel nel dibattito culturale che nell'opinione comune... è l'idea di stabilità che non è accettata, non solo e non tanto la strumentazione giuridica modellata dall'articolo 18". (v. M. Napoli, *Elogio...* cit., 9; *idem*, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, in *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, II, Cedam, 2005, 1228 e ss.; *idem*, *La stabilità immaginata*, Intervento in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Venezia, 26-26 maggio 2007*, Giuffrè, 2008, 373 e ss.).

⁶⁷¹ Sul rapporto tra *insiders* e *outsiders* v., su tutti, P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996; *idem*, *Appunti per una riforma della disciplina del licenziamento*, in M. Biagi – Y. Suwa (a cura di), *Il diritto dei disoccupati*, Giuffrè, 1996, 223 e ss.

di politica di diritto di tipo promozionale⁶⁷², ma rinvigorita e resa compiutamente effettiva⁶⁷³, per evitare di cadere nel paradosso che la tutela della stabilità del posto di lavoro è talmente <<forte>> che deve essere attenuata in una logica solidaristica in favore dei soggetti deboli. La tutela *sub art. 18* è <<forte>> negli intenti, ma senza la sua idoneità a soddisfare compiutamente gli interessi dei soggetti da essa protetti rischia di rimanere un *flatus vocis*.

Una volta accettata, allora, l'idea della stabilità come <<valore>>, non in antitesi rispetto alla flessibilità, anch'esso valore, ma in una logica di complementarità⁶⁷⁴, al centro della tutela deve essere collocato il posto di lavoro, quale diritto sociale del lavoratore, ponendo la tutela patrimoniale in una posizione di complementarità o residualità⁶⁷⁵, dovendo essere preferita soltanto nelle ipotesi in cui il diritto al posto di lavoro manca *ab origine*.

⁶⁷² V. F. Liso, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2002, I, 175, a parere del quale “*se è vero che il sistema di tutela del lavoratore risulti centrato sulla stabilità del posto di lavoro invece che... sul rafforzamento delle potenzialità allocative del mercato del lavoro, non si vede perché lo sviluppo di questa seconda importante prospettiva debba avvenire necessariamente a scapito della prima*”. V. anche R. Del Punta, *Licenziamenti e performances occupazionali*, in *DRI*, 2003, I, 64, il quale ritiene che l'obiettivo del riaggiustamento occupazionale, necessario durante periodi di produttività decrescente, non viene impedito dall'art. 18, ma raggiunto mediante la disciplina dei licenziamenti collettivi, liberalizzata, prima, dal legislatore con la disciplina del 1991, poi dalla giurisprudenza che esclude un controllo di merito sulle giustificazioni adottate dal datore di lavoro per procedere ai licenziamenti.

⁶⁷³ Sulla necessità di intervenire sull'effettività della tutela reale v., su tutti, M. Napoli, *Elogio...* cit., 14 – 16.

⁶⁷⁴ Per un'attenta analisi del rapporto stabilità vs flessibilità, v. M. Napoli, *Elogio...* cit., 11 – 13; nonché M.V. Ballestrero, *Il valore e il costo...* cit., 391 e ss.; G. De Simone, *Il valore della stabilità...* cit., 558 e ss.

⁶⁷⁵ Secondo Del Punta, invece, l'art. 18 potrebbe essere modificato, ma non eliminato, in una logica di ulteriore monetizzazione del posto di lavoro; afferma l'Autore che “*si richiede una sanzione adeguata, a pena di vanificazione della tutela sostanziale e quindi del diritto fondamentale appena configurato, ma non è detto che essa debba essere una sanzione <<reale>>. È ben possibile che essa si risolva in una sanzione economica, che sia adeguatamente afflittiva ma che valga anche a correggere le implicazioni economicamente abnormi che risultano da certe applicazioni dell'art. 18 negli accavallamenti tra i successivi gradi di giudizio*” (v. R. Del Punta, *Licenziamenti...* cit., 66). Chi, in dottrina, propende per l'eliminazione della reintegrazione in favore di una sanzione monetaria adeguata (il cd. *firing cost*) è, P. Ichino, *La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, in *RIDL*, 2005, I, 29 e ss.; *idem*, *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti)*, in *RIDL*, 2006, I, 366 e ss.. Tale tesi, di fatto, reintrodurrebbe il sistema generalizzato della libera recedibilità, soltanto più oneroso della previsione codicistica. Dello stesso avviso di Ichino sono alcune proposte di riforma, tendenti proprio alla valorizzazione dell'aspetto economico della tutela rispetto a quella ripristinatoria: si vedano, a tal proposito, il disegno di legge <<Debenedetti>> (n. 2075 del 1997) e quello <<Treu>> (del 3 marzo 2000).

Per ottenere questo è evidente che occorre ritornare a discutere non solo dell'art. 18⁶⁷⁶ e delle tutele complementari, in una logica di efficienza regolativa del diritto del lavoro, intendendo per tale la sua capacità di rispondere effettivamente alle esigenze di promozione degli interessi dei lavoratori⁶⁷⁷, ma anche del quadro più complessivo nel quale tale norma si trova ad operare, in quanto, a prescindere da ogni valutazione critica, è innegabile che la stabilità ha un effetto esocontrattuale di garanzia del sistema complessivo⁶⁷⁸.

Innanzitutto, è necessario disciplinare misure di coercizione indiretta (proposte nel corso della presente riflessione, dirette a costringere il datore di lavoro a dare esecuzione alla sentenza di reintegra nel minor tempo possibile⁶⁷⁹). In secondo luogo, sarebbe opportuno omogeneizzare il sistema di tutele, troppo frastagliato e continuamente diviso tra diritto generale e diritto speciale, attraverso la predisposizione di un testo unico del recesso dal rapporto di lavoro, nel quale far confluire tutte le ipotesi di recesso, *a latere* sia *datoris* sia *lavoratoris*, disciplinate in maniera organica e con la predisposizione di un apparato di tutele (soltanto questo) eterogeneo, che tenga conto, *in primis*, del vizio di invalidità del recesso, ovviamente sanzionando in maniera più vigorosa i recessi affetti da nullità o inefficacia e, *in secundis*, delle peculiarità del rapporto di lavoro specifico⁶⁸⁰. Infine, tralasciando la tutela all'interno del mercato del lavoro, che ha le sue note complicazioni e problematiche, bisognerebbe ragionare della tutela processuale. L'eccessiva durata dei processi grava sull'effettività della tutela, oltre ad incidere pesantemente sulla quantificazione del risarcimento del danno, determinando costi aggiuntivi per l'impresa, in alcun modo giustificati dal solo atto

⁶⁷⁶ V. in tal senso anche F. Carinci, *Discutendo...* cit., 57, secondo il quale l'art. 18 e l'intero regime del licenziamento "meriterebbe un intervento razionalizzatore, a distanza di un trentennio dal suo varo e di un decennio dal suo aggiornamento"; nonché C. Romeo, *La reintegrazione nel posto di lavoro: tra tecniche giuridiche e vicende politiche*, in *LG*, 2002, 109 e ss.

⁶⁷⁷ Sul punto v. F. Liso, *Riflessioni sull'art. 18 e dintorni*, in *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, II, Cedam, 2005, 1034; *idem*, *Appunti...* cit., 169 – 170 e 175.

⁶⁷⁸ Sulla differente valutazione della stabilità a seconda che si ragioni di effetti endocontrattuali o esocontrattuali, v. O. Mazzotta, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in *LD*, 2007, 545.

⁶⁷⁹ V. sul punto anche C. Romeo, *La reintegrazione...* cit., 111; M. Cerreta, *La reintegrazione...* cit., 925.

⁶⁸⁰ V. in senso conforme F. Liso, *Riflessioni...* cit., 1046.

illecito, potendosi, pertanto, concordare con chi proclama la necessità di valorizzare lo strumento arbitrale⁶⁸¹.

La stabilità del posto di lavoro, pertanto, deve essere difesa; il legislatore, sinora miope di fronte a tale priorità, anche sulla spinta dell'evoluzione normativa comunitaria sul tema, deve prendere atto che l'art. 18 deve essere adeguato al progressivo ammodernamento dell'intero sistema nel quale la stabilità opera, in una logica di efficienza regolativa del diritto del lavoro, cioè di capacità di rispondere effettivamente alle esigenze di promozione degli interessi dei lavoratori. Soltanto così, infatti, la stabilità potrebbe essere "elogiata" perché strumento idoneo a tutelare effettivamente il diritto del lavoratore leso da un illecito recesso.

