

# **IL PERICULUM PER LA PERSONA DEL LAVORATORE**

## **INDICE**

Introduzione

### **CAPITOLO I**

#### **LA NOZIONE DI *PERICULUM IN MORA***

- 1. L'irreparabilità del pregiudizio intesa come permanente offesa alla propria situazione giuridica durante il processo.**
- 2. Segue: la critica alla tesi del Satta. Le altre tesi tradizionali sulla irreparabilità del pregiudizio.**
- 3. La rilevanza della persona titolare del diritto.**
- 4. I diversi profili della irreparabilità del pregiudizio.**
- 5. L'imminenza del pregiudizio.**
- 6. L'insussistenza del *periculum in re ipsa*.**

### **CAPITOLO II**

#### **L'INCOERCIBILITA' DEGLI OBBLIGHI DI FARE E DI NON FARE INFUNGIBILI**

- 7. Il problema dell'effettività della tutela giurisdizionale attuata in sede cautelare.**
- 8. La questione dell'incoercibilità degli obblighi di fare e di non fare infungibili.**

### **CAPITOLO III**

#### ***PERICULUM* E RETRIBUZIONE**

- 9. La funzione alimentare della retribuzione.**
- 10. Il pregiudizio da "assenza" o "riduzione" della retribuzione.**

## CAPITOLO IV

### ***PERICULUM* E LICENZIAMENTO**

11. L'ammissibilità della tutela cautelare in materia di licenziamento.
12. La tipologia dei pregiudizi.
13. Il problema della coercibilità dell'ordine di reintegrazione.
14. La disaggregazione dell'obbligo di reintegrazione. Le c.d. sottoprestazioni fungibili.
15. La sospensione degli effetti del licenziamento illegittimo.

## CAPITOLO V

### **IL *PERICULUM* NELLA DEQUALIFICAZIONE E NEL TRASFERIMENTO**

16. Tecniche di tutela avverso la dequalificazione.
17. Il requisito del pregiudizio imminente ed irreparabile nella dequalificazione.
18. Il *periculum* nel trasferimento.
19. La sospensione degli effetti della dequalificazione e del trasferimento.
20. L'autotutela

Bibliografia

## INTRODUZIONE

L'implicazione della persona del lavoratore nel rapporto di lavoro pone, tra gli altri, il problema della utilizzazione della tutela cautelare atipica disciplinata dall'art. 700 cod. proc. civ..

Il tema presenta grande interesse perché coinvolge aspetti fondamentali del rapporto di lavoro quali, da un lato, il catalogo dei diritti della persona del lavoratore implicati nel rapporto, e dall'altro, l'area o l'ambito della protezione dei beni personali del dipendente, che sono assai rilevanti perché possono riguardare la professionalità, l'immagine, la dignità, la stessa integrità psico-fisica, e conseguentemente i modelli di azione finalizzati alla tutela anticipatoria.

Si tratta indubbiamente di un tema a cavallo tra diritto sostanziale e processuale; ma proprio questo taglio interdisciplinare consente di apprezzare la valenza euristica della fattispecie processuale del *periculum in mora*, in quanto essa costituisce un punto di emersione processuale particolarmente qualificato dei diritti della persona del dipendente coinvolti nel rapporto di lavoro. Se, infatti, l'obbligazione gravita ormai sulla responsabilità, ossia su ciò che segue all'inadempimento e sui modi e forme con cui il creditore cerca o ottiene la soddisfazione del proprio interesse, il rapporto tra diritto e processo si colloca al centro dell'indagine.

In questa situazione è sembrato opportuno un tentativo di indagare le vere ragioni e l'effettiva portata della tutela cautelare in relazione ai vari diritti del lavoratore coinvolti nel rapporto di lavoro.

La prima parte dello studio analizza e sistema appunto l'evoluzione dottrinale processualistica formatasi intorno alla tutela cautelare atipica ex art. 700 cod. proc. civ., e, in particolare, sulla elaborazione, in generale, del concetto di "*periculum*".

E' così emersa l'evoluzione dottrinale che ha portato a ripensare il requisito dell'irreparabilità del pregiudizio da sinonimo di irrisarcibilità a nozione più ampia che, quindi, potesse comportare la tutela d'urgenza non solo per i diritti assoluti, con conseguente superamento della tesi tradizionale secondo la quale la nozione di irreparabilità doveva esser intesa come permanente offesa della propria situazione giuridica durante il processo.

La nozione di irreparabilità del pregiudizio segna gli effettivi, ed invalicabili, limiti di operatività della tutela d'urgenza, una volta superati gli sbarramenti "a monte" attorno alla natura e tipologia dei diritti che possono essere sottoposti a cautela atipica.

Il significato dell'irreparabilità del pregiudizio non assume valenza unitaria, ma presenta profili differenziati, soprattutto in relazione alla diversa tipologia dei diritti lesi o sottoposti a pericolo di lesione, nonché al momento nel quale è richiesto l'intervento del giudice della cautela atipica.

Il requisito dell'imminenza, che si aggiunge a quello di irreparabilità del pregiudizio, incide in modo determinante sull'individuazione del momento d'intervento del giudice della cautela, che può essere quello che precede il verificarsi dell'evento dannoso, o che è contestuale al prodursi del danno ovvero che può, sia pure entro certi limiti, essere anche successivo al verificarsi del pregiudizio.

La tesi si sofferma quindi sul problema controverso dei limiti della tutela cautelare di diritti correlativi ad obblighi di fare e di non fare

infungibili, avuto riguardo soprattutto alla funzione di strutturale anticipazione della decisione di merito e al problema dell'effettività della tutela giurisdizionale attuata in sede cautelare.

Si è affrontato, quindi, l'argomento della rilevanza della persona nel rapporto di lavoro che costituisce il collegamento tra l'aspetto processuale e il diritto sostanziale, giungendo ad esaminare criticamente le situazioni suscettibili nella fattispecie astratta del *periculum in mora*, per pervenire alla delimitazione del possibile corretto ambito di applicazione della tutela cautelare al rapporto di lavoro.

In particolare si sono esaminati gli aspetti del rapporto nei quali maggiormente si è concentrato il ricorso alla tutela cautelare, e cioè il licenziamento, la retribuzione, la dequalificazione e il trasferimento.



## CAPITOLO I

### LA NOZIONE DI *PERICULUM IN MORA*

#### **1. L'irreparabilità del pregiudizio intesa come permanente offesa alla propria situazione giuridica durante il processo.**

Tra i diritti più frequentemente sottoposti a cautela atipica vi sono certamente quelli che nascono dai rapporti di lavoro, dei quali, nel corso degli ultimi decenni, in un percorso che ha ampliato e differenziato l'ambito di applicazione della tutela, sono stati valorizzati gli aspetti non patrimoniali.

Il presupposto per l'accesso a tale forma di tutela cautelare è la sussistenza di un *periculum in mora* che consiste nel “fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per fare valere il diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile” (art. 700 cod. proc. civ.).

L'atteggiamento esegetico è e deve essere<sup>1</sup> quello di procedere da una tendenziale onnicomprensività della norma, emergente dalla sua funzione cautelare<sup>2</sup>, e di circoscriverne l'ambito in presenza di eventuali

---

<sup>1</sup> CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 133.

<sup>2</sup> Generalmente riconosciuta dalla dottrina, cfr., per tutti, CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, p. 168; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1954-1964, p. 247; MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, cit., p. 35 e ss.; CALVOSA, *Il processo cautelare (il sequestro e i provvedimenti d'urgenza)*, Torino, 1970, cit., p. 133 e ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XVIII ed., Torino 2006; VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli,

limiti desumibili dal testo legislativo. I limiti sono appunto tre: 1) la natura residuale “Fuori dei casi regolati ... “; 2) “il far valere il ... diritto in via ordinaria”; 3) la minaccia di un “pregiudizio imminente ed irreparabile”<sup>3</sup>.

L’elaborazione della nozione di *periculum in mora* si è particolarmente sviluppata intorno al concetto di “pregiudizio imminente ed irreparabile”. A tal fine vanno necessariamente ricordati i passi salienti del cammino che ha portato a ripensare il requisito dell’irreparabilità del danno da sinonimo di irrisarcibilità a nozione più ampia.

La tesi tradizionale, sostenuta dal Satta, parte dal presupposto che, sebbene il campo di applicazione sia apparentemente indeterminato nella previsione della legge, nel senso che la sola condizione rilevabile è il carattere sussidiario e residuale della tutela cautelare urgente, i limiti e la natura dell’istituto non possono prescindere dalla relazione tra la tutela provvisoria che si mira a conseguire e la decisione del merito.

Ciò emergerebbe dalla lettera della norma, che prevede la coincidenza di tre condizioni fondamentali: “un diritto che si fa valere in giudizio; un pregiudizio che dalla mora processuale possa provenire al diritto stesso; una assicurazione provvisoria degli effetti della decisione, come mezzo per ovviare a tale pregiudizio”<sup>4</sup>. La concorrenza di questi elementi determina immediatamente la situazione concreta che si ha con la decisione di merito ed il significato tecnico di tale anticipazione deve essere stabilito in relazione alla decisione e quindi all’oggetto del giudizio<sup>5</sup>. Dire oggetto del giudizio significa, tuttavia, “dire diritto, il diritto del cui

---

1994, p. 207; TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983. p. 57 e ss.; ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, Padova, 1985, p. 59; PROTO PISANI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1952, p. 357.

<sup>3</sup> CERINO CANOVA, *I provvedimenti d’urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 133.

<sup>4</sup> SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, XI<sup>a</sup> ed., Padova, 1994, p. 890.

<sup>5</sup> Se non si attribuisce ad essa un senso tecnico, qualunque misura interinale si risolve evidentemente in un provvedimento d’urgenza, SATTA PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 890.



accertamento si tratta che è pregiudicato dalle more necessarie al raggiungimento della tutela”<sup>6</sup>.

Da ciò discenderebbe che i diritti di obbligazione, come tali, non potrebbero mai essere pregiudicati dalle more del giudizio. Tutti i rapporti obbligatori sarebbero per definizione suscettibili di riparazione, cioè non vi sarebbe alcun danno relativo all’inadempimento di una obbligazione che non possa essere riparato. La ragione di tale esclusione si ravvisa sia nella constatazione che le situazioni giuridiche strumentali non sono suscettibili di subire pregiudizio irreparabile se non in linea di fatto, sia sul piano giuridico nel rilievo che attraverso le situazioni strumentali si mira a costituire un diritto e “la costituzione provvisoria di un diritto appare inconcepibile e contraddittoria”<sup>7</sup>.

Rimarrebbero parimenti al di fuori dell’orbita del provvedimento d’urgenza anche i diritti potestativi, per i quali neppure potrebbe concepirsi un pregiudizio. Pregiudicato potrebbe essere unicamente il conseguimento del bene in seguito all’accoglimento della domanda, ma tale pregiudizio potrebbe essere eliminato con un sequestro giudiziario, non certamente con un provvedimento d’urgenza.

Residueranno i diritti assoluti, nel senso ampio di situazioni giuridiche esclusive, caratterizzate dalla assoluta coincidenza tra titolarità del diritto e soddisfazione dell’interesse, rispetto alle quali la violazione, da cui scaturisce il ricorso alla tutela giudiziaria, realizza un impedimento all’esercizio o al godimento del diritto e “quindi può determinare, se mantenuta o prolungata per tutta la pendenza del processo, un irreparabile

---

<sup>6</sup> SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 890.

<sup>7</sup> “Del resto anche secondo il senso comune non è pensabile ad es. che il giudice possa ordinare di pagare “provvisoriamente” il creditore o disponga la situazione provvisoria di un contratto sulla giustificazione della mera urgenza SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959-1968, IV, p. 270.

pregiudizio”<sup>8</sup>. La mancanza della coincidenza tra diritto e soddisfazione dell’interesse porterebbe, in buona sostanza, alla richiesta di un regolamento provvisorio della controversia, cosa diversa dalla tutela di un diritto assoluto, minacciato da pregiudizio e che “non può dirsi voluta e realizzata dall’art. 700 c.p.c.”<sup>9</sup>.

Conseguentemente, solo i diritti assoluti potrebbero essere irreparabilmente lesi, poiché la sola situazione irreparabile sarebbe costituita dalla privazione del diritto, in quanto tale irrisarcibile<sup>10</sup>, derivante dal godimento da parte del convenuto di una situazione che è incompatibile, costituendone la negazione, con la situazione giuridica vantata dal ricorrente.

A conclusioni analoghe giunge chi ritiene che il diritto, ancorché ipotetico, dovrebbe essere dedotto come “già acquisito alla sfera giuridica del soggetto che richiede l’emanazione del provvedimento d’urgenza”<sup>11</sup>. Infatti, anche se teoricamente la relazione tra provvedimento d’urgenza e sentenza definitiva di merito non dovrebbe costituire limite all’applicabilità dell’art. 700 cod. proc. civ., in quanto la norma non sembra differenziare gli effetti delle sentenze di condanna, di accertamento<sup>12</sup> e costitutive, ciò nondimeno non potrebbe concedersi il provvedimento d’urgenza a garanzia

---

<sup>8</sup> SATTA, *Limiti di applicazione dei provvedimenti di urgenza*, in *Foro It.*, 1953, I, p. 132 ss. - I casi più significativi sono rappresentati dalla tutela dei diritti alla persona e in quelle violazioni che non possono essere ricomprese nelle tipiche turbative del possesso, pur costituendo atto illecito.

<sup>9</sup> SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 893.

<sup>10</sup> Perché non vi sarebbe risarcimento del danno che possa compensare la privazione del diritto, così SATTA, *Limiti di applicazione dei provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 132.

<sup>11</sup> CALVOSA, *Il processo cautelare*, cit., p. 763.

<sup>12</sup> Sulla questione dell’utilizzo del provvedimento d’urgenza per assicurare l’efficace attuazione di una sentenza di mero accertamento, l’Autore ammette che la situazione sostanziale preesista all’accertamento e non sia affatto costituita dalla sentenza di merito, sicché non vi è dubbio che, perdurando la situazione d’incertezza della situazione sostanziale, sino a quando non venga pronunciata la sentenza definitiva sul merito, il titolare della stessa situazione potrebbe subire un pregiudizio, anche grave.

di una *spes* o dell'esercizio di un diritto che potrà costituirsi in dipendenza dell'accoglimento di una azione costitutiva; l'anticipata acquisizione del diritto determinerebbe "anzitempo" effetti giuridici possibili soltanto in dipendenza della successiva pronuncia costitutiva<sup>13</sup>.

## **2. Segue: la critica alla tesi del Satta. La altre tesi tradizionali sulla irreparabilità del pregiudizio.**

Le critiche alla tesi del Satta, che esclude dall'ambito della tutela dell'art. 700 cod. proc. civ. tutti i diritti che si realizzano attraverso l'esercizio di azioni costitutive, nonché tutti i rapporti obbligatori, sulla base di argomentazioni connesse alla struttura sostanziale dei diritti ed ai rapporti tra questi ultimi e il processo, muovono tutte dagli stessi presupposti.

Si è osservato che, se l'oggetto della tutela ex art. 700 cod. proc. civ. è lo stesso oggetto del giudizio di merito, cioè il diritto ivi dedotto, per stabilire quali sono i limiti di applicazione della tutela in esame, è necessario domandarsi quando vi è un diritto soggettivo suscettibile di irreparabile lesione nelle more del suo accertamento giurisdizionale<sup>14</sup>. Ma proprio nella negazione della natura di diritti soggettivi a quelle situazioni che non si esplichino in un potere immediato sul bene da parte del soggetto attivo

---

<sup>13</sup> CALVOSA, *Il processo cautelare*, cit., p. 764 e ss. il quale, tuttavia, dopo aver esaminato gli argomenti che indurrebbero ad escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 700 cod. proc. civ. i c.d. diritti potestativi, cioè quei diritti che si costituiscono in conseguenza e dipendenza di una pronuncia (del giudice ordinario), che, proprio per ciò si denomina costitutiva, ritiene che non si possa non riconoscere che anche il diritto potestativo possa essere minacciato dal pericolo di lesione, nelle more del giudizio di cognizione. Validi argomenti indurrebbero quindi a non ammettere, quale limite all'applicabilità del provvedimento d'urgenza, "l'opportunità di assicurare, garantire, un diritto potestativo (o meglio il suo efficace esercizio) o, più in generale, un diritto che potrà costituirsi quale effetto proprio della pronuncia giurisdizionale".

<sup>14</sup> MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, cit., p. 48.

titolare dell'interesse e, conseguentemente, nella esclusione, quale oggetto del giudizio di merito cautelabile con il provvedimento d'urgenza, dell'esistenza di un diritto quando non sussiste un potere immediato del soggetto attivo sul bene minacciato, si annida, secondo una diversa concezione, il limite della impostazione del Satta.

Invero, il diritto soggettivo consiste in un "interesse direttamente tutelato dall'ordinamento come proprio del suo titolare, o comunque comprende, tra i suoi elementi essenziali, un tale interesse"<sup>15</sup>; sicché ricorrono i presupposti della cautela atipica laddove quella tutela esista prima e indipendentemente dall'esercizio dell'azione e l'interesse tutelato possa essere irreparabilmente leso nelle more del giudizio. Non può quindi contrapporsi il regolamento provvisorio di una controversia e la tutela del godimento di una situazione giuridica finale. In altre parole, il titolare di un diritto di credito o di un diritto potestativo, proprio in considerazione degli strumenti che l'ordinamento appresta per la realizzazione dell'interesse protetto, potrebbe necessitare della tutela cautelare al fine di salvaguardare la propria situazione giuridica soggettiva, senza che si possa escludere l'esistenza di un diritto soggettivo perfetto unicamente per l'assenza di una relazione immediata tra il titolare dell'interesse ed il bene<sup>16</sup>.

Inoltre, ritenere necessario che il diritto sia già acquisito da parte dell'istante si porrebbe in contrasto anche con il requisito del *periculum in mora*, poiché proprio nell'ipotesi in cui il diritto deve essere riconosciuto ed accertato, la tutela d'urgenza "realizza la sua funzione assicurativa nell'immediata salvaguardia del diritto stesso dal pregiudizio irreparabile"<sup>17</sup>. In tale prospettiva, sarebbe sufficiente pertanto la dimostrazione della titolarità di un qualsiasi diritto soggettivo minacciato dal pregiudizio, il cui verificarsi pregiudicherebbe altresì la futura attuazione dello stesso<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, cit., p. 48.

<sup>16</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit. pp. 113-114.

<sup>17</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 117.

<sup>18</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 117.

Da quanto suddetto si è arrivati quindi ad affermare che non vi sono situazioni giuridiche sostanziali che, in quanto tali, possano aprioristicamente ritenersi al di fuori della tutela d'urgenza<sup>19</sup>, non potendosi escludere per definizione qualsiasi irreparabilità di diritti di credito o potestativi sul presupposto della insussistenza di un potere immediato sul bene da parte del titolare preesistente al processo, con la erronea conseguenza che non vi potrebbe mai essere la compromissione al godimento di un bene, il potere sul quale sorgerebbe solo a seguito della prestazione dell'obbligato o dell'emanazione della sentenza costitutiva<sup>20</sup>.

Da un altro punto di vista si è evidenziato che l'irreparabilità del pregiudizio sussisterebbe ogni qualvolta nelle more del giudizio di merito l'attore "non possa servirsi di alcun rimedio sufficientemente efficace contro la situazione di inferiorità che gli deriva dal danno minacciato"<sup>21</sup>; da ciò discenderebbe un ulteriore limite del provvedimento *ex art. 700 cod. proc. civ.*, che potrebbe riguardare unicamente diritti che abbiano come oggetto o tendano a conseguire un bene infungibile, poiché quando il bene è fungibile, non potrebbe mai escludersi la possibilità di procurarsi un altro ed equivalente mezzo di soddisfazione dell'interesse minacciato<sup>22</sup>.

Secondo una ulteriore ricostruzione l'irreparabilità del pregiudizio ricorrerebbe nelle ipotesi in cui né la reintegrazione per equivalente, né il risarcimento e gli altri rimedi eccezionalmente predisposti dalla legge,

---

<sup>19</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 117; PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., p. 118.

<sup>20</sup> Come è nell'impostazione del Satta, cfr. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 271.

<sup>21</sup> MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, cit., p. 78.

<sup>22</sup> MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, cit., p. 78. Pur riconfermando la propria impostazione, successivamente l'Autore riconosce l'ampiezza della sfera di applicazione dell'art. 700 cod. proc. civ., estendendola anche ai diritti a prestazioni pecuniarie, quando la prestazione in denaro sia lo strumento per conservare o reintegrare un bene non patrimoniale. Cfr. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 309-311.

sarebbero idonei in concreto ad attuare integralmente il diritto dedotto in giudizio<sup>23</sup>. Tale irreparabilità sarebbe determinata dalla discrepanza tra la soddisfazione integrale cui l'attuazione della decisione nel merito avrebbe dato luogo ed i rimedi eteronomi; lo scarto potrebbe essere determinato dagli ostacoli relativi alla determinazione dell'equivalente oppure da circostanze impeditive del conseguimento in concreto dello stesso. Il primo ordine di circostanze impeditive attiene alla valutazione dell'equivalente sotto il triplice profilo della individuazione del danno che costituisce la conseguenza immediata e diretta dell'illecito (art. 1223 cod. civ.), della sua prevedibilità (art. 1225 cod. civ.) e della prova del suo ammontare (art. 1226 cod. civ.). Gli altri ostacoli concernono l'inidoneità del convenuto a prestare l'equivalente, sia sotto il profilo delle sue condizioni patrimoniali che dell'ammontare del corrispettivo. Questi ultimi fungerebbero da limite dei primi, nel senso che la inidoneità *de facto* del convenuto a prestare il *tantundem* renderebbe irreparabile il pregiudizio e legittimerebbe, quindi, l'emanazione del provvedimento d'urgenza. Ciò che verrebbe in rilievo per configurare l'irreparabilità del pregiudizio sarebbe pertanto solo quello scarto tra effetti della decisione di merito e reintegrazione per equipollente, provocato dalla durata del processo, tale da determinare squilibrio a carico dell'attore che si ipotizza aver ragione, oltre il limite della normale tollerabilità<sup>24</sup>.

### **3. La rilevanza della persona titolare del diritto.**

La revisione critica delle tesi tradizionali nella elaborazione della nozione di irreparabilità del pregiudizio è partita dal riscontrato scarso rilievo attribuito al soggetto titolare del diritto, sostenendosi invece la necessità di recuperare l'importanza della considerazione della persona,

---

<sup>23</sup> ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 251-252.

<sup>24</sup> ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 252.

imposta dal nostro ordinamento (in particolare, dagli artt. 2 e 3, secondo comma, della Costituzione), con la conseguente inidoneità di tutti i criteri che considerano l'irreparabilità del pregiudizio riferiti esclusivamente al diritto e non alla persona titolare del diritto "per il tramite della funzione che il diritto istituzionalmente o in concreto nel caso singolo è destinato ad assolvere"<sup>25</sup>.

Si è autorevolmente osservato che, onde evitare risultati inaccettabili, la prospettiva che si impone, con carattere di necessità, è quella di attribuire all'espressione "diritto" il significato di interesse giuridicamente protetto, ossia "nel porre l'accento sul sostrato materiale della posizione soggettiva"<sup>26</sup>. In secondo luogo, l'irreparabilità deve essere intesa quale "attuale incapacità del suo titolare a soddisfare altrimenti l'interesse", che deve rivestire, assieme alla sua attuazione, una notevole importanza nella sfera di un determinato soggetto<sup>27</sup>.

Il dibattito sull'incidenza del pregiudizio sul diritto da far valere in via ordinaria o sulla persona titolare del diritto o una sua qualità o condizione soggettiva, si è posto in relazione al fenomeno della c.d. "personalizzazione" del pregiudizio<sup>28</sup>, scaturito da alcuni orientamenti giurisprudenziali caratterizzati da una attenzione, più che alla qualità del diritto minacciato, al soggetto titolare del diritto e al danno dallo stesso subito di fronte all'evento pregiudizievole, con il risultato di identificare l'oggetto del pregiudizio con le qualità o i valori personali lesi o esposti a lesione. Tale orientamento è stato aspramente criticato, sostenendo che in tal modo venivano snaturati i provvedimenti d'urgenza sino a farli divenire "una sorta di *ius singulare* processuale per classi di soggetti"<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., p. 135.

<sup>26</sup> CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 135.

<sup>27</sup> CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 135.

<sup>28</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 122.

<sup>29</sup> LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in *I processi speciali, Studi offerti a V. Andrioli*, Napoli, 1979, p. 167, il quale evidenzia l'appiattimento della nozione

Si è sottolineato come l'alternativa consistente nel pregiudizio "al diritto" o "al titolare" del diritto era priva di senso nei termini in cui era stata prospettata, ma rappresentava, forse, un tentativo diretto ad estendere l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 700, coinvolgendo diritti che erano stati ritenuti estranei alla tutela cautelare atipica attraverso l'individuazione di un diverso punto di riferimento rispetto alle elaborazioni tradizionali del pregiudizio irreparabile.

Partendo dall'affermazione che, normalmente, il pregiudizio aggredisce il diritto essenzialmente non nel suo momento statico, come semplice attribuzione di titolarità, bensì nella sua fase "dinamica", che coincide con l'esercizio del diritto o di poteri o facoltà in esso ricompresi<sup>30</sup>, si è sostenuto che esso minaccia in realtà nient'altro che la soddisfazione dell'interesse che sta alla base dello stesso, ossia la possibilità che il titolare del diritto realizzi ed ottenga il contenuto del diritto.

Solo in questi termini, in considerazione del pericolo di soddisfacimento dell'interesse, dovrebbe essere valutata la persona del titolare del diritto<sup>31</sup>, occorrendo, tuttavia, individuare i limiti e i criteri di

---

di pregiudizio e il "potenziale disperdersi d'ogni differenza tra le varie misure della sua intensità". Cfr. con riguardo al *periculum in mora* riferito, più che al diritto, alla sua funzione, con riguardo alla persona del suo titolare PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., p. 380; DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza*, in AA. VV. *Il nuovo processo cautelare* (Tarzia a cura di), Padova, 1993, p. 175 e ss.

<sup>30</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 123, secondo il quale l'impossibilità che si possa inutilmente invocare un pregiudizio del diritto nella fase statica è dimostrata anche dal fatto che la tutela d'urgenza può operare solo durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria, con ciò presupponendo, da un lato, l'esercizio del diritto e, dall'altro, un pregiudizio che minacci di ledere irreparabilmente tale diritto prima che possa sopraggiungere la tutela ordinaria.

<sup>31</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 123, 124, ad. es. "nell'ipotesi di violazione, o di minaccia di violazione, del diritto all'immagine, mentre l'"uomo della strada" potrà legittimamente dolersi dell'illecita utilizzazione di una fotografia che lo ritrae, non eguale doglianza può invocare, ad esempio, un artista ritratto durante una pubblica esibizione. Nell'uno e nell'altro caso si tratta del diritto dell'immagine, riconosciuto e protetto dall'art.



valutazione idonei a non trasformare il pregiudizio al diritto in pregiudizio al soggetto titolare del diritto. In questo senso, tenuto conto che nella fase di esercizio del diritto possono avere rilevanza, a seconda delle situazioni giuridiche sostanziali dedotte, qualità o situazioni personali del titolare del diritto, queste ultime, oltre a dover essere collegate in via immediata e direttamente strumentale con l'esercizio del diritto, debbono anch'esse determinare o, quanto meno, concorrere a determinare, un pregiudizio irreparabile che renda ammissibile l'intervento della tutela cautelare d'urgenza<sup>32</sup>.

Una valutazione della persona titolare del diritto emerge altresì da quelle prospettazioni che, ritenendo l'irreparabilità non solamente un attributo del pregiudizio, un modo d'essere del danno, in quanto ad essa non è estranea una valutazione del soggetto paventante il pregiudizio<sup>33</sup>,

---

10 c.c., ma, ai fini della tutela giurisdizionale (sia ordinaria che d'urgenza), lo stesso richiamo normativo alla reputazione e al decoro della persona determina necessariamente una valutazione su condizioni e qualità proprie del titolare del diritto”

<sup>32</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 124, tale ricostruzione della nozione, secondo l'Autore, non comporta la soggettivizzazione o "personalizzazione" del pregiudizio, nel senso che non è ancorata alla valutazione della qualità della persona in quanto tale. “Il pregiudizio, infatti, deve avere sempre ad oggetto il diritto, cioè la situazione giuridica sostanziale cautelanda, la quale, però, essendo minacciata di lesione durante il suo esercizio, finisce necessariamente con il coinvolgere la soddisfazione dell'interesse del titolare e, quindi, con il dare rilevanza a tutte quelle situazioni soggettive immediatamente ed indissolubilmente collegate con tale soddisfazione”. Ad. esempio, nel diritto alla retribuzione del lavoratore, potrà essere ritenuto sussistente il pregiudizio irreparabile solo nel caso in cui il lavoratore dimostri che la mancata soddisfazione dell'interesse, a seguito dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, si concreti nell'impossibilità di far fronte alle quotidiane esigenze di vita, essendo la retribuzione l'unica fonte di sostentamento per sé e per la propria famiglia. In questo caso sarebbe il diritto ad essere irreparabilmente pregiudicato, proprio in quanto quella soddisfazione dell'interesse è indissolubilmente e strumentalmente connessa con esigenza di vita suscettibili di irreparabile pregiudizio del titolare del diritto.

<sup>33</sup> Cfr. per tale valutazione del requisito dell'irreparabilità del pregiudizio, MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 79.

escludono l'irreparabilità di quel pregiudizio che il soggetto può evitare utilizzando un mezzo efficace che sia legittimamente a sua disposizione, "non esclusa la stessa autotutela"<sup>34</sup>. In altri termini, non ha interesse a chiedere una tutela urgente chi può evitare il pregiudizio con strumenti del diritto sostanziale<sup>35</sup>. Allo stesso modo, più in generale, non si configurerebbe l'irreparabilità del pregiudizio quando la parte, anziché affrontare deliberatamente la reazione della controparte causa di grave pregiudizio, avrebbe potuto accettare di subire una modesta lesione patrimoniale<sup>36</sup>. In questi casi, il ricorso al provvedimento d'urgenza non sarebbe inammissibile, ma sarebbe escluso per il difetto di una condizione di accoglimento<sup>37</sup>.

E' innegabile tuttavia che in alcuni rapporti, nei quali gli interessi in gioco sono rilevanti per il creditore, si pensi al rapporto di lavoro, in cui il lavoratore che esercita l'autotutela va incontro all'incertezza sulla sorte della controprestazione retributiva e dello stesso rapporto, l'esercizio

---

<sup>34</sup> TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 192.

<sup>35</sup> Cfr. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 192 e ss., ad esempio non potrebbe essere chiesta la tutela urgente affinché il giudice inibisca alla controparte di chiedere l'adempimento, quando il ricorrente ben potrebbe, sul piano del diritto sostanziale, opporre l'eccezione di inadempimento. Così pure nell'ipotesi di esercizio di un diritto potestativo quale, ad esempio, la revoca per giusta causa del mandato oneroso: non si può ammettere che l'attività del mandatario provochi un pregiudizio irreparabile al mandante evitabile solamente con un provvedimento d'urgenza.

<sup>36</sup> TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 193; PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., p. 382.

<sup>37</sup> TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 196, in quanto la possibilità di avvalersi di uno specifico rimedio e quindi di soddisfare con altri mezzi non cautelari o non giurisdizionali il proprio diritto inciderebbe sullo stesso interesse processuale ad esperire lo strumento cautelare urgente.

dell'autotutela non possa essere imposto, rimanendo affidato alla libera facoltà dell'interessato di apprezzarne vantaggi e pericoli<sup>38</sup>.