⁶⁸¹ Sul punto v. in maniera incisiva M. Napoli, *Elogio...* cit., 17, a parere del quale "... il vero bersaglio della critica della stabilità è il ruolo del giudice del lavoro più che la regolazione legislativa in sé". V. anche F. Liso, *Riflessioni...* cit., 1049, secondo cui "nelle controversie relative al licenziamento la tempestività della decisione costituisce sicuramente un bene essenziale per entrambe le parti. Essa andrebbe garantita anche presso la magistratura ordinaria, magari attraverso la previsione di corsie preferenziali per la trattazione di queste controversie"; nonché F. Carinci, *Discussendo...* cit., 64 e ss.; S. Liebman, *Il sistema dei rimedi...* cit., 54 e ss.; L. De Angelis, *Il giustificato motivo di licenziamento e la tutela reale del posto di lavoro tra rigidità e rigore: aspetti problematici e una risposta*, in *RIDL*, 2001, I, 126 e ss.; C. Romeo, *La reintegrazione...* cit., 110 e ss.; G. Suppiej, *Intervento*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Venezia, 26-26 maggio 2007*, Giuffrè, 2008, 309 e ss.

Legenda abbreviazioni

<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>AppNDI</i>	Appendice al Novissimo Digesto italiano
<i>DDP</i>	Digesto – Discipline privatistiche
<i>D&G</i>	Diritto e Giustizia
<i>D&L</i>	Diritto e lavoro - Rivista critica di diritto del lavoro
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>DLM</i>	Diritti lavori e mercati
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali
<i>DML</i>	Il diritto del mercato del lavoro
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>EGT</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>FAmm</i>	Foro amministrativo – CDS
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>Gciv.</i>	Giustizia civile
<i>GCM</i>	Giustizia civile massimario
<i>GComm</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>GC</i>	Giurisprudenza Costituzionale
<i>GD</i>	Guida al diritto – Il Sole 24 Ore
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GL</i>	Guida al Lavoro
<i>GM</i>	Giurisprudenza di merito
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>LG</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>LI</i>	Lavoro informazione
<i>LPO</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro
<i>NDI</i>	Novissimo Digesto italiano
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NG</i>	Notiziario giurisprudenziale
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>NssDI</i>	Nuovissimo digesto italiano
<i>OGL</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>QDLRI</i>	Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali
<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDComm</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro
<i>RGI</i>	Repertorio della giurisprudenza italiana
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza

RIDL
RIDPP
RTDPC
RDSS
TR

Rivista italiana di diritto del lavoro
Rivista italiana di diritto e procedura penale
Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
Rivista diritto della Sicurezza sociale
Temi romana

Bibliografia

- Alessi C.**, *Commento all'art. 3, L. 108/1990 (Il licenziamento discriminatorio)*, in *NLCC*, 1991, 192.
- Alibrandi G.**, *Commento all'art. 18. Profili di diritto previdenziale*, in U. Prosperetti (a cura di), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 607.
- Alleva P.G.**, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966, n. 604 allo statuto dei lavoratori*, in *RDL*, 1971, 68.
- Alleva P.G.**, *L'onere della prova nel dilemma giudiziario tra dimissioni orali e licenziamento*, in *RTDPC*, 1976, 439.
- Alleva P.G.**, *Il campo di applicazione dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1980.
- Alleva P.G.**, *Dimensioni aziendale e disciplina limitativa dei licenziamenti*, in *RGL*, 1984, I, 3.
- Alleva P.G.**, *L'ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, 1991, 23.
- Altavilla R.**, *Le dimissioni del lavoratore*, Giuffrè, 1987, 45
- Amoroso G. – Di Cerbo V.**, *Art. 18. Reintegrazione nel posto di lavoro*, in *idem* (a cura di), *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, 420,
- Andrioli V. – Barone C.M. – Pezzano G. - Proto Pisani A.**, *Le controversie in materia di lavoro. Legge 11 agosto 1973, n. 533*, Bologna, 1974, 68 ss.
- Andrioli V.**, *Commento al codice di procedura civile*, Vol. II, Napoli, 1960.
- Andrioli V.**, *Lezione di diritto processuale civile*, Napoli, 1973.
- Andrioli V.**, *Esecuzione forzata*, in *RTDPC*, 1986, 674.
- Angiello L.**, *Il trasferimento dei lavoratori*, Cedam, 1986.
- Aranguren A.**, *A proposito di una peculiare interpretazione dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *MGL*, 1970, 538.
- Aranguren A.**, *Autonomia e legge nella disciplina dei licenziamenti*, Milano, 1971
- Aranguren A.**, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Giuffrè, 1973.
- Ardau G.**, *Equivoci sulla causa del contratto di lavoro e sulla reintegrazione nel posto di lavoro*, in *OGL*, 1974, 1128.
- Ardau G.**, *Sistema istituzionale di diritto del lavoro*, Milano, 1965.
- Ardau G.**, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1972.
- Arieta G.**, *Sull'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di reintegra del lavoratore nel posto di lavoro*, in *Temi rom.*, 1975, 279.
- Assanti C.**, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Milano, 1961.
- Assanti C.**, *Commento all'art. 22*, in C. Assanti – G. Pera (a cura di), *Commento alla Statuto dei diritto dei lavoratori*, Padova, 1972, 274.
- Avondola A.**, *Il danno per il licenziamento illegittimo tra disciplina comune e disciplina speciale*, in *ADL*, 2003, I, 305.
- Balandi G.G.**, *Il procedimento penale a carico del lavoratore*, in *RTDPC*, 1980, 940.
- Balbi G.**, *Reintegrazione nel posto di lavoro e decorrenza della retribuzione*, in *MGL*, 1980, 234.

- Baldassarre A.**, voce *Iniziativa economica privata*, in *ED*, vol. XII, Milano, 1971, 582.
- Baldassarre A.**, *Diritti sociali*, in *EGT*, 1988, vol. IX, 15.
- Balletti E.**, *La sospensione cautelare del lavoratore sottoposto a procedimento penale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, II, Cedam, 1988, 47.
- Ballestrero M.V.**, *I Licenziamenti*, Milano, 1975.
- Ballestrero M.V.**, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Milano, 1985, 390.
- Ballestrero M.V.**, *Ambito di applicazione della disciplina dei licenziamenti: ragionevolezza delle esclusioni*, in *LD*, 1990, 263.
- Ballestrero M.V.**, *Maternità*, in *DDP com.*, Vol. IX, 1993, 342.
- Ballestrero M.V.**, *Dalla politica ai diritti. I diritti sociali nella Carta dell'Unione europea*, in *DML*, 2001, 4.
- Ballestrero M.V.**, *Il valore e il costo della stabilità*, in *LD*, 2007, 391.
- Bano F.**, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, in *LD*, 2003, 59.
- Barassi L.**, *Il contratto di lavoro*, II, Milano, 1917, p. 794 (oggi, anche nella ristampa a cura di M. Napoli, *Barassi. Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Giuffrè, 2003).
- Barassi L.**, *Le zone di confine nelle singole branche del diritto*, in *Studi dedicati a P.P. Zanzucchi*, Milano, *Vita e pensiero*, 1927, 158.
- Barassi L.**, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948.
- Barassi L.**, *Il diritto del lavoro*, II, Milano, 1957.
- Barassi L.**, *Il diritto del lavoro*, III, Giuffrè, 1957.
- Barbera M.**, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell'ordinamento europeo*, in *LD*, 2005, 354.
- Barbera M.**, *Introduzione. I problemi teorici e pratici posti dal metodo di coordinamento delle politiche sociali*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, 2006, 9.
- Barraco E.**, *Tutela reale e processo: rimedio (eccezionale) di mero accertamento?*, in *ADL*, 2008, 1077.
- Belviso U.**, *Il concetto di <<iniziativa economica privata>> nella Costituzione*, in *RDC*, 1961, I, 153.
- Benvenuto S.**, *Introduzione*, in Senato della Repubblica, *Studi e documentazione, Lo statuto dei Lavoratori. Progetti di legge e discussioni parlamentari*, Roma, 1974, LV.
- Betti E.**, *Diritto processuale civile*, 1936.
- Betti E.**, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.
- Betti E.**, *Teoria del negozio giuridico*, ESI, 1994.
- Bianca C.M.**, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218 – 1229)*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile. Libro quarto. Delle obbligazioni*, Bologna – Roma, 1967, 174.
- Bianca C.M.**, *Diritto civile*, vol. III *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1998.
- Bianca C.M.**, *Diritto civile. La responsabilità*, vol. 5, Giuffrè, 2001.
- Bianchi D'Urso F.**, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *MGL*, 1991, 347
- Bigliazzi Geri L. – Breccia U. – Busnelli F.D. – Natoli U.**, *Diritto civile – Obbligazioni e contratti*, Giuffrè, 1986, vol. III.

- Bigliazzi Geri L.**, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.
- Bin M.**, *Sospensione del lavoro per sciopero parziale e adempimento dell'obbligazione lavorativa*, in *RTDPC*, 1978, 52.
- Bongiorno G.**, *Commento all'art. 18. Profili processuali*, in U. Prosperetti (diretto da), *Commentario dello statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1975, 575.
- Borghesi D.**, *Licenziamenti individuali e ordinanza di reintegra ex art. 18, comma 4-9 St. lav.*, in *RGL*, 1972, I, 437.
- Borrè G.**, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1966, 129
- Borrè G.**, *Osservazioni in tema di art. 336, capov., cod. proc. civ. e art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Foro It.*, 1981, I, 2422.
- Branca G.**, *Conservazione del rapporto*, in L. Riva Sanseverino – G. Mazzoni, *Nuovo Trattato di diritto civile*, Padova, 1971, 540.
- Breccia U.**, *Le obbligazioni*, in G. Iudica – P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, 1991, 36.
- Brida E.**, *Annulabilità delle dimissioni per vizio del volere e risarcimento del danno*, in *LG*, 2002, 1184.
- Brollo M.**, *L'onere e i mezzi di prova del c.d. "repechage" nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *DL*, 1993, II, 404.
- Brollo M.**, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 1997, 610.
- Bruun N.**, *The European Employment Strategy and the "Acquis Communautaire" of Labour Law*, in *IJCLL*, 2001, 309.
- Bugani I.**, *La nullità del contratto*, Cedam, 1990, 5.
- Calamandrei P.**, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 39.
- Calamandrei P.**, *Introduzione storica alla Costituente*, in P. Calamandrei – A. Calamandrei (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Levi, 1950, vol. I, CXXXII;
- Cannata C.A.**, *Le obbligazioni in generale*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 1999, vol. IX, Utet, 238
- Carabelli U.**, *Intervento*, in *Giornate di studio 2002 dell'Aidlass su "Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile"*, Pesaro – Urbino, 24-25 maggio 2002.
- Carinci F.**, *Licenziamenti e statuto: vent'anni per cambiare*, in *DPL*, 1990, 1594.
- Carinci F.**, *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in *Giorn. Dir. lav. rel. Ind.*, 1990, 485.
- Carinci F.**, *La centralità della legge nella disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, 1991, XXV.
- Carinci F.**, *Discutendo intorno all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2003, I, 35.
- Carnelutti F.**, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, in *RDC*, 1911, I, 389.
- Carnelutti F.**, *Appunti sulle obbligazioni*, in *RDC*, 1915, 528.
- Carnelutti F.**, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Studi di diritto civile*, Roma, 1916, 177.

- Carnelutti F.**, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1926, II, 15.
- Carnelutti F.**, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studio di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Cedam, 1927, 248.
- Carnelutti F.**, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936.
- Caro M.**, *La ripartizione dell'onere della prova dell'estinzione del rapporto di lavoro, in assenza di dichiarazioni negoziali scritte*, in *RIDL*, 2001, II, 166.
- Carpi F.**, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *RTDPC*, 1977, 638.
- Carresi F.**, *L'annullabilità del contratto*, in *RTDPC*, 1969, 1436.
- Caruso B.**, *Alla ricerca della flessibilità mite: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *DRI*, 2000, 143.
- Castelli C. – Di Lecce M.**, *L'effettività dell'ordine di reintegrazione*, in *Lav.* 80, 1981, 310.
- Cattaneo G.**, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964.
- Cattaneo G.**, *Mora del creditore*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile. Libro quarto. Delle obbligazioni*, Bologna – Roma, 1973, 45 e ss.
- Cerreta M.**, *La reintegrazione. I problemi e le prospettive*, in *ADL*, 2001, 854 – 855.
- Cerreta M.**, *La riforma della stabilità reale*, in *DL*, 1991, I, 56.
- Cerritelli V. – Piccinini A.**, *Il licenziamento individuale – Analisi della normativa e guida alla sua applicazione*, Ediesse, 1999, 255.
- Cester C.**, *La sopravvenuta inidoneità del lavoratore fra itinerari giurisprudenziali e innovazioni normative*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, I, p. I, *Diritto e processo del lavoro*, Giuffrè, 2004, 561.
- Cester C.**, *Osservazioni sull'indennità sostitutiva della reintegrazione*, in M. De Cristofaro (a cura di), *I licenziamenti individuali e la legge 11 maggio 1990, n. 108*, Cedam, 1991, 85.
- Chiarloni S.**, *Dal diritto alla retribuzione al diritto di lavorare*, in *RTDPC*, 1978, 1494.
- Chiarloni S.**, *Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti*, in *QDLRI*, 1989, 6, 61.
- Chiovenda G.**, *Isituzioni di diritto processuale*, Napoli, 1933.
- Chiovenda G.**, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965.
- Cian G.**, *L'interesse del creditore e la patrimonialità della prestazione*, in *RDC*, 1968, I, 197.
- Cinelli M.**, *Reintegrazione o indennità: una scelta del lavoratore*, in *DPL*, 1991, 8.
- Consolo C.**, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II, Oggetto del giudicato ed impugnazione del licenziamento*, in *RTDPC*, 1991, 569.
- Conte G.**, *Licenziamento disciplinare e obblighi risarcitori: poteri del giudice ed onere delle parti*, in *RIDL*, 2001, II, 292.
- Conti L.**, *Mancata esecuzione dei provvedimenti dei giudici*, in *ED*, Giuffrè, 1974, 296.
- Corazza L.**, *Il campo di applicazione delle tutele*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2^a ed., Utet, 2007, 179.
- Corrias P.G.**, *Revoca del licenziamento e risarcimento del danno*, in *DL*, 1971, II, 320.
- Corrado R.**, *Trattato di diritto del lavoro*, III, Torino, 1969.
- Cosio R.**, *I fatti limitativi del danno per il licenziamento illegittimo*, in *RGL*, 1986, II,

41.

- Costanza M.**, *Revoca*, in *Digesto – Discipline Privatistiche*, Utet, 1995, 443.
- Cottino G.**, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *RDC*, 1948, I, 218.
- Cottrau G.**, *Alcune considerazioni sul regolamento di esecuzione alla legge di tutela delle lavoratrici gestanti e madri*, in *NGL*, 1977, 722.
- Crisafulli V.**, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *RGL*, 1951, I, 169.
- Crisafulli V.**, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, 1952.
- Crisafulli V.**, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *RGL*, 1954, I, 67.
- Crisafulli V.**, *Stato, popolo e governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, 1985.
- Culotta A.**, *Profili ricostruttivi del reato previsto dall'art. 388 c.p. e sanzionabilità del rifiuto di ottemperare ai provvedimenti di reintegrazione del lavoratore*, in *RGL*, 1983, I, 49.
- D'Antona M.**, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1979.
- D'Antona M.**, *Licenziamento illegittimo e prova del danno: la stabilità <<economica>> del rapporto di lavoro secondo le Sezioni Unite*, in *Foro It.*, 1985, I, 2247.
- D'Antona M.**, *Licenziamento illegittimo, effetti retributivi della crisi della funzionalità del rapporto di lavoro e contribuzione previdenziale*, in *Foro It.*, 1986, I, c. 1785.
- D'Antona M.**, *Condanna di reintegra e riforma della sentenza in appello*, in *GDLRI*, 1987, 607.
- D'Antona M.**, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, in *RGL*, 1987, I, 331.
- D'Antona M.**, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Vol. II, 1989, Jovene, 1150.
- D'Antona M.**, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *Foro It.*, 1990, V, 357, nonché in *Opere* (a cura di B. Caruso e S. Sciarra), Vol. III, Giuffrè, 2000, 347 – 348.
- D'Antona M.**, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, in *NLCC*, Cedam, 1991, 166.
- D'Antona M.**, *Tutela reale del posto di lavoro*, in *EGT*, Vol. XXXI, 1994.
- D'Antona M.**, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *RGL*, 1999, suppl. al n. 3, 15.
- Danza D.**, *Tutela penale in tema di provvedimento cautelare di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *GM*, 1976, II, 74
- D'Auria G.**, *Sentenza di primo grado che ordina la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ed effetti della riforma in appello con sentenza non passata in giudicato*, in *RGL*, 1976, I, 430.
- D'Auria G.**, *Esecuzione dei provvedimenti cautelari e reintegrazione d'urgenza nel posto di lavoro*, in *RGL*, 1979, II, 1976.
- D'Auria G.**, *La sospensione cautelare non disciplinare: osservazioni su di una giurisprudenza recente*, in *RGL*, 1982, II, 327.