#### **4. I diversi profili della irreparabilità del pregiudizio.**

L'art. 700 cod. proc. civ., prevedendo misure idonee “ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”, per opinione pressoché unanime costituisce uno strumento utile a soddisfare il bisogno di tutela cautelare a favore di diritti minacciati sia da un pericolo nel ritardo (pericolo di infruttuosità), sia da un pericolo del ritardo (pericolo di tardività)<sup>39</sup>.

Pertanto, il carattere generale della norma rende possibile che i provvedimenti d'urgenza, modellandosi sul *periculum in mora* affermato in concreto (un pregiudizio imminente ed irreparabile del diritto fatto valere o di quello che si intende azionare in via ordinaria), abbiano un contenuto che può essere sia conservativo che anticipatorio<sup>40 41</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, p. 141. Su tali problematiche si tornerà più diffusamente nei capitoli dedicati alle situazioni soggettive scaturenti dal rapporto di lavoro. Cfr. cap. V.

<sup>39</sup> La distinzione è da attribuirsi a CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 26 e ss.. Cfr. altresì PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., p. 391 e ss..

<sup>40</sup> Cfr. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 26, secondo il quale il provvedimento cautelare “tutte le volte che si trova di fronte ad uno stato di fatto che, se il provvedimento principale potesse essere eseguito immediatamente, sarebbe tale da rendere praticamente fruttuosa la sua efficacia, ... mira a conservare quello stato di fatto in attesa ed allo scopo che su di esso possa esercitare il suo effetto il provvedimento principale: ma quando si attende che il futuro provvedimento costituisca nuovi rapporti giuridici oppure ordini misure innovative del mondo esterno, il provvedimento cautelare, per eliminare il danno che ne potrebbe derivare dal ritardo con il quale il provvedimento principale potrà giungere a costituire tali effetti, deve tendere, non

Spesso, tuttavia, l'esigenza di tutela nei confronti del c.d. pericolo di infruttuosità pratica della decisione sul merito trova, nel nostro ordinamento, il proprio rimedio naturale nei provvedimenti di tipo conservativo ed è quasi completamente soddisfatta dalle misure cautelari tipiche<sup>42</sup>. Ciò non equivale a dire che la cautela innominata non opererebbe per tutti i diritti già tutelati da una misura tipica<sup>43</sup>, bensì che le fattispecie delle misure tipiche, in cui vi è la previsione di un determinato *periculum*, forniscono già la protezione di quel *periculum*, rappresentato, ad esempio, dal "fondato timore di perdere la garanzia del credito"<sup>44</sup>.

---

già a conservare lo stato di fatto, ma ad operare in via provvisoria ed anticipare gli effetti costitutivi ed innovativi che potrebbero diventare inefficaci ed inattuabili, se differiti".

<sup>41</sup> CONIGLIO, *Sui provvedimenti cautelari innominati*, in AA. VV., *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, I, Milano, 1951, p. 317 e ss. Cfr. altresì PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., p. 391 e ss.; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 196 e ss.; VERDE, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 727 e ss.; CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 680 ss.; MANDRIOLI, *Manuale di diritto processuale*, cit., p. 295 e ss.

<sup>42</sup> PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., p. 393 e ss.; VERDE, *Il procedimento cautelare*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1991, p. 338 e ss.; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 243.

<sup>43</sup> Così invece SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 270.

<sup>44</sup> Come avviene nel sequestro conservativo. Ciò non toglie che l'art. 700 cod. proc. civ. non possa trovare applicazione anche ai diritti di credito contro altri *pericula*. Cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 256 e ss.; CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 134; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 69 e ss.; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 203-204, il quale evidenzia che, ad esempio, il legislatore ha assicurato contro il pericolo di infruttuosità della futura sentenza di condanna il diritto di credito ad una prestazione pecuniaria con lo strumento del sequestro conservativo; tale figura nominata si rivela totalmente inidonea a porre rimedio al diverso *periculum in mora* che si sostanzia nel pericolo di tardività (e cioè nell'irreparabile pregiudizio che il creditore possa eventualmente risentire per effetto del ritardato soddisfacimento del proprio diritto. Vedi altresì PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in EG, XV, Roma, 1991, p. 6, secondo il quale l'anticipità della misura cautelare si coglie sia nella mancata

La necessità di porre rimedio con i provvedimenti d'urgenza ai *pericula* nei cui confronti le misure nominate sono impotenti, in quanto non idonee a neutralizzare il diverso *periculum* da tardività<sup>45</sup>, è emersa soprattutto con riferimento ai crediti alimentari e ai crediti da retribuzione<sup>46</sup>. In particolare, si è sottolineato che proprio in riferimento a queste fattispecie, la valutazione delle situazioni sostanziali di cui viene chiesta un'immediata protezione in sede cautelare, viene condotta con parametri nuovi rispetto a quelli usati in passato. In questo senso, l'irreparabilità del pregiudizio è apprezzabile quando venga evidenziata la funzione non patrimoniale di determinati diritti a contenuto patrimoniale, cioè per valutare il pericolo di tardività nel soddisfacimento di diritti di obbligazione devono cogliersi le connessioni che sussistono tra essi e determinate situazioni soggettive attinenti la sfera dei diritti della personalità o comunque garantite da norme di rango costituzionale<sup>47</sup>.

I provvedimenti d'urgenza esprimono quindi con frequenza maggiore una forma di tutela anticipatoria, finalizzata a proteggere il diritto controverso dal *periculum in mora* costituito dagli effetti negativi della

---

predeterminazione del diritto, sia in quella del *periculum in mora*, sia del contenuto del provvedimento; per contro la misura cautelare tipica si individua sia per il diritto alla cui tutela è predisposta, sia per il *periculum in mora* che mira a neutralizzare, giacché lo stesso diritto, a seconda delle circostanze, può avere bisogno di essere cautelato contro diversi *pericula in mora*. Ad esempio, e per restare nel campo delle misure cautelari tipiche, si pensi al diritto di proprietà e alla diversità di *pericula* neutralizzati attraverso il sequestro giudiziario, la denuncia di nuova opera, la denuncia di danno temuto.

<sup>45</sup> TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 205.

<sup>46</sup> Cfr. cap. III.

<sup>47</sup> TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 206-207, il quale tuttavia ammette che la funzione "integratrice" della tutela urgente possa operare "anche a favore di diritti soggettivi rispetto ai quali tali connessioni con beni non patrimoniali siano difficilmente individuabili o, addirittura, affatto inesistenti". Nel senso di cui al testo cfr. altresì PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., p. 382; MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 196.

durata del processo nel tempo, che comunque assume rilievo solo in quanto sia causa di un pregiudizio imminente ed irreparabile<sup>48</sup>.

In relazione a tale ultimo aspetto, ossia sulla durata del processo nel tempo, si è puntualizzato che il pregiudizio può derivare anche dal “perdurare di una determinata situazione antiggiuridica nel tempo”<sup>49</sup>. Tale situazione rifletterebbe esigenze diverse da quelle in cui la tutela urgente viene utilizzata come strumento volto a impedire il verificarsi, o il ripetersi, di fatti pregiudizievoli del diritto fatto valere. Qui infatti non si tratterebbe di prevenire con la misura cautelare il danno ulteriore che può derivare nelle more del processo dal verificarsi di fatti lesivi del diritto controverso, ma di “contenere il pregiudizio che il perdurare di una situazione antiggiuridica provoca al titolare del diritto”<sup>50</sup>.

A differenza delle misure tipiche, nelle quali il *periculum in mora* è predeterminato dalla legge, nella fattispecie in esame il legislatore non ha tipizzato il pericolo, ma ha richiesto che l’evento lesivo sia (oltre che

---

<sup>48</sup> La durata anche patologica del processo non è di per sé condizione sufficiente per la pronuncia di un provvedimento d’urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.. Cfr. TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 130, il quale sottolinea la necessità di rinunciare a parlare delle misure cautelari come rimedio alla durata del processo, concentrando l’attenzione unicamente sul pregiudizio che, eventualmente, ne deriva.

<sup>49</sup> TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 135. Cfr. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 56 e ss.: il *periculum in mora* è costituito dal protrarsi, nelle more del giudizio ordinario, dello stato di insoddisfazione del diritto controverso.

<sup>50</sup> TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 135. Il quale cita ad esempio l’applicazione della tutela d’urgente anticipatrice nel rapporto di lavoro. Nel caso di licenziamento illegittimo l’interesse ad avvalersi della tutela cautelare non è fondato, secondo l’Autore, “sulla necessità di prevenire il verificarsi di fatti che, pregiudicando ulteriormente il diritto del lavoratore, farebbero sorgere il rischio che la sentenza di condanna resti infruttuosa”. In tali ipotesi, il pregiudizio “deriva dal protrarsi della situazione antiggiuridica”, per cui assumerebbe determinante rilievo il mero fatto del decorso del tempo e il contenuto dei provvedimenti deve di necessità risolversi nell’anticipazione degli effetti della sentenza di merito.

imminente) irreparabile: che il pregiudizio, cioè, sia idoneo a minacciare o ledere il diritto con carattere d'irreparabilità.

Sul presupposto che il requisito della irreparabilità del pregiudizio non assume una valenza unitaria, in dottrina si sono posti in evidenza i suoi diversi profili in relazione alla tipologia dei diritti lesi o sottoposti a pericolo di lesione, nonché al momento nel quale è richiesto l'intervento del giudice.

L'ipotesi più appariscente dell'irreparabilità del danno riguarda gli eventi pregiudizievoli diretti a colpire diritti a contenuto e funzione non patrimoniale, aventi cioè ad oggetto beni che non possono in alcun modo essere surrogati da altri. Ciò si verifica sicuramente per i diritti della persona<sup>51</sup>, nelle varie forme in cui si estrinsecano: diritto al nome, diritto alla riservatezza, diritto all'immagine, diritto alla dignità personale o professionale; diritto all'onore ed alla reputazione, e i diritti costituzionalmente garantiti: diritto alla salute e all'ambiente salubre; diritto ad una esistenza libera e dignitosa. Invero nei diritti a contenuto e funzione non patrimoniale il pregiudizio appare "per definizione" irreparabile<sup>52</sup>, essendo in grado di produrre effetti irreversibili non riparabili nel successivo giudizio di merito<sup>53</sup>.

Potrebbero inoltre subire un pregiudizio irreparabile anche quei diritti a contenuto patrimoniale, ma destinati ad assolvere funzioni non

---

<sup>51</sup> Cfr. VERDE, *Considerazioni sui provvedimenti d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali, Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, p. 458; ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 333 e ss.; DENTI, *Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale*, in *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1985, p. 533 e ss.; GIACOBBE, *Note in tema di strumenti di sanzione per la tutela dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, 1 e ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 120 e ss.

<sup>52</sup> Ciò non significa peraltro che il *periculum* debba ritenersi *in re ipsa*, cfr. *infra* par. 6.

<sup>53</sup> PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 13; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 129; o quanto meno di non agevole valutazione, cfr. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 206.

esclusivamente patrimoniali, in quanto garantiscono al titolare la soddisfazione di bisogni di natura primaria, normalmente di rilevanza costituzionale. In tale ipotesi sarebbero proprio le situazioni a contenuto non patrimoniale a essere pregiudicate irreparabilmente<sup>54</sup>.

Rientrano in questa categoria molte situazioni soggettive scaturenti dal rapporto di lavoro, quali, ad esempio i crediti retributivi aventi natura alimentare, il licenziamento illegittimo del lavoratore con il collegamento tra la perdita della retribuzione ed il diritto ad una esistenza libera e dignitosa *ex art. 36 Cost.*; il trasferimento, che può incidere anche in termini di irreparabilità sulla sua vita familiare e sociale.

Si è ravvisata la eventuale irreparabilità del pregiudizio anche per i diritti a contenuto e funzione esclusivamente patrimoniale, nei quali il pregiudizio assumerebbe connotati tipicamente patrimoniali e ciò si avrebbe sia nell'ipotesi in cui non sia possibile procedere all'accertamento del danno effettivamente subito, sia qualora lo scarto tra gli effetti della decisione di merito ed il danno in concreto subito superi la normale tollerabilità a causa della durata del processo a cognizione ordinaria<sup>55</sup>.

La diversa valenza del requisito della irreparabilità del pregiudizio è stata messa in evidenza distinguendosi: 1) l'irreparabilità come irreversibilità degli effetti del pregiudizio al diritto; 2) l'irreparabilità intesa come impossibilità o grave difficoltà alla piena *restitutio in integrum* del diritto leso; 3) l'irreparabilità intesa come mancata realizzazione della

---

<sup>54</sup> PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., p. 382, al quale si deve l'impostazione della categoria.

<sup>55</sup> Cfr. per tutti PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., p. 383; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 252-253. In senso contrario VERDE, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, cit., p. 743, esclude la possibilità di avvalersi di tale rimedio quando vengono in considerazione crediti di danaro o aventi ad oggetto cose mobili fungibili; ammettono l'irreparabilità dei rapporti giuridici obbligatori, solo se collegati funzionalmente a situazioni giuridiche di carattere assoluto, LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, p. 226; MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 1994-1995, p. 1205 e ss.



funzione che il diritto è chiamato a svolgere dall'ordinamento o in relazione al caso concreto, con contestuale lesione irreparabile dei beni e/o interessi del titolare funzionalmente connessi in modo necessario con l'esercizio del diritto stesso<sup>56</sup>.

Nella prima accezione rientrebbero tutti gli eventi pregiudizievoli diretti a colpire diritti a contenuto e funzione non patrimoniale, aventi cioè ad oggetto beni che non possono in alcun modo essere surrogati da altri (ad esempio, salute, dignità personale, vita libera e dignitosa, esigenze vitali dell'alimentando).

Nel secondo significato, l'irreparabilità del pregiudizio si realizzerebbe quando gli strumenti risarcitori esistenti, non esclusa la reintegrazione in forma specifica, non siano in grado, nel successivo giudizio di merito, di dare completa tutela al diritto, oltre la normale tollerabilità. Questa irreparabilità si verificherebbe anche in presenza di lesioni a diritti a contenuto non patrimoniale (diritti della personalità), i quali, per definizione, non sono in grado di ricevere, in via ordinaria, adeguata tutela risarcitoria<sup>57</sup>.

Infine, sarebbero irreparabili anche quei pregiudizi che, impedendo la realizzazione del diritto di cui si chiede la tutela, determinano per ciò stesso in modo immediato la lesione irreparabile di quei beni e/o interessi del soggetto titolare del diritto funzionalmente collegati con la realizzazione del diritto. La lesione al diritto determinerebbe quindi contestualmente il pregiudizio irreparabile di quegli stessi beni e/o interessi, "per lo più, ma non necessariamente", a contenuto non patrimoniale<sup>58</sup>. In questa ipotesi, la

---

<sup>56</sup> La distinzione è di ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 129 e ss.

<sup>57</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 130.

<sup>58</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 131, che cita l'esempio del diritto del lavoratore illegittimamente licenziato ad essere reintegrato nel posto di lavoro o a vedersi corrisposte le retribuzioni dovute e non pagate, "laddove l'evento pregiudizievole (il licenziamento *contra ius*) colpisce nello stesso tempo, e in modo irreparabile, una serie di beni ed interessi (si pensi all'esercizio dei diritti sindacali) strutturalmente connessi con la prestazione di lavoro: così come il diritto a ricevere la retribuzione è normalmente connesso

sussistenza del requisito della irreparabilità del pregiudizio si avrebbe solo quando la lesione (o minaccia di lesione) del diritto colpisce, in via immediata e non riflessa, beni e/o interessi del titolare funzionalmente connessi con la realizzazione del diritto cautelando, nonché quando, per effetto della lesione al diritto, quei beni e/o interessi, meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, subiscano anch'essi direttamente un pregiudizio irreparabile<sup>59</sup>.

## **5. L'imminenza del pregiudizio.**

Pochi limiti possono essere fissati in via astratta e generale in relazione al requisito di imminenza del pregiudizio, in quanto, si è detto, la norma lascia tale determinazione alla discrezionalità del giudice<sup>60</sup>, come accade tipicamente al cospetto delle norme generali.

Il presupposto dell'imminenza del pregiudizio incide sull'individuazione del momento di intervento del giudice della cautela, che può essere: 1) quello che precede il verificarsi dell'evento dannoso; 2)

---

con la necessità di garantire il sostentamento del titolare del diritto e a conseguire beni (la salute e l'integrità fisica del lavoratore e della propria famiglia) direttamente tutelati dal dettato costituzionale". Allo stesso modo vi rientra, secondo l'autore, anche l'imprenditore commerciale per il mancato adempimento di un'obbligazione pecuniaria, quando la mancata riscossione di un credito (che costituisce l'unica fonte di sostentamento dell'azienda) sia *ex se* direttamente idonea a determinare lo stato di insolvenza e la probabile dichiarazione di fallimento.

<sup>59</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 131-132, in cui, in presenza di tali caratteristiche, potrebbe rientrare anche il pregiudizio economico.

<sup>60</sup> MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 78; CALVOSA, *Il processo cautelare*, cit., p. 770; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 250; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 132; PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 16.

quello contestuale al prodursi del danno; 3) quello successivo al verificarsi del pregiudizio.

Quando il pregiudizio non si è neppure parzialmente verificato, il criterio dell'imminenza va apprezzato non soltanto da un punto di vista cronologico<sup>61</sup>, ma con riguardo a fatti e circostanze tali da far ritenere sussistenti i presupposti dell'iter di formazione e di produzione del pregiudizio, avuto riguardo, da un lato, al tipo di situazione giuridica minacciata e, dall'altro, alle caratteristiche, istantanee o meno, di produzione dell'evento pregiudizievole. Occorre, quindi, che il percorso diretto alla produzione del pregiudizio sia o già iniziato o almeno direttamente ed univocamente preparato<sup>62</sup>.

Nell'ipotesi in cui il processo di realizzazione del fatto dannoso sia già in atto, la misura cautelare sarà diretta a scongiurare le conseguenze irreparabili sulla situazione cautelanda.

Quando l'evento pregiudizievole si è già realizzato, laddove possibile con riferimento alla sussistenza dell'attualità del pregiudizio, l'intervento del giudice della cautela può essere diretto, oltre all'immediata eliminazione della situazione antigiuridica prodotta, ad attenuare gli effetti dannosi in tutte le ipotesi di impossibilità o di difficoltà del successivo risarcimento; in questi casi deve essere verificata la sussistenza dell'esigenza di scongiurare gli ulteriori effetti dannosi, pur essi irreparabili, del pregiudizio già prodotti<sup>63</sup>. In questo senso assume rilevanza anche il principio della normale correlazione cronologica tra momento della violazione, fonte del pregiudizio, e momento della richiesta di tutela urgente, dovendosi dedurre e dimostrare non solo la sussistenza "in atto" del

---

<sup>61</sup> CALVOSA, *Il processo cautelare*, cit., p. 451, il quale si sofferma invece sul criterio cronologico, affermando che "occorre far riferimento allo spazio *temporis* intercorrente tra il momento in cui si paventa il verificarsi dell'evento pregiudizievole e la realizzazione concreta dell'evento stesso.

<sup>62</sup> MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 78.

<sup>63</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 134-135.

pregiudizio irreparabile, ma altresì che l'istanza cautelare è diretta a neutralizzare gli ulteriori effetti dannosi che ancora possono prodursi in conseguenza del lamentato pregiudizio<sup>64</sup>. Nell'ipotesi in cui il pregiudizio si sia già del tutto consumato potranno venire in rilievo gli elementi in grado di giustificare il timore di reiterazione di ulteriori eventi pregiudizievoli, dovendosi escludere altrimenti la sussistenza del requisito dell'imminenza<sup>65</sup>.

Il carattere preventivo<sup>66</sup> della tutela cautelare che si traduce nella funzione di evitare il verificarsi o l'aggravarsi di danni irreparabili<sup>67</sup>, è proprio anche della azione inibitoria. Tuttavia, mentre la prima è una tutela generale provvisoria, strumentale rispetto alla futura decisione di merito, le inibitorie costituiscono provvedimenti definitivi tipicamente previsti per la interdizione o la cessazione di condotte lesive in determinate materie.

---

<sup>64</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 135.

<sup>65</sup> In tal senso, cfr. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 134.

<sup>66</sup> Sul carattere preventivo della tutela urgente, riconoscibile nella funzione di prevenire la formazione di situazioni *a posteriori* non eliminabili, cfr. ANDRIOLI, *Provvedimenti d'urgenza e regola del contraddittorio*, in *Foro it.*, 1956, 1767. Sul rilievo che fra la tutela preventiva e la tutela cautelare vi sia un rapporto tra genere e specie, nel senso che mentre ogni forma di tutela cautelare risponde a una funzione preventiva, non è valido l'inverso, poiché vi sono forme di tutela preventiva svolte nei modi del processo ordinario che non hanno funzione e struttura cautelare, vedi CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 15 e ss.

<sup>67</sup> Si è evidenziato come la funzione conservativa della cautela possa essere perseguita utilizzando lo strumento della c.d. inibitoria provvisoria disposta ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., cioè mediante una pronuncia cautelare atipica che si concreti in un ordine di fare o di non fare alcunché, che rappresenterebbe una forma di tutela idonea ad operare non soltanto in senso anticipatorio, ma anche conservativo rispetto a provvedimenti finali di merito meramente dichiarativi o costitutivi o di condanna. Cfr. RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, p. 146 e ss.; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 196 e ss., il quale sottolinea come tali finalità conservative si realizzino sovente "con la concessione di misure che anticipano, mediante l'ordine di astenersi dal compimento di atti pregiudizievoli, gli effetti di una futura sentenza di condanna ad un'inibitoria finale".

Si è detto che proprio nella valorizzazione del requisito dell'imminenza di cui all'art. 700 cod. proc. civ. troverebbe fondamento nel nostro ordinamento un generale principio inibitorio<sup>68</sup>. In senso contrario si è obiettato che le profonde differenze tra l'inibitoria cautelare e quella finale, sotto il profilo delle diversità strutturali e funzionali, escludono la possibilità di individuare nell'art. 700 cod. proc. civ. il fondamento normativo di una azione inibitoria atipica, esperibile in via ordinaria<sup>69</sup>.

I tentativi di generalizzazione della tutela inibitoria al di là dei casi tipici previsti dal legislatore si spiega nel bisogno di protezione effettiva per diritti insuscettibili di adeguata riparazione economica successiva. Oltre a non potersi rinvenire, per le ragioni suddette, il fondamento di una tutela inibitoria finale atipica nell'art. 700 cod. proc. civ., l'ostacolo insito nel generale principio di tassatività degli effetti costitutivi delle sentenze<sup>70</sup>, argomentabile dall'art. 2908 cod. civ., se può sembrare attenuato nei confronti di preesistenti obblighi di non fare nei rapporti contrattuali, negli altri casi si pone come insormontabile limite alle obbligazioni negative di fonte giudiziale, in particolare per la inibitoria esclusivamente preventiva<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 457, il quale afferma che se la tutela inibitoria nella sua forma temporanea è prevista in termini generali dall'art. 700 cod. proc. civ., a maggior ragione lo dovrebbe essere nella sua forma finale, in quanto la prima è in funzione della seconda.

<sup>69</sup> RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 120 e ss.; LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, pp. 315-316, 326-329; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 143 ss. il quale esclude ogni fondamento positivo di una tutela inibitoria in mera prevenzione di illeciti futuri.

<sup>70</sup> LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, cit., p. 320-323; ritiene che la tutela inibitoria sia ricompresa nella condanna PROTO PISANI, *Appunti sull'esecuzione forzata*, in *Foro it.*, 1994, p. 348-349.

<sup>71</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 19-20, in considerazione dell'inesistenza di un generale potere del giudice di regolare i conflitti di interessi e della tutela della libertà dell'individuo; SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto*

## 6. L'insussistenza del *periculum in re ipsa*.

La valutazione del presupposto del *periculum in mora* ha assunto per lungo tempo in giurisprudenza un carattere di tipicità. Se, infatti, ad una valutazione d'insieme della giurisprudenza in materia è dato riscontrare che la tutela d'urgenza ricomprende potenzialmente ogni e qualsivoglia vertenza ed accede “ad ogni vicenda della vita di relazione dotata di un minimo grado di rilevanza”<sup>72</sup>, la valutazione del *periculum* si è esaurita nella constatazione dell'irreparabilità connessa al tipo di diritto e non si è estrinsecata in un apprezzamento delle circostanze del caso concreto “le quali asseverano l'irreparabilità di uno specifico pregiudizio”<sup>73</sup>.

Lo sforzo della dottrina e della giurisprudenza, come è stato autorevolmente evidenziato, si è concentrato sul significato e sulla sfera applicativa dell'art. 700 cod. proc. civ., che nella concreta attuazione rappresenta soltanto un momento preliminare, in quanto, se la tutelabilità, ad esempio, dei diritti del lavoratore con provvedimento d'urgenza costituisce una scelta necessaria, il passo ulteriore è ugualmente indispensabile: la verifica nel caso concreto delle ragioni d'urgenza<sup>74</sup>.

---

vigente), in *Noviss. dig. it.*, Vol. VIII, Torino, 1962, p. 169; DI MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, pp. 376-377; BARCELLONA M., *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 615 ss.

<sup>72</sup> CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 127, con specifico riferimento ai provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro.

<sup>73</sup> CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 127.

<sup>74</sup> CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 128, il quale mette in evidenza l'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza di generale dissenso dalla posizione del Satta. “Ma il dibattito mostra sì divergenza di risultati da Satta, ma insieme un tenace attaccamento al pensiero di questi, seppur nell'intento di confutarlo. Infatti, come l'insigne Autore mobilita argomenti per dimostrare l'inapplicabilità dell'art.

Se, infatti, il provvedimento d'urgenza ha funzionato "egregiamente" come generale valvola di sicurezza dell'ordinamento, permettendo la protezione efficace di beni essenziali<sup>75</sup>, ciò non toglie che la tutela cautelare sia giustificabile solo da un *periculum* concretamente comprovato, che non può essere desunto in base alla astratta potenzialità lesiva di determinati atti. Non può certamente farsi discendere il *periculum in mora* pressoché automaticamente dalla sussistenza del *fumus*.

Invero il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris* rappresentano due condizioni per la concessione della misura cautelare, la cui sussistenza deve essere oggetto di un'autonoma e distinta valutazione da parte del giudice<sup>76</sup>. L'autonomia dei due presupposti è stata oggetto recentemente di valutazione critica, tesa a dimostrare l'interdipendenza che esisterebbe tra *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, nel senso che "la valutazione sulla esistenza del *fumus* è, rispetto alla valutazione che ha ad oggetto la fondatezza del timore, logicamente anteriore, è al servizio di quest'ultima e solo sotto questo profilo acquista quel rilievo ed interesse che, in sé e per sé, non potrebbero esserle riconosciuti"<sup>77</sup>.

Una prognosi favorevole circa la fondatezza della domanda di merito, quindi, non può mai di per sé comportare l'ineludibile corollario dell'irreparabilità del pregiudizio subito dal diritto del quale si chiede tutela, la cui valutazione deve fondarsi su un'indagine che abbia come oggetto il

---

700 ... così giurisprudenza e dottrina contrapposte contestano tali argomentazioni al fine di comprovare l'applicabilità della norma- Il riscontro fattuale delle circostanze dimostrative dell'urgenza è stato per lungo tempo generalmente estraneo alla sensibilità applicativa. La natura dell'istituto richiederebbe, al contrario, un apprezzamento puntuale, preciso e contingente del *periculum in mora*, che dovrebbe costituire il principale oggetto della valutazione giudiziale) (p. 135).

<sup>75</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 16.

<sup>76</sup> ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 166.

<sup>77</sup> CONSOLO, *Periculum in mora e fumus boni iuris*, in *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1998, p. 34 e ss.

contenuto e la funzione alla quale assolve, in concreto, la situazione soggettiva oggetto della domanda cautelare.

Altrimenti si corre il rischio di una progressiva attenuazione della verifica del *periculum in mora* e della corrispondente espansione dell'esame sul tutelando diritto, con la conseguenza che il *fumus boni iuris* diventa "il momento centrale della motivazione, ovvero il criterio che presiede alla concessione od al diniego dell'anticipazione", ponendosi in contrasto con la struttura e la funzione della tutela cautelare atipica. Inoltre, sul piano sistematico ha l'effetto di determinare la progressiva assimilazione della tutela d'urgenza alla pronuncia di merito, risolvendosi in una decisione di merito anticipata<sup>78</sup>.

Pur non condividendosi questa astrazione generalizzata dell'esistenza del *periculum in mora* implicita nella tutela giurisdizionale di determinati diritti soggettivi, tale da determinare la costruzione di una forma di tutela sommaria a favore di un determinato catalogo di diritti elaborato dalla giurisprudenza, si è ammesso in dottrina che per certi diritti l'esistenza del *periculum in mora* possa essere stabilita con più facilità in base alle regole dell'esperienza<sup>79</sup>, fermo restando che mai potrà affermarsi la

---

<sup>78</sup> CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 129, il quale sottolinea che l'anticipazione non è soltanto né soprattutto un'anticipata produzione giudiziale degli effetti della sentenza di merito, ma tende ad essere molto di più: la pronuncia di un provvedimento che "riproduce il contenuto della futura decisione di merito" e ciò non può essere ritenuto opportuno per temperare il rischio di applicazioni avventate, in quanto "il correttivo muta la natura dell'istituto, gli sottrae la nota caratteristica della cautelarietà e lo proietta nella sfera magmatica dei procedimenti sommari di cognizione. Per analoghe riflessioni cfr. VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza*, cit., p. 408 ss..

<sup>79</sup> Su tale ultimo aspetto cfr. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 139, e sotto questo profilo ritiene possa dirsi che "il ritardato soddisfacimento comporta *in re ipsa* un pregiudizio irreparabile" Per i diritti ascrivibili alla categoria dei diritti a contenuto e a funzione non patrimoniale parte della dottrina afferma che la violazione degli stessi determini un pregiudizio, la cui irreparabilità è da considerarsi *in re ipsa*, cfr. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., p. 353 e ss., in cui



superfluità della valutazione del pericolo nel ritardo in base al rilievo assorbente della configurazione astratta del diritto e della qualità dei soggetti che ne sono titolari<sup>80</sup>.

In conclusione, è proprio l'esigenza di evitare lo snaturamento della funzione cautelare della tutela d'urgenza, mediante la trasformazione di una tutela generale ed eccezionale in una sorta di *ius singolare* per determinati tipi di diritti, a condurre la prevalente dottrina ad un rifiuto dell'idea del "*periculum in re ipsa*"<sup>81</sup>.

---

sarebbero compresi i diritti della personalità, le libertà costituzionalmente protette e quelle situazioni di vantaggio che si è soliti raccogliere sotto il termine generico di diritto alla salute.

<sup>80</sup> TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 139, poiché, in caso contrario, "l'interprete effettua un'astrazione fondata su un giudizio di valore che compete esclusivamente al legislatore.

<sup>81</sup> Cfr., per quel che concerne il rapporto di lavoro, oltre agli autori già citati, MAZZAMUTO, *Provvedimenti d'urgenza e reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1973, p. 597; RIZZO, *Provvedimenti di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. e controversie individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, p. 534; MANCINI, *Commento all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Bologna, 1972, p. 284; TREU, *Attività sindacale e interessi collettivi*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 581; MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, p. 265 e ss.; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 151 e ss.