- D'Avanzo W.**, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in M. D'Amelio – E. Finzi (a cura di), *Commentario del codice civile. Libro IV. Delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 94 e ss.
- De Angelis L.**, *Spunti civilistici in tema di prestazione di lavoro*, in *RGL*, 1973, I, 233.
- De Angelis L.**, *La giurisprudenza sulla reintegrazione del lavoratore al primo impatto con la l. n. 108 del 1990*, in *Foro It.*, 1990, I, cc. 2272.
- De Angelis L.**, *L'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro tra diritto e processo*, in *RTDPC*, 1996, 147.
- De Angelis L.**, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento e la tutela reale del posto di lavoro tra rigidità e rigore: aspetti problematici e una risposta*, in *RIDL*, 2001, I, 126 e ss.
- De Felice A.**, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Napoli, 2003.
- Del Conte M.**, *L'estinzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso*, in *ADL*, 2009, 735.
- Dell'Olio M.**, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, in *MGL*, 1979, 504.
- Dell'Olio M.**, *Ancora sul rapporto di lavoro dopo l'ordine di reintegrazione: disponibilità alla ripresa del servizio e prestazione di lavoro altrui*, in *DL*, 1981, II, 275.
- Dell'Olio M.**, *Il risarcimento ex art. 18 st.l. nella giurisprudenza più recente*, in *MGL*, 1985, 291.
- Dell'Olio M.**, *La nuova disciplina e il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo: considerazioni generali*, in *DL*, 1991, I, 203.
- Dell'Olio M.**, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Torino 16-17 maggio 1987*, Giuffrè, 1988, 5.
- Del Punta R.**, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 1992, 663.
- Del Punta R.**, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *DRI*, 2001, 337.
- Del Punta R.**, *Licenziamenti e performances occupazionali*, in *DRI*, 2003, I, 64.
- De Luca M.**, *Nuova disciplina dei licenziamenti individuali: note minime in tema di tutela forte*, in *DL*, 1993, I, 529.
- De Luca Tamajo R.**, *Potere disciplinare e potere di recesso nell'individuazione della condotta antisindacale*, in *DL*, 1972, I, 38.
- De Luca Tamajo R.**, *Commento all'art. 2*, in R. De Luca Tamajo – M. D'Antona (a cura di), *Legge 11 maggio 1990, n. 108: la disciplina dei licenziamenti individuali*, in *NLCC*, 1991, 133.
- De Luca Tamajo R.**, *La disciplina del licenziamento individuale tra conservazione <<miope>> e tentativi di riforma*, in *DML*, 2000, 517.
- De Paola S.**, *Effetti delle dimissioni per giusta causa*, in *RGL*, 1999, II, 43.
- De Simone G.**, *Il valore della stabilità nel diritto comunitario e il sistema nazionale di tutele differenziate*, in *LD*, 2007, 558.
- Di Majo A.**, *Sindacato di legittimità o sindacato di merito sui licenziamenti cd. tecnologici?*, in *GM*, 1970, 523.

- Di Majo A.**, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, in *RGL*, 1975, I, 265.
- Di Majo A.**, *Considerazioni in tema di irripetibilità delle somme versate al lavoratore per inottemperanza all'ordine di reintegrazione ex art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Foro It.*, 1978, I, 1437.
- Di Majo A.**, *Tutele parallele o doppia chiave?(In margine all'ambito di applicazione dello statuto dei lavoratori)*, in *Foro It.*, 1984, I, 149.
- Di Majo A.**, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 1987.
- Di Majo A.**, *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro It.*, 1989, V, 132.
- Dinacci G.**, *L'incapacità naturale*, in *RDC*, 1973, II, 257
- Dini E.**, *Reintegra nel posto di lavoro a mezzo di provvedimenti d'urgenza*, in *ND*, 1976, 661
- Di Teodoro F.**, *Il licenziamento discriminatorio*, in *DL*, 1991, I, 78.
- Dondi G.**, *Aspetti previdenziali delle tutele contro i licenziamenti*, F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, 1991, 286.
- D'Onghia M.**, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2005.
- D'Onghia M.**, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2^a ed., Utet, 2007, 346 e ss..
- D'Onghia M.**, *“Dal formalismo convenzionale al formalismo legale per le dimissioni del lavoratore”*, in *“Scritti in onore di Edoardo Ghera”*, Cacucci, I, 2008, 337.
- Fabbrini G.**, *Provvisoria esecutività delle sentenze e riforma d'appello*, in *MGL*, 1983, 204.
- Falzea A.**, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 86.
- Fanfani P.**, *Il risarcimento del danno per i licenziamenti individuali*, in *DL*, 1971, I, 362.
- Ferraro G.** (a cura di), *I licenziamenti individuali. Commento alla l. 11 maggio 1990, n. 108*, Napoli, 1990.
- Ferraro G.**, *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, 1992.
- Ferri L.**, *Revoca*, in *ED*, Vol. XL, Giuffrè, 1989, 196.
- Fili V.**, *Matrimonio (Voce)*, in M. Sesta (diretto da), *Codice della Famiglia*, tomo III, *Leggi di altri settori e ordinamenti, sez. diritto del lavoro*, Giuffrè, 2^a ed., 2009, 4355.
- Fiori L.**, *Reintegrazione nel posto di lavoro ed ammissibilità dell'esecuzione forzata in forma specifica*, in *DL*, 1974, II, 347.
- Flora G.**, *L'inottemperanza al provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro: aspetti penali*, in *RIDL*, 1982, I, 447.
- Focareta F.**, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra tendenze espansive e problemi irrisolti*, in *QDLRI*, 1989, 14, 117;.
- Foglia R.**, *Il licenziamento alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in *DL*, 1971, I, 42.
- Foglia R.**, *L'«opzione» economica del lavoratore reintegrato*, in *DL*, 1991, I, 14.
- Foglia R.**, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Cedam, 2002.
- Forchielli P.**, *Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli – Foro

- Italiano, 1988, 63.
- Franzoni M.**, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XIII, t. V, *Il contratto in generale*, Torino, 2002, 16.
- Frediani E.**, *Note sull'effettività della reintegra nel posto di lavoro*, in *RGL*, 1978, I, 73.
- Freni A. – Giugni G.** (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1971.
- Frignani A.**, voce *Inibitoria (azione)*, in *ED*, XXI, Milano, 1971, 562.
- Gabrieli G.**, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.
- Galgano F.**, *L'imprenditore*, Bologna - Roma, 1971.
- Galgano F.**, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 511.
- Galgano F.**, *Diritto civile e commerciale*, Cedam, 1990, Vol. II, t. 1, 6.
- Garbagnati E.**, *Profili processuali del licenziamento per motivi sindacali*, in *RDP*, 1973, 599.
- Garbagnati E.**, *Sugli effetti della riforma della condanna alla reintegrazione del lavoratore licenziato*, in *RDP*, 1974, 656.
- Gargiulo U.**, *Sulla sanzionabilità ex art. 388 cpv. cod. pen. dell'omessa reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *RGL*, 2000, II, 322.
- Garofalo D.**, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto*, Cacucci, 2004.
- Garofalo D.**, *Licenziamento e forma*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2^a ed., Utet, 2007, 196.
- Garofalo M.G.**, *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 1975, 1, 563 e ss.
- Garofalo M.G.**, *Art. 18. Reintegrazione nel posto di lavoro*, in G. Giugni (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, 1979, 250.
- Garofalo M.G.**, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in *RGL*, 1990, 169.
- Genovina P.**, *I licenziamenti*, Utet, 1988.
- Ghera E. – Liso F.**, *Mora del creditore (voce)*, in *ED*, Giuffrè, 1974, 977.
- Ghera E.**, *Spunti critici in tema di mora del creditore di lavoro*, in *DL*, 1970, I, 91.
- Ghera E.**, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoratore subordinato*, Relazione in *Atti del VI Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1979, 10.
- Ghera E.**, *La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro*, Milano, 1985.
- Ghera E.**, *L'esecuzione diretta ed indiretta nel diritto del lavoro*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Vol. II, 1989, Jovene, 1081.
- Ghera E.**, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *DLRI*, 1991, 633.
- Ghera E.**, *Diritto del lavoro*, Cacucci, 1993.
- Ghera E.**, *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2002.
- Ghera E.**, *Diritto del Lavoro*, Cacucci, 2008.
- Ghera E.**, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, in *LD*, 1992, 464.

- Ghezzi G.**, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1965
- Ghezzi G.**, *I licenziamenti dalla <<penale>> alla <<reintegra>> dei lavoratori*, in *Pol. del Dir.*, 1971, 305.
- Ghezzi G.**, *Il concetto di giusta causa nell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Milano, 1967.
- Ghezzi G.**, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: analisi e prospettiva di soluzione*, in *PD*, 1991, 206.
- Ghirardi N.**, *Sull'annullamento delle dimissioni rassegnate dal dipendente sotto minaccia di licenziamento disciplinare*, in *RIDL*, 2008, II, 433.
- Giacobbe G.**, *Mora del creditore*, in *ED*, Giuffrè, 1974, 947.
- Gianfrancesco E.**, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *G. Cost.*, 2005, 2214.
- Giannini M.S.**, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977.
- Gigliano G.**, *Diritti postestativi e impugnazione stragiudiziale del licenziamento nell'area della tutela reale*, in *DML*, 2006, 262.
- Giorgianni M.**, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Nss.DI*, XI, 1965, Milano, 587.
- Giorgianni M.**, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, Vol. I, Giuffrè, 1968.
- Giubboni S.**, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione comunitaria*, Il Mulino, 2003, 230.
- Giubboni S.**, *Diritti politiche sociali nella "crisi" europea*, in *WP. CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2004, 30.
- Giugni G.**, *Verso il tramonto del recesso ad nutum dell'imprenditore. La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, in *RDL*, 1953, 201.
- Giugni G.**, *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in tema di licenziamento*, in *RGL*, 1966, I, 123.
- Giugni G.**, *Intervento*, in *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Torino, 16-17 maggio 1987*, Giuffrè, 1988, 190.
- Giuffrè A.**, *L'adempimento del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione nei posti di lavoro*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2^a ed., Utet, 2007, 410.
- Gragoli E.**, *Intervento*, in *"Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia 25-26 maggio 2001, 2002*, 275.
- Gragoli E.**, *Sub art. 4 Cost.*, in M. Grandi – G. Pera (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2001, 20.
- Gragoli E.**, *Novità in tema di rapporto di lavoro pubblico fra controllo della spesa e auspicato miglioramento dell'efficienza*, in Miscione e D. Garofalo (a cura di), *Commentario alla Legge n. 133/2008. Lavoro privato, pubblico e previdenza*, Ipsoa, 2009, 206.
- Grandi M. – Pera G.**, *Commentario breve allo statuto dei lavoratori*, Padova, 1985.
- Grandi M.**, *La risoluzione delle controversie in tema di licenziamento individuale*, in *RDL*, 1967, I, 368.
- Grandi M.**, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1972, I, 6.

- Grandi M.**, *Il campo di applicazione della nuova disciplina del licenziamento*, in *LD*, 1991.
- Grassetti C.**, *Relazione*, in *Tutela della libertà dei rapporti di lavoro* (Atti del convegno di Torino, 20-21 novembre 1954), Milano, 1955.
- Grassetti C.**, *Lo Statuto dei lavoratori e i limiti del potere di recesso del datore di lavoro*, in *DL*, 1967, I, 3;
- Grassetti C.**, *Lo statuto dei lavoratori con particolare riguardo all'estinzione del rapporto*, in *Problemi di diritto del lavoro: sulla legge 1966 relativa ai licenziamenti individuali*, Milano, 1968.
- Grieco A.**, *La tutela penale del processo civile*, Napoli, 1963.
- Guastini R.**, *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, 2001.
- Guerrieri D.**, *Gli effetti del licenziamento ingiustificato sul rapporto di lavoro nel periodo intercorrente tra l'adozione del provvedimento e il riconoscimento della sua infondatezza*, in *RDL*, 1971, II, 138.
- Ianniruberto G.**, *I licenziamenti individuali dopo la legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *RGL*, 1970, I, 410.
- Ichino P.**, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996.
- Ichino P.**, *Appunti per una riforma della disciplina dei licenziamenti*, in M. Biagi – Y. Suwa (a cura di), *Il diritto dei disoccupati*, Giuffrè, 1996, 223 e ss.
- Ichino P.**, *La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, in *RIDL*, 2005, I, 29.
- Ichino P.**, *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti)*, in *RIDL*, 2006, I, 366 e ss.
- Inseburg L.**, *Il licenziamento discriminatorio*, in *RIDL*, 1991, I, 473.
- Ioele L.**, *La tutela reale*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2^a ed., Utet, 2007, 278.
- Irti N.**, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, 1973.
- Izzi D.**, *Stabilità versus flessibilità del diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, in *LD*, 2007, 328.
- Lancellotti S.**, *Sentenza civile*, in *Nss.DI*, XVI, Torino, 1969, 1139.
- Lanfranchi L.**, *Situazioni giuridiche individuali a rilevanza collettiva ed attuazione della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *RGL*, 1977, I, 343.
- Lanfranchi L.**, *Note sull'interesse ad agire*, in *RTDPC*, 1978, 1142.
- Lassandari A.**, *Dimissioni rese in stato di incapacità di intendere e volere*, in *LG*, 1996, 561.
- Liebman S.**, *Unità del procedimento cautelare*, in *RDP*, 1954, 248.
- Liebman S.**, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1973.
- Liebman S.**, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *QDLRI*, 2002, 26, 59.
- Liso F.**, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1972, 1062.
- Liso F.**, *Trasferimento del lavoratore e clausole dei contratti collettivi: alcune osservazioni*, in *RGL*, 1975, II, 381.
- Liso F.**, *La mobilità dei lavoratori in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982.
- Liso F.**, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2002, I, 165.

- Liso F.**, *Riflessioni sull'art. 18 e dintorni*, in *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, II, Cedam, 2005, 1034.
- Lo Faro A. – Andronico A.**, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *DLRI*, 2005, 514.
- Lombardi G.M.**, *Potere provato e diritti fondamentali*, Giappichelli, 1970.
- Luminoso A.**, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, 1980.
- Magazzù A.**, *Mora del debitore (voce)*, in *ED*, Giuffrè, 1974, 934 ss.
- Magnani M.**, *Il licenziamento disciplinare e i rimedi al recesso illegittimo*, in *RIDL*, 1996, I, 55.
- Magrini S.**, *Lavoro (contratto individuale) (voce)*, in *ED*, Vol. XXIII, Giuffrè, 1973, 381.
- Magrini S.**, *Riforma in appello della sentenza pretorile di reintegrazione ed estromissione del lavoratore dall'azienda*, in *MGL*, 1980, 781.
- Mainardi S.**, *Dimissioni e risoluzione consensuale*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2^a ed., Utet, 2007, 464.
- Mancini G.F.**, *Il nuovo regime del licenziamento*, in AA.VV., *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Milano, 1973, 191 e ss.;
- Mancini G.F.**, *Il recesso unilaterale ed i rapporti di lavoro, vol. I – Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962
- Mancini G.F.**, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, Vol. 2, Il recesso straordinario. Il negozio di recesso*, Giuffrè, 1965.
- Mancini G.F.**, *Il progetto di legge sulla <<giusta causa>> e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, in *RGL*, 1966, I.
- Mancini G.F.**, *Intervento*, in “*La formazione extralegislativa del diritto nell'esperienza italiana. Atti delle giornate di studio di Ancona*, in *Foro It., Quad.*, II, Roma, 1970, 45.
- Mancini G.F.**, *Art. 18. Reintegrazione nel posto di lavoro*, in U. Romagnoli – L. Montuschi – Giorgio Ghezzi – G.F. Mancini (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna – Roma, 1972, 244.
- Mancini G.F.**, *Sub art. 4*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1975, 236.
- Mandrioli C.**, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Nss.DI*, VI, Torino, 1960, 768.
- Mandrioli C.**, *L'esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *RDP*, 1975, 9.
- Mandrioli C.**, *Reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 700 c.p.c. ed efficacia esecutiva delle sentenze di secondo grado nel processo del lavoro*, in *GI*, 1975, I, 309.
- Mandrioli C.**, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *RTDPC*, 1976, 1342.
- Mariani M.**, *Sulle dimissioni della lavoratrice che contrae matrimonio*, in *RIDL*, 1990, II, 918.
- Mariani M.**, *Gli effetti della riforma in appello della sentenza di reintegrazione ex art. 18 St. Lav.: una storia infinita*, in *RIDL*, 2006, II, 151.
- Marini L.**, *Condotta ed offesa nel delitto di cui all'art. 388, capoverso, codice penale*,