## CAPITOLO II

### L'INCOERCIBILITA' DEGLI OBBLIGHI DI FARE E DI NON FARE INFUNGIBILI

#### **7. Il problema dell'effettività della tutela giurisdizionale attuata in sede cautelare.**

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, quale valore costituzionalmente rilevante trova fondamento nell'art. 24, primo comma, Cost.<sup>82</sup>, che oltre a consentire al titolare del diritto sostanziale la possibilità di agire in giudizio, garantisce che alle singole situazioni sostanziali corrispondano forme di tutela adeguate e cioè tali da assicurare soddisfazione di quei precisi interessi protetti dalla legge<sup>83</sup>. Il compito del processo dovrebbe essere quello “di dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire”<sup>84</sup>.

Le ragioni ostative alla piena realizzazione di questo programma sono di due tipi: una di carattere naturale e, come tale, insuperabile in ogni ordinamento; l'altra di carattere normativo e dipendente, pertanto, dalle scelte del legislatore positivo. Se la lesione del bene si è già

---

<sup>82</sup> GIORGIANNI, *Considerazioni generali*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 5-6. Da ultimo, in giurisprudenza, applica impropriamente questo principio, Cass. S.U. penali, 27 settembre-5 ottobre 2007, *FI*, 2007, 12.

<sup>83</sup> DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 13; TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 640 ss.

<sup>84</sup> CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965.

irrimediabilmente verificata e la situazione precedente non può essere in alcun modo ripristinata, il titolare del diritto avrà una soddisfazione sostitutiva consistente in un equivalente monetario del danno sofferto.

Nelle situazioni invece in cui, pur essendo ancora possibile la soddisfazione del preciso interesse protetto dalla legge sostanziale, l'ordinamento processuale non predispone i mezzi a tal fine necessari, si verifica, secondo alcuni, il fenomeno della divaricazione tra diritto sostanziale e diritto processuale<sup>85</sup>.

Si è condivisibilmente obiettato che la definizione tuttavia trascura proprio "quell'indissolubile intreccio tra norme sostanziali e norme processuali da cui risulta la complessiva ed unitaria risposta dell'ordinamento all'esigenza di tutela di un determinato interesse"<sup>86</sup>, sicché sono i confini della tutela processuale a dare la misura della reale soluzione del conflitto tra interessi contrapposti, proprio in quanto il limite di rilevanza di un interesse è segnato dai rimedi concretamente predisposti contro la sua lesione<sup>87</sup>.

Occorre innanzitutto prendere atto che la nostra Costituzione, sia in generale, sia in particolare per gli stessi interessi di rilievo costituzionale, non impone rigidamente la tutela specifica, che è lasciata alla discrezionalità del legislatore ordinario<sup>88</sup>, sicché non sono giustificabili forzature interpretative del diritto positivo per la ricerca a tutti i costi di una tutela specifica anche laddove non è prevista dal legislatore<sup>89</sup>.

Il problema dell'effettività della tutela giurisdizionale attuata in sede cautelare urgente dipende dalla possibilità che la misura richiesta al giudice

---

<sup>85</sup> SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1969, p. 23-24; SALVI, *Risarcimento del danno*, in *Enc. del dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 1085.

<sup>86</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 2-3.

<sup>87</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 3.

<sup>88</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 3.

<sup>89</sup> Cfr. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 63, 94-101.

della cautela soddisfi il bisogno di tutela giuridica del ricorrente<sup>90</sup>. Il provvedimento cautelare anticipatorio può avere un contenuto vario, a seconda del tipo di sentenza di cognizione della quale si intendono anticipare gli effetti.

Ciò significa che non sempre la pronuncia della misura cautelare ha caratteristiche tali da richiedere necessariamente una fase di attuazione, intendendosi per tale quell'attività volta ad adeguare la realtà materiale al *dictum* giudiziale<sup>91</sup>. Invero, per le misure cautelari pronunciate riguardo ad un'azione di mero accertamento, il contenuto esclusivamente dichiarativo del provvedimento è pienamente idoneo a soddisfare, sia pure in via provvisoria, il bisogno di tutela cautelare dedotto in giudizio<sup>92</sup>. Ugualmente può dirsi con riferimento ai provvedimenti cautelari anticipatori pronunciati in materia di azioni costitutive, finalizzati ad ottenere l'autorizzazione giudiziale ad esercitare le facoltà proprie del costituendo diritto, che non richiedono una attività di adeguamento della realtà materiale, potendo quest'ultima concernere unicamente gli obblighi consequenziali a consentire l'esercizio di tali facoltà<sup>93</sup>.

Il problema dell'attuazione delle misure cautelari a contenuto anticipatorio si pone quindi in relazione a quei provvedimenti che sono strumentali a una decisione di condanna<sup>94</sup>.

La legge n. 80/2005 ha aggiunto all'art. 669-*octies* tre nuovi commi, i quali, attenuando il requisito della strumentalità, prevedono che i provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e gli altri “provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di

---

<sup>90</sup> Cfr. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 357.

<sup>91</sup> VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, p. 28.

<sup>92</sup> Sull'indipendenza della sentenza puramente dichiarativa dall'esecuzione forzata, cfr. per tutti CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, p. 62 e ss.; MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955, p. 633.

<sup>93</sup> RASCIO, *Appunti in tema di tutele costitutive*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 545 e ss.

<sup>94</sup> TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 357.

merito” restano efficaci (ma di un’efficacia esecutiva che non implica il giudicato) anche in mancanza di proposizione del giudizio di merito (che comunque può essere proposto) salva la loro revocabilità o modificabilità in caso di mutamento di circostanze.

Le misure cautelari anticipatorie continuano, tuttavia, a distinguersi dai provvedimenti sommari semplificati esecutivi, in quanto presuppongono il *periculum in mora* e rimangono potenzialmente al servizio del provvedimento definitivo<sup>95</sup>.

Ai sensi dell’art. 669 *duodecies* cod. proc. civ., i provvedimenti cautelari che hanno per oggetto il pagamento di una somma di denaro devono essere eseguiti nelle forme degli artt. 491 e ss. cod. proc. civ.. La novella del 1990 ha quindi recepito quegli orientamenti dottrinali che avevano rilevato l’impossibilità sistematica di concepire forme soddisfattive di crediti pecuniari che si svolgessero secondo modalità diverse da quelle previste nel libro terzo del codice di procedura civile<sup>96</sup>. L’attuazione delle misure anticipatorie a carattere pecuniario avviene quindi, per espressa volontà di legge, nelle forme degli art. 491 e ss. cod. proc. civ.

L’attuazione dei provvedimenti cautelari che hanno ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare e non fare avviene “sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione” e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, pronuncia i provvedimenti opportuni previa audizione delle parti (art. 669 *duodecies* cod. proc. civ.). Anche in questo caso, per quanto concerne il *modus procedendi* da seguirsi nella fase volta ad adeguare la realtà materiale

---

<sup>95</sup> Cfr. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, V, 2006, p. 70.

<sup>96</sup> Cfr. per tutti TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 335. La *ratio* principale della scelta del legislatore viene individuata nella necessità che l’esecuzione dei provvedimenti avvenga nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*. Cfr. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, p. 246-265; LUISO, in Consolo, Luiso, Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 680.

all'ordine di cautela non pecuniario, il legislatore ha accolto le indicazioni provenienti dalla dottrina e da una parte della giurisprudenza<sup>97</sup>.

Dai suddetti principi generali e dal quadro normativo si ricava, dunque, l'ulteriore principio, altrettanto generale, secondo cui, i provvedimenti d'urgenza non costituiscono strumento di "aggressione" del principio *nemo ad faciendum praecise cogi potest*, in quanto, anche per essi, valgono i limiti sostanziali di cui agli artt. 2930 e ss. c.c.<sup>98</sup>.

Al riguardo occorre premettere che le tecniche attuative delle diverse forme di tutela nel nostro ordinamento si atteggiavano nel modo di seguito delineato.

La tecnica dell'espropriazione forzata dei beni del debitore prevista dall'art. 2910 cod. civ. consente, nei limiti della solvibilità del debitore, sia la tutela specifica soddisfattoria dei crediti pecuniari, per i quali assicura proprio il conseguimento dell'oggetto dell'obbligazione, sia la tutela sostitutiva per equivalente ogni qualvolta la lesione dell'interesse protetto dia origine ad una obbligazione risarcitoria non spontaneamente adempiuta.

Gli obblighi di fare e di non fare si distinguono, ai fini della tutela specifica, in fungibili ed infungibili: quelli fungibili consentono una surroga forzata della prestazione. La disciplina generale in materia di tutela specifica è dettata dagli artt. 2931 e 2933 cod. civ., con rinvio agli artt. 612 e ss. cod. proc. civ., i quali stabiliscono che l'avente diritto, in caso di inadempimento di un obbligo di fare o di non fare, può ottenere, a spese dell'obbligato, la distruzione o l'esecuzione coattiva di ciò che è stato fatto o non fatto in violazione dell'obbligo.

L'art. 2931 cod. civ. riunifica in sé, nell'unica tecnica esecutiva, più forme di tutela: soddisfattoria, restitutoria o risarcitoria<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Cfr. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 266.

<sup>98</sup> ARIETA, *Le tutele sommarie, Il rito cautelare uniforme, I procedimenti possessori*, in MONTESANO, ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2005.

<sup>99</sup> MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1998, p. 119.

La tecnica dell'esecuzione forzata degli obblighi di non fare, prevista dall'art. 2933 cod. civ. e disciplinata anch'essa negli artt. 612 e ss. cod. proc. civ., attua una tutela ripristinatoria, sia per diritti reali che per diritti di credito inerenti a cose, ma limitatamente alla "distruzione" di opere materiali o, comunque, con riferimento ad attività fungibili, anche qui da eseguirsi, a spese dell'obbligato, da persone indicate dal giudice<sup>100</sup>.

In caso di inadempimento dell'obbligo di consegnare una cosa determinata mobile o immobile, l'avente diritto può ottenere, ai sensi dell'art. 2930 cod. civ. la consegna o il rilascio *manu militari* nelle forme previste dagli artt. 605 e ss. cod. proc. civ.

Pertanto, rimangono prive di tutela specifica tutte le prestazioni di fare e di non fare infungibili per le quali è utilizzabile solo la tutela risarcitoria, secondo l'indicazione sistematica ricavabile dalla disposizione del secondo comma dell'art. 2933 cod. civ. che, nel negare la tutela specifica anche a determinati obblighi di non fare fungibili, stabilisce come automatica alternativa che "l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento del danno"<sup>101</sup>.

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 669 *duodecies* cod. proc. civ. in dottrina si sono andati delineando due diversi orientamenti in

---

<sup>100</sup> Gli obblighi di non fare in senso stretto ricevono dal combinato disposto degli artt. 2933 e 1222 cod. civ. una tipica tutela restitutoria, in quanto ogni fatto compiuto in violazione dell'obbligo di non fare costituisce di per sé inadempimento (art. 1222 cod. civ.). Rientrano tra gli obblighi di non fare in senso stretto soltanto quegli obblighi posti dalla legge in capo a terzi particolarmente qualificati ed a tutela dell'altrui diritto assoluto ovvero scaturenti da rapporti personali di fonte negoziale. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 130, non ricomprendendo il dovere generico di astensione che dà ingresso alla responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 cod. civ.*. Il *facere* reintegratorio, cui è tenuto il danneggiante a titolo di risarcimento in forma specifica, sarà eseguibile *ex art. 2931* e nelle forme dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare. Vedi altresì BORRE', *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, p. 123; BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1960, p. 384.

<sup>101</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 7.



relazione alle forme di attuazione dei provvedimenti cautelari con i quali si imponga un *facere*, un non *facere*, oppure la consegna o il rilascio di un bene, che ripropongono le divergenze risalenti al dibattito sviluppatosi in epoca anteriore alla riforma del 1990.

Da un lato si è valorizzata la portata deformalizzatrice della norma, riconoscendosi al giudice la facoltà di prescindere dai procedimenti di cui agli artt. 605 ss. 612 ss. cod. proc. civ. ed attribuendo quindi al giudice sotto il cui controllo si svolge la fase di attuazione della misura cautelare il potere di individuare liberamente le forme da seguirsi, con l'unico vincolo della idoneità delle stesse al raggiungimento dello scopo<sup>102</sup>.

L'orientamento opposto ridimensiona invece la portata innovativa della disposizione in esame, affermandosi che il giudice dell'attuazione dovrà necessariamente attingere le forme mediante le quali eseguire la misura cautelare dalle norme che disciplinano l'esecuzione forzata in forma specifica, non essendovi alternative concretamente praticabili diverse dai procedimenti tipici previsti dal libro terzo del codice di procedura civile<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> E ciò ai sensi degli artt. 121 e 131 cod. proc. civ. e dunque al principio generale di libertà delle forme, cfr. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 366; SALETTI, *Le riforme del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 454; FRUS, *Commento all'art. 669 duodecies c.p.c.*, in *Le riforme del processo civile* (a cura di Chiarloni), Bologna, 1992, p. 770; VERDE, in VERDE - DI NANNI, *Codice di procedura civile*, Torino, 1993, p. 505, il quale ritiene che, anche se il procedimento è "deformalizzato", il giudice si ispirerà agli artt. 612 e ss. cod. proc. civ..

<sup>103</sup> ATTARDI, *Le nuove disposizioni del processo civile*, cit., p. 266, il quale pone in rilievo la sostanziale identità di procedimento che sussisterebbe tra l'attuazione della cautela e l'esecuzione forzata in forma specifica; LUISO, in Consolo, Luiso, Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., p. 684 e ss.; OLIVIERI, *Lineamenti del nuovo procedimento cautelare uniforme*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1999, p. 41; CECHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, p. 175 e ss., il quale afferma che la "specialità" della seconda parte dell'art. 669 *duodecies* cod. proc. civ. "è tutta nella regola sulla competenza e si ferma ad essa".

Se, quindi, è possibile affermare che la riforma del 1990 non ha innovato la disciplina dei provvedimenti cautelari che hanno ad oggetto obblighi non suscettibili di esecuzione forzata<sup>104</sup>, rimane da verificare se ed in quali situazioni l'azionabilità della tutela cautelare determini, per svariate ragioni, una tendenziale vanificazione della garanzia dell'interesse protetto, dovendosi necessariamente individuare e rispettare gli oggettivi limiti della tutela positivamente riconosciuta.

## **8. La questione dell'incoercibilità degli obblighi di fare e di non fare infungibili.**

E' interessante notare che, nella teoria dell'obbligazione, già nel tardo ottocento studiosi d'oltralpe individuarono nell'obbligazione di diritto germanico gli elementi del debito (Schuld) e della responsabilità (Haftung), mettendone in discussione l'unità del concetto. L'accento della dottrina si spostò dal soggetto alla garanzia dei beni e l'obbligazione venne definita "vincolo fra due patrimoni meglio che fra due volontà". Se il centro di gravità non era più nella volontà del debitore, ma nel soddisfacimento patrimoniale, raggiungibile mediante la coercizione di organi pubblici, ecco che acquistavano importanza il processo, i modi di promuoverlo e le forme del suo svolgersi<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Cfr. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, in *Studium iuris*, 1997, p. 1284; VERDE, *Il procedimento cautelare*, cit., p. 357; TREGLIA, *L'attuazione dei provvedimenti*, in *Il nuovo processo cautelare* (a cura di Tariza), Padova, 1993, p. 413; FRASCA, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1999, p. 285; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 366; VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 150 e ss.

<sup>105</sup> Il dibattito è riportato da IRTI, *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2007, p. 2 e ss.

Sull'interrogativo di che cosa rimanesse dell'obbligo, del dovere di un soggetto, se esso era incoercibile e disgiunto dalla responsabilità, Carnelutti<sup>106</sup> scriveva che "... debito e responsabilità non sono elementi di uno stesso rapporto ... sibbene due distinti rapporti, il primo dei quali ha carattere materiale e il secondo processuale; la responsabilità non è un obbligo, ma una soggezione, e il rapporto corre non tra il debitore e il creditore, ma tra il debitore e il giudice". Il creditore non ha diritto ad una azione del debitore, che è soltanto obbligato a tollerare l'azione del creditore sui suoi beni. La prestazione quindi consiste nel tollerare l'azione altrui, nel lasciare che altri agisca<sup>107</sup>. Nel pensiero carneluttiano, l'interesse del creditore si attua da solo, si soddisfa senza cooperazione del debitore che non sia il suo non re-agire e non opporsi.

Il dualismo, derivante dalla distinzione tra debito e responsabilità, indebolisce la centralità dell'obbligo e devia l'indagine sulla risposta all'inadempimento, sicché la teoria generale dell'obbligazione non gravita più sul dovere, sull'agire di un soggetto in vantaggio altrui, ma sull'inadempimento.

Anche nella teoria del Betti<sup>108</sup> il punto di partenza è la crisi del rapporto obbligatorio: dinanzi al dovere giuridico sta l'attesa di un agire libero e incoercibile. Il creditore aspetta l'adempimento; egli non ha modo giuridico di forzare la volontà del debitore. Se la necessità giuridica, derivante dalla norma a carico dell'obbligato, non viene avvertita e obbedita, rimane soltanto la fase di responsabilità, anche se propriamente la fase di responsabilità nasce in una con il debito, e a questo si accompagna

---

<sup>106</sup> CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, 1927, ora ristampata da Giuffrè, 2007.

<sup>107</sup> e dunque nel lasciar prendere la cosa, sfruttare le energie del corpo. Per proteggere l'unità logica del rapporto obbligatorio Carnelutti sposta l'azione dal debitore al creditore e riduce il dovere a semplice *pati*, a un tollerare che non impedisca l'azione altrui.

<sup>108</sup> BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, 1920, ora ristampato per i tipi di Giuffrè, 2007.

fin dall'origine. Già dal momento stesso in cui si assume la posizione di debitori si risponde: ed è proprio questo originario e intrinseco congiungersi che dà ragione dei rimedi cautelari esperibili dal creditore.

La responsabilità, per il Betti, è già lì inseparabile dal debito, sicché non è qualcosa di ulteriore e additivo che venga dopo e abbia causa nell'inadempimento. Egli quindi riconosce l'unità dell'obbligazione, che abbraccia il rapporto di debito e il rapporto di responsabilità. L'aspettativa acquista quindi carattere prettamente giuridico: non stato interiore di fiducia e di attesa, ma piuttosto titolo ad avere qualcosa o a soddisfarsi sui beni di qualcuno. Questa aspettativa è accompagnata e garantita dall'aspettativa di soddisfazione sul patrimonio del debitore, ossia dalla responsabilità, consistente nel procacciare al creditore il surrogato economico di quel bene.

Mentre Betti costruisce l'obbligazione come sintesi di debito e responsabilità e per tale ragione mette il processo al servizio del diritto sostanziale, Carnelutti, muovendo dalla considerazione che il centro di gravità del fenomeno si è spostato, non solo o non tanto dalla persona del debitore al suo patrimonio, quanto dal privato allo Stato, il quale ha assunto il monopolio della forza coercitiva, sdoppia il rapporto attribuendo il debito al diritto sostanziale e la responsabilità al diritto processuale. La sanzione o il diritto alla sanzione è per Betti elemento del diritto soggettivo sostanziale, invece per Carnelutti quel diritto è concepibile soltanto nel processo, al quale interamente appartiene<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> Poiché sopraggiunto l'inadempimento al creditore spetta non un diritto verso il debitore, bensì "verso quella persona a cui lo Stato conferisce l'ufficio e impone l'obbligo di far l'esecuzione contro i debitori". Già il Brunetti, citato da Irti, *op. cit.*, p. 4, negli anni 1913-1916 scriveva che il creditore non ha diritto che il debitore agisca; non ha, e non può avere, diritto ad un agire incoercibile. Correlativamente il debitore non ha il dovere di agire: il suo non è un dovere assoluto, ma un dovere finale, un dovere che egli adempie se vuole evitare le conseguenze dell'inadempimento. Pacchioni, citato da Irti, *op. cit.*, p. 5, alcuni anni dopo (1927) affermava che "... debito e credito non vanno considerati come termini correlativi, ... il credito ha ... per soggetto attivo il creditore e per oggetto il patrimonio del debitore, ed è privo di un vero e proprio soggetto passivo, giacché la procedura esecutiva se ha luogo in

Rimane controverso, ancora oggi, il problema dei limiti della tutela assicurativa di diritti correlativi ad obblighi di fare e di non fare infungibili.

Come si è visto nel paragrafo precedente, gli obblighi infungibili di fare e di non fare non dispongono di alcuna generale tecnica di tutela specifica. Pertanto il debitore inadempiente non viene costretto, né direttamente, né indirettamente, ad eseguire la prestazione dovuta o a cessare la condotta vietata rimuovendone gli effetti. Al creditore non resta che la tutela risarcitoria per equivalente per la riparazione dell'eventuale danno derivante dall'inadempimento.

L'ordinamento appare così contraddittorio, poiché da un lato privilegia l'adempimento in natura<sup>110</sup> e dall'altro non appresta alcuna misura coercitiva generale per realizzare in concreto questo risultato<sup>111</sup>.

---

confronto all'esecutato non ha tuttavia per oggetto diretto che i suoi beni". Il dualismo debito-responsabilità entra all'interno del rapporto obbligatorio. L'obbligazione si frange quindi in due rapporti. Resta del diritto del creditore "una legittima aspettativa ... che può essere definita uno stato di fiducia giuridica ... di ricevere una data prestazione, per il solo fatto di essere tale prestazione giuridicamente dovuta". Egli colloca dovere e diritto di credito in distinti rapporti, depotenziando il credito a "legittima aspettativa". Cfr. altresì BARBERO, *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953, p. 159 "... Bisogna pur riconoscere che la sostanza del rapporto obbligatorio si concentra nel 'debito' e che non tanto si può 'esercitare il credito' (come invece si può esercitare il 'diritto') quando si è costretti ad 'aspettare che venga pagato il debito'.

<sup>110</sup> Si parla di primato dell'inadempimento in natura nel senso che nel nostro ordinamento l'inadempimento non trasforma automaticamente l'obbligazione originaria in obbligazione risarcitoria, poiché, fin quando è possibile (artt. 1218 e 1256 cod. civ.), rimane dovuto l'adempimento in natura, salvo il risarcimento per il ritardo e la scelta tra azione di adempimento ed azione di risoluzione eccezionalmente prevista nei contratti a prestazioni corrispettive a fronte di un inadempimento qualificato (artt. 1453 e 1455 cod. civ.). Cfr. DI MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, cit., p. 375, FERRONI, *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 236; TOMMASEO, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 567; MENGONI,

Per questo motivo il profilo delle tecniche attuative dei provvedimenti giudiziali, non solo cautelari, che contengono la condanna all'adempimento di un'obbligazione o di un obbligo infungibile, è tema assai dibattuto, in cui le soluzioni proposte sono ispirate anche a diverse concezioni del processo, se non di politica del diritto, "nella perenne oscillazione delle forme giuridiche tra i poli della libertà e della autorità"<sup>112</sup>. L'interesse degli studiosi su tale argomento si è riaperto soprattutto dall'emergere di un problema nuovo: quello dell'attuazione dell'ordine di reintegra nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18 Stat. lav. conseguente alla declaratoria di invalidità del licenziamento<sup>113</sup>.

Nella stessa definizione di infungibilità, quale limite implicito ma indefettibile dell'esecuzione forzata<sup>114</sup>, non vi è unanimità di opinioni.

Una prima accezione esprime il grado di insostituibilità materiale del comportamento dovuto ad opera di un terzo, nel senso che si tratterebbe di un limite *in rerum natura*, e l'infungibilità tradurrebbe l'impossibilità tecnica del ricorso all'esecuzione specifica<sup>115</sup>.

Si è obiettato che la formulazione, apparentemente ovvia, scambia l'essere con il dover essere, poiché non vi è impossibilità della surroga che

---

*Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 151-152; SANGIORGI, *Presentazione*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. XI e ss.

<sup>111</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 9-10, il quale precisa che "la contraddizione risulta più dalla prospettiva di politica del diritto adottata dall'interprete che non dal sistema positivo, in cui è semplicemente sancita la scelta di escludere per le obbligazioni di fare e di non fare infungibili ogni possibilità di adempimento coattivo".

<sup>112</sup> COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 601 e ss.; VERDE, *Attualità del principio nulla executio sine titulo*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 963 e ss..

<sup>113</sup> Sul tema della attuazione dell'ordine di reintegra nel posto di lavoro si rinvia per un'approfondita analisi al capitolo IV.

<sup>114</sup> MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 114.

<sup>115</sup> Cfr. per tutti MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, in *Encl. del dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 533.

non sia innanzitutto giuridica e che non si ricollegi all'autonomia del soggetto passivo. Invero, non possono darsi infungibilità materiali e non giuridiche, "a meno di non scambiare l'impossibilità della surroga con quella della prestazione o di non introdurre, nel giudizio di (in)fungibilità, un criterio di equivalenza economica o utilitaristica"<sup>116</sup>. In questo ultimo senso, perché possa darsi ingresso alla tutela specifica, il giudizio di infungibilità deve, secondo una parte della dottrina, approdare ad una piena sostituibilità dell'obbligato<sup>117</sup>.

Secondo un diverso orientamento, invece, si afferma l'eseguibilità di sottoprestazioni fungibili in funzione compulsoria verso sottoprestazioni infungibili, precisando che non si tratterebbe di una inammissibile esecuzione parziale, poiché sarebbe la stessa sentenza ad individuare gli obblighi fungibili limitando a questi l'esecutività<sup>118</sup>.

Si è obiettato che l'operazione di scomposizione della unitaria prestazione desta serie perplessità<sup>119</sup>, specie con riferimento alla richiamata funzione compulsoria dell'adempimento totale mediante la mera pressione psicologica<sup>120</sup> connessa al costo dell'esecuzione parziale, in tal modo

---

<sup>116</sup> Così MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 115.

<sup>117</sup> Cfr. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del Codice civile* (a cura di Scialoja, Branca), Libro sesto, Tutela dei diritti, Bologna, 1977, p. 182 e ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 325.

<sup>118</sup> MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978; MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 466-468; LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, cit., p. 352.

<sup>119</sup> FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Enc. del dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, p. 410-411; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 24.

<sup>120</sup> cfr. MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Gior. dir. lav. relaz. ind.*, 1987, p. 527-528, il quale si dichiara contrario all'esecuzione delle sottoprestazioni fungibili proprio perché costituiscono pressione solo psicologica e non giuridica, mentre gli artt. 2931 cod. civ. e 612 cod. proc. civ. investono solo la sfera patrimoniale dell'obbligato.

riducendosi l'esecuzione diretta ad una sorta di strumento per una esecuzione indiretta non prevista dall'ordinamento<sup>121</sup>.

Una ulteriore accezione, nel cui ambito si riscontrano opinioni contrastanti, indica l'idoneità della surroga forzata a soddisfare l'interesse dell'avente diritto o comunque il rapporto tra di essa e la sfera giuridica del creditore<sup>122</sup>. Si è sottolineato che l'infungibilità vista dal profilo dell'interesse creditorio è nozione destinata ad operare nelle obbligazioni in senso stretto, ove incontra il suo terreno ideale e "l'unico appiglio normativo manifesto" (art. 1180 cod. civ.). Ma la prospettiva muta quando la surroga forzata riveste carattere restitutorio e non satisfattorio, in quanto il ripristino dello *status quo ante* è comunque "sucedaneo ed altro rispetto all'originario comportamento dovuto", cioè segue ad un inadempimento già prodottosi ed è spesso inidoneo a raffigurarsi quale piena ed integrale attuazione del diritto vantato<sup>123</sup>. Si è quindi prospettata la soluzione di una

---

<sup>121</sup> FERRONI, *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*, cit., p. 239, 242-244.

<sup>122</sup> Secondo MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, cit., le prestazioni surrogabili devono essere infungibili per il creditore. Altri sostengono invece la necessità di un giudizio di equivalenza tra l'originaria prestazione e la surroga forzata per ragioni attinenti all'effettività della tutela, al principio di economia processuale, alla garanzia del soggetto passivo, il quale può sostenere il maggior onere dell'esecuzione specifica solo a patto di una piena idoneità della surroga a soddisfare l'interesse creditorio, cfr. BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, cit., p. 361.

<sup>123</sup> MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 117, il quale cita l'esempio degli obblighi di non fare che insistono sull'altrui possesso. Analogamente, secondo l'Autore per gli obblighi di fare che difettino della patrimonialità o che si ricolleghino alla protezione di interessi non del tutto monetizzabili: l'infungibilità intesa come inidoneità dell'esecuzione ad assicurare il pieno soddisfacimento dell'interesse creditorio "non è certo preclusiva della tutela specifica, la quale pur nelle sue imperfezioni o parzialità è però in grado di assolvere ad una finalità compulsoria o di prevenzione nei confronti dell'obbligato" (ad. es. l'obbligo dell'imprenditore di predisporre accorgimenti per la salvaguardia della salute in fabbrica).



ricognizione dell'interesse creditorio oggettivato nella disciplina del singolo rapporto e del suo bilanciamento con il contrapposto interesse debitorio<sup>124</sup>.

Nella definizione di infungibilità incide, quindi, oltre all'eventuale interesse creditorio alla esecuzione personale della prestazione (art. 1180 cod. civ.), la considerazione della posizione in sé del debitore, escludendosi la surrogazione, anche se materialmente possibile, in virtù del riconoscimento normativo di una sfera o di un potere esclusivo del debitore non intaccabile da terzi<sup>125</sup>. I diritti costituzionalmente protetti possono venire in considerazione infatti anche come criteri di infungibilità della prestazione dovuta e, quindi, di esclusione dell'attuazione esecutiva in forma specifica<sup>126</sup>, in quanto, ad esempio, inerenti a un diritto fondamentale di libertà costituzionalmente garantito, quale la libertà di organizzazione e di gestione dell'impresa<sup>127</sup>. La garanzia di esclusività dell'attività dell'imprenditore fa sì che questi non possa mai essere sostituito nel compimento di singoli atti<sup>128</sup>, tranne che in virtù di una norma espressa di legge<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 116; BORRE', *Esecuzione forzata*, cit., p. 126 e ss.; FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983, p. 172 e ss..

<sup>125</sup> MENGONI, *Intervento*, cit., p. 154-155; SANGIORGI, *Introduzione*, cit., p. XVII-XX, FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 410-411, GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 324-331, 375, VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 11.

<sup>126</sup> MENGONI, *Intervento*, cit., p. 154.

<sup>127</sup> MENGONI, *Intervento*, cit., p. 154.

<sup>128</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 11.

<sup>129</sup> MENGONI, *Intervento*, cit., p. 155, il quale cita l'esempio della sostituzione coattiva dell'imprenditore nella gestione dell'impresa nell'ipotesi di cui all'art. 2409 cod. civ., con esclusione dell'applicazione analogica. In prospettiva *de iure condendo* in sede di modifica della disciplina dell'esecuzione per obblighi di fare e di non fare e la valutazione della figura e delle funzioni del commissario *ad acta* cfr. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 169. Favorevole all'analogia PERLINGIERI, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 212.

Nel nostro sistema positivo la scelta di escludere per le obbligazioni di fare e di non fare infungibili ogni possibilità di adempimento coattivo si fonda sul rispetto della libertà e dell'autonomia dell'obbligato<sup>130</sup>. Si è osservato che il conseguente sacrificio dell'interesse del creditore, se si giustifica certamente quando si tratta di un interesse patrimoniale, che "opportunamente cede all'altrui libertà", fa emergere la tensione all'adempimento in natura nell'ipotesi in cui anche il creditore sia portatore di un interesse "esistenziale" che non possa essere adeguatamente soddisfatto con un equivalente monetario<sup>131</sup>.

L'esistenza di obbligazioni che, per loro natura, non si prestano ad essere attuate coattivamente con le forme dell'esecuzione forzata o in altri modi parimenti idonei di esecuzione indiretta, ha portato parte della dottrina a ravvisare nel nostro ordinamento un principio che impone la necessaria correlazione tra condanna ed eseguibilità forzata del provvedimento giudiziale, giungendosi ad affermare l'inammissibilità di una tutela di condanna, laddove non possa essere esperita una idonea tutela esecutiva<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit., p. 32.

<sup>131</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 10-11, il quale ritiene che la regola generale della assoluta incoercibilità degli obblighi infungibili debba essere sottoposta *de iure condendo* ad un vaglio critico "al fine di limitarla alle sole situazioni in cui, in base ad un accorto confronto di interessi, la libertà del debitore appaia effettivamente meritevole di maggior considerazione rispetto a quella del creditore, che, invece, negli altri casi va adeguatamente tutelata con misure compulsorie dell'adempimento". In questi casi l'esclusione dell'esecuzione forzata diretta potrebbe essere opportunamente bilanciata dalla introduzione di misure compulsorie patrimoniali, a sostegno di interessi meritevoli altrimenti sprovvisti di adeguate garanzie di effettività.

<sup>132</sup> MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1341 ss.; CALAMANDREI, *La condanna*, in *Opere Giuridiche*, V, Napoli, 1972, p. 493; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1931, p. 100 e ss.; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, p. 168 ss., il quale afferma che la deduzione in un processo di condanna di un diritto realizzabile coattivamente è da considerarsi presupposto di trattabilità e decisione della causa nel merito; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 168 ss.;

Altra parte della dottrina, all'opposto, ha confutato l'idea secondo la quale la condanna non potrebbe essere pronunciata per obblighi ineseguibili coattivamente. Si è sostenuto che escludere la tutela di condanna quando non vi siano strumenti di esecuzione forzata comporterebbe una lesione del principio di eguaglianza, così come collegato alla garanzia del diritto di azione di cui all'art. 24, primo comma, della Costituzione<sup>133</sup>. D'altro canto, si sono evidenziate una serie di norme generali che ammettono implicitamente, per il fatto di non escluderle, figure di condanna che non concernono obbligazioni eseguibili coattivamente<sup>134</sup>. Tra queste si possono ricordare: l'art. 1453 cod. civ. sulla risoluzione del contratto per inadempimento; l'art. 2818 cod. civ. che in funzione dell'iscrizione dell'ipoteca giudiziale sui beni del debitore definisce sentenza di condanna anche quella generica (“al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente”) e quella “all'adempimento” di qualsiasi “obbligazione”<sup>135</sup>; l'art. 2953 cod. civ. sugli effetti del giudicato sulle prescrizioni brevi; l'art. 1287 cod. civ. in tema di facoltà di scelta nelle obbligazioni alternative. Queste norme, per la loro formulazione generica,

---

MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 281 ss..

<sup>133</sup> E ciò in quanto di fronte a situazioni nelle quali “la violazione del diritto è riparabile adeguatamente solo mediante la tutela di condanna, questa venga riconosciuta in alcuni casi ed esclusa in altri”, cfr. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, cit., p. 647 ss.

<sup>134</sup> Cfr. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza e tutela dei diritti impicanti un facere infungibile*, cit., p. 1280 ss.

<sup>135</sup> DENTI, *Conclusioni*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (Mazzamuto, a cura di), Napoli, 1989, p. 1360; DI MAJO, *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1994, p. 7-8. Il dibattito si è soprattutto concentrato intorno a questa disposizione.

parrebbero comprendere nella nozione di condanna anche quelle sentenze che non siano suscettibili di esecuzione forzata<sup>136</sup>.

Da un altro punto di vista, sotto il profilo più che della stretta ammissibilità di quello dell'utilità che può derivare alla parte dalla pronuncia in suo favore di una sentenza che non si presti ad essere eseguita coattivamente, si è affermata la forza persuasiva, tutt'altro che trascurabile, della sentenza di condanna, nel senso dell'attitudine della stessa all'adempimento spontaneo<sup>137</sup>.

Un ulteriore profilo della rilevanza sostanziale autonoma del principio di adempimento in natura è stato ravvisato nel fatto che la responsabilità per danni sarà accertata e quantificata "con riferimento al momento in cui si constata l'ottemperanza all'ordine del giudice, non con riferimento al momento precedente dell'inadempienza originaria"<sup>138</sup>.

La rimeditazione sulla funzione anche preventiva della condanna<sup>139</sup>, superata l'endiadi condanna-esecuzione forzata nelle forme del libro terzo del codice di procedura civile<sup>140</sup>, e sulle modalità mediante le quali garantire l'attuazione di una condanna ad un *facere* infungibile ha trovato rinnovato interesse scientifico a seguito dell'emanazione degli artt. 18 e 28 dello Statuto dei lavoratori<sup>141</sup>, sebbene la distinzione tra esecuzione forzata diretta (o per surrogazione della attività del debitore) ed esecuzione forzata

---

<sup>136</sup> PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1952, p. 356 e ss., p. 149 e ss.; TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un *facere* infungibile*, cit., p. 1280 ss..

<sup>137</sup> TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un *facere* infungibile*, cit., p. 1282, in ragione della "forza persuasiva intrinseca nell'autorità stessa di ogni provvedimento giurisdizionale". Nello stesso senso, sulla "forte pressione psicologica sul debitore" della condanna inibitoria cfr. MENGONI, *Intervento*, cit., p. 153.

<sup>138</sup> MENGONI, *Intervento*, cit., p. 153.

<sup>139</sup> PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., p. 1138.

<sup>140</sup> CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 158.

<sup>141</sup> PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., p. 1138.

indiretta<sup>142</sup> (o per coazione della volontà del debitore) nell'adempimento coattivo fosse, nella dottrina processualista<sup>143</sup>, risalente nel tempo<sup>144</sup>.

Sono infatti ipotizzabili misure compulsorie per indurre all'ottemperanza il destinatario dell'ordine giudiziale nelle ipotesi in cui l'infungibilità dell'obbligo di fare e di non fare impedisce l'esecuzione diretta per surrogazione. Ciò non equivale a dire che detta tecnica debba estendersi a qualsiasi condanna, dovendosi necessariamente effettuare una selezione degli interessi meritevoli di questo tipo di protezione<sup>145</sup>. Questa tecnica di protezione, diretta ad assicurare effettività all'ordine giudiziale relativo alla lesione del diritto, attuale o minacciata in concreto, e che quindi colpisce la disobbedienza al provvedimento giurisdizionale, si differenzia da quella rivolta a dissuadere all'origine tale lesione, in cui la sanzione è posta direttamente a corredo della fattispecie sostanziale e scatta, quindi, per la violazione del precetto normativo<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> Si ha esecuzione indiretta “quando occorra assicurare l’attuazione coattiva di un provvedimento giurisdizionale, ma essa non sia possibile in forma specifica, ossia realizzando (eventualmente per surrogazione dell’obbligato da parte di un terzo) esattamente la prestazione ordinata dal giudice”; cfr. SILVESTRI-TARUFFO, *Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. Giur.*, XIII, Milano, p. 2, con la precisazione che non si deve escludere che “misure coercitive indirette possano sussistere anche quando siano applicabili forme di esecuzione diretta”.

<sup>143</sup> CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 235 ss.; BORRE', *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., p. 52 ss.; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutele dei diritti*, cit., p. 135 ss.

<sup>144</sup> GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 1077.

<sup>145</sup> DI MAJO, *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, p. 381; CHIARLONI, *Ars distinguendi e tecniche di esecuzione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 189-193; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 26.

<sup>146</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 25-26, il quale precisa che tali strumenti sono accomunati dal carattere afflittivo, con funzione “deterrente dell’illecito primario o rispettivamente della disubbidienza all’ordine giudiziale,

Nel nostro ordinamento si rinvencono pochi casi di misure coercitive indirette, tra i quali, come si è detto, la sanzione pecuniaria “per ogni giorno di ritardo” nella ottemperanza all’ordine di reintegra nel posto di lavoro del dirigente sindacale aziendale illegittimamente licenziato (art. 18, ultimo comma, dello Statuto dei lavoratori) e la misura coercitiva di natura penale prevista per l’inottemperanza agli ordini di repressione della condotta antisindacale (art. 28, quarto comma, dello Statuto dei lavoratori).

Si è tentato, non senza polemiche, talora anche aspre, di superare in via interpretativa i limiti dell’ordinamento, affermando l’esistenza di una coercizione indiretta penale generalizzata, individuata nell’art. 388, primo comma e 650 cod. pen.<sup>147</sup>.

L’art. 388 cod. pen. (mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice) disciplinerebbe, secondo tale orientamento, un sistema generale di misure coercitive, garantendo l’attuazione dei provvedimenti di condanna “anche (e soprattutto) ove essi siano relativi ad obblighi di non fare o di fare infungibili” e sarebbe quindi “idonea ad assicurare al diritti di azione in genere il valore di garanzia ‘atipica’ (e all’art. 700 cod. proc. civ. la funzione di norma di chiusura diretta a garantire l’effettività della tutela giurisdizionale)”<sup>148</sup>.

La critica, severa, di “indebita generalizzazione” nel tendere ad estendere automaticamente le indicazioni emergenti dal singolo problema “movente” dell’indagine all’intero campo sistematico cui il problema appartiene ne condivide il punto di partenza, ossia la “particolare tensione

---

e prescindono dal danno che costituisce, invece, il presupposto indispensabile della diversa azione risarcitoria”.

<sup>147</sup> E’ la tesi elaborata da PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1952, p. 121 ss.; anche in *L’attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 39 e ss.; *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, 1 e ss.

<sup>148</sup> PROTO PISANI, *L’attuazione dei provvedimenti di condanna*, cit., p. 51-52.

all'adempimento in natura di talune categorie di obbligazioni di fare e di non fare", ma rifiuta fermamente l'interpretazione data all'art. 388 cod. pen., rifiuto che "nasce da un'evoluzione storica che ha visto 'la storia dell'esecuzione farsi storia della civiltà umana' attraverso la progressiva sostituzione dell'esecuzione specifica per surrogazione all'esecuzione indiretta sulla persona, nel quadro della progressiva differenziazione tra sistema sanzionatorio civile e sistema sanzionatorio penale"<sup>149</sup>.

Si è sottolineato che la tesi offre il fianco all'obiezione di fondo che, proprio per la sua natura, la normativa penale non si presta a essere manipolata o reinterpretrata creativamente<sup>150</sup>.

Una limitazione è stata altresì rinvenuta nel requisito soggettivo della frode, ossia nel fatto che il comportamento del debitore si deve concretare in "atti simulati o fraudolenti sui propri o gli altrui beni" o "in altri fatti fraudolenti" diretti a sottrarsi all'esecuzione di una sentenza di condanna<sup>151</sup>, con esclusione, dunque, degli ordini insuscettibili di coazione specifica<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> CHIARLONI, *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 190.

<sup>150</sup> FIANDACA, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 1277. Nella stessa prospettiva si è detto una lettura siffatta sarebbe inopportuna quantomeno per "una irrinunciabile esigenza di garantismo, là dove è in gioco la libertà personale del destinatario della sanzione" e per il principio di stretta legalità, il quale non sembrerebbe "consentire all'interprete una lettura evolutiva di norme peraltro segnate dall'ideologia ispiratrice del codice penale", cfr. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 197.

<sup>151</sup> TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza e tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, cit., p. 1282; PALAZZO, *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 1249 e ss.

<sup>152</sup> CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., p. 189; MENGONI, *Intervento*, cit., p. 155; TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza e tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, cit., p. 1283, il quale vi aggiunge l'inottemperanza di sentenze attuabili con "forme legislativamente disciplinate di esecuzione indiretta"; PALAZZO, *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche*, cit., p. 1229 ss.; RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 212; FAZZALARI, *Tutela*

più bisognevoli oltretutto di misure coercitive indirette<sup>153</sup>. Inoltre, l'art. 388 cod. pen. "ha una funzione di tutela del processo esecutivo"<sup>154</sup> e quindi presuppone l'inottemperanza di sentenze attuabili con le forme dell'esecuzione forzata<sup>155</sup>, "restando estranei alla sua fattispecie gli obblighi non coercibili"<sup>156</sup>.

Anche per le "misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito" (art. 388, secondo comma, cod. pen.), per le quali è prevista una tutela autonoma, è sanzionata non la mera inosservanza dell'ordine, bensì l'elusione di un'esecuzione in sé ammissibile<sup>157</sup>.

---

*giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 411; TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti profili comparatistici*, cit., p. 63, 94-101; CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 158; MENGONI, *Intervento*, cit., p. 155; LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, cit., p. 355; FIANDACA, *Intervento*, cit., p. 1277; MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., p. 529; DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1987, p. 477-479.

<sup>153</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 31.

<sup>154</sup> MENGONI, *Intervento*, cit., p. 155.

<sup>155</sup> Cfr. gli autori citati nella nota 112.

<sup>156</sup> MENGONI, *Intervento*, cit., p. 155.

<sup>157</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 31; MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., p. 536-537; DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., p. 477-479; PALAZZO, *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche*, cit., p. 1253-1256, il quale osserva che accettare una lettura in chiave di mera inosservanza, includendovi inoltre i provvedimenti provvisori emessi in via d'urgenza, ne deriverebbe "un rischio di scompaginazione del sistema di tutela allestito dall'art. 388 cod. pen. Infatti, mentre i provvedimenti sommari e d'urgenza sarebbero tutelati tutti ed incondizionatamente, e cioè contro qualsiasi comportamento di inosservanza, i provvedimenti definitivi, e magari quegli stessi provvedimenti definitivi anticipati in via sommaria e d'urgenza, potrebbero benissimo rimanere privi di tutela penale tutte le volte in cui si trattasse di provvedimenti insuscettibili di esecuzione forzata", nei confronti della quale è predisposta la garanzia del primo comma dell'art. 388 cod. pen. L'Autore ammette tuttavia una dilatazione delle misure cautelari di cui al secondo comma, mediante il richiamo al requisito di irreparabilità del danno, e sostiene che "nella nozione penalistica di misure cautelari vanno ricompresi, oltre quelli a tutela della fruttuosità dell'esecuzione e



All'altro tentativo di dimostrare l'esistenza di una misura coercitiva penale atipica, ossia il richiamo all'art. 650 cod. pen., si è obiettato che tale norma non punisce la mancata ottemperanza a provvedimenti giurisdizionali, bensì l'inosservanza dei soli provvedimenti amministrativi<sup>158</sup>.

In giurisprudenza di recente le Sezioni Unite sono state chiamate a comporre il seguente contrasto<sup>159</sup>. Secondo una parte della giurisprudenza nel delitto di cui all'art. 388 cod. pen. il termine "elusione" deve essere inteso in senso ampio sino a comprendere qualunque comportamento positivo o negativo, non presupponendo ad alcun effetto che l'interessato abbia previamente promosso l'esecuzione forzata, essendo sufficiente che egli abbia richiesto, anche informalmente di adempiere<sup>160</sup>. L'opposto orientamento giurisprudenziale ritiene invece necessario un comportamento

---

pur essi eseguibili mediante coercizione diretta, solo quei provvedimenti interinali rispetto a provvedimenti finali a contenuto patrimoniale". Si riferiscono invece alla tutela pur sempre dell'esecuzione forzata CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., p. 113 e ss.; PADOVANI, *Ordine di reintegrazione nel posto di lavoro e art. 388 c.p.*, in *Dir. lav.*, 1975, p. 161; RAMPIONI, *Ordine di reintegrazione nel posto ex art. 18, 1° comma Stat. Lav. ed art. 388 c.p.* in *Mass. giur. lav.*, p. 248; ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974, p. 36.

<sup>158</sup> TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza e tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, cit., p. 1283; FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, cit., p. 240; PALAZZO, *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche*, cit., p. 1229 e ss.; RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 213; GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, p. 176. Lo stesso Proto Pisani ha successivamente abbandonato il richiamo all'art. 650 cod. pen., convincendosi delle critiche rivoltegli.

<sup>159</sup> Cass. Sezioni Unite penali 27 settembre-5 ottobre 2007, in *Foro it.*, *Anticipazioni e novità*, n. 11, 11.

<sup>160</sup> Cfr. Cass. pen. 1° luglio 1997, Perri.

attivo ovvero commissivo del soggetto, diretto a frustrare o quanto meno a rendere difficile l'esecuzione del provvedimento giudiziale<sup>161</sup>.

Una tesi intermedia distingue invece in ragione della natura dell'obbligo imposto. Se si tratta di un obbligo di non fare risulterebbe elusivo anche il solo fatto della sua violazione, mentre se si tratta di un obbligo di fare è rilevante solo il comportamento volto a impedire il risultato concreto cui tende il comando giudiziale<sup>162</sup>.

Sul dibattito se oggetto giuridico dei dure reati sia l'autorità in sé delle decisioni giudiziarie<sup>163</sup>, unica opzione interpretativa che renderebbe rilevanti in ogni caso anche comportamenti meramente omissivi, ovvero solo la possibilità di una loro effettiva esecuzione, le Sezioni Unite, dopo aver rilevato che la condotta descritta attiene alla "elusione non del provvedimento interinale in sé, bensì della sua esecuzione" e che quindi è "ragionevole ritenere che si richieda una condotta ben più trasgressiva della mera inottemperanza", effettua una distinzione in ragione della natura degli obblighi derivanti dai provvedimenti interinali tutelati dall'art. 388, secondo comma, cod. pen.. Quando si tratta di obblighi la cui esecuzione coattiva non richieda necessariamente un intervento agevolatore del soggetto obbligato, non v'è ragione di assegnare rilevanza al suo atteggiamento di mera inottemperanza, in questi casi assumendo rilevanza solo i comportamenti che ostacolano dall'esterno un'attività esecutiva integralmente affidata ad altri. Viceversa, nei casi in cui "la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva del provvedimento giudiziale escludano che l'esecuzione possa prescindere dal contributo dell'obbligato", l'inadempimento dell'obbligato contraddice di per sé la

---

<sup>161</sup> Cass. pen. 19 marzo 1991, Modesto; Cass. 23 marzo 2000, Valente; Cass. 17 ottobre 1968, Di Florio; Cass. 16 maggio 1974, Tedechi; Cass. 31 ottobre 1979, Girola.

<sup>162</sup> Cass. 9 maggio 2001, Caratelli.

<sup>163</sup> Sull'idea dell'imperatività, dell'autorità del provvedimento in sé, cfr. VASSALLI, *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, Torino, 1938, p. 87.

decisione giudiziale e ne pregiudica l'eseguibilità<sup>164</sup>. Conseguentemente, rilevato che l'interesse tutelato dal secondo comma dell'art. 388 cod. pen. "non è l'autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì l'esigenza costituzionale di effettività della giurisdizione, la Suprema Corte giunge ad affermare che "il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziari previsti dall'art. 388, comma secondo, cod. pen. non costituisce comportamento elusivo penalmente rilevante, a meno che la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva dello stesso provvedimento esigano per l'esecuzione il contributo dell'obbligato".

L'argomento utilizzato dalle Sezioni Unite penali appare contraddittorio. Invero dopo aver correttamente considerato che la condotta richiesta dall'art. 388, secondo comma, cod. pen., è "ben più trasgressiva della mera inottemperanza", essendo descritta come elusione dell'esecuzione, giunge a conclusione opposta, in quanto la norma suddetta, appunto, non punisce la mera inosservanza del provvedimento, bensì solo chi ne "elude l'esecuzione". L'elusione costituisce una condotta attiva, diretta a sfuggire scaltramente ad una esecuzione forzata possibile, che è, come si è visto, il bene tutelato dalla norma. Se, invece, l'esecuzione forzata è impossibile per infungibilità del *facere* ordinato, non esiste una fattispecie penale che colpisca la mancata esecuzione spontanea ossia la mera inosservanza di tale ordine<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> In particolare, osserva la Corte, che ove si tratti di provvedimento interdittivo (obbligo di non fare) la violazione dell'obbligo di astensione priva "immediatamente di effettività la decisione giudiziale, che risulta appunto elusa nella sua esecuzione, perché contraddetta oltre che inadempita. E ove si tratti di provvedimento prescrittivo di prestazioni personali o comunque di un comportamento agevolatore dell'obbligato, il rifiuto di adempiere non si esaurisce in una mera inottemperanza all'ordine del giudice, ma tende a impedirne o comunque a ostacolarne l'esecuzione, incidendo così ancora sull'interesse all'effettività della giurisdizione tutelato dalla norma incriminatrice".

<sup>165</sup> Non può neppure equipararsi alla condanna suscettibile di esecuzione forzata quella relativa ad un obbligo incoercibile al cui interno si profilino frazioni di comportamento fungibili. Così VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del*

Tant'è che quando il legislatore ha ritenuto, per particolari materie, di introdurre una misura del genere lo ha fatto espressamente, come nel caso dell'ordine di repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro, di cui è punita penalmente la mera inottemperanza (art. 28, quarto comma, Stat. Lav.)<sup>166</sup>.

La questione dell'incoercibilità degli obblighi di fare e di non fare infungibili presenta una notevole rilevanza anche in riferimento all'art. 700 c.p.c. ed, in particolare, al tema qui trattato del *periculum in mora*. Si può infatti giungere a sostenere che, pur essendosi realizzato il superamento della tesi che limitava la tutela cautelare ai soli diritti assoluti, un limite può riguardare invece proprio gli obblighi di fare infungibili, in relazione ai quali la insuscettibilità di esecuzione forzata sembra escludere un provvedimento d'urgenza destinato a restare inattuato<sup>167</sup> e quindi inidoneo a realizzare la cautela richiesta.

---

*lavoratore*, cit.. E' la c.d. esecuzione forzata delle sottoprestazioni fungibili, su cui cfr. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, cit., p. 50-54.

<sup>166</sup> Sulla diffusa convinzione della necessità di condurre il discorso essenzialmente sul piano della politica del diritto mediante il rafforzamento, specie per certi beni, delle tecniche esecutive dirette e/o indirette, e l'abbandono di impostazioni "estremistiche", cfr. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 13. Cfr. altresì MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 109 e ss. il quale afferma che l'aver ravvisato nelle sanzioni penali lo strumento di coazione per rendere effettiva la tutela giurisdizionale di condanna, si fonda sull'erroneo convincimento che la condanna si risolve in un ordine di giustizia penalmente sanzionato

<sup>167</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 79; nello stesso senso, seppur concludendo in senso opposto, ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 257-259; cfr. altresì FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, p. 374, secondo il quale al giudice della cautela sarebbe imposto il limite della "impossibilità di imporre un obbligo di *facere* di carattere personale, in quanto il provvedimento d'urgenza, perché sia serio ed ottenga il suo scopo, deve essere eseguito immediatamente, anche senza la collaborazione dell'intimato"; MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 131-132, che afferma che non sono

Il problema dell'incoercibilità degli obblighi infungibili, come si è visto, ha fatto persino dubitare della possibilità di una condanna ad adempiere.

Se però per il giudizio di merito i problemi della cognizione possono essere tenuti distinti da quelli dell'esecuzione, nel procedimento cautelare “sarebbe privo di senso un ordine non coercibile, per la stretta penetrazione funzionale delle due fasi”<sup>168</sup>.

Invero, la nozione di unità del procedimento cautelare, nella sua elaborazione tradizionale risalente agli anni cinquanta<sup>169</sup>, indica l'impossibilità di distinguere nel suo ambito una fase di cognizione che possa essere considerata autonoma rispetto a quella destinata all'esecuzione del provvedimento. In altre parole, il giudizio cautelare si configurerebbe come un procedimento misto di cognizione e di esecuzione, in quanto “le fasi e i momenti in cui l'organo conosce e quelli in cui eseguisce si seguono, senza soluzione di continuità, in un unico procedimento”<sup>170</sup>. In tale

---

cautelabili in via d'urgenza i diritti che hanno ad oggetto un fare infungibile dell'obbligato, dal momento che, prima del momento fissato per l'adempimento, non è individuabile l'oggetto del diritto cautelando e che l'inadempimento dell'obbligo coincide con la distruzione del bene o con la soppressione dell'utilità cui tendeva il creditore, sicché è impossibile prevenire il danno irreparabile che si è già pienamente verificato; è possibile invece cautelare i diritti aventi ad oggetto obblighi di non fare infungibili, in quanto l'oggetto del diritto è ben individuabile prima del processo e per il fatto che l'astensione dell'obbligato è solo lo strumento necessario per conservare o assicurare quell'oggetto.

<sup>168</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 79, attestata anche dalla attribuzione allo stesso “giudice che ha emanato il provvedimento cautelare” non attinente a somme di denaro (art. 669 *duodecies* cod. proc. civ.).

<sup>169</sup> Cfr. LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 248.

<sup>170</sup> LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., p. 248 e ss. Da tale concetto si sono ricavati alcuni corollari, nonché sulla base di esso si è cercato di risolvere alcuni problemi applicativi relativi all'attuazione dei provvedimenti d'urgenza. Si riteneva infatti che le misure cautelari atipiche non potessero essere ricomprese nella categoria dei titoli esecutivi giudiziali *ex art. 474* cod. proc. civ., poiché esse si configuravano piuttosto come

prospettiva, la struttura unitaria del procedimento cautelare sarebbe il riflesso della funzione assoluta da questo tipo di tutela, che si compie solo con “la piena attuazione della cautela” e non si può scindere in fasi diverse e successive<sup>171</sup>.

In senso contrario, la progressiva estensione dell’ambito di applicazione della tutela cautelare atipica<sup>172</sup> e l’introduzione dell’art. 669

---

provvedimenti muniti di un’intrinseca esecutorietà, ossia avevano attitudine a produrre i propri effetti immediatamente e direttamente nella sfera giuridica dell’intimato (cfr. MONTESANO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 118; CALVOSA, *Il processo cautelare*, cit., p. 814; BORRE’, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, cit.; MANDRIOLI, *L’esecuzione specifica dell’ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 16; VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, p. 189; TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., 331 e ss.. In senso contrario, tra gli altri, cfr. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, p. 95; PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1068. L’estraneità del provvedimento d’urgenza atipico alla nozione di titolo esecutivo aveva inoltre fatto ritenere che la fase di attuazione dell’ordine cautelare non dovesse essere preceduta dai c.d. adempimenti preparatori dell’esecuzione previsti agli art. 474 e ss. del cod. proc. civ. (cfr. per tutti TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 333-334). Era altresì opinione largamente condivisa che fosse compito del giudice della cautela predisporre con lo stesso provvedimento i mezzi più idonei per la sua concreta attuazione.

Si discuteva inoltre se trovassero applicazione gli art. 612 e ss. del cod. proc. civ. Cfr., per l’esclusione dell’applicabilità dell’esecuzione in forma specifica ex art. 612 cod. proc. civ. ai provvedimenti d’urgenza a contenuto non pecuniario, MONTESANO, *Esecuzione dei provvedimenti d’urgenza ed esecuzione forzata per fare e disfare*, in *Temì*, 1967, p. 65 e ss; PROTO PISANI, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 414. Per l’applicazione analogica o estensiva dell’art. 612 c.p.c. vedi MANDRIOLI, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Nov.mo dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 268; DENTI, *L’esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, p. 215; LUISO, voce *Esecuzione forzata. Esecuzione forzata in forma specifica*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, p. 4; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 454.

<sup>171</sup> LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., p. 248 e 253 e ss..

<sup>172</sup> Postulando l’unità del procedimento cautelare alcuni autori hanno ritenuto che i problemi relativi all’attuazione degli ordini cautelari di condanna al pagamento di somme

*duodecies* cod. proc. civ. per l'attuazione delle misure cautelari hanno portato altra parte della dottrina a confutare l'orientamento tradizionalmente accolto <sup>173</sup>. Si è infatti sostenuto che vi è una differenza ontologica tra accertamento ed attuazione, poiché la fase dell'attuazione del provvedimento cautelare può non esserci (nell'ipotesi in cui l'intimato adempia spontaneamente) ed, inoltre, in quanto comporta un intervento diverso da quello della concessione, ossia "un intervento di adeguamento della realtà materiale al precetto contenuto nel provvedimento"<sup>174</sup>. A ciò si è aggiunto che l'assunto di unità del procedimento cautelare inteso come imprescindibilità e continuità tra la fase di concessione e quella di esecuzione del provvedimento cautelare, per i provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio, potrebbe non sempre corrispondere al vero, nel senso che la fase di attuazione del provvedimento cautelare apparterrebbe all'ulteriore profilo dell'esecuzione "estranea ed eventuale alla struttura cognitiva che la precede"<sup>175</sup>.

Queste critiche non sembrano tuttavia idonee a superare quanto suddetto, essendo innegabile che in alcune situazioni l'impossibilità di esecuzione diretta o indiretta rende inutile il provvedimento cautelare, tanto

---

di denaro potessero essere risolti senza necessità di ricorrere alle norme che regolano l'espropriazione forzata. Cfr. MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 197. La dottrina maggioritaria tuttavia, seppur con varietà di sfumature, ha ritenuto che le forme di attuazione delle misure cautelari a contenuto pecuniario potessero essere soltanto quelle dell'espropriazione forzata disciplinata dal terzo libro del codice di procedura civile (cfr. VERDE, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, cit., p. 737 ss.; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 334 e ss.; PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 334 e ss.

<sup>173</sup> Anche se la costruzione di Liebman era già stata sottoposta a rimeditazione proprio con riferimento alle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro.

<sup>174</sup> LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 187.

<sup>175</sup> Cfr. CECHELLA, *Attuazione del provvedimento cautelare*, in Vaccarella, Capponi, Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, p. 382-383.

da far dubitare addirittura della sua stessa ammissibilità in tali casi <sup>176</sup>, o, quanto meno, dell'utilità di un provvedimento stesso emesso per evitare pregiudizi eliminabili solo con una impossibile attuazione dell'ordine in via di esecuzione forzata.

In questo senso si è osservato che la fase di attuazione-esecuzione dei provvedimenti d'urgenza non gode di alcuna autonomia, ma è strumentalmente connessa con la realizzazione della cautela, cioè con la provvisoria assicurazione degli effetti della futura decisione di merito, sicché il provvedimento d'urgenza è “esso stesso atto dell'esecuzione forzata, oltre che di creazione di uno speciale obbligo cautelare”<sup>177</sup>.

In particolare, si è evidenziato in dottrina che l'inscindibilità dell'aspetto cognitivo ed esecutivo del provvedimento d'urgenza nasce da una esigenza “logica”, in quanto entrambi sono mezzi per l'attuazione della cautela, poiché l'esecutorietà inerisce all'”essenza” delle misure cautelari e la loro attuazione-esecuzione ne realizza la funzione tipica, “che non è

---

<sup>176</sup> FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, cit., p. 374, secondo il quale il giudice della cautela dovrebbe rispettare il limite della “impossibilità di imporre un obbligo di *facere* di carattere personale .. in quanto il provvedimento d'urgenza, perché sia serio ed ottenga il suo scopo, deve essere eseguito immediatamente, anche senza la collaborazione dell'intimato, o nonostante qualsiasi sua contraria volontà”; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 79; PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, p. 226. Al contrario, secondo CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 134, le situazioni obbligatorie formano un ambito di illimitata applicazione della norma, in quanto “arbitrarie” sono le distinzioni non solo tra diritti di credito ad un dare e ad un *facere*, ma anche quelle tra obblighi coercibili ed incoercibili. “Se, come vuole la moderna dogmatica del rapporto obbligatorio, il credito è essenzialmente diritto ad un bene giuridico – dirimpetto ma non omologo all'obbligo corrispondente -, il creditore può sempre far valere giudizialmente il suo diritto e correlativamente può ottenere una tutela d'urgenza dello stesso”.