- in *RIDPP*, 1959, 1223.
- Mariucci L.**, *Le fonti del diritto del lavoro*, Giappichelli, 1988.
- Martines T.**, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, 2000.
- Massetani G.**, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Foro It.*, 1989, I, 1937.
- Massetani G.**, *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, in *Foro It.*, 1989, I, 841.
- Mattarolo M.G.**, *Il divieto di licenziamento delle lavoratrici madri e i limiti generali al potere di recesso del datore di lavoro*, in *RIDL*, 1980, 468.
- Mazzamuto S.**, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Jovene, 1978.
- Mazziotti F.**, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974.
- Mazziotti F.**, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, 1982, 236 e ss.;
- Mazziotti F.**, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1986, 366.
- Mazziotti F.**, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Torino 16 – 17 maggio 1987*, Giuffrè, 1987, 81.
- Mazziotti F.**, *Forma e procedura dei licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, 1991, 73.
- Mazziotti F.**, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Utet, 1991, 1.
- Mazziotti F.**, *Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno*, in *Scritti in Onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, 2005, 651.
- Mazziotti M.**, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956.
- Mazzoni G.**, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, 1988, I.
- Mazzotta O.**, *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo fra << sanzione >> e << adempimento >>*, in *Foro It.*, 1978, I, c. 2165.
- Mazzotta O.**, *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, 1992.
- Mazzotta O.**, *Diritto del lavoro*, II ed., Giuffrè, 2005.
- Mazzotta O.**, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Caccuci, I, 2008, 687.
- Mengoni L.**, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Zanichelli, 1953, 261.
- Mengoni L.**, *In tema di << mora credendi >> nei rapporti di lavoro*, in *Temi*, 1954, 579.
- Mengoni L.**, *Diritto del lavoro. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1956.
- Mengoni L.**, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in Aa. Vv., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.e.c.a.*, Lussemburgo, 1958, 232.
- Mengoni L.**, *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, in Aa. Vv., *Sciopero e serrata*, Lussemburgo, 1961, 318.
- Mengoni L.**, *Due anni di applicazione dello statuto dei lavoratori*, in *MGL*, 1972, 383.
- Mengoni L.**, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori*, in G. Pera (a cura di), *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze ed orientamenti*, Franco Angeli, 1973, 17
- Mengoni L.**, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale 1956 – 1986*, Roma, Istituto Poligrafico dello stato, 1987, 64.
- Mengoni L.**, *Intervento*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione*

- dei diritti*, vol. I, Napoli, 1989, 151.
- Mengoni L.**, *Responsabilità contrattuale (voce)*, in *ED*, vol. XXXIX, Giuffrè, 1988, 1098.
- Messineo F.**, *Annulabilità e annullamento (diritto privato)*, in *ED*, II, Giuffrè, 1988, 469.
- Messineo F.**, *Il contratto in genere*, in A. Cicu – F. Messineo (diretto da), *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, Vol. XXI, Tomo 2, Milano, 1972, 311.
- Micco L.**, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Giappichelli, 1966.
- Miglioranzi L.A.**, *Dimissioni (diritto privato)* voce, in *ED*, XII, Giuffrè, 1964, 547.
- Minervini V.**, *Contro la <<funzionalizzazione>> dell'impresa privata*, in *RDC*, 1958, I, 618.
- Mirabelli G.**, *L'atto non negoziale del diritto privato italiano*, Napoli, 1955.
- Miscione M. – Zampini G.**, *Preavviso di licenziamento e dimissioni*, in F. Carinci – B. Veneziani (a cura di), *Commentario del contratto collettivo dei metalmeccanici dell'industria privata*, Iposa, 1997, 545.
- Miscione M.**, *Osservazioni su sanzioni disciplinari e trasferimento*, in *GI*, 1977, 439.
- Miscione M.**, *La nuova tutela obbligatoria contro il licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, 1991, 179.
- Miscione M.**, *Eseguibilità in forma coattiva della reintegrazione e competenza del giudice cautelare*, in *LG*, 2006, 1002.
- Molari A.**, *La tutela penale della condotta civile*, Padova, 1959.
- Montel A.**, *La mora del debitore*, Padova, 1930.
- Monteleone G.**, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *RDCComm.*, 1977, I, 117.
- Montesano L.**, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, 48.
- Montesano L.**, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965.
- Montesano L.**, *Garanzia di difesa ed esecuzione ordinaria contro terzi e successori particolari dell'obbligato*, in *RTDPC*, 1987, 938.
- Montuschi L.**, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1973.
- Montuschi L.**, *Commento all'art. 7*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna – Roma, 1979, 57.
- Montuschi L.**, *Commento all'art. 38*, in G. Ghezzi – G.F. Mancini – L. Montuschi (a cura di), *Statuto dei diritto dei lavoratori*, II ed., Milano – Roma, 1981, 602 e ss.
- Montuschi L.**, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, 1989.
- Montuschi L.**, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in *DRI*, 1997, 3.
- Montuschi L.**, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2007, I, 1189.
- Mortati C.**, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della repubblica*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, 188.
- Nanni L.**, in L. Nanni – M. Costanza – U. Carnevali (a cura di), *Risoluzione per inadempimento. Artt. 1455 – 1459*, Vol. I, t. 2, Zanichelli, 2007, 24.
- Nannipieri L.**, *Termini e forme della scelta del lavoratore per l'indennità sostitutiva della reintegrazione*, in *RIDL*, 1998, II, 316.
- Napoletano D.**, *Il licenziamento dei lavoratori*, Utet, 1966.

- Napoletano D.**, *Lo statuto dei lavoratori*, Liguori, 1971.
- Napoli M.**, *Evoluzione e involuzione del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1967, I, 207.
- Napoli M.**, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980.
- Napoli M.**, *Sconto o condanna per l'imprenditore pentito di aver licenziato?*, in *RIDL*, 1985, II, 482.
- Napoli M.**, *La tutela reale contro i licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, 1991, 131.
- Napoli M.**, *Contratto e rapporti di lavoro oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Vol. II, Giuffrè, 1995, 1122.
- Napoli M.**, *Elogio della stabilità*, in *QDLRI, I licenziamenti individuali*, 2002, 26, 10.
- Napoli M.**, *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche*, in *RIDL*, 2003, I, 21.
- Napoli M.**, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forma di tutela*, in *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, II, Cedam, 2005, 1219.
- Napoli M.**, *La stabilità immaginata*, Intervento in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25 – 26 maggio 2007*, Giuffrè, 2008, 373.
- Natoli U. – Bigliazzi Geri L.**, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, 226.
- Natoli U.**, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *RGL*, 1951, I, 108.
- Natoli U.**, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, in *RGL*, 1954, I, 281.
- Natoli U.**, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, Milano, 1955.
- Natoli U.**, *Ancora sul diritto al lavoro e il licenziamento ad nutum*, in *RGL*, 1965, II, 13.
- Natoli U.**, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in A. Cicu – F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVI, t. 1, Milano, 1974, 75 e ss.
- Niccolai A.**, *Art. 18. L'apparato sanzionatorio*, in O. Mazzotta, *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, 1992, 814.
- Nicolini G.**, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1996.
- Nogler L.**, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i <<principi>> costituzionali*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Venezia, 26-26 maggio 2007*, Giuffrè, 2008, 14.
- Padovani T.**, *Ordine di reintegrazione nel posto di lavoro e art. 388 cpv. c.p.*, in *DL*, 1975, II, 53.
- Pagni I.**, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, 2004.
- Pagni I.**, *Diritti del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, in *RIDL*, 2005, I, 490.
- Panuccio V.**, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966.
- Paolini E.**, *Note sulla condanna in futuro*, in *RTDPC*, 1976, 576.
- Papaleoni M.**, *Esperibilità, contenuto e limiti dell'inibitoria avverso la sentenza di cui all'art. 18, legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *MGL*, 1971, 200.
- Papaleoni M.**, *Ratio della sospensione cautelare*, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 2029.
- Papaleoni M.**, *La più recente fase di evoluzione della normativa dei licenziamenti: la*