<sup>177</sup> MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 118.



soddisfatta se non nel momento in cui esse vengono portate ad effetto”<sup>178</sup>, per la effettiva salvaguardia di una situazione sostanziale da un pregiudizio imminente ed irreparabile<sup>179</sup>.

Fatte queste premesse, vi è tuttavia chi giunge, poco condivisibilmente, a ritenere che l'impossibilità di attuare, anche in sede cautelare, un obbligo che si traduca in un *facere* o un *non facere* infungibile, non sia ostativa all'emissione di un provvedimento cautelare che si risolva nella previsione di attività sicuramente infungibili, poiché se la tutela cautelare è diretta a realizzare, anche in funzione preventiva, la “salvaguardia della situazione giuridica sostanziale ... in un momento antecedente e comunque al di fuori di qualsiasi esigenza di natura immediatamente soddisfattiva, essa è sicuramente idonea a provocare ... lo spontaneo adempimento da parte del soggetto obbligato”<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> Cfr. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 314; VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit., p. 189; CALVOSA, *Il processo cautelare*, cit., p. 811 e ss.

<sup>179</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 317.

<sup>180</sup> A tale proposito si è sostenuto (ARIETA, *Le tutele sommarie, il rito cautelare uniforme, i procedimenti possessori*, cit., p. 644 e ss. e *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 330 e ss.) che a parte la difficoltà di applicare il principio di correlazione tra tutela di condanna e procedimenti di esecuzione forzata disciplinati nel libro terzo del codice anche al provvedimento cautelare e la preoccupazione di evitare che, in sede cautelare, si possa “conseguire” più di quanto si possa ottenere con la decisione di merito, è “proprio la funzione preventiva che l'ordinamento assegna alla tutela d'urgenza e la natura e finalità non soddisfattive del fenomeno di attuazione delle misure di cautela atipica” a non escludere “l'ammissibilità di provvedimenti d'urgenza a tutela dell'adempimento di obblighi infungibili, anche laddove non sia possibile alcuna forma di attuazione degli stessi”. In altre parole, l'ordine, in via cautelare, “avente ad oggetto un *facere* (o un *non facere*) infungibile trova la sua giustificazione nella funzione stessa della cautela, che non è quella di sanzionare la consumazione di un torto, ma di porsi in relazione strumentale rispetto all'utilità del processo attraverso il quale il torto sarà sanzionato, salvaguardando ... anche in funzione preventiva, il diritto sottoposto a cautela”. Non si tratta di considerare i provvedimenti d'urgenza come uno strumento di aggressione del principio *nemo ad faciendum praecise cogi potest*, in quanto anche per i provvedimenti d'urgenza valgono i

---

limiti sostanziali di cui agli artt. 2930 e ss. c.c., poiché la possibilità di ordinare in via di cautela un *facere* infungibile dipende dai caratteri intrinseci della tutela cautelare, la quale “proprio in quanto si risolve in un fenomeno del tutto diverso da quello che sta alla base della sentenza di condanna, non può incontrare limiti nel suo contenuto, tanto più se si ricollegano alla successiva fase di attuazione-esecuzione.

E' nota la tesi in ordine alla funzione di anticipazione in via cautelare che avrebbe propri caratteri d'identificazione, diversi da quelli che contraddistinguono la finalità anticipatoria dei provvedimenti sommari non cautelari. Mentre questi ultimi anticiperebbero, in tutto o in parte, la decisione di merito, in quanto diretti a produrre la "necessaria", anticipata soddisfazione del diritto in funzione satisfattiva, “a produrre, cioè, effetti anticipatori che si realizzano *ex lege* con la sola pronuncia di un provvedimento che costituisce titolo esecutivo”, le misure cautelari potrebbero, laddove occorra, “anticipare il contenuto della futura decisione di merito e produrre effetti anticipatori non satisfattori, ma cautelari (in quanto tali, privi della qualità di titolo esecutivo giudiziale)”, che cioè il giudice potrebbe “disporre allo scopo di neutralizzare il dedotto pregiudizio e di salvaguardare il diritto leso o sottoposto a pericolo di lesione per il tempo necessario ad ottenere la tutela di merito, e che, essendo solo eventuali, costituiscono uno degli strumenti (talvolta necessari) a disposizione del giudice per la realizzazione della finalità cautelare”.

L'esigenza di salvaguardare il diritto dedotto può venire in essere per due distinte ragioni: 1) per conservare o cristallizzare la situazione di fatto esistente, in attesa del sopraggiungere della, oggi solo eventuale, tutela di ordinaria cognizione; 2) per modificare ed innovare la situazione di fatto esistente attraverso un regolamento provvisorio del rapporto sostanziale in contestazione, che sia in grado di assicurare, in tutto o in parte, gli effetti della successiva tutela di merito. Cfr. altresì CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 134, secondo il quale una volta riconosciuto significato giuridico a statuizioni inesequibili, “non è più corretto circoscrivere la tutela *ex art. 700* all'anticipazione di un solo tipo di sentenza ... perché si dimenticherebbe che ben più ricca della condanna esecutiva è la relativa tipologia e che il *dictum* giudiziale non esaurisce ogni sua rilevanza nell'esecutività”. Sul limite generale determinato dalla preordinazione del provvedimento d'urgenza ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, nel senso che il provvedimento d'urgenza non può sotto il profilo oggettivo “aprire la via a forme di tutela alternative di situazioni giuridiche diverse o addirittura inesistenti e solo auspiccate”, anche se ciò non impedisce che il provvedimento d'urgenza possa avere un contenuto non anticipatorio “ossia qualitativamente diverso da quella della futura decisione”, adattando il contenuto del provvedimento alle esigenze suggerite dalla finalità strumentale conservativa, purché però nell'ambito e in funzione di una richiesta di

---

tutela “che va quanto meno preannunciata e dalla quale anche il giudice della cautela è vincolato, cfr. MANDRIOLI, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 297-298.

Sul vincolo del giudice alla domanda della parte istante anche con riguardo al contenuto del provvedimento d’urgenza e l’applicazione rigorosa del principio della domanda cfr. TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 300 e ss.; *contra* ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 89 e ss., 137 e ss.



## CAPITOLO III

### *PERICULUM E RETRIBUZIONE*

#### **9. La funzione alimentare della retribuzione.**

E' noto che la valorizzazione della tutela cautelare, mediante il suo allargamento dei soli diritti assoluti ai diritti di credito, tipicamente funzionali alla soddisfazione di interessi della persona altrimenti esposti in concreto ad un pregiudizio irreparabile<sup>181</sup>, ha trovato il suo terreno di elezione in riferimento al diritto alla retribuzione del lavoratore<sup>182</sup>, soprattutto nei casi di licenziamento nell'area della tutela reale.

Può considerarsi ormai acquisito nel nostro diritto del lavoro che la retribuzione, o almeno una parte di essa, sia destinata a tutelare diritti della persona del lavoratore di rango costituzionale. Ciò risulta evidente se si considera che la prestazione di lavoro è inseparabile dal prestatore di lavoro; che questa dedizione personale del lavoratore all'impresa è normalmente esclusiva; che la retribuzione che costui trae dal suo lavoro è solitamente il suo solo mezzo di sostentamento, "la sua risorsa vitale"<sup>183</sup>. E' per questa ragione che la retribuzione, pur essendo un diritto di credito e come tale riguardante "l'aver", nel contratto di lavoro garantisce anche "l'essere", il bene che è condizione dell'aver e di ogni altro bene<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Così da ultimo VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 16.

<sup>182</sup> Per uno dei primi scritti sull'argomento specifico, cfr. RUDAN, *Provvedimenti d'urgenza in tema di retribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 362.

<sup>183</sup> Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Lo spirito del diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1948, p. 273 e ss.

<sup>184</sup> Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Lo spirito del diritto del lavoro*, cit., p. 273 e ss.

La qualificazione della retribuzione in termini di diritto della persona o di diritto assoluto della personalità<sup>185</sup> affonda le sue origini nel dibattito post-costituzionale sulla immediata precettività dell'art. 36 Cost. e sulla relazione tra le nozioni di proporzionalità e sufficienza della retribuzione. E così, come è noto, si sostenne che l'art. 36 Cost. fosse una fonte attributiva di un diritto pubblico della personalità, assoluto ed indisponibile, addirittura preesistente allo stesso rapporto di lavoro poiché “costituito in favore del lavoratore in quanto tale, indipendentemente da ogni attuale rapporto di lavoro”<sup>186</sup>. L'evoluzione di queste elaborazioni ha portato poi, sulla scia della più ampia categoria dei diritti sociali fondamentali, ad individuare due diverse nozioni giuridiche di retribuzione, l'obbligazione “corrispettivo” e l'obbligazione “sociale”<sup>187</sup>, ovvero diritto di credito e contemporaneamente diritto costituzionale della persona<sup>188</sup>.

E' interessante notare che anche il filone dottrinale che invece è rimasto fedele alla qualificazione della retribuzione come diritto patrimoniale di credito, rifiutando la sua concezione “in senso sociale”<sup>189</sup>, non ha mai posto in discussione la funzione alimentare della retribuzione in riferimento alle esigenze di evitare pregiudizio irreparabile alle esigenze basilari di vita del lavoratore. Invero, se il principio di retribuzione

---

<sup>185</sup> MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 177; NICOLO', *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, p. 5; PUGLIATTI, *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, II, p. 174. Afferma trattarsi di un diritto inerente alla personalità anche CESSARI, *L'invalidità del contratto di lavoro per violazione dell'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1951, II, p. 200.

<sup>186</sup> PUGLIATTI, *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, cit., p. 175; NICOLO', *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, cit., p. 5 e ss.

<sup>187</sup> ZOPPOLI L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, p. 279; 1994, 98.

<sup>188</sup> GHEZZI-ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1992, p. 238.

<sup>189</sup> PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, p. 70; SCOGNAMIGLIO, *Sull'applicabilità dell'art. 36 della Costituzione in tema di retribuzione del lavoratore*, in *Foro civ.*, 1951, p. 355.

sufficiente è comunque finalizzato ad assicurare al lavoratore una esistenza libera e dignitosa a sé e alla sua famiglia, anche a prescindere dalla sua qualificazione come diritto assoluto della persona, la sua attuazione non dovrebbe incontrare ostacoli di alcun tipo e quindi dovrebbe anche essere meritevole di una tutela che assicuri provvisoriamente gli effetti della protezione conseguibile con il giudizio ordinario.

E' evidente infatti che il principio di sufficienza della retribuzione è comunque collegato alla condizione personale del lavoratore e, come tale, non può che esprimere l'esigenza di rapportarla ad un valore assoluto rappresentato dalla necessità di sussistenza del prestatore e della sua famiglia<sup>190</sup>. Sicché esso si basa su considerazioni di ordine più genericamente sociale, costituendo una estrema riserva, un limite invalicabile, a cui si dovrebbe ricorrere rispetto al principio della proporzionalità, solo in via eccezionale, la cui mancata applicazione "frusterebbe un complesso di principi davvero fondamentali della Costituzione"<sup>191</sup>.

## **10. Il pregiudizio da "assenza" o "riduzione" della retribuzione.**

La giurisprudenza ha fatto largo uso del provvedimento cautelare per i crediti retributivi, e perfino per quelli aventi natura risarcitoria ma con funzione sostitutiva della retribuzione, e quindi anch'essi diretti a soddisfare esigenze non patrimoniali<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> GENTILI, *Proporzionalità della retribuzione e "sfruttamento antisociale del lavoro"*, in *Giur. it.*, 1972, I, p. 55; GRASSELLI, *Pluralità di rapporti di lavoro e applicazione dell'art. 36 Cost.*, in *Mass. giur. lav.*, 1971, p. 61; nello stesso senso in giurisprudenza Cass. 10 ottobre 1968, n. 3216, in *Mass. giur. lav.*, 1969, p. 258.

<sup>191</sup> PUGLIATTI, *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, cit., p. 192.

<sup>192</sup> Cfr. Pret. Milano 9 aprile 1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 669.

Tranne poche pronunce contrarie, nelle quali prevale la vecchia opinione dell'aprioristica inconfigurabilità del *periculum* in presenza di somme di denaro, ritenute comunque sempre ristorabili per equivalente<sup>193</sup>, o in cui si è esclusa l'ammissibilità per la concorrenza del procedimento monitorio<sup>194</sup>, la maggioranza dei giudici si è pronunciata prevalentemente a favore dell'ammissibilità della tutela cautelare.

Anche in materia di retribuzione, così come per tutti gli altri aspetti del rapporto di lavoro investiti dalla tutela cautelare, uno dei problemi più ricorrenti è stato quello di come valutare il *periculum in mora*, cioè come apprezzare l'irreparabilità del pregiudizio che minaccia di ledere o sta già ledendo il diritto di un lavoratore.

Dopo un periodo nel quale molta parte della giurisprudenza riteneva che sussistesse un pregiudizio *in re ipsa*, con sostanziale esonero, da parte del giudice, di specifica valutazione in concreto della lesione, l'orientamento oggi prevalente, come si è detto<sup>195</sup>, è quello che ritiene necessario l'accertamento in concreto, caso per caso, del *periculum*, anche in presenza delle violazioni più gravi dei diritti del lavoratore, come quello alla retribuzione.

Infatti, dalla mancata corresponsione della retribuzione non è consentito presumere che il lavoratore<sup>196</sup>, in quanto tale, non abbia altri

---

<sup>193</sup> Cfr. ad es. Pretura Torino, 4 febbraio 1997, in *Lav. giur.*, 1997, p. 58; Tribunale Milano 28 febbraio 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, p. 519, che ha negato la sussistenza del *periculum in mora* rispetto alla domanda diretta ad ottenere l'indennità di malattia.

<sup>194</sup> Cfr. ad es. Pretura Parma 21 luglio 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1831; *contra* Pretura Milano 11 marzo 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 365. In dottrina sulla circostanza che il giudice può concedere la provvisoria esecuzione del decreto ove sussista "grave pregiudizio per il ritardo", identificabile nella destinazione degli importi al mantenimento del lavoratore e della sua famiglia, cfr. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 370.

<sup>195</sup> Cfr. Cap. I, par. 6.

<sup>196</sup> Cfr. Pretura Roma 9 agosto 1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, p. 421, in cui si afferma che la mancata corresponsione dei crediti derivanti da prestazioni di lavoro subordinato,



mezzi che gli consentano un'esistenza libera e dignitosa per tutto il tempo necessario ad ottenere la tutela in via ordinaria; ciò in quanto si tratta di accertare la sussistenza di un vincolo di strumentalità, diretta ed immediata, tra il credito di retribuzione e situazioni sostanziali a contenuto tipicamente non patrimoniale di rilievo costituzionale. In sostanza, ciò che non funziona è una sorta di presunzione lavoratore uguale cittadino povero.

In applicazione del suddetto principio deve, dunque, ritenersi non automaticamente sussistente il *periculum* ogni qualvolta il datore di lavoro ometta di corrispondere la retribuzione o parte di essa, non dovendosi confondere, per le ragioni sopradette, la "qualità" del diritto da tutelare in via cautelare, e cioè la natura alimentare del diritto alla retribuzione, con il pregiudizio imminente ed irreparabile alla stessa, che può essere eventuale.

Di fronte alla mancata erogazione della retribuzione il lavoratore dovrà dunque comprovare l'assenza di altri redditi adeguati che determina la funzione in concreto alimentare della retribuzione perduta<sup>197</sup>, circoscrivendo la tutela cautelare solamente a quelle ipotesi in cui il venir meno o l'esiguità del credito retributivo leda quei diritti personalissimi del lavoratore e della sua famiglia.

Pertanto, non sono evidentemente condivisibili quelle pronunce che ritengono la mancata corresponsione della retribuzione elemento di per sé sufficiente a concretizzare la sussistenza del *periculum* in esame<sup>198</sup>. Appaiono più corretti invece quei provvedimenti che hanno concesso la tutela cautelare ex art. 700 cod. proc. civ. solo nell'ipotesi in cui sia stato

---

nonostante la loro natura retributiva, non integra di per sé pregiudizio imminente ed irreparabile, "tanto più ove gli stessi siano tutelati, in pendenza del giudizio di merito, dall'emanazione di un sequestro conservativo sui beni del datore di lavoro"; Tribunale di Viterbo 20 settembre 1999, in *Lav. giur.*, 2000, p. 575, in cui si afferma che non è sufficiente "un mero disagio economico del lavoratore".

<sup>197</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 81.

<sup>198</sup> Cfr. Tribunale Roma, 17 ottobre 1997, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 442; Pretura Napoli 8 gennaio 1990, in *Dir. e giust.*, 1990, p. 504;; Pretura Foggia 28 gennaio 1983, in *Foro It.*, 1983, I, p. 2587.

comprovato dal lavoratore che il mancato pagamento della retribuzione costituisca o l'unico sostegno economico per soddisfare i bisogni della vita<sup>199</sup>, o comunque quando il ritardo nel pagamento dei proventi determini difficoltà tali, ad esempio, a fronte di pesanti situazioni debitorie del debitore, da non assicurargli il bene della "esistenza libera e dignitosa" di cui all'art. 36 Cost.<sup>200</sup>. Si pensi alle conseguenze del mancato pagamento del canone di locazione, gli effetti cambiari, delle bollette dell'energia elettrica, del riscaldamento, etc., che possono provocare una cessazione della somministrazione di tali beni essenziali e che quindi possono creare situazioni dannose ed irreparabili non valutabili in termini soltanto astrattamente economici e, comunque, non più sanabili attraverso una tutela giurisdizionale tardiva.

Si tratta, in sostanza, della necessaria rilevanza del "sostrato materiale della posizione soggettiva"<sup>201</sup>, che comporta la presa di coscienza dell'esistenza di notevoli differenze tra lavoratori conseguenti alla diversa posizione professionale, economica, familiare e sociale di ciascuno. Altrimenti, come è stato acutamente osservato, si finirebbe per determinare, proprio laddove è possibile utilmente discutere, un ulteriore gratuito appiattimento di disciplina, così aggravando le conseguenze della adozione di un astratto modello normativo di lavoratore subordinato "come referente di una regolamentazione protettiva avulsa dalle effettive condizioni di sottoprotezione sociale dei suoi destinatari"<sup>202</sup>.

Sempre in conseguenza del rifiuto del *periculum in re ipsa*, a fortiori non potrà ritenersi automaticamente sussistente il *periculum* ogni qualvolta

---

<sup>199</sup> Cfr. Pretura Parma 21 luglio 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1831.

<sup>200</sup> Così Cass. 2 settembre 1997, n. 8373, in *Mass. giur. it.*, 1997

<sup>201</sup> CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 135; Cfr. Cap. I, par. 3.

<sup>202</sup> GIUGNI, *Diritto del Lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Gior.dir. lav. rel. ind.*, p. 221; GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, p. 387-388; ROMAGNOLI, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 551-552.

il datore corrisponda solo una parte della retribuzione o non eroghi alcuni istituti indiretti. In tal caso infatti occorrerà preliminarmente accertare se la parte residua della retribuzione pagata rientri o no in quella sufficiente ex art. 36 Cost. In caso di risposta affermativa ovviamente dovrà escludersi la configurabilità del *periculum* senza ulteriori indagini. Solo in caso contrario, si aprirà l'indagine che abbiamo visto sopra intorno alle condizioni personali del lavoratore. Sviluppando questo ordine di idee si può forse giungere ad affermare che, almeno in linea generale, non rientra nella valutazione del *periculum* il mancato pagamento di quella quota della retribuzione superiore alla soglia della sufficienza che rientra nella nozione di proporzionalità. Ciò non toglie che, in casi eccezionali, la tutela cautelare possa essere riconosciuta anche in relazione a situazioni rispetto alle quali non vengono in rilievo le esigenze alimentari essenziali, bensì altri diritti di rilevanza costituzionale che coinvolgono il nucleo familiare del lavoratore.

Il provvedimento d'urgenza a tutela della retribuzione assume rilevanza, oltre che ovviamente nel licenziamento, in tutte le ipotesi nelle quali la retribuzione del dipendente subisca significative decurtazioni<sup>203</sup>. Ciò può avvenire, ad esempio, nel caso di sospensione dal lavoro, cautelare ovvero disciplinare, per periodi di tempo significativi, qualora la mancata percezione della retribuzione, se prolungata, sia in grado di incidere sull'esistenza libera e dignitosa del lavoratore e della sua famiglia<sup>204</sup>. E' ovvio che, in questi casi, la prova gravante sul lavoratore del pregiudizio ex art. 700 cod. proc. civ. non sarà agevole.

Ai sensi dell'art. 669 *duodecies* cod. proc. civ. i provvedimenti cautelari che hanno per oggetto il pagamento di una somma di denaro devono essere eseguiti nelle forme degli artt. 491 e ss. cod. proc. civ.. Il legislatore ha recepito quindi quegli orientamenti dottrinali che avevano rilevato l'impossibilità sistematica di concepire forme soddisfattive di crediti

---

<sup>203</sup> Cfr. GARGIULO, *Le situazioni giuridiche tutelabili con provvedimenti d'urgenza nel rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 283.

<sup>204</sup> Cfr. Tribunale di Ravenna 25 maggio 2004, in *Guida lav.*, 2004, 15, p. 34.

pecuniari che si svolgessero secondo modalità diverse da quelle previste nel libro terzo del codice di procedura civile<sup>205</sup>.

Per i crediti retributivi l'ordinamento predispone, pertanto, una tutela completa, in quanto la tecnica esecutiva dell'espropriazione forzata consente di ottenere proprio il bene dedotto in obbligazione<sup>206</sup>.

Del resto le azioni per la realizzazione del credito retributivo si giovano tipicamente del carattere inderogabile della disciplina legale o collettiva applicabile e della sostituzione automatica del regolamento imposto dalla disciplina superiore a quello concretamente voluto dalle parti, che consente al lavoratore di chiedere direttamente la condanna all'adempimento del precetto violato, rivendicando così la soddisfazione tardiva ma diretta dei propri diritti. In questo senso si è parlato di "reintegrazione dei diritti primari", anziché di risarcimento, specifico o per equivalente, dell'interesse leso dall'inadempimento del datore di lavoro<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> Cfr. per tutti TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 335. La *ratio* principale della scelta del legislatore viene individuata nella necessità che l'esecuzione dei provvedimenti avvenga nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*. Cfr. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 246-265; LUISO, in Consolo-Luiso-Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., p. 680.

<sup>206</sup> GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., p. 311-319; MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 130 ss.

<sup>207</sup> GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., p. 317, il quale evidenzia che la sanzione degli illeciti lesivi degli interessi economici del lavoratore può essere solo in misura ridotta il risarcimento del danno: "gli interessi protetti sono infatti circoscritti ai crediti pecuniari di natura salariale, nei cui confronti il risarcimento tende a confondersi con l'adempimento, sia pure tardivo, dell'obbligo primario.

## CAPITOLO IV

### *PERICULUM* E LICENZIAMENTO

#### **11. L'ammissibilità della tutela cautelare in materia di licenziamento.**

La reintegrazione nel posto costituisce senza dubbio l'applicazione più vasta ed articolata del provvedimento d'urgenza in materia di lavoro. In tale ambito l'art. 700 cod. proc. civ. ha esplicitato, forse, la sua massima *vis expansiva*. Non solo, ma la disciplina dell'art 18 ha svolto la funzione di "laboratorio" per le argomentazioni di dottrina e giurisprudenza intorno alla ammissibilità o inammissibilità della tutela cautelare nel rapporto di lavoro e più in generale nei rapporti obbligatori<sup>208</sup>.

Proprio ragionando intorno all'art. 18 St. lav., da parte delle posizioni più risalenti si era negata l'ammissibilità della reintegrazione in via di urgenza, in quanto l'imposizione della reintegrazione medesima sarebbe attribuita dall'ordinamento soltanto alla sentenza che annulla il licenziamento, con esclusione della facoltà di anticipare in via d'urgenza quelli che sono gli effetti della sentenza costitutiva<sup>209</sup>. A prescindere dall'opinabilità della qualificazione della sentenza di reintegrazione come

---

<sup>208</sup> Cfr. Cap. I, par. 2 e 3.

<sup>209</sup> In dottrina, SATTA, *Provvedimenti d'urgenza e rapporto di lavoro*, in *Mass giur. lav.*, 1971, p. 15. In giurisprudenza, cfr. Pretura Civitavecchia 6 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1649; Pretura Bari, 11 dicembre 1980, in *Not. giur. lav.*, 1981, p. 913; Appello Milano 2 marzo 1973, in *Orient. giur. lav.*, 1973, p. 143; Pretura Prato 12 febbraio 1973, in *Foro it.*, 1973, I, 2632; Pretura Torino 24 gennaio 1973, in *Orient. giur. lav.*, 1973, p. 678.

sentenza costitutiva invece che di accertamento<sup>210</sup> - poiché il licenziamento invalido *ex art. 18* è privo di qualsiasi efficacia estintiva del rapporto di lavoro<sup>211</sup> e, in ogni caso, la distinzione tra nullità e annullabilità rileva per i differenti vizi che inficiano l'atto, mentre una volta definito il giudizio di annullamento ed affermata l'efficacia retroattiva della sentenza costitutiva, l'atto impugnato viene senz'altro ridotto a nullità, senza alcuna differenza di regolamento giuridico tra la sentenza costitutiva e quella dichiarativa<sup>212</sup>-, si

---

<sup>210</sup> Il principio secondo cui nell'ambito di applicazione della tutela reale il licenziamento illegittimo non interrompe giuridicamente il rapporto, ma ne impedisce la funzionalità di fatto, da cui consegue che l'accertamento negativo circa la giustificazione, la liceità o l'efficacia del licenziamento opera sempre *ex tunc* ha portato a ritenere che il lavoratore che agisce per la reintegrazione nel posto di lavoro esercita un'azione di accertamento, non costitutiva, in quanto ha ad oggetto la dichiarazione di persistenza del rapporto lavorativo, cfr. MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990*, n. 108, Torino, 1991, p. 110 e ss., secondo il quale il ricorso per l'infondatezza del licenziamento assume il valore di azione di inadempimento nei confronti del datore e l'illegittimità del licenziamento è rilevante sotto il profilo della inidoneità ad estinguere il rapporto.

<sup>211</sup> Cass. 19 luglio 1990, n. 7380, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, 45; Cass. 15 dicembre 1989, n. 5645, in *Foro it.*, 1991, I, 885; Cass. 23 giugno 1989, n. 3013, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, p. 667; Cass. 24 settembre 1988, n. 5222, in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 852; Cass. Sez. Un., 13 aprile 1988, n. 2925, in *Foro It.*, 1988, I, 1493; Cass. 22 gennaio 1987, n. 585, in *Mass. giur. lav.*, 1987, p. 257; Cass. Sezioni Unite 29 aprile 1985, n. 2762, in *Mass. giur. lav.*, 1985, p. 181; Cass. 28 maggio 1976, n. 1927, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, p. 86. Per una recente sentenza della Suprema Corte che ha affermato poco condivisibilmente l'inefficacia di un licenziamento successivo ad un recesso annullabile *ex art. 18 St. lav.* in quanto, se il primo licenziamento "produce regolarmente l'effetto di far cessare il rapporto", la retroattività della sentenza di annullamento non potrebbe riguardare gli atti datoriali successivi, da ritenersi disattivati perché svoltisi nell'arco di tempo in cui il rapporto era ormai estinto, vedi Cass. 19 luglio 2006, n. 16540, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 46; cfr. altresì Cass. 18 maggio 2005, n. 10394, in *Lav. giur.*, 2006, p. 93. Cfr. per la validità di un secondo licenziamento intimato ad un lavoratore reintegrato *ex art. 700 cod. proc. civ.* Cass. 20 settembre 2005, n. 18497, in *Guida dir.*, 2005, p. 77.

<sup>212</sup> SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* (a cura di F. Vassalli), Torino, 1950, VI, 2, p. 874; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di Cicu, Messineo), Milano, 1988, p. 300.

è condivisibilmente replicato che anche rispetto a tali sentenze non può negarsi la tutela cautelare, in quanto con gli “effetti della decisione sul merito”, anche se “costitutivi”, si tutela un diritto soggettivo preesistente al processo, quale, ad esempio, il diritto a che altri non eserciti i poteri derivanti dal negozio invalido o risolubile<sup>213</sup> e comunque occorre tenere conto del tenore particolarmente innovativo dell’art. 18 che, quanto agli effetti, tratta indistintamente licenziamenti ingiustificati, inefficaci e nulli<sup>214</sup>.

L’ammissibilità della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato con provvedimento *ex art. 700* cod. proc. civ. è stata altresì negata argomentandosi dall’art. 18, comma 7, St. lav. per la reintegrazione del sindacalista. Si è osservato che la previsione di un provvedimento tipico di urgenza a carattere reintegrativo a favore di determinate categorie di lavoratori escluderebbe l’utilizzo del provvedimento di urgenza per tutti gli altri<sup>215</sup>. L’obiezione a tale argomentazione mette giustamente in risalto la

---

<sup>213</sup> Cfr., in generale, MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 152 e ss. In giurisprudenza v. Tribunale Roma 2 marzo 2000, in *Lav. giur.*, 2001, p. 773, che sottolinea che in materia di lavoro le misure cautelari urgenti sono, per la maggior parte, anticipatorie degli effetti della sentenza di merito, potendo così essere utilizzate per assicurare gli effetti di una sentenza di accertamento.

<sup>214</sup> Cfr. per tutti PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, cit., p. 1060 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>215</sup> Pretura Civitavecchia, 6 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1649; Pretura Piacenza 14 luglio 1981, in *Orient. giur. lav.*, 1981; Pretura Bari 11 dicembre 1980, in *Not. Giuris. Lav.*, p. 913, p. 119; Pretura Bari 4 luglio 1980, *ibidem*, 1980, I, 2915; Pretura Torino 24 dicembre 1979, *ibidem*, 1980, p. 169; Pretura Rivarolo 11 febbraio 1978, in *Orient. giur. lav.*, 1978, p. 195; Pretura Siracusa 8 febbraio 1975, in *Foro it.*, 1975, I, 1016; Pretura Desio 3 maggio 1973, *ibidem*, 1973, p. 583; Pretura Novi Ligure 30 gennaio 1973, in *Orient. giur. lav.*, 1973, p. 147; Pretura Torino 24 gennaio 1973, *ibidem*, 1973, p. 678. In dottrina SATTA, *Provvedimento d’urgenza e rapporto di lavoro*, cit., p. 14; ARDAU, *Ilegittimità della reintegrazione del lavoratore mediante provvedimento d’urgenza*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1993; MANDRIOLI, *Reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 700 ed efficacia esecutiva della sentenza di secondo grado nel processo del lavoro*, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 309.

specialità del provvedimento cautelare tipico, posto a salvaguardia di un particolare interesse collettivo, rispetto alla cautela innominata a contenuto atipico, che pertanto troverebbe applicazione in tutte le altre ipotesi non rientranti tra quelle ipotizzate in forma tipica dall'ordinamento<sup>216</sup>.

Si è visto sopra che nel campo di applicazione della tutela reale il licenziamento illegittimo non interrompe giuridicamente il rapporto ma ne impedisce la funzionalità di fatto; da ciò consegue che l'accertamento negativo circa la giustificazione, la liceità o l'efficacia del licenziamento opera sempre *ex tunc*. Secondo una parte della giurisprudenza, posto che il procedimento *ex art. 700 cod. proc. civ.* ha il solo scopo di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito<sup>217</sup>, la continuità del rapporto non si verificherebbe a seguito dell'ordine di reintegrazione pronunciato in via d'urgenza, sicché la reintegrazione disposta con tale provvedimento avrebbe efficacia *ex nunc* e non implicherebbe la ricostituzione giuridica del rapporto di lavoro, non applicandosi le

---

<sup>216</sup> Cfr. DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., p. 463, secondo il quale proprio l'atipicità del procedimento d'urgenza vale ad escludere l'utilizzazione in materia "del già ambiguo schema, più retorico che logico, *ubi voluit dixit*". In giurisprudenza cfr. Cass. 21 gennaio 1986, n. 382, in *Giust. civ.*, 1986, p. 1703. Cfr. cap. I, par. 4.

<sup>217</sup> Cfr. Cass. 9 luglio 2004, n. 12767, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 850; Cass. 16 giugno 1998, n. 6005, in *Foro it.*, 1998, I, p. 2379; Cass. 20 gennaio 1997, n. 551, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 272, in cui si precisa che i provvedimenti d'urgenza hanno di norma il carattere dell'atipicità, nel senso che vanno adottati, secondo le circostanze allo scopo di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito, ma non devono necessariamente anticipare il prevedibile contenuto della sentenza; pertanto il provvedimento d'urgenza con cui si ordina la reintegrazione del lavoratore il cui licenziamento appaia illegittimo, non ha necessariamente contenuto ed efficacia analoghi a quelli di un ordine di reintegrazione emesso ai sensi dell'art. 18 St. lav. con la sentenza di merito.



disposizioni dettate dall'art. 18 St. lav.<sup>218</sup>. Più condivisibilmente, una volta ammessa la tutela d'urgenza anche per l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, il provvedimento emanato *ex art.* 700 cod. proc., al pari del provvedimento di reintegrazione emesso all'esito del giudizio ordinario, non può che comportare la ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro<sup>219</sup>.

## 12. La tipologia dei pregiudizi.

Anche nel licenziamento, ai fini della concessione del provvedimento d'urgenza, la sussistenza del *periculum in mora* deve essere sempre rigorosamente comprovata<sup>220</sup>, non potendo essere presunta in base all'astratta potenzialità lesiva di determinati atti datoriali o alla concezione di uno *status* di lavoratore subordinato che possieda rilevanza in quanto

---

<sup>218</sup> Cfr. Cass. 16 giugno 1998, n. 6005, in *Riv. giur. lav.*, 1999, p. 253; Pretura Frosinone 4 febbraio 1994, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 770, secondo cui il lavoratore reintegrato in via d'urgenza continua ad aver diritto al pagamento del trattamento di fine rapporto.

<sup>219</sup> Cfr. sull'intimazione di un secondo licenziamento del dipendente reintegrato nel posto di lavoro sulla base di un provvedimento cautelare Cass. 20 settembre 2005, n. 18497, in *Mass. giur. lav., Rep.*, 2005, p. 75, attesa l'efficacia di tale provvedimento, al pari del provvedimento di reintegrazione emesso all'esito del giudizio ordinario di operare la ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro da considerarsi quindi privo di soluzione di continuità; v. anche Cass. 28 gennaio 2003, n. 1254, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 493 che ha ritenuto estensibile in via analogica alla reintegrazione pronunciata *ex art.* 700 cod. proc. civ. la disposizione dettata dall'art. 18 in tema di risoluzione del rapporto di lavoro decorsi inutilmente trenta giorni dall'invito a riprendere servizio e Cass. 25 gennaio 2005, n. 1431, in *Mass. giur. lav., Rep.*, 2005, p. 75.

<sup>220</sup> Cfr. Cap. I, par. 6.

tale<sup>221</sup>, strutturando la tutela d'urgenza come una specie di *ius singulare* processuale per classi di soggetti<sup>222</sup>.

Neppure l'estinzione del rapporto di lavoro, pertanto, integra automaticamente ed in astratto gli estremi del "pregiudizio imminente ed irreparabile" necessario per l'accesso alla tutela cautelare, che, al contrario, deve essere comprovato in concreto, con specifico riferimento alla situazione di chi invoca la cautela.

L'opinione opposta<sup>223</sup> trascura le notevoli differenze tra lavoratori conseguenti alla diversa posizione professionale, economica, familiare e sociale di ciascuno.

Correttamente, quindi, si è affermato in giurisprudenza che per il pregiudizio derivante dal licenziamento del lavoratore non può escludersi la necessità della verifica del requisito del *periculum in mora*, non essendo assorbito nel fatto stesso della risoluzione del rapporto<sup>224</sup> e della

---

<sup>221</sup> Cfr. MANCINI, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, sub art. 18, cit. p. 282; HERNANDEZ, *Potere di licenziamento e tutela nel posto di lavoro*, Roma, 1979, p. 14 e ss.

<sup>222</sup> ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 125; LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 135.

<sup>223</sup> PROTO PISANI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 35-36; PROTO PISANI, *Appunti sull'esecuzione forzata*, in *Foro it.*, 1994, p. 349; CARINCI, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 1305 e ss.

<sup>224</sup> "E' necessario dedurre e provare l'esistenza di un concreto pericolo di lesione di beni non patrimoniali, non integralmente risarcibili *ex post*: Tribunale Milano 7 aprile 2005, in *Guida dir.*, 2005, p. 81; Tribunale Milano (Ord.) 7 giugno 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 1046; Tribunale Milano (Ord.) 23 giugno 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 1046; Tribunale Bari 31 maggio 2004, in *Giur. loc. Bari*, 2004; Tribunale Forlì 21 marzo 2000, in *Lav. giur.*, p. 859; sulle specifiche dettagliate e dimostrate "ragioni d'urgenza" cfr. Tribunale Roma 2 marzo 2000, in *Lav. giur.*, 2001, p. 773; Tribunale Viterbo 20 settembre 1999, in *Lav. giur.*, 2000, p. 575; Pretura Roma 13 aprile 1995, in *Notiz. giur. lav.*, 1995, p. 664; Pretura Foligno 4 agosto 1987, in *Arch. civ.*, 1988, p. 578; *contra* Tribunale Milano 13 maggio 1994, in *Gius*, 1994, p. 85; per la configurabilità del *periculum* insito nell'interruzione del rapporto in una fattispecie di licenziamento collettivo cfr. Pretura

conseguente disoccupazione del lavoratore. La sussistenza di tale requisito deve, pertanto, essere verificata in concreto in relazione all'effettiva situazione socio-economica del lavoratore, sul quale incombe l'onere di allegazioni concrete e puntuali.

Del resto se l'atto datoriale è davvero pericoloso per taluno dei beni essenziali del lavoratore, questi non ha difficoltà a dimostrarlo di volta in volta.

Nel licenziamento si possono distinguere differenti possibili pregiudizi.

A) In primo luogo, vi sono i "pericoli" derivanti dalla perdita della retribuzione. In questo caso, sarà necessario comprovare, a fronte di un licenziamento asseritamente ingiustificato, l'assenza di altri redditi adeguati che determina la funzione in concreto alimentare della retribuzione perduta<sup>225226</sup>, occorrendo specifiche allegazioni in ordine, ad esempio, alla situazione personale e familiare, alla necessità di affrontare spese

---

Milano 3 marzo 1988, in *Lavoro* 80, 1988, p. 769. Cfr. per la casistica DINI, MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, Milano, 1997.

<sup>225</sup> Cfr. cap. III, par. 1.

<sup>226</sup> Non reintegrabile per equivalente a seguito dell'ordinario giudizio di merito: Pretura Cagliari 20 agosto 1990, in *Riv. giur. sarda*, 1991, p. 460; Pretura Modena 28 febbraio 1987, in *Lavoro* 80, 1987, p. 761. Alcune pronunce hanno invece escluso la tutelabilità in via d'urgenza del danno economico conseguente a licenziamento, sulla base della superata concezione dell'aprioristica inconfigurabilità del *periculum* in presenza di somme di denaro, ritenute comunque sempre ristorabili per equivalente: cfr. Tribunale Roma 18 maggio 2000, in *Notiz. giur. lav.*, 2000, p. 527; Pretura Cagliari 20 luglio 1990, in *Riv. giur. sarda*, 1991, p. 460, che ha rigettato la domanda di reintegrazione in via d'urgenza nel posto di lavoro in quanto "il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro è di per sé risarcibile e nessun rilievo rivestono gli eventuali danni economici e allo status professionale, conseguenza soltanto indiretta del licenziamento"; Pretura Roma 23 aprile 1981, in *Orient. giur. lav.*, 1981, p. 1117; Pretura Bari 4 luglio 1980, in *Foro it.*, 1980, I, 2915; Pretura Torino 24 dicembre 1979, in *Orient. giur. lav.*, 1980, p. 169.

indilazionabili per l'abitazione, per cure mediche, per il pagamento di mutui, etc.<sup>227</sup>.

Innanzitutto occorrerà verificare se sia stato corrisposto il trattamento di fine rapporto. Se sì, sarà essenziale accertare quanti mesi di retribuzione esso "copre" e se in questo periodo si può concludere il giudizio; in caso di risposta affermativa, come fa il lavoratore ad ottenere il provvedimento *ex art. 700 cod. proc. civ.* anche se è pieno di debiti?

In applicazione di tali principi, si è ritenuta giustamente sussistente l'irreparabilità del pregiudizio di un lavoratore con cinque figli a carico e debiti documentati<sup>228</sup> e di un lavoratore che pur avendo percepito il trattamento di fine rapporto, risultava essere unico percettore di reddito nell'ambito del proprio nucleo familiare ed aveva dovuto sostenere spese mediche straordinarie per i figli<sup>229</sup>. E' stato escluso invece il *periculum in mora* in un caso in cui al lavoratore licenziato era stata accreditata una somma di denaro sufficiente a garantire le esigenze economiche familiari per un certo lasso di tempo<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> Tribunale Forlì 21 marzo 2000, in *Lav. giur.*, 2000, p. 859; Pretura Napoli 31 luglio 1997, in *Lav. giur.*, 1997, p. 849; Tribunale Roma 4 ottobre 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, p. 1041.

<sup>228</sup> Pretura Roma 23 settembre 1997, in *Lav. giur.*, 1998, p. 499; .Pretura Roma 15 settembre 1995, in *Lav. giur.*, 1996, p. 148, in cui si afferma che il lavoratore deve dimostrare il proprio stato di bisogno in relazione a sé e alla sua famiglia; cfr. altresì Pretura Milano 8 aprile 1993, in *Orient. giur. lav.*, 1993, p. 423; non è rilevante la circostanza che l'altro coniuge percepisca un modesto reddito da lavoro, tanto più se il lavoratore licenziato ha a carico figli nati da un precedente matrimonio.

<sup>229</sup> Tribunale (Ord.) S. Maria Capua Vetere 24 marzo 2005, in *Guida dir.*, 2005, p. 63.

<sup>230</sup> Tribunale Milano (Ord.) 23 giugno 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 1046; Tribunale Padova 8 maggio 2001, in *Lav. giur.*, 2001, p. 853. Cfr. altresì Tribunale Roma 2 marzo 2000, in *Lav. giur.*, 2001, p. 773, secondo cui è concretizzabile un pregiudizio imminente ed irreparabile quando la retribuzione costituisca l'unica fonte di sostentamento per il lavoratore e per la sua famiglia; Tribunale Napoli 14 ottobre 1997, in *Lav. giur.*, 1998, p. 137; Tribunale Catanzaro 1° luglio 1996, in *Notiz. giur. lav.*, 1996, p. 571; Pretura Torino 3 dicembre 1993, in *Giur. piem.*, 1993, p. 475, che rigetta l'istanza in quanto trattasi di

Non deve ritenersi automaticamente preclusa la concessione della tutela cautelare nell'ipotesi di ritardo dell'istanza rispetto al momento del fatto lesivo, purché il lavoratore dimostri rigorosamente l'attualità del pericolo<sup>231</sup>, che potrebbe essere insorto anche in una fase successiva, come ad esempio in caso di licenziamento con contestuale versamento di un cospicuo trattamento di fine rapporto che esclude la configurabilità di pregiudizi alimentari fino alla sua consumazione.

Al contrario, non possono condividersi quelle pronunce in cui vi è una astrazione generalizzata dell'esistenza del *periculum in mora*, mediante l'utilizzo di formule stereotipate e ripetitive se non addirittura clausole di stile<sup>232</sup>, in cui la concessione del provvedimento è giustificata da un non

---

retribuzione estremamente modesta correlata a prestazioni *part-time*; Pretura Roma 12 febbraio 1991, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 296. Ritiene, invece, addirittura "condizione di ammissibilità" della procedura d'urgenza la restituzione delle somme percepite a titolo di indennità di fine rapporto, Pretura Roma 30 luglio 1982, in *Orient. giur. lav.*, 1982, p. 1400; Tribunale Milano 9 dicembre 1993, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1994, p. 401, che ritiene configurabile *il periculum in mora*, "in difetto di prova contraria", presumendo che il lavoratore tragga dal lavoratore la fonte di sostentamento per sé e per la propria famiglia. Sull'irrelevanza della percezione dell'indennità di fine rapporto in quanto non avente natura alimentare, cfr. Tribunale Milano 27 gennaio 2005, in *Guida dir.*, 2005, p. 72, secondo cui la percezione delle spettanze di fine rapporto da parte del lavoratore non esclude il *periculum in mora* avendo il trattamento di fine rapporto la funzione di sopperire a necessità straordinarie del lavoratore e non alle spese correnti; Tribunale Milano (Ord.) 7 giugno 2004 in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 1046; Pretura Milano 13 marzo 1995, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 581; Tribunale Milano 9 dicembre 1993, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1994, p. 401 e ss.

<sup>231</sup> Cfr. Pretura Milano 25 novembre 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, p. 1061; vedi però Tribunale Milano (Ord.) 6 giugno 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 1045; Tribunale Milano 18 settembre 2000, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, p. 786; Tribunale Napoli 14 ottobre 1997, in *Lav. giur.*, 1998, p. 137, da cui desume l'assenza di una situazione tale da "meritare una tutela giurisdizionale urgente"; Pretura Putignano 6 ottobre 1986, in *Foro it.*, 1987, I, 2893.

<sup>232</sup> Cfr. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 192 e ss.

meglio specificato carattere alimentare insito nella retribuzione<sup>233</sup>, dalla lesione di altri diritti fondamentali del lavoratore<sup>234</sup>, quali il diritto al lavoro ex art. 4 Cost., il diritto alla formazione ed elevazione professionale di cui all'art. 35, secondo comma, Cost., o dalla lesione alla professionalità<sup>235</sup> o ancora dalle “lungaggini” del giudizio ordinario<sup>236</sup>, senza alcun riscontro concreto.

B) Una diversa tipologia di pregiudizi ipotizzabili concerne quelli derivanti dal mancato ingresso in azienda, ossia il mancato esercizio dei

---

<sup>233</sup> Pretura Matera 20 ottobre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 907; Pretura Milano 6 maggio 1989, in *Orient. giur. lav.*, 1989, p. 709; Pretura Milano 11 dicembre 1985, in *Lavoro 80*, 1986, p. 120; Pretura Roma 7 gennaio 1983, in *Società*, 1983, p. 1453; Pretura Milano 29 dicembre 1982, in *Lavoro 80*, 1983, p. 150; Pretura Milano 4 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 817; Pretura Palermo 17 novembre 1979, in *Foro it.*, 1981, 891.

<sup>234</sup> Cfr. Tribunale Reggio Calabria, 9 settembre 2003, in *Giur. mer.*, 2004, p. 794; Pretura Lecco 2 giugno 1995, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 1023; Tribunale Milano 9 dicembre 1993, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1994, p. 401, secondo cui l'allontanamento dal posto di lavoro arreca notoriamente un danno anche psicologico con effetti sociali e professionali non riparabili mediante risarcimento economico; Pretura Venezia 20 febbraio 1987, in *Lavoro 80*, 1987, p. 761; Pretura Milano 11 dicembre 1985, in *Lavoro 80*, 1986, p. 120; Pretura Milano 27 luglio 1985, in *Lavoro 80*, 1985, p. 1115; Pretura Roma 21 settembre 1984, in *Lavoro 80*, 1984, p. 1122; Pretura Modugno 7 ottobre 1983, in *Lav. pubb. amm.*, 1983, p. 2336; Pretura Milano 29 dicembre 1982, in *Lavoro 80*, 1983, p. 150.

<sup>235</sup> Cfr., per l'orientamento che riconosce un pregiudizio professionale intrinseco alla vicenda risolutiva e configura il *periculum in re ipsa*, Tribunale Reggio Calabria 9 settembre 2003, in *Giur. mer.*, 2004, p. 794; Pretura Bologna 8 agosto 1996, in *Lav. giur.*, 1997, p. 131; Tribunale Napoli 10 aprile 1995, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, p. 897; *Contra* Tribunale Forlì 21 marzo 2000, in *Lav. giur.*, 2000, p. 859; Tribunale Roma 4 ottobre 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, p. 1041. Vedi altresì Cass. 13 luglio 2002, n. 10203, in *Dir. lav.*, 2002, II, p. 313, secondo cui il danno alla professionalità “può realizzarsi con modalità ed in termini del tutto differenziati in ragione di ogni singola posizione lavorativa”.

<sup>236</sup> Cfr. Pretura Vibo Valentia 26 aprile 1991, in *Giur. mer.*, 1991, p. 974.

diritti sindacali<sup>237</sup>, o l'interruzione delle relazioni interne all'ambiente di lavoro<sup>238</sup>, o l'impossibilità di utilizzo dei servizi aziendali (mensa, trasporto, sale ricreative, impianti sportivi, ecc.)<sup>239</sup>.

C) La giurisprudenza individua inoltre i pregiudizi derivanti dal mancato svolgimento del lavoro, sulla base della lesione di un diritto-dovere al lavoro *ex art. 4 della Costituzione*<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> TARUFFO, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, cit., p. 800 e ss.

<sup>238</sup> Cfr. Tribunale Ravenna (ord.) 12 giugno 2006, in *Lav. giur.*, 2006, p. 993, in motivazione.

<sup>239</sup> Tribunale Latina 5 dicembre 1997, in *Foro it.*, 1999, p. 2117.; Pretura Biella 7 febbraio 1987, in *Riv. giur. lav.* 1980, p. 393.

<sup>240</sup> Cfr. Tribunale Ravenna (ord.) 12 giugno 2006, in *Lav. giur.*, 2006, p. 993; Pretura Milano 13 aprile 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, p. 952; Tribunale Milano 1 luglio 1980, in *Lavoro 80*, 1981, p. 227. In dottrina, per la sussistenza di un diritto del lavoratore all'effettivo svolgimento della prestazione, cfr. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1994, p. 217-218; SANTORO PASSARELLI, *Intervento*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Milano, 1979, p. 129 e ss.; DE ANGELIS, *Considerazioni sul diritto del lavoro e sulla sua tutela*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, p. 223 e ss.; MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., p. 242 e ss.; CHIARLONI, *Dal diritto alla retribuzione al diritto a lavorare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1471 e ss.; Cfr. SPEZIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in Barbieri, Macario, Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano, 2004, p. 89, il quale afferma che lo svolgimento della prestazione lavorativa "non è soltanto l'esecuzione di un obbligo nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive, ma è anche un mezzo di espressione della personalità del dipendente ... connesso a diritti fondamentali, tra i quali la libertà di espressione nel luogo di lavoro, la libertà di costituire associazioni sindacali, di svolgere attività sindacale e di esercitare i diritti garantiti dallo Statuto dei lavoratori". *Contra* GRANDI, *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico critiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, p. 33, secondo cui "a smentire la tesi etico-giuridica del diritto alla reintegrazione come pretesa (in qualche modo) connessa alla tutela della personalità stanno i limiti oggettivi e soggettivi previsti alla sua estensione, limiti che si giustificano con il carattere di relatività dei paradigmi sanzionatori di attuazione del diritto del lavoro (art. 4 Cost.). La tesi che afferma un

D) Non possono escludersi, inoltre, i “pericoli” derivanti dal mancato svolgimento delle mansioni. Dal licenziamento illegittimo nell’area della stabilità reale<sup>241</sup> può infatti scaturire un *periculum* alla professionalità del lavoratore<sup>242</sup>. In alcune decisioni si riscontra un’autonoma rilevanza del *periculum* in esame, affermandosi che ai fini della concessione della tutela cautelare è necessario esaminare non solo “l’aspetto retributivo”, ma anche l’interesse del lavoratore a rendere la propria prestazione lavorativa, “sia per la sua dignità che per la possibile perdita di professionalità”<sup>243</sup>, intesa come elemento del più ampio bagaglio di conoscenze dell’individuo<sup>244</sup>, suscettibile di essere pregiudicata a seguito di una forzata inattività oppure di un’estromissione dai percorsi di formazione professionale<sup>245</sup>, nonché considerata per il suo rilievo relazionale<sup>246</sup>.

---

generale diritto del lavoratore all’effettivo svolgimento della prestazione lavorativa non può essere desunta neppure dalla disciplina dei licenziamenti illegittimi sottoposti a sanzione reale, la quale conferma semmai che la persistenza del rapporto senza svolgimento della prestazione rifiutata dal lavoratore comporta, ai sensi dell’art. 18 St. lav., “un’indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quella dell’effettiva reintegrazione”, cosicché il lavoratore licenziato illegittimamente si trova nella stessa situazione del lavoratore in servizio, potendo pretendere dal datore di lavoro solo la conservazione del reddito, essendo questa la conseguenza predeterminata dal legislatore della mancata utilizzazione, così VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 119. Cfr. cap. V, par. 17.

<sup>241</sup> Vedi però Tribunale Napoli 7 maggio 2002, in *Notiz. giur. lav.*, 2002, p. 729, che ha ritenuto ammissibile il ricorso del lavoratore di un dirigente di banca che non beneficiava della tutela reale, poi rigettato per carenza di prova del *periculum* “in assenza di puntuali allegazioni circa l’effettiva situazione socio-economica personale e familiare e di specifiche argomentazioni sul danno alla professionalità e all’immagine”.

<sup>242</sup> Cfr. cap. V, par. II.

<sup>243</sup> Cfr. Pretura Roma 11 luglio 1996, in *Lav. giur.*, 1996, p. 1035; *contra* Pretura Cagliari 20 luglio 1990, in *Riv. giur. sarda*, 1992, p. 138, che considera gli eventuali danni allo *status* professionale “conseguenza soltanto indiretta del licenziamento”.

<sup>244</sup> Cfr. Tribunale Roma 30 giugno 1995, in *Gius.*, 1995, p. 3877.

<sup>245</sup> Cfr. Tribunale Milano 1° dicembre 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 87.

<sup>246</sup> Cfr. Pretura Bologna 11 maggio 1978, in *Riv. giur. lav.*, 1979, p. 414.



E) Ulteriori possibili pregiudizi potrebbero derivare altresì dal licenziamento disciplinare, sia dalla mancata osservanza del relativo procedimento, sia dalla motivazione in sé del licenziamento, sia “esistenziali”.

Il procedimento disciplinare costituisce infatti una inderogabile garanzia della dignità della persona del lavoratore<sup>247</sup> e proprio l’esigenza di tutelare la persona del lavoratore, nella professionalità, nel decoro e nell’immagine, ha determinato, da ultimo, l’estensione delle garanzie di incolpazione e di contraddittorio previste dal secondo e terzo comma dell’art. 7 Stat. lav. a tutti i dirigenti, indipendentemente dalla posizione che occupano nella gerarchia aziendale<sup>248</sup>. Tali garanzie incidono direttamente “sulla sfera morale e professionale del lavoratore”<sup>249</sup> e quindi sono strumentali alla salvaguardia di diritti assoluti della persona<sup>250</sup>, potendone ledere il decoro, la dignità e anche la sua immagine in modo irreversibile.

Sotto un diverso profilo, già la stessa apertura del procedimento disciplinare può determinare una situazione di discredito, che spesso è irreversibile. Si pensi, ad esempio, all’invio della lettera di contestazione ad un dirigente che rivesta una elevata posizione o ad un caposquadra ed alla perdita di prestigio nei confronti dei sottoposti. E’ chiaro che in tali ipotesi il datore di lavoro sta esercitando legittimamente il potere disciplinare e, pertanto, a meno che non vi sia un carattere ingiurioso della contestazione, il pregiudizio non potrà essere eliminato.

Altro problema delicato è quello delle accuse infamanti: il ricorrente potrebbe agevolmente dimostrare il pregiudizio irreparabile a danno della

---

<sup>247</sup> Cfr. PERSIANI, *Il licenziamento del dirigente tra perdita di fiducia e inadempimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1179.

<sup>248</sup> Cfr. Cass. Sezioni Unite 30 marzo 2007, n. 7880, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 453.

<sup>249</sup> Cfr. Corte cost.le 25 luglio 1989, n. 427, in *Foro it.*, 1989, I, p. 2685.

<sup>250</sup> Cfr. PISANI, *Licenziamento disciplinare dei dirigenti: tutela procedimentale e sanzione d’area*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 461 e ss.

sua reputazione, se gli effetti del licenziamento non fossero immediatamente sospesi. Invero, l'accusa disciplinare potrebbe costituire un pregiudizio per la personalità morale del lavoratore, nonché, per le qualifiche più elevate, una immediata perdita di prestigio, che potrebbe essere definitiva.

Si pensi all'ipotesi in cui la contestazione dell'addebito sia accompagnata da superflue e ulteriori comunicazioni, o quando la motivazione sia corredata da particolari inutili o inutilmente screditanti, oppure quando le modalità della contestazione siano, per forma o tempi, tali da andare oltre l'effetto proprio del recesso e tutto ciò avvenga in un piccolo centro o in un ambiente lavorativo "ristretto". Non potrebbe escludersi neppure un pregiudizio irreparabile alla integrità psico-fisica del lavoratore, qualora, ad esempio, ne derivi un grave stato depressivo.

Il licenziamento disciplinare potrebbe, inoltre, essere fonte di un pregiudizio irreparabile alla sfera privata del lavoratore, in cui potrebbero venire in rilievo i pregiudizi alla vita di relazione dello stesso, consistenti nelle alterazioni delle sue abitudini o scelte di vita (c.d. danno "esistenziale").

### **13. Il problema della coercibilità dell'ordine di reintegrazione.**

Tutti i pregiudizi irreparabili astrattamente ipotizzabili nel licenziamento sarebbero facilmente eliminabili se il contenuto del provvedimento d'urgenza riguardasse obblighi eseguibili coattivamente.

Come si è visto in precedenza<sup>251</sup>, nel nostro ordinamento gli obblighi infungibili di fare e di non fare non dispongono di alcuna tecnica di tutela specifica. Di qui la regola generale "non disconoscibile da parte del giurista positivo"<sup>252</sup> dell'assoluta incoercibilità degli obblighi di fare infungibili.

---

<sup>251</sup> Cfr. Cap. II, par. 2.

<sup>252</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 10; GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., pp. 324-331, 375;

A questo principio non sembra fare eccezione neppure l'ordine di reintegrazione previsto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Si è osservato che ciò che stride con le vedute classiche, ancor prima degli sviluppi processuali, è la considerazione dell'imprenditore "nell'insolita veste dell'obligato a fare, alla prestazione di "fare" nel senso dell'attuazione del rapporto e della restituzione del lavoratore alle mansioni"<sup>253</sup>. L'attività del creditore strumentale all'adempimento è infatti sempre stata qualificata, nella dottrina tradizionale dell'obbligazione, come un mero onere di cooperazione<sup>254</sup>.

Punto di partenza è necessariamente l'individuazione delle caratteristiche proprie della prestazione lavorativa<sup>255</sup>. L'opinione prevalente

---

GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, p. 1080; GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, cit., MONTELEONE, *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 180; TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., pp. 94-101, 106.

<sup>253</sup> MONTESANO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 125.

<sup>254</sup> GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 72 e ss. p. 107; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1967.

<sup>255</sup> Sulle questioni della individuazione della complessità della prestazione, cfr. MENGONI, *Obbligazione di risultato e obbligazione di mezzi*, I, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 185; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 51 e ss.; sul comportamento dovuto in termini di rapporto "complesso" e sul collegamento funzionale e strutturale tra esigenze "oggettive" dell'organizzazione e rapporto di lavoro subordinato cfr. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., p. 183 e ss.. Sulla categoria dell'obbligazione come rapporto complesso, nell'ambito di quella che è stata definita "la ricostruzione moderna del rapporto obbligatorio", in base alla quale l'obbligazione non è un rapporto lineare a struttura lineare ai cui poli si situano il debito dal lato passivo e il credito dal lato attivo, bensì una struttura complessa nella quale al nucleo costituito dall'obbligo di prestazione accede una serie di obbligazioni collaterali e accessorie, la cui funzione complessiva è di "pilotare" il rapporto obbligatorio verso quel risultato integralmente utile che esso è di per sé volto a realizzare, cfr. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazione di mezzi*, cit., p. 193; CASTRONOVO, "Obblighi di protezione" (voce), in *Encl. Giur- Treccani*, Roma,

qualifica tale prestazione quale obbligazione di fare, consistente in un contegno attivo, “l’erogazione delle energie lavorative”, e quindi nella concreta esecuzione del lavoro e non nella semplice offerta della disponibilità a prestare, in conformità al potere direttivo esercitato dal datore di lavoro<sup>256</sup>.

Le caratteristiche della prestazione lavorativa quale obbligazione di fare consentono di individuare il contenuto dell’attività di cooperazione del datore di lavoro, che ha un contenuto assai più complesso del mero atteggiamento passivo di ricevimento<sup>257</sup>.

---

1990, p. 1 e per un’analisi della questione cfr. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004, p. 89 e ss.

<sup>256</sup> MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, Milano, 1965, p. 432 e ss.; GRANDI, voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. del diritto*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 335; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 41; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 17 ss., PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., p. 261; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p. 50; MAGRINI, voce: *Lavoro (contratto individuale)*, in *Enc. del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 379; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1969, III, p. 765; GHERA, *Intervento*, in *Il lavoro, i lavori*, in *Lav. dir.*, 1988, p. 572; BALLETTI, *La cooperazione del datore all’adempimento dell’obbligazione di lavoro*, Padova, 1990, p. 46 e ss. - 56 e ss.; *contra* SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, in *Enc. giur. lav.*, Padova, 1982, p. 95 e ss.

<sup>257</sup> Il mero atteggiamento passivo di ricevimento è tipico, ad esempio, del creditore di una obbligazione pecuniaria. Nel senso di cui al testo, cfr. DELL’OLIO, *Licenziamento, reintegrazione, risarcimento, retribuzione*, in *Mass. giur. lav.*, 1979, p. 517. In genere nelle obbligazioni di fare la cooperazione creditoria “non può essere ricondotta ad un comportamento tipico, qual è l’*acceptio* della cosa dovuta, ma può consistere in atti di natura molto varia”, CATTANEO, *La cooperazione del creditore all’adempimento*, Milano, 1964, 1973, p. 22; BALLETTI, *La cooperazione del datore all’adempimento dell’obbligazione di lavoro*, cit., p. 53 ss., 68.

Innanzitutto, nel lavoro subordinato la prestazione viene organizzata dal creditore della medesima<sup>258</sup>. L'elemento materiale indispensabile per l'esecuzione dell'obbligazione, e che ne costituisce il "substrato" oggettivo, acquisisce una particolare rilevanza nel lavoro subordinato<sup>259</sup>. La messa a disposizione del substrato, tuttavia, non esaurisce l'attività di cooperazione creditoria: nelle obbligazione di fare in genere è necessaria una ulteriore attività di collaborazione del soggetto attivo, che consiste nel mettere in relazione la "prontezza ad adempiere" del debitore con la "porzione di mondo esterno" su cui egli deve operare<sup>260</sup>.

Nel rapporto di lavoro il collegamento tra elemento soggettivo e oggettivo avviene, in primo luogo, mediante l'attività cooperativa necessaria ad iniziare la prestazione, e cioè consentire l'accesso del lavoratore nel luogo di adempimento; predisporre il materiale occorrente per lo svolgimento del lavoro; consegnare o mettere a disposizione i macchinari o gli strumenti<sup>261</sup>.