- legge 11 marzo 1990, n. 108, in DL, 1990, 253*
- Papaleoni M.**, *La fine del libero licenziamento*, Franco Angeli, 1991.
- Pedrazzoli M.**, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel posto di lavoro*, in *RTDPC*, 1973, 1060
- Pedrazzoli M.**, *Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo*, in *LD*, 1988, 87.
- Pedrazzoli M.**, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *DLRI*, 1988, 509.
- Pellacani G.**, *La nuova legge sulle dimissioni volontarie: un inutile omaggio alla cultura del sospetto?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, 1, 177.
- Pellettieri G.**, *I licenziamenti individuali: art. 18 Statuto dei lavoratori e art. 8 legge n. 604*, in *DL*, 1972, I, 87.
- Pellettieri G.**, *Ancora in tema di licenziamenti individuali: il licenziamento quale comportamento antisindacale ex art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *DL*, 1973, I, 29.
- Pera G.**, *Riassunzione e penale nella legge sui licenziamenti individuali*, in *DL*, 1968, II, 175.
- Pera G.**, *Interrogativi sullo <<statuto>> dei lavoratori*, in *DL*, 1970, I, 17.
- Pera G.**, *Commento all'art. 18*, in C. Assanti – G. Pera (a cura di), *Commento alla Statuto dei diritto dei lavoratori*, Padova, 1972, 195.
- Pera G.**, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari*, in *RTDPC*, 1971, 1286.
- Pera G.**, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980.
- Pera G.**, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *RIDL*, 1990, I, 251.
- Pera G.**, *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, in *RIDL*, 1991, I, 418.
- Pera G.**, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Cedam, 1993.
- Persiani M.**, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966.
- Persiani M.**, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. Riva Sanseverino – G. Mazzoni (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971, 610.
- Perulli A.**, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, in *DLRI*, 2002, 350.
- Pessi R.**, *Il diritto del lavoro tra Stato e regioni*, in *ADL*, 2002, 425.
- Piccinini I.**, *Sulla misura dell'indennità ex art. 1, l. 108/90: aliunde perceptum e percipiendum, danni ulteriori, ingiustificato arricchimento*, in *DL*, 1991, I, 280.
- Piovesana A.**, *Annullamento delle dimissioni per incapacità naturale e conseguenze economiche della ricostruzione ope iudicis del rapporto*, in *LG*, 2006, 80.
- Piovesana A.**, *I vizi del consenso nelle dimissioni del lavoratore*, in *LG*, 2004, 726.
- Pisani C.**, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, 2004.
- Pivetti M.**, *Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica*, in *RGL*, 2005, I, 145.
- Proia G.**, *A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie*, in *ADL*, 2007, 1204.
- Prosperetti M.**, *Profili di invalidità del licenziamento*, in *MGL*, 1972, 208.
- Prosperetti U.**, *A proposito della disciplina del recesso volontario del datore di lavoro*, in *MGL*, 214.
- Prosperetti U.**, *Il recesso dal contratto di lavoro ed il principio di giustificato motivo*, in Aa. Vv., *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Milano, 1967, 141 e ss., spec. 143.
- Prosperetti U.**, *Su una interpretazione dell'art. 22 dello statuto dei lavoratori*, in *MGL*, 1971.

- Prosperetti U.**, *Profili dell'invalidità del licenziamento*, in *MGL*, 1972, 208.
- Prosperetti U.**, *Sul diritto al lavoro*, in *Problemi del diritto del lavoro*, I, Milano, 1970
- Proto Pisani A.**, *Problemi di coordinamento del nuovo rito speciale del lavoro*, in *RGL*, 1974, I, 365.
- Proto Pisani A.**, *Effetti della riforma con sentenza non passata in giudicato sull'esecuzione della condanna alla reintegra del lavoratore licenziato*, in *RGL*, 1976, II, 557.
- Proto Pisani A.**, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *RTDPC*, 1978, 1104.
- Proto Pisani A.**, *Osservazioni sull'attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Foro It.*, 1978, I, 1488.
- Proto Pisani A.**, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Foro It.*, 1988, V, cc. 177.
- Proto Pisani A.**, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, III, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in *Foro It.*, 1990, V, 366.
- Proto Pisani A.**, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in M. Barbieri – F. Macario – G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, 39.
- Proto Pisani A.**, *Le ragioni di un distacco*, in *Foro It.*, 2006, 147.
- Pugliatti S.**, *Autonomia privata (voce)*, in *ED*, Giuffrè, 1974, 366.
- Pugliatti S.**, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935.
- Rampioni R.**, *Ordine di reintegrazione nel posto ex art. 18 l. co. Stat. Lav. ed art. 388 c.p.*, in *MGL*, 1981, 254.
- Raselli A.**, *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, 565.
- Raselli A.**, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975.
- Ravelli F.**, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, in *DLM*, 2006, 69.
- Ravazzoni A.**, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1957.
- Ravazzoni A.**, *Mora del creditore (voce)*, in *Nss.DI*, Utet, vol. X, 1964, 901.
- Renna L.**, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione*, Cacucci, 1984.
- Redenti E.**, *Appendice sulla interpretazione dell'art. 336 capoverso e disposizioni connesse... e sconnesse*, in *Diritto processuale civile*, II, 2^a ed., Milano, 1952, 511.
- Rescigno P.**, *Obbligazioni (voce)*, in *ED*, vol XXIX, Giuffrè, 1979, 145.
- Ricci E.F.**, *L'esecutorietà della sentenza*, in L. Riva Sanseverino – G. Mazzoni (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, IV, Padova, 1975, 337.
- Riva Sanseverino L.**, *Note sulla posizione del lavoratore dimissionario*, in *BLT*, 1973, 53.
- Riva Sanseverino L.**, *Diritto del lavoro*, Padova, 1982.
- Riva Sanseverino L.**, *Commento all'art. 18*, in – Scialoja – M. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, VI ed., Bologna – Roma, 1986, 686.
- Riva Sanseverino L.**, *Lavoro (voce)*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli – Foro italiano, 1986, 613
- Roccella M.**, *Il tramonto del recesso <<ad nutum>> e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *QDLRI*, 1990, 24.
- Romagnoli U.**, *Aspetti processuali dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 1971, 1319.