Per rendere possibile l'adempimento dell'obbligazione lavorativa, il datore di lavoro deve, inoltre, assicurare le condizioni materiali e tecniche, mantenendo idoneo lo stato dei locali dove essa viene effettuata e garantendo la continuità del lavoro<sup>262</sup>.

---

<sup>258</sup> RIVA SANSEVERINO, *Lavoro (disciplina delle attività professionali – Lavoro nell'impresa)*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja – Branca, Bologna, 1986, p. 417; GHERA-LISO, voce: *Mora del creditore*, in *Enc. del diritto*, vol. XXVI, Milano, 1976, pp. 981-982; GRANDI, voce: *Rapporto di lavoro*, cit., p. 329 e ss., GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 56.

<sup>259</sup> GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 53 e ss.; NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 198.

<sup>260</sup> GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 56.

<sup>261</sup> GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 30.

<sup>262</sup> GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 31; GHERA-LISO, voce: *Mora del creditore*, cit., pp. 977-981; BALLETTI *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, cit., p. 68; NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 198 e ss.

Vi è poi la concreta determinazione del contenuto delle singole prestazioni che avviene con la specificazione o la scelta delle mansioni che devono essere effettuate, in relazione al tempo, al luogo, alla materia prima ed alle modalità di esecuzione del lavoro, nonché con l'individuazione delle disposizioni tecniche necessarie ad eseguirle, come, ad esempio, i tempi di lavoro e il rispetto delle regole necessarie ad integrare la singola prestazione con quella degli altri dipendenti<sup>263</sup>. Se, soprattutto con riferimento al lavoro nell'impresa, la cooperazione del datore di lavoro si sostanzia generalmente in atti che sono precedenti all'esecuzione della prestazione<sup>264</sup>, in alcune ipotesi, tuttavia, la cooperazione creditoria si svolge contemporaneamente all'adempimento dell'obbligazione lavorativa. Si pensi, ad esempio, nel caso di macchinari a cui è addetto il dipendente che funzionano nello stesso momento in cui egli svolge la prestazione.

Date queste premesse, l'orientamento prevalente non poteva, dunque, che orientarsi nel senso di includere l'obbligo imposto dal giudice al datore di lavoro di "reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro" (art. 18, comma 1, Stat. lav.), ordine altrimenti impronunciabile, nella categoria degli

---

<sup>263</sup> GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 31; GHERA-LISO, voce: *Mora del creditore*, cit., p. 977; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., pp. 1969, 765-766; BALLETTI, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, cit., p. 46 e ss.; GRANDI, voce: *Rapporto di lavoro*, cit., p. 330 e ss.; 1987; DELL'OLIO, *Licenziamento, reintegrazione, risarcimento, retribuzione*, cit., p. 518.

<sup>264</sup> GHERA-LISO, voce: *Mora del creditore*, cit., p. 979; L'individuazione del concorso del datore di lavoro nell'adempimento della prestazione lavorativa non deve essere effettuata con riferimento all'insieme coordinato di tutte le prestazioni lavorative che si svolgono nell'impresa, bensì alla singola prestazione. Ad esempio, la collaborazione consistente nella determinazione delle mansioni da eseguire e nell'emanazione delle direttive tecniche necessarie, deve essere riferita alla singola prestazione dedotta nel rapporto e non con riguardo all'insieme delle attività lavorative. Cfr. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 20 ss.; GHERA-LISO, voce: *Mora del creditore*, cit., p. 982 e ss.; BALLETTI, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, cit., p. 42 e ss., p. 58-59.

obblighi infungibili<sup>265</sup>. La conferma sistematica di questa interpretazione è stata vista nella espressa disciplina della conseguenza (pagamento

---

<sup>265</sup> Cfr. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, p. 192; SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 514; PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993, p. 57, che definisce l'esecuzione coattiva della reintegra "una soluzione impositiva che è inimmaginabile fin quando le imprese, private o in mano pubblica ... siano rette con le regole del diritto privato e non da funzionari *de facto e de jure* di stato; GHERA, *Le sanzioni civili nel lavoro subordinato*, cit., pp. 324-331; GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, cit., pp. 1083-1086; GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, pp. 635-636; DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., pp. 434-435; MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., pp. 526-527; MAGRINI, *Intervento*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Milano, 1979, p. 97 ss.; FAZZALARI, *Una certa maniera di sentenziare*, p. 392 e ss.; PROSPERETTI, *Sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1971, p. 177; ARDAU, *Equivoci sulla causa del contratto di lavoro e sulla reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Orient. giur. lav.*, 1974, p. 1128; HERNANDEZ, *Potere di licenziamento e tutela del posto di lavoro*, cit., p. 19; MONTELEONE, *Sulla pretesa esecuzione specifica dell'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Giur. It.*, 1979, I, 181. In giurisprudenza, cfr. Cass. 4 febbraio 1993, n. 1360, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 233; Cass. 20 settembre 1990, n. 9584, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, p. 248, secondo cui "mentre l'esecuzione specifica è possibile per le obbligazioni di fare di natura fungibile, la reintegrazione comporta non soltanto la riammissione del lavoratore in azienda (e cioè un comportamento riconducibile ad un semplice *patti*) ma anche un indispensabile e insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo funzionale consistente, fra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione"; Cass. 4 settembre 1990, n. 9125, in *Mass. Giur. lav.*, 1990, p. 559, nell'ambito di un procedimento di repressione di condotta antisindacale; Cass. 19 febbraio 1990, n. 1205, in *Foro it.*, 1991, I, p. 884; Cass. 11 gennaio 1990, n. 46, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 947, secondo cui l'ordine di reintegra non è suscettibile di esecuzione forzata perché richiede "un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo-funzionale, consistente nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione"; Cass. 15 dicembre 1989, n. 5647, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2931; Cass. Sezioni Unite, 13 aprile 1988, n. 2925, in *Foro it.*, 1988, p. 1493; Cass. 11 gennaio 1988, n. 112, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 1071; Cass. 20

dell'indennità commisurata alla retribuzione) dell'omesso invito a riprendere servizio<sup>266</sup>, quantomeno in relazione al nucleo essenziale di questo obbligo di fare "complesso"<sup>267</sup>, consistente nel far riprendere al lavoratore l'esecuzione della prestazione lavorativa<sup>268</sup>.

E' evidente, infatti, che a tale fine è indispensabile la necessaria cooperazione del datore di lavoro che si deve estrinsecare in atti di esercizio del potere direttivo, del potere di conformazione e del potere di organizzazione della prestazione. Si tratta di comportamenti del datore o dei suoi dirigenti tipicamente rivolti non solo alla "riattivazione" della prestazione lavorativa del dipendente reintegrato, ma, inoltre, al suo reinserimento nell'organizzazione e, quindi, al suo coordinamento con le altre prestazioni: ad esempio, l'esercizio del potere di conformazione, consistente nella scelta delle singole mansioni da far svolgere nell'ambito della più ampia prestazione dedotta in contratto; oppure l'esercizio del potere direttivo, come le istruzioni per lo svolgimento dei singoli compiti lavorativi, ovvero l'emanazione di disposizioni dirette al coordinamento

---

ottobre 1987, n. 7733, in *Mass. giur. lav.*, 1988, p. 93; Cass. 13 aprile 1985, n. 2458, in *Foro it.*, 1986, I, 1655, che ha affermato l'impossibilità di ottenere coattivamente l'esecuzione di un *facere* infungibile, puntualizzando però che l'impossibilità di esecuzione specifica non esclude l'operatività degli effetti realizzabili senza la collaborazione del datore di lavoro, quali la ricostruzione della posizione previdenziale e assistenziale; Cass. 19 novembre 1984, n. 5906, in *Foro it.*, 1985, I, 1102; Cass. Sezioni Unite, 13 febbraio 1984, n. 1073, in *Mass. Giur. lav.*, 1984; Cass. Sezioni Unite 15 marzo 1982, n. 1669, in *Foro it.*, 1982, I, 985 p. 8; Cass. 20 gennaio 1978, n. 262, in *Riv. Giur. Lav.*, 1978, II, p. 58; Tribunale Venezia 12 marzo 2002, in *Foro It.*, 2002, I, 2914, che ha dichiarato la nullità del precetto che conteneva genericamente l'ordine di provvedere alla reintegra nel posto di lavoro.

<sup>266</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 70.

<sup>267</sup> GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, cit., p. 1083; D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit. pp. 184 ss.

<sup>268</sup> "Reintegrare effettivamente significa riammettere il lavoratore in azienda per utilizzarne normalmente la prestazione: nulla di più e nulla di meno", così D'ANTONA, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *Foro It.*, 1990, V, p. 362.



spazio-temporale della prestazione stessa (es. trasferimento, trasferte, distacchi); l'esercizio del potere di controllo; eventuale esercizio dello *jus variandi*, come l'adibizione a mansioni equivalenti a quelle ultime effettivamente svolte<sup>269</sup>.

Tali attività, inerendo al potere organizzativo del datore di lavoro, sono da ritenere tipicamente infungibili, in quanto attinenti alla sfera di libertà dello stesso datore di lavoro<sup>270</sup>. Pertanto è stato sostenuto che è la natura intrinsecamente esclusiva del potere organizzativo, cui l'obbligo di reintegrare nel posto di lavoro accede, a rendere quest'ultimo incoercibile<sup>271</sup>

Ci troviamo di fronte, in sostanza, ad un obbligo, quello di reintegrazione, il cui oggetto consiste nell'esercizio di poteri da parte dell'obbligato e cioè il datore di lavoro. Già da questa semplice considerazione è agevolmente intuibile la incoercibilità di tale ordine, poiché il potere organizzativo *ex art. 2104 cod. civ.* è riservato agli imprenditori ed ai suoi collaboratori gerarchici<sup>272</sup>.

A sostegno della suddetta conclusione sono stati inoltre avanzati ulteriori convincenti argomenti.

In primo luogo, si è sostenuto che una surroga dell'imprenditore, secondo lo schema previsto dall'art. 2931 cod. civ., comporterebbe

---

<sup>269</sup> Cfr. per tutti PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., p. 175 e ss. e 267 e ss.; GIUGNI, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 272 e ss.; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit.; PISANI, *La modificazione delle mansioni*, cit., p. 140 e ss.

<sup>270</sup> Cfr. in generale MENGONI, *Intervento*, cit., p. 151 e ss., secondo il quale i diritti costituzionalmente protetti possono "venire in considerazione anche come criteri di infungibilità della prestazione dovuta, e quindi di esclusione dell'attuazione esecuzione in forma specifica". Le attività necessarie a rendere possibile la prestazione di lavoro, secondo Mengoni, sono infungibili non per loro natura, "bensì perché ineriscono essenzialmente a un diritto fondamentale di libertà costituzionalmente garantito, quale la libertà di organizzazione e di gestione dell'impresa".

<sup>271</sup> GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, cit., p. 1084.

<sup>272</sup> GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, cit., p. 1083.

espropriare l'imprenditore della prerogativa dell'organizzazione del lavoro, in violazione dell'art. 41 Cost.

Inoltre, si è affermato che l'adempimento dell'obbligo di reintegrazione in un rapporto di durata è necessariamente continuativo nel tempo, mentre l'eventuale esecuzione specifica dovrebbe necessariamente essere istantanea<sup>273</sup>. Senza dire che la riammissione nell'azienda del lavoratore non è mai fine a sé stessa, ma è finalizzata all'utilizzazione della prestazione<sup>274</sup>.

E' innegabile che, proprio con riferimento alla fattispecie in esame, emerga la tensione all'adempimento in natura, poiché non può dubitarsi che anche il creditore sia portatore di un interesse "esistenziale" che non può essere adeguatamente soddisfatto con un equivalente monetario<sup>275276</sup>. Anche questo interesse c.d. "esistenziale" si è molto depotenziato dopo l'introduzione della indennità sostitutiva alla reintegrazione che ha

---

<sup>273</sup> D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 207 ss.

<sup>274</sup> TARZIA, *Intervento*, in SANTONI (a cura di), *La tutela dei provvedimenti di reintegrazione nel posto di lavoro*, Milano, 1983, pp. 33 ss.

<sup>275</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 10-11. Cfr. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 4, secondo il quale "la tutela reintegratoria del posto di lavoro non può non essere sentita come la tutela dell'insieme delle posizioni di vantaggio fruibili nel posto di lavoro; ed è evidente che la *fictio* della continuità giuridica (degli effetti patrimoniali) del rapporto, senza che a ciò corrisponda una effettiva reintegrazione nell'azienda, si dimostra a questo scopo del tutto inadeguata".

<sup>276</sup> Il processo deve fornire al soggetto per quanto è possibile "tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire" secondo l'insegnamento di CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 81. Sullo spostamento delle tutele dal diritto all'indennità al diritto allo stesso bene, cfr. da ultimo ZOLI, *Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro*, in Macario, Trisorio Luzzi (a cura di) *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano, 2004, p. 315.

“monetizzato” questi profili personalistici del debito gravante sul lavoratore, forse troppo enfatizzati da una parte della dottrina<sup>277</sup>.

Alla luce delle suesposte considerazioni risultano ad ogni modo non condivisibili le isolate opinioni che ritengono invece eseguibile coattivamente perfino il nucleo essenziale dell’obbligo di reintegrazione, e cioè il far riprendere al lavoratore l’esecuzione della prestazione lavorativa<sup>278</sup>.

---

<sup>277</sup> Cfr. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1195, il quale afferma che la previsione di un’indennità sostitutiva della reintegrazione ha confermato che “il posto di lavoro ha un prezzo”.

<sup>278</sup> Cfr. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, cit., p. 1020-1101, il quale afferma che il principio della incoercibilità specifica degli obblighi di fare infungibili assume in concreto un ruolo di convalidazione del privilegio dei *beati possidents*. “La cagione reale del sorgere dell’espropriazione forzata dipende sempre da una infungibilità di qualche tipo, intesa come impossibilità di sostituire a proprio comando le cose dovute con altre (p. 1073)”, impossibilità che distingue sempre il non abbiente dall’abbiente. Il limite dell’incoercibilità “lungi dall’essere giuridico è esclusivamente politico-economico dipendendo la sua efficacia dalle condizioni materiali di esistenza del soggetto vincolato”. Cfr. altresì D’AURIA, *Esecuzione di provvedimenti cautelari e reintegrazione d’urgenza nel posto di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1979, II, p. 1066 e ss. il quale rileva come nessuna delle prestazioni strumentali od accessorie sia non eseguibile forzatamente, l’imprenditore potendo essere surrogato dall’ufficiale giudiziario e/o ausiliari di giustizia nelle operazioni tecniche ed amministrative che si rendono necessarie a riammettere il lavoratore nella condizione giuridica ed economica di dipendente, a restituirgli gli strumenti di lavoro e reinserirlo nel ciclo produttivo aziendale. Rimarrebbe ineseguibile la “dimensione continuativa della reintegrazione, vale a dire tutte quelle attività di direzione, di organizzazione ed anche più strettamente burocratiche” necessarie a riammettere il lavoratore nella condizione giuridica ed economica di dipendente nel rispetto dei principi costituzionali e delle norme legislative e contrattuali.

In giurisprudenza, per la coercibilità dell’ordine, v. Pretura Milano 26 novembre 1992, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1993, p. 449, che attribuisce all’ufficiale giudiziario, ove necessario con l’assistenza della forza pubblica, di specifici poteri di controllo circa l’affidamento delle mansioni originarie del dipendente reintegrato; Pretura Roma 12 marzo 1992, in *Dir. lav.*, II, p. 269; Pretura Milano 13 ottobre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, 3040; Pretura Abbiategrasso 29 ottobre 1973, in *Dir. lav.*, 1974, II, p. 347; Pretura Como 2 aprile 1982, in *Orient. giur.*

Si è prospettato al riguardo che potrebbe mancare in concreto l'infungibilità dell'attività datoriale di cooperazione all'adempimento nei casi di c.d. spersonalizzazione della organizzazione del lavoro nelle grandi imprese<sup>279</sup>.

Ma a ciò si può replicare che l'attività di cooperazione creditoria nelle grandi imprese, venendo svolta dai collaboratori gerarchici dell'imprenditore (art. 2086 cod. civ., art. 2104 cod. civ.), non perde, per il fatto di essere svolta in modo delegato, il suo carattere di infungibilità, perché neppure il dirigente e/o il collaboratore dell'imprenditore può essere surrogabile nell'anzidetta attività di cooperazione creditoria.

Per sostenere la tesi qui criticata si è altresì sostenuto che la insostituibilità del datore di lavoro, "derivante dal suo *intuitus personae*", per adottare i necessari adempimenti al fine di rendere possibile la reintegra del lavoratore, non sussisterebbe quando l'attività produttiva segue ritmi preordinati e ciclici, in cui le decisioni da adottare "sia per ciò che riguarda le materie prime, sia per quanto riguarda il personale, si risolvono in

---

*lav.*, 1982, p. 1022, che ammette la coercibilità solo nei confronti delle persone giuridiche; Pretura Bologna 28 novembre 1981, in *Lav.* '80, 1983, p. 128; Pretura Padova 17 marzo 1980, in *Foro it.*, 1980, I, 1779; Pretura Biella 7 febbraio 1980, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, p. 393; Pretura Roma 25 agosto 1979, in *Foro it.*, 1979, I, 2132, in cui, in sede di disciplina delle modalità di esecuzione, si è demandato ad un esperto, sotto la sorveglianza di un ufficiale giudiziario, il compimento di tutte le attività materiali necessarie affinché, tutti i giorni lavorativi e per l'intero orario di ciascun giorno, ognuno dei lavoratori potesse disimpegnare effettivamente e continuativamente quelle stesse mansioni cui era adibito al momento del licenziamento e fino all'"effettiva reintegra".

<sup>279</sup> GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta*, cit. p. 1084; ROMAGNOLI, *Autorità e democrazia in azienda – teorie giuridiche e politiche*, in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, 1974, p. 109 e ss. Cfr. altresì ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1049, ove si ravvisano nella posizione giuridica del lavoratore elementi di realtà, tali da consentire una tutela in *executivis* per rilascio del posto di lavoro ex art. 605 cod. proc. civ..

procedure automatiche esterne al vertice aziendale”<sup>280</sup>. Ma c’è da pensare che questa tesi equipari l’uomo alla macchina: quest’ultima può essere magari programmata e poi magari ogni tanto controllata; per la persona non è ovviamente così semplice, se deve essere eterodiretta dall’imprenditore, al quale, come si è già detto, è riservato il potere organizzativo, poiché “necessariamente coordinato alla collaborazione cui è tipicamente (art. 2094 cod. civ.) finalizzata la prestazione del lavoratore subordinato”<sup>281</sup>.

Inoltre, la risposta al quesito sulla fungibilità o infungibilità dell’attività di reintegra a seconda della sussistenza o no di eventuali “elementi fiduciari”, che portino ad escludere la possibilità di eseguire in forma specifica l’ordine di reintegrazione<sup>282</sup>, suscita qualche perplessità. A

---

<sup>280</sup> RENNA, *L’esecuzione specifica dell’ordine di reintegrazione*, Bari, 1984, p. 70. Cfr. altresì ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 341, il quale, esclude qualsiasi impossibilità naturale in sede di coercibilità in forma specifica dell’obbligo di reintegra in tutte le ipotesi di spersonalizzazione delle posizioni soggettive del rapporto di lavoro, “cioè laddove o la dimensione dell’impresa ovvero il concreto contenuto del rapporto di lavoro escludano qualsiasi *intuitus personae*, inteso come elemento personale o fiduciario”. In giurisprudenza si è ritenuta sempre ammissibile la “reimmissione” forzata del lavoratore nel luogo di lavoro e, invece, dipendente dalla misura in cui può essere sostituita, nelle varie fattispecie concrete, l’attività di collaborazione del datore di lavoro, la “reimmissione nel posto di lavoro”, intesa come esercizio effettivo dell’attività lavorativa: Pretura Milano 13 ottobre 1983, in *Lavoro* 80, 1984, p. 338.

<sup>281</sup> Così GHERA, *L’esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, cit., pp. 1084-1085.

<sup>282</sup> Cfr. ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 341, il quale ammette, nell’ipotesi di “insussistenza degli elementi fiduciari”, che le modalità esecutive, “da determinarsi nella piena libertà delle forme”, possano prevedere tutto quanto necessario per realizzare la piena effettività della reintegrazione, anche, “attraverso la nomina di un terzo esperto ... che sia in grado di compiere quelle attività ... che garantiscono, anche contro la volontà del datore di lavoro, il risultato oggetto dell’obbligazione cautelare”. Riconosce tuttavia la inidoneità della sentenza di condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro ad essere forzosamente eseguita in forma specifica, che non discende dai limiti sostanziali di incoercibilità, bensì dall’inesistenza di uno strumento processuale capace di realizzare *in executivis* l’obbligo di reintegra, in quanto il procedimento tipico *ex* art. 612 e ss. cod. proc. civ. “non è in grado,

prescindere dal rilievo che, in generale, non è configurabile uno stretto legame tra *intuitus*, infungibilità e personalità della prestazione<sup>283</sup>, il problema non riguarda la “fiducia”, che qui non rileva minimamente; non si tratta infatti di inadempimento: l’esigenza di esecuzione personale può sorgere per motivi ben diversi, che sono totalmente avulsi dalla presenza dell’*intuitus personae* nel rapporto fra le parti<sup>284</sup>.

Tra coloro che reputano l’obbligo di reintegra quale tipico obbligo di fare infungibile, vi è chi lo ritiene passibile solo di esecuzione indiretta ed individua l’apposita misura compulsoria, voluta dal legislatore, nell’obbligo di erogare comunque la retribuzione dopo la sentenza (nel vecchio testo dell’art. 18) o nel pagamento della parte di indennità successiva all’ordine di reintegrazione<sup>285</sup>. La tesi tuttavia non convince, sia per l’assegnazione di una duplice funzione ad un medesimo pagamento (risarcimento retributivo di mora e misura compulsoria), sia perché l’unica misura compulsoria indiretta per l’ottemperanza alla sentenza di reintegra prevista in concreto,

---

in considerazione dei suoi limiti intrinseci, di surrogare il risultato globale della effettiva reintegra nel posto di lavoro”

<sup>283</sup> Cfr. su tali questioni PISANI, *Licenziamento e fiducia*, cit., p. 51 e ss. e 63 e ss.

<sup>284</sup> Sul rifiuto dell’idea della fiducia quale elemento qualificante o intrinseco a determinati rapporti cfr. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, p. 318. Sulla fiducia nei rapporti obbligatori e nel rapporto di lavoro, cfr. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, p. 7 e ss.; CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, p. 621 e ss..

<sup>285</sup> cfr. DI MAJO, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale* in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, p. 293; GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, cit., p. 636 e sul vecchio testo dell’art. 18, vedi *L’esecuzione diretta ed indiretta nel diritto del lavoro*, cit., p. 1087, in cui si afferma che “può dirsi quindi che la retribuzione dovuta al prestatore in caso di inottemperanza veda la sua originaria funzione corrispettiva affiancata da una funzione risarcitoria e, nello stesso tempo, di sanzione compulsiva, con finalità di esecuzione indiretta dell’obbligo primario di reintegra. In giurisprudenza, vedi Cass. Sezioni Unite 15 marzo 1982, n. 1669, in *Foro It.*, 1982, I, 985.

con definitiva conferma della incoercibilità diretta dell'ordine, riguarda i soli lavoratori sindacalisti<sup>286</sup>.

Si è tentato, inoltre, di superare in via interpretativa i limiti posti dall'ordinamento, affermando l'esistenza di una coercizione indiretta penale generalizzata, individuata nell'art. 388 cod. pen. e 650 cod. pen., in tal modo attribuendosi una "certa autorevolezza sanzionatoria" all'ordine del giudice<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> cfr. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autonomia individuale del lavoratore*, cit., p. 89-90; *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Padova, 2004, p. 436. In realtà, come rileva lo stesso Autore, l'obiettivo della ricostruzione da ultimo citata è quello di ricavare da tale definizione la irripetibilità delle somme corrisposte anche in caso di riforma della sentenza. Irripetibilità da escludersi anche e soprattutto per "l'inesistenza di una regola di irripetibilità di somme ricevute a qualsiasi titolo, e quindi eventualmente anche quale *astreinte*, dalla parte poi definitivamente soccombente. Cfr. altresì MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 180, secondo il quale la tesi si limita sul piano sanzionatorio, a qualificare diversamente ciò che è già dovuto (la retribuzione) in virtù della continuazione del rapporto e, quindi, del naturale funzionamento degli obblighi corrispettivi. Cfr. Cass. Sezioni Unite 13 aprile 1988, n. 2925, in *Foro It.*, 1988, I, 1493, che ha negato la funzione comminatoria delle retribuzioni corrisposte al lavoratore non reintegrato, ma ha ribadito l'irripetibilità delle somme corrisposte in ottemperanza della sentenza di primo grado anche in caso di riforma in appello: 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)". In giurisprudenza cfr. da ultimo Cass. 11 dicembre 2006, n. 26340, in *Dir. prat. lav.*, 2007, p. 425, che ritiene ripetibili le somme erogate a titolo di risarcimento in seguito ad un provvedimento "ante causam" di reintegra del lavoratore licenziato *ex art. 700 cod. proc. civ.* "trovando anche tali somme il proprio titolo non nell'inosservanza del datore di lavoro all'obbligo di conformarsi all'ordine del giudice di reintegra del lavoratore, ma nella illegittimità del licenziamento". Cfr. altresì Cass. 13 dicembre 2006, n. 26627, in *Mass. giur. it.*, 2006; Cass. 21 febbraio 2004, n. 3509, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 413.

<sup>287</sup> Cfr., ad esempio, Pretura Monza 1 agosto 1992, in *Arch. civ.*, 1992, p. 1201. Secondo Pretura Milano 13 ottobre 1983, in *Lavoro 80*, 1984, p. 338, deve ritenersi elusivo del

Tuttavia, come si è già evidenziato<sup>288</sup>, l'orientamento secondo il quale l'art. 388 cod. pen. disciplinerebbe un sistema generale di misure coercitive, garantendo l'attuazione dei provvedimenti di condanna anche se relativi ad obblighi di non fare o di fare infungibili<sup>289</sup>, non può essere condiviso, sia perché l'art. 388 cod. pen. presuppone l'inottemperanza di sentenze attuabili con le forme dell'esecuzione forzata, restando estranei alla sua fattispecie gli obblighi non coercibili<sup>290</sup>, sia in quanto anche per le "misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito" (art. 388, secondo comma, cod. pen.), per le quali è prevista una tutela autonoma, è sanzionata non la mera inosservanza dell'ordine, bensì l'elusione di un'esecuzione in sé ammissibile<sup>291</sup>.

L'esistenza di una misura coercitiva penale atipica non può desumersi neppure dall'art. 650 cod. pen., in quanto tale norma non punisce la mancata ottemperanza a provvedimenti giurisdizionali, bensì l'inosservanza dei soli provvedimenti amministrativi<sup>292</sup>.

---

provvedimento d'urgenza di reintegrazione di lavoratori licenziati il comportamento del datore di lavoro "che si limiti a corrispondere la retribuzione ai lavoratori, senza consentirne la partecipazione all'attività produttiva".

<sup>288</sup> Cfr. cap. II, par. 2 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>289</sup> PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, cit., p. 51-52.

<sup>290</sup> MENGONI, *Intervento*, cit., p. 155.

<sup>291</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 31; MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., p. 536-537; DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., p. 477-479; PALAZZO, *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche*, cit., p. 1253-1256; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., p. 113 e ss.; PADOVANI, *Ordine di reintegrazione nel posto di lavoro e art. 388 c.p.*, cit., p. 161; RAMPIONI, *Ordine di reintegrazione nel posto ex art. 18, 1° comma Stat. Lav. ed art. 388 c.p.* cit., 1981, p. 248; ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, cit., p. 36.

<sup>292</sup> TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza e tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, cit., p. 1283; FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, cit., p. 240; PALAZZO, *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie*



#### **14. La disaggregazione dell'obbligo di reintegrazione. Le c.d. sottoprestazioni fungibili.**

Si è accennato sopra che l'ordine di reintegrazione in realtà è un ordine composito e complesso costituito da un fascio di prestazioni<sup>293</sup>

E' stato evidenziato in dottrina che il limite più vistoso del dibattito nel suo complesso è quello di individuare nell'ordine di reintegrazione un unico obbligo<sup>294</sup> e, sull'assunto che le prestazioni cui il datore di lavoro è tenuto per effetto della condanna alla reintegrazione non costituiscono "una prestazione omogenea bensì un complesso di singole prestazioni articolate tra loro eterogenee"<sup>295</sup>, si è prospettata una visione disaggregata<sup>296</sup> dello stesso, per verificare, "in ogni singola fattispecie che cosa sia fungibile, e quindi direttamente coercibile, e che cosa costituisca attività assolutamente infungibile, e sfugga perciò ad ogni diretta coercizione"<sup>297</sup>. Sulla base di tale

---

*penalistiche*, cit., p. 1229 e ss.; RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 213; GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, cit., p. 176. Lo stesso Proto Pisani ha successivamente abbandonato il richiamo all'art. 650 cod. pen., convincendosi delle critiche rivoltegli. Per il richiamo all'art. 509, secondo comma, cod. pen. (rifiuto di eseguire una decisione del magistrato del lavoro, cfr. MISCIONE, *Nota a Tribunale Ravenna (ord.) 12 giugno 2006*, in *Giur. lav.*, 2006, p. 1001 e ss.

<sup>293</sup> TARUFFO, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, cit., p. 805, che ravvisa nella condanna alla reintegrazione "non una prestazione omogenea, bensì un complesso di singole prestazioni articolate, tra loro eterogenee".

<sup>294</sup> D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 184, il quale osserva che così "la dottrina si è cacciata in un vicolo cieco", fondano su questa premessa la dimostrazione della fungibilità o infungibilità della reintegrazione.

<sup>295</sup> Cfr. TARUFFO, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 800 e ss..

<sup>296</sup> L'espressione è di D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 184.

<sup>297</sup> TARUFFO, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, cit., p. 800 e ss.

presupposto, venendo meno la pregiudiziale dell'infungibilità globale, si afferma quindi l'eseguibilità di sottoprestazioni fungibili<sup>298</sup>, riferite al solo "pati" di consentire il rientro del lavoratore in azienda<sup>299</sup> o in funzione compulsiva dell'adempimento specifico<sup>300</sup>.

Taluno scompone l'ordine di reintegra e considera i diritti sindacali eseguibili, alla stregua di situazioni giuridiche finali cui corrisponde un obbligo del datore perfettamente fungibile, quale quello di consentire l'accesso del lavoratore in azienda per partecipare all'attività sindacale, rimanendo incoercibile la reintegra nelle mansioni<sup>301</sup>. Se è vero che il potere

---

<sup>298</sup> Cfr. Tribunale Ravenna (ord.), 25 luglio 2006, in *Lav. giur.*, 2006, p. 993 e ss. che ritiene fungibili: l'iscrizione al libro paga e matricola, il rilascio del cartellino, l'ingresso in azienda, l'accesso alla mensa aziendale, il pagamento delle retribuzioni; Tribunale Bari 10 luglio 2001, in *Foro it.*, 1999, I, 2117; Tribunale Latina 5 dicembre 1997, in *Foro it.*, 1999, I, 2117; Pretura Roma 14 marzo 1986, in *Nuovo dir.*, 1986, p. 657; Pretura Sassari 13 dicembre 1985, in *Foro it.*, 1986, I, 1656; Tribunale Lecce 27 luglio 1983, in *Foro it.*, 1984, I, 3038; Pretura Milano 13 ottobre 1983, in *Foro it.*, 1986, I, 1656; Pretura Padova 17 marzo 1980, in *Foro it.*, 1980, I, 1656; Pretura Biella 7 febbraio 1980, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, p. 393; Pretura Torino 20 dicembre 1978, in *Riv. giur. lav.*, 1979, p. 683; Pretura Milano 20 febbraio 1979, in *Riv. giur. lav.*, 1979, p. 683.