- Romagnoli U.**, *Commento agli artt. 1-6, 8, 10, 13, 28 e 37*, in G. Ghezzi – G.F. Mancini – L. Montuschi – U. Romagnoli (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1972, 112.
- Romagnoli U.**, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *RTDPC*, 1977, 1052.
- Romagnoli U.**, *Commento all'art. 18*, in G. Ghezzi – G.F. Mancini – L. Montuschi (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, II ed., Milano – Roma, 1981, 79.
- Romagnoli U.**, *Piccole imprese e grandi traumi*, in *LD*, 1990, 517.
- Romagnoli U.**, *La tutela contro i licenziamenti: un passo avanti e due indietro*, in *RTDPC*, 1991, 1220.
- Romagnoli U.**, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di uguaglianza*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, 42.
- Romei R.**, *L. 11 maggio 1990, n. 108*, in R. De Luca Tamajo – M. D'Antona (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti individuali*, in *NLCC*, 1991, 133.
- Romeo C.**, *La reintegrazione nel posto di lavoro: tra tecniche giuridiche e vicende politiche*, in *LG*, 2002, 109 e ss.
- Rondo A.**, *Impugnazione del licenziamento a mezzo telegramma, onere della prova e poteri del giudice*, in *RIDL*, 2009, II, 355.
- Rossi A.**, *La rilevanza penale dell'inottemperanza all'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato da parte del datore di lavoro*, in *RIDPP*, 1982, 732.
- Rossi F.P.**, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300*, in *Notiz. Giur.*, 1970, 649 ss.
- Ruocco M.**, *Dimissioni: annullamento per incapacità*, in *LG*, 1994, 27.
- Rusciano M.**, *Sospensione del rapporto di lavoro (cause di) (voce)*, in *EGT*, 1984, 1.
- Sacco R.**, *Trattato di diritto civile, 1, Il fatto, l'atto, il negozio*, Torino, 2005.
- Sandulli P. - Vallebona A. – Pisani C.**, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cedam, 1990.
- Sandulli P.**, *Servizio militare*, in *Nss.DI*, vol. XVII, Torino, 1969.
- Sandulli P.**, *Commento all'art. 18*, in U. Prosperetti (a cura di), *Commentario allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Milano, 1975, 501.
- Santoro Passarelli F.**, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, 1978.
- Santoro Passarelli F.**, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, 1985.
- Santucci R.**, *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Giappichelli, 1997.
- Satta S.**, *Provvedimenti d'urgenza e urgenza di provvedimenti*, in *MGL*, 1962, 49.
- Satta S.**, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963.
- Satta S.**, *Ancora sui provvedimenti d'urgenza in materia di lavoro*, in *MGL*, 1968, 420.
- Satta S.**, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, I, Milano, 1968, 270.
- Satta S.**, *Provvedimenti d'urgenza e rapporto di lavoro*, in *MGL*, 1971, 455.
- Scagliola D.**, *Le dichiarazioni dell'imprenditore e del prestatore di lavoro nei licenziamenti individuali*, Milano, 1974.
- Sciarra S.**, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in *Q. Cost.*, 2004, 281.
- Scognamiglio R.**, *Il lavoro nella costituzione italiana*, Franco Angeli, 1978.

- Scognamiglio R.**, *La disciplina del risarcimento del danno nel rispetto dell'art. 18 della legge n. 300/1970 (a proposito di due recenti pronunce della Cassazione a Sezioni Unite)*, in *MGL*, 1985, 341.
- Scognamiglio R.**, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno*, in *MGL*, 1990, 120.
- Scognamiglio R.**, *Manuale di diritto del lavoro*, II ed., Jovene, 2005.
- Scuto C.**, *La mora del creditore*, Catania, 1905.
- Sigillò Massara G.**, *Il risarcimento del danno da fatto lecito (o dovuto)*, in *DL*, 1998, II, 480.
- Siniscalchi E.**, *Reintegrazione nel posto di lavoro, risarcimento del danno, retribuzione e obbligo contributivo*, in *DL*, 1986, II, 310.
- Smuraglia C.**, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, 1958.
- Smuraglia C.**, *Le sanzioni penali nella tutela del lavoro subordinato*, in *Atti del VI congresso nazionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1979, 59.
- Sottile G.**, *Sulla natura delle somme spettanti al lavoratore riammesso in servizio*, in *RGL*, 2009, II, 437.
- Speziale V.**, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, 1992.
- Speziale V.**, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica*, in M. Barbieri – F. Macario – G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, 87.
- Suppiej G.**, *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Cedam, 1957.
- Suppiej G.**, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, in *Enc. Giur. Lav.*, Cedam, 1982, 16.
- Suppiej G. – De Cristofaro M. – Cester C.**, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, 4^a ed., Cedam, 2008.
- Suppiej G.**, *Intervento*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Venezia 25 – 26 maggio 2007*, Giuffrè, 2008, 309 e ss.
- Tampieri A.**, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *DL*, 1992, I, 71.
- Tamburrino G.**, *Sull'applicabilità dell'art. 388 c.p. all'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *MGL*, 1974, 664.
- Tarzia G.**, *L'esecutorietà della sentenza nel porcesso del lavoro*, in *RTDPC*, 1974, 468.
- Tarzia G.**, *Intervento*, in F. Santoni (a cura di), *La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro*, Milano, 1983, 38.
- Taruffo M.**, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro*, in *RTDPC*, 1976, 789 – 812
- Tatarelli M.**, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, 2006.
- Topo A.**, *Licenziamento illegittimo e tutela della posizione contributiva del lavoratore*, in *RIDL*, 1990, II, 678.
- Tosi P.**, *L'indennità <<in sostituzione della reintegrazione>> tra diritto speciale e diritto comune delle obbligazioni*, in *ADL*, 2006, 429.
- Tosi P.**, *L'art. 18 St. lav. nel processo*, in *ADL*, 2008, 1354.
- Torrente A. e Schlesinger P.**, *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè, 1999.
- Torrente A.**, *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, in *RGL*, 1950, I, 120.

- Tremolada M.**, *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, 1993.
- Treu T.**, *Onerosità e corresponsabilità nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968.
- Treu T.**, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974.
- Treu T.**, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, 2001.
- Treu T.**, *Lo Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *QDLRI*, 2002, 6, 36.
- Trimarchi P.**, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1973.
- Trioni G.**, *I nuovi vincoli in materia di dimissioni*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, 2, 227.
- Tullini P.**, *La c.d. tutela reale di diritto comune*, in *QDLRI*, 1990, 8, 103.
- Tullini P.**, *Del licenziamento ingiurioso, del danno biologico e di altro*, in *RIDL*, 1994, II, 562.
- Tullini P.**, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, 1994.
- Vaccarella R.**, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977.
- Vaccaro M.J.**, *Licenziamenti individuali: le norme dal 1966 ad oggi*, in *DPL*, 1990, 3089.
- Vais A.**, *Iter formativo ed interpretazione della legge sui licenziamenti individuali*, in *RGL*, 1966, I, 285.
- Valente L.**, *Forma convenzionale delle dimissioni e l'insostenibile conversione delle dimissioni orali in risoluzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso*, in *RGL*, 2002, II, 481.
- Valentini V.**, *Reintegrazione nel posto di lavoro e riforma in appello della sentenza*, in *ADL*, 2004, 172.
- Valentini V.**, *Sulla natura (integralmente) risarcitoria delle somme corrisposte in caso di licenziamento illegittimo*, in *RGL*, I, 807.
- Vallebona A.**, *Onere della prova e rapporto di lavoro*, Cedam, 1988.
- Vallebona A.**, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995.
- Vallebona A.**, *Istituzioni di diritto del lavoro*, vol. II, *Il rapporto di lavoro*, Torino, 1999.
- Vallebona A.**, *Parola d'ordine: salvare il processo del lavoro*, in *MGL*, 2007, 6.
- Vallebona A.**, *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, in *MGL*, 2007, 862.
- Vardaro G.**, *Un nuovo tipo di licenziamento: le dimissioni*, in *DG*, 1980, 431.
- Velluti S.**, *La costituzionalizzazione di nuove forme di EU governance. La strategia europea per l'occupazione e la sua implementazione tramite il metodo del coordinamento aperto*, in *RGL*, I, 2005, 454.
- Ventura L.**, *Lo statuto dei diritti dei lavoratori: appunti per una ricerca*, in *RGL*, 1970, I, 497.
- Vidiri G.**, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, in *MGL*, 2002, 217.
- Vitaletti M.**, *Licenziamenti individuali e disciplina del licenziamento: orientamenti giurisprudenziali*, in *RIDL*, 2007, II, 975.
- Visintini G.**, *Mora del creditore*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 1984, vol. IX, Utet, 132.
- Voza R.**, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007.
- Weiss M.**, *Diritto del lavoro e relazioni industriali in Europa*, in *DRI*, 2001, 348.
- Zangari G.**, *Contributo alla teoria del licenziamento*, Milano, 1974, 162.
- Zangari G.**, *Licenziamento*, voce *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1974.

Zoli C., *Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, II, Cedam, 2005, 1783.

Zoppoli L., *La corrispettività nel rapporto di lavoro*, Esi, 1991, 314.