<sup>299</sup> Cfr. PROTO PISANI, *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Foro it.*, 1982, 117, che afferma l'utilità dell'esecuzione forzata parziale, riferita cioè al solo obbligo di pati individuato nel consentire il rientro del lavoratore in azienda, sia perché assicura il godimento di una serie di diritti al lavoratore, sia come strumento di esecuzione indiretta anche ai fini della tutela penale di cui all'art. 388 cod. pen. L'Autore ritiene che l'obbligo di reintegra si esaurisca *uno puncto temporis* nel porre in essere le condizioni materiali e giuridiche per il ripristino della fattualità del rapporto di lavoro; i diritti e gli obblighi continuativi propri del rapporto di lavoro non si identificano con la reintegra, ma ne costituiscono l'effetto.

<sup>300</sup> TARUFFO, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, cit., p. 807; PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, p. 170; PROTO PISANI, *Osservazioni sull'attuazione della condanna del datore di lavoro*, cit., p. 12.

<sup>301</sup> GAROFALO, *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 560 e ss., p. 580; cfr. su tale questione CERRETA, *La reintegrazione. I problemi e le prospettive*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 889, in cui si afferma

organizzativo dell'imprenditore, in un sistema rispettoso della libertà d'iniziativa economica, non tolleri di essere espropriato, ciò non toglie che tale potere possa essere sottoposto a controlli da parte dell'ordinamento e patisca anche l'imposizione di obblighi sanzionati attraverso mezzi di coazione indiretta, tra i quali, in qualche modo, la stessa esecuzione specifica. Così argomentando si è ammessa la possibilità di un principio di esecuzione, in funzione di stimolo all'adempimento spontaneo<sup>302</sup>.

Le prestazioni fungibili (in quanto surrogabili dall'attività di un terzo) sono state individuate nell'insieme di tutti i provvedimenti necessari a realizzare il reingresso del lavoratore licenziato: consentire l'accesso al lavoratore in azienda; predisposizione di documentazione; reinserimento del lavoratore nel libro paga; riapertura di una posizione assicurativa, fiscale; etc..<sup>303</sup>.

In realtà, la disaggregazione dell'obbligo di reintegrazione in sottoprestazioni fungibili in funzione compulsiva dell'adempimento specifico, non sfugge al dilemma della impossibilità di surroga della collaborazione lavorativa reciproca, sicché l'accompagnamento coattivo del lavoratore sul luogo di lavoro "appare misura più dimostrativa che coercitiva"<sup>304</sup>. Inoltre, in tal modo l'esecuzione diretta si riduce ad una sorta

---

che l'eseguibilità coattiva dell'ordine di reintegrazione al limitato scopo di consentire al lavoratore di accedere in azienda per fruire dei diritti di attività sindacale, ed in particolare di partecipare all'assemblea, costituisce nella pratica un "falso problema" almeno nelle ipotesi in cui vi sia un'espressa richiesta da parte delle r.s.a. di ammettere il lavoratore non reintegrato nell'esercizio dei diritti sindacali, poiché il rifiuto costituirebbe comunque comportamento antisindacale sanzionabile *ex art. 28 St.lav.*

<sup>302</sup> MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 119 e ss., p. 184; TARUFFO, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, cit., p. 802.

<sup>303</sup> D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 189.

<sup>304</sup> GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, cit., 1090; cfr. altresì MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., p. 528, secondo cui "il semplice ingresso nel luogo di lavoro non realizza il diritto alla reintegra del lavoratore, il quale ha interesse soprattutto a lavorare, non a circolare nei locali dell'azienda".

di strumento per una esecuzione indiretta non prevista dall'ordinamento<sup>305</sup> ed è proprio con riferimento alla richiamata funzione compulsoria dell'adempimento totale mediante la mera pressione psicologica<sup>306</sup> che l'operazione di scomposizione della unitaria prestazione<sup>307</sup> desta le maggiori perplessità<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> FERRONI, *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*, cit., p. 239, 242-244.

<sup>306</sup> Cfr. MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., p. 527-528.

<sup>307</sup> All'obiezione che l'esecuzione sarebbe sempre totale rispetto al titolo ovvero inammissibile MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, p. 466, replica che "v'è il rischio di guardare alla singola prestazione fuori dal contesto che la governa e di sopravvalutare l'univocità del rapporto tra titolo e tecnica di esecuzione" e l'errore prospettico al riguardo sarebbe evidente, giacché "l'enucleazione di sottoprestazioni suscettibili di surroga, più che le modalità di cui all'art. 612, primo comma, c.p.c., sembra toccare l'ambito degli effetti sostanziali della tutela ossia l'area dell'autonomia dell'obbligato soggetta all'uso della forza e quindi può ben collocarsi nella fase della cognizione" e quindi l'esecuzione rimarrebbe sempre totale rispetto al titolo, anche in presenza di una eseguibilità parziale della prestazione, continuando a dare tutto quanto è in esso racchiuso e praticamente fungibile.

<sup>308</sup> Sul carattere indivisibile della prestazione datoriale cfr. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 209; FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 410-411; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 24. Cfr. invece MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, cit., p. 466, il quale puntualizza che non vale obiettare che il riconoscimento di una finalità anche compulsoria dell'esecuzione specifica registra un dato di mero fatto, irrilevante sul piano della struttura del processo esecutivo e nel giudizio di (in)fungibilità della prestazione, poiché, viceversa, "ogni qualvolta il programma obbligatorio contempla un'attività che si prolunga nel tempo e che in quanto tale non può essere del tutto surrogata, si risolve in un'episodica invasione della sfera possessoria del debitore per fare o disfare qualcosa e riconsegna quest'ultimo in una posizione di obbligo perdurante, reclama in altre parole un'ulteriore cooperazione all'interno di un vero e proprio rapporto". In giurisprudenza, cfr. Cass. 19 novembre 1996, n. 10109, in *Notiz. giur. lav.*, 1997, p. 386; Cass. 4 settembre 1990, n. 9125, che esclude anche l'esecuzione forzata di sottoprestazioni fungibili (ad es. il mero ingresso in azienda), non essendo scomponibile l'unitaria

D'altra parte, proprio l'espressa previsione di una misura coercitiva indiretta patrimoniale finalizzata ad ottenere l'ottemperanza del datore di lavoro alla reintegrazione del sindacalista interno illegittimamente licenziato (art. 18, ultimo comma, St. lav.), a prescindere dal tipo di vizio del recesso, conferma l'impossibilità di una esecuzione diretta dell'ordine di reintegrazione, anche limitatamente alle sottoprestazioni fungibili<sup>309</sup>.

Infatti, "per quanto si voglia scavare nel concetto di fungibilità"<sup>310</sup>, resta il fatto che la prestazione lavorativa non può essere ristabilita senza un comportamento del datore di lavoro.

In senso critico, si è argomentato che la tesi suscita perplessità per la soluzione che, dal punto di vista sostanziale, viene data al problema degli obblighi posti dall'ordine di reintegrazione, eludendo la questione di fondo della natura delle prestazioni dovute dal datore di lavoro, poiché l'ordine di reintegrazione in una articolazione di prestazioni diverse non può basarsi "su motivazioni empiriche e neppure sul diverso grado di fungibilità che all'interno dello stesso obbligo di fare le singole prestazioni consentono"<sup>311</sup>.

Questa opinione intermedia raffigura in capo al datore che ha subito il principio di esecuzione, un obbligo di rispetto sicuramente infungibile, ma sanzionato a sua volta dal persistere dell'obbligazione retributiva. Muovendo dall'assunto che l'art. 18 costituisce la "strumentazione sanzionatoria di una illiceità tipica", viene individuato nella norma, in primo luogo, un obbligo di ripristinare la situazione di vantaggio pregiudicata dall'illegittima estromissione, strumentale rispetto al contenuto del bene protetto. La realizzazione di questi contegni strumentali "che si compiono

---

prestazione dovuta; Cass. 11 gennaio 1990, n. 46, in *Foro it.*, 1990, I, 2908; Cass. 11 gennaio 1988, n. 112, in *Notiz. giur. lav.*, 1988, p. 89.

<sup>309</sup> VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., p. 435-436.

<sup>310</sup> D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 178.

<sup>311</sup> D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 186, il quale sottolinea che la fungibilità o infungibilità delle prestazioni dovute dal datore di lavoro "non dipende da contingenze materiali ma va di necessità definita già sul piano sostanziale".

una volta per tutte, e che realizzano l'adeguamento dell'organizzazione aziendale al fatto nuovo del reingresso del lavoratore nell'azienda"<sup>312</sup> non assicura in sé il conseguimento del risultato finale della reintegrazione. Essi, però, pongono solo la necessaria condizione perché ciò possa avvenire, in quanto, fino a che non sia ripreso l'adempimento di tale obbligo non può dirsi raggiunto il risultato finale della reintegrazione. E questo risultato non può conseguirsi con l'esecuzione forzata, che non offre tutela agli obblighi continuativi di non fare in quanto tali, mentre è perfettamente idonea ad operare sul piano degli obblighi strumentali di ripristino, cioè sul piano della rimozione degli effetti<sup>313</sup>.

Questa distinzione opererebbe nella dinamica di attuazione della condanna alla reintegrazione, nella quale si individua una prima fase, limitata e strumentale, della rimozione degli effetti materiali della estromissione, che concerne adempimenti distinti dai provvedimenti che realizzano l'utilizzazione continuativa del lavoratore e una seconda fase, durevole e finale, di ripresa leale e continuativa dell'amministrazione del rapporto da parte dell'imprenditore. Ma, non è tanto "il primo giorno che conta nella vicenda della reintegrazione", anche se ai contegni della fase di ripristino si può porre rimedio in sede esecutiva, poiché nulla impedirebbe la surrogazione specifica di tali contegni. Il fatto è che "tutto questo non è la reintegrazione nel posto di lavoro"<sup>314</sup>, che non è viceversa pienamente conseguibile con i mezzi dell'esecuzione forzata in forma specifica. E questa conclusione è imposta dalla natura dell'interesse sostanziale protetto: "il datore di lavoro è l'unico a poter assicurare piena e duratura attuazione

---

<sup>312</sup> "Del primo giorno", cfr. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 187.

<sup>313</sup> "Il vero problema dell'art. 18 non sta quindi nell'alternativa tra coercibilità e incoercibilità. La domanda alla quale dobbiamo rispondere è: come indurre quel centro decisionale ad adeguare la sua linea di condotta all'ordine di reintegrazione, come imporre quella che inevitabilmente è una scelta di politica aziendale", cfr. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 192.

<sup>314</sup> D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 193.

all'interesse del lavoratore 'perché è ovvio nessuno potrebbe non fare in vece di lui', nessuno potrebbe 'riprendere a conservare' la complessa situazione di vantaggio che si realizza nel divenire del rapporto.

La soluzione proposta individua, nella realizzazione dell'interesse protetto, l'adempimento di un obbligo di non fare continuativo<sup>315</sup>, sicché la tutela giurisdizionale deve rivolgersi soprattutto al futuro, mirando ad imporre la cessazione della condotta lesiva, attraverso un provvedimento di tipo inibitorio, garantito da forme di coercizione indiretta<sup>316</sup>. Si è sostenuto, infatti, che se il valore di riferimento della tutela attuata dall'art. 18 è l'interesse del lavoratore alla cessazione di un contegno abusivo, il persistere di una situazione di sostanziale emarginazione dalla vita produttiva dell'azienda, non realizza una reintegrazione parziale, bensì, al contrario, una continuazione del medesimo illecito<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> In senso critico cfr. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 51, il quale ritiene "esagerato" l'Autore laddove pretende che l'ordine di reintegrazione debba garantire l'attuazione continuativa degli obblighi del datore di lavoro. Riconosciuta l'esattezza della struttura dell'ordine di reintegra come inibitoria, ciò che Napoli critica è l'aver ricostruito l'ordine giudiziale come rivolto ad imporre "di astenersi per il futuro da ulteriori comportamenti lesivi dell'obbligo primario di rispetto (non fare)". In realtà, sottolinea, l'ordine del giudice mira non a prevenire, ma a far cessare il comportamento illecito in atto alla data del licenziamento. "Per tale ragione contiene in sé, come proprio effetto, ciò che l'autore chiama obblighi strumentali di ripristino, impropriamente qualificati come rimozione degli effetti del comportamento illecito".

<sup>316</sup> "L'esecuzione forzata non realizza l'interesse sostanziale del lavoratore per la ragione elementare che la condanna alla reintegrazione non è un punto di arrivo, ma un punto di partenza nella tutela giurisdizionale del posto di lavoro", D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 193.

<sup>317</sup> Il rifiuto di far lavorare e il rifiuto di ammettere il lavoratore in azienda traggono "la loro illiceità dal negare la *effettiva* reintegrazione del lavoratore nella complessa situazione di vantaggio lesa dall'estromissione; l'uno e l'altro sono contegni apparentemente omissivi, *ma intrinsecamente commissivi*". Invero, concepire il contegno del datore di lavoro come quello dell'obbligato che se ne sta passivo è "almeno sorprendente". "Il non far lavorare il lavoratore fisicamente riammesso al posto è insomma il risultato di un consapevole

Così ricostruito l'interesse del lavoratore tutelato dall'art. 18, che si realizza attraverso il rispetto di un obbligo di non fare, "l'ordine di reintegrazione *ex art. 700 cod. proc. civ.* contiene una inibitoria in senso stretto, un'ideale *desistat*"<sup>318</sup>, una condanna (inibitoria) a non compiere ulteriori atti lesivi dell'interesse sostanziale del lavoratore, sicché tale vincolo obbligatorio cautelare, che si inserisce tra gli obblighi fondamentali delle parti, consentirebbe di qualificare adeguatamente le diverse vicende del rapporto fino al consolidarsi del giudicato (l'ottemperanza e l'inosservanza dell'ordine; gli sviluppi del processo con i loro riflessi sul rapporto sostanziale). Le misure di coazione a tale inadempimento vengono individuate nell'obbligo di pagare le retribuzioni "dovute in virtù del rapporto" che grava sul datore di lavoro inottemperante fino all'effettiva reintegrazione<sup>319</sup> e, per la reintegra ordinata *ex art. 700 cod. proc. civ.*,

---

contegno, di una precisa 'politica aziendale', diretta a violare il diritto". Così D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 195.

<sup>318</sup> D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 203.

<sup>319</sup> D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 236, l'argomento letterale viene desunto (nel precedente formulazione dell'art. 18) dal fatto che a pagare le retribuzioni è tenuto il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza. La fattispecie su cui si fonda quell'obbligo di retribuire avrebbe dunque "un elemento ulteriore rispetto alla pura e semplice continuità del rapporto di lavoro": l'inottemperanza alla sentenza di condanna. Con ciò il legislatore avrebbe inteso sottrarre ogni spazio di disponibilità del rapporto in stato di inattuazione al datore di lavoro che non ottempera alla sentenza, "incidendo dunque non sulla natura dell'obbligo, ma sulla sua durata, che si estende fino alla reintegrazione in funzione sanzionatoria e compulsiva". L'Autore afferma quindi La natura retributiva delle somme dovute dal datore di lavoro anche in assenza di controprestazione lavorativa, in quanto "la corrispettività che vien meno nella crisi di funzionalità dello scambio viene recuperata sul piano del c.d. sinallagma genetico; la *lex contractus* si impone alla parte infedele, e dà titolo alla pretesa del lavoratore che non è messo in grado di prestare" (p. 229). Tale soluzione è comprensibile solo se si ammette una finalità sanzionatoria, mediante il rafforzamento dell'assetto di interessi contrattuali sotto il profilo della durata, voluta dal legislatore. "In questo senso la persistenza, non soltanto degli obbligo retributivo, ma più latamente di tutti gli obblighi scaturenti dal rapporto di lavoro, a carico del datore di lavoro inottemperante, per un tempo legale (dalla sentenza alla



l'applicabilità dell'art. 388, secondo comma, cod. pen., venendo a cadere ogni dubbio sul carattere elusivo della mera inottemperanza all'ordine proprio costruendo l'ordine di reintegrazione come un provvedimento

---

reintegrazione) assume una equilibrata ed efficace funzione di sanzione e di stimolo. ... rendendo questi obblighi, primo fra tutti quello di retribuire, insensibili alle vicende del rapporto di lavoro". Sicché l'obbligazione retributiva assumerebbe di fronte all'inottemperanza una doppia funzione: "a) il datore di lavoro inottemperante non è liberato dagli obblighi derivanti dal rapporto inteso come vincolante assetto degli interessi; dunque le somme da lui corrisposte assolvono pro rata il debito di retribuzione; b) il datore di lavoro inottemperante contravviene all'ordine del giudice di porre fine ad una condotta che provoca al lavoratore un pregiudizio irreparabile; vi è dunque una situazione di illecito che persiste fino alla reintegrazione e che giustifica il mantenimento per un tempo legale di tutti gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro fino alla reintegrazione e perché questa avvenga al più presto". Cfr. altresì MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 18, il quale osserva che "o si ritiene che il legislatore con l'art. 18 abbia implicitamente incluso l'esecuzione indiretta tra le forme di esecuzione forzata o si riconosce che il legislatore ha derogato alla correlazione necessaria tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata" e in *Diritto processuale civile*, cit., ove si sottolinea la particolare importanza della fattispecie sotto il profilo processuale nel fatto che il legislatore "pur prendendo atto che la reintegrazione è, per sé stessa, una prestazione infungibile e quindi non suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica è ricorso ad ogni mezzo di cui poteva disporre per ottenere ugualmente tale prestazione in via coattiva", ricorrendo, da un lato, ad una forma di esecuzione indiretta tendente a conseguire il risultato dell'esecuzione attraverso il comportamento dello stesso debitore, spontaneo ancorché coartato nella volontà, dall'altro attribuendo la qualifica di titolo esecutivo ad una sentenza di cui "dà per scontata la non eseguibilità in una delle forme previste dal codice di procedura civile"; la tesi della retribuzione come misura coercitiva dell'adempimento dell'obbligo imposto dall'ordine del giudice è prospettata inoltre da PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, cit., p. 1964, secondo il quale "mira a costringere all'adempimento specifico (alla reintegra nel posto) il datore riottoso e assume la forma pura dell'*astreinte* della giurisprudenza francese e belga: quest'ultima è commisurata molto opportunamente ad un parametro concreto, cioè alla retribuzione, e scatta, giusta la natura del mezzo compulsivo, a partire dall'emanazione dell'ordine del giudice"; DI MAJO, *I licenziamenti*, cit., p. 277; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., p. 1104.

inibitorio<sup>320</sup>, mentre in caso di inottemperanza alla sentenza di condanna immediatamente esecutiva troverebbe applicazione l'art. 650 cod. pen.<sup>321</sup>.

Questa ricostruzione si basa appunto sull'assunto, tutto da dimostrare, che "l'emarginazione del lavoratore dalla vita produttiva" costituisce una continuazione dell'illecito anche quando il lavoratore venga retribuito. Se invece si ritiene che l'interesse sostanziale del lavoratore, sotteso alla "nuova versione" monetizzata dell'art. 18, sia quello di ottenere la retribuzione, è chiaro che, perseguito questo risultato, il fatto di stare a casa e di poter godere di nuovo della sua libertà percependo ugualmente la retribuzione, può anche ritenersi una ottemperanza quasi integrale all'ordine del giudice. Ragionando diversamente, si continua a caricare di contenuti ideologici l'art. 18, perdendo così conseguentemente di vista l'interesse sostanziale del lavoratore che è e rimane quello di ottenere la retribuzione, sicché un ordinamento che gli consente di ottenere un simile risultato ha già dato segni di efficacia, a prescindere da ogni altro profilo. Invero, non può essere senza rilevanza anche per l'argomento in questione la novità nel regime alla tutela reale introdotta dalla legge n. 102/1990. Da un lato, la indistinta previsione di una indennità, con funzione in primo luogo risarcitoria, secondo l'espressa qualificazione normativa, ma anche afflittiva e (dato l'ordine) compulsoria, conferma l'incoercibilità dell'ordine di reintegra, la cui "effettiva" attuazione è posta in alternativa con ulteriori incrementi di tale indennità, così come, in precedenza, era posta in alternativa con il pagamento delle "retribuzioni"; dall'altro lato la previsione della conseguenza del licenziamento illegittimo sino alla "effettiva

---

<sup>320</sup> D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 239.

<sup>321</sup> Tale norma si presterebbe a sanzionare l'inottemperanza di tutte le inibitorie in materia di lavoro, "in virtù di una interpretazione estensiva che fa perno sulla "eadem ratio" sottintesa del potere, attribuito al giudice del lavoro, di emanare ordini inibitori del tipo "cessazione della condotta e rimozione degli effetti", così D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 241-242.

reintegrazione” (quarto comma), possibile, dunque, solo mediante una esecuzione spontanea dell’ordine di reintegrazione.

Su questo punto occorre non fare confusione tra l’”essere” e l’”avere” nel rapporto di lavoro<sup>322</sup>: non vi è dubbio che il contratto di lavoro garantisca l’”essere”, il bene che è condizione dell’avere e di ogni altro bene<sup>323</sup>; ma è soprattutto la retribuzione, essendo solitamente il solo mezzo di sostentamento, la “risorsa vitale” del lavoratore, a garantire nel contratto di lavoro anche “l’essere”<sup>324</sup>.

Si è osservato<sup>325</sup> che per cogliere il significato dell’ordine di reintegra, separando il piano del sistema di stabilità reale del rapporto di lavoro da quello dell’individuazione dei mezzi che permettano l’effettività di esso<sup>326</sup>, occorra metterlo in relazione al presupposto a cui è collegato

---

<sup>322</sup> Sembra cadere in questa contraddizione RICCARDI, *Tutela reale versus tutela obbligatoria tra ideologia e tecnica*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1301, secondo cui ci si dimentica del “carattere distintivo di questo istituto rispetto alle ordinarie azioni contrattuali”, rappresentato dalla finalizzazione alla realizzazione “non tanto degli ‘interessi dedotti dal lavoratore nel contratto’, ma dell’interesse del lavoratore al contratto”, rappresentando la stabilità della relazione contrattuale il presupposto ... ‘per la intitolazione del complesso di beni della vita che trovano fondamento nella condizione sociale di occupato’”.

<sup>323</sup> Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Lo spirito del diritto del lavoro*, cit., p. 273 e ss.

<sup>324</sup> Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Lo spirito del diritto del lavoro*, cit., p. 273 e ss.

<sup>325</sup> NAPOLI, *La stabilità reale del posto di lavoro*, cit., p. 41: una cosa è il sistema di stabilità reale del rapporto di lavoro, “un’altra la individuazione dei mezzi che permettano l’effettività di esso”. Cfr. altresì NAPOLI, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, in Barbieri, Macario, Trisorio Luzzi (a cura di) *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano, 2004.

<sup>326</sup> Evidenzia come il discorso generale sulla tutela reale sia stato sovente fuorviato dalla problematica peculiare propria del regime speciale del licenziamento illegittimo previsto dall’art. 18 St. lav. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 69, il quale sottolinea che il problema della possibilità di costringere il datore di lavoro a riammettere materialmente in servizio il lavoratore illegittimamente licenziato sia diverso ed ulteriore, senza incidenza sull’alternativa tutela reale/tutela obbligatoria.

dalla legge, ossia l'accertamento della invalidità negoziale contenuto nella sentenza. Senza un'espressa previsione dell'ordine di reintegra, a seguito dell'accertamento dell'invalidità del licenziamento, si sarebbero comunque prodotti quegli effetti che la dottrina formatasi in materia di nullità del licenziamento individua nella permanenza degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro fino al sopraggiungere di una legittima causa di risoluzione del rapporto di lavoro<sup>327</sup>. Se tra gli "effetti già dati"<sup>328</sup> in conseguenza dell'accertamento dell'invalidità del licenziamento è da ricomprendere il diritto alla retribuzione e se non è corretto ritenere che, essendo questi effetti già dati, l'ordine di reintegrazione sia privo di significato giuridico<sup>329</sup>, il *quid novi* che l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro apporta attiene al fatto che il legislatore ha munito il lavoratore non solo della titolarità di un'azione di accertamento dell'invalidità negoziale, che di per sé non è idonea a modificare la situazione di fatto provocata dal negozio invalido, ma della titolarità di un'azione di condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro<sup>330</sup>. E ciò dimostrerebbe che "l'obiettivo della legge è l'eliminazione del comportamento illecito del datore, l'ingiustificata privazione del rapporto di lavoro"<sup>331</sup>.

La condanna alla cessazione del comportamento illecito non si sovrappone al rapporto, bensì è lo strumento che consente la tutela dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro fino a quando il comportamento illecito non verrà a cessare. Il legislatore indica chiaramente nella cessazione del comportamento illecito del datore di lavoro la conseguenza naturale del sistema di stabilità delineato, tant'è che "impone al giudice l'emanazione di

---

<sup>327</sup> NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 43.

<sup>328</sup> DI MAJO, *I licenziamenti*, cit., p. 277.

<sup>329</sup> Ritiene che l'ordine di reintegra sia superfluo in quanto la retribuzione sarebbe dovuta, anche senza ordine di reintegra, poiché la mancata utilizzazione della prestazione dovuta in un rapporto che continua deve qualificarsi come mora del creditore ALLEVA, *L'evoluzione della disciplina*, cit., p. 104; MANCINI, *Commento sub art. 18*, cit., p. 273.

<sup>330</sup> NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 44-45.

<sup>331</sup> NAPOLI, *La stabilità reale del posto di lavoro*, cit., p. 45.

una sentenza di condanna a tal fine orientata e per tale ragione la sentenza spiega effetti nuovi sul rapporto di lavoro esistente, rendendo immediatamente conseguibile la retribuzione”<sup>332</sup>.

Sicché, si è affermato, sul piano del rapporto di lavoro l’ordine di reintegrazione, come tutte le condanne, spiega effetti di natura processuale, in quanto gli effetti sostanziali sono già dati, ossia definiti in sede di accertamento, i quali permangono fino a quando continuerà il comportamento illecito del datore di lavoro<sup>333</sup>. Reintegrare nel posto di lavoro significa riammettere il lavoratore in servizio, “consentendo l’esercizio dei diritti a fronte dell’adempimento degli obblighi corrispettivi regolati da un contratto di scambio”; la reintegrazione non sussiste se il datore di lavoro versa al lavoratore le retribuzioni dovute in base al rapporto di lavoro, senza attendere l’esecuzione forzata<sup>334</sup>.

Se sulla base del titolo esecutivo dell’ordine di reintegrazione sia possibile conseguire coattivamente il soddisfacimento di altri diritti derivanti dal rapporto di lavoro, oltre alla retribuzione, e se sia possibile conseguire l’obiettivo della cessazione del comportamento illecito, la risposta va data unicamente sulla base del sistema processuale civile.

Sulla base di tali premesse, isolando, nella logica delle legge, gli aspetti attinenti al rapporto di lavoro espressamente disciplinati, dall’esito finale al quale è strumentalmente orientato l’ordine di reintegrazione (la cessazione del comportamento illecito, da intendersi “come adeguamento della situazione di fatto alla realtà normativa accertata dalla sentenza”)<sup>335</sup>, è possibile ammettere, limitatamente alla indennità commisurata alla

---

<sup>332</sup> NAPOLI, *La stabilità reale del posto di lavoro*, cit., p. 52.

<sup>333</sup> Solo quando verrà a trovarsi nella situazione precedente al comportamento illecito del datore di lavoro il lavoratore non avrà più alcun bisogno di “un particolare strumento giuridico per conseguire il suo diritto alla retribuzione”, cfr. NAPOLI, *La stabilità reale del posto di lavoro*, cit., p. 51.

<sup>334</sup> NAPOLI, *La stabilità reale del posto di lavoro*, cit., p. 51.

<sup>335</sup> NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 52.

retribuzione *ex art. 18 St. lav.*, l'esecuzione coattiva dell'ordine di reintegrazione.

Il licenziamento incide, quindi, in modo irreversibile sulla collaborazione delle parti, "insuscettibile di essere ricreata attraverso un ordine del giudice"<sup>336</sup>. Non essendo coercibile la cooperazione creditoria, la situazione antecedente al licenziamento illegittimo può pertanto essere ripristinata solo formalmente<sup>337</sup>.

### **15. La sospensione degli effetti del licenziamento illegittimo.**

Una volta ammessa la possibilità di pronunziare l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro in via d'urgenza, il provvedimento emanato *ex art. 700 cod. proc.*, al pari del provvedimento di reintegrazione emesso all'esito del giudizio ordinario, non può che comportare la ricostituzione provvisoria *ex tunc* del rapporto di lavoro e l'esecuzione coattiva dell'ordine di reintegrazione limitatamente alla indennità commisurata alla retribuzione *ex art. 18 St. lav.*

Tutti i pregiudizi irreparabili (e imminenti) derivanti, dunque, dalla perdita della retribuzione trovano una tutela completa.

Per i diritti aventi ad oggetto comportamenti infungibili dell'imprenditore, quale, come si è visto, quello di reintegrazione in servizio dopo il licenziamento illegittimo, la tutela specifica incontra invece l'ostacolo della incoercibilità di tali condotte.

---

<sup>336</sup> MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, cit., p. 1195, e tale constatazione parrebbe confermata dalla previsione dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, che, se conferma che il posto di lavoro ha un prezzo, ad essa il legislatore ha assegnato una funzione sanzionatoria.

<sup>337</sup> GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., p. 24; NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *Lavoro, diritto, mutamenti sociali*, 1997-2001, Torino, 2002, p. 169 e ss. ; LISO, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 165 e ss.

La tutela primaria, di natura reale, “astrattamente fruibile”, deve quindi cedere a quella secondaria, il risarcimento del danno, per “l’inadeguatezza degli strumenti processuali”<sup>338</sup>.

Ciò comporta che, con riferimento alle limitazioni dei poteri datoriali, sono utilmente esperibili solo l’azione di invalidità o inefficacia dell’atto contrario al divieto e l’azione risarcitoria per la riparazione dell’eventuale danno, mentre la condanna all’adempimento dell’obbligo di fare o di non fare infungibile è insuscettibile di esecuzione forzata, tanto che si dubita addirittura della sua ammissibilità<sup>339</sup>.

L’aspirazione di una tutela effettiva di beni fondamentali della persona non può essere realizzata neppure mediante il procedimento d’urgenza *ex art. 700 cod. proc. civ.*, quando, per evitare il pregiudizio imminente ed irreparabile, il giudice dovrebbe emanare un ordine di fare o di non fare infungibile, come tale incoercibile anche in sede cautelare, sicché in tali situazioni l’impossibilità di esecuzione diretta o indiretta potrebbe condurre addirittura ad escludere la stessa ammissibilità<sup>340</sup>, o quanto meno l’utilità, di un provvedimento di urgenza emesso per evitare

---

<sup>338</sup> MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, cit., p. 1195.

<sup>339</sup> VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit. p. 694-695. Cfr. Cap. II, par. 8.

<sup>340</sup> FRIGNANI, *Il mondo dell’astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, cit., p. 374, secondo il quale il giudice della cautela dovrebbe rispettare il limite della “impossibilità di imporre un obbligo di *facere* di carattere personale .. in quanto il provvedimento d’urgenza, perché sia serio ed ottenga il suo scopo, deve essere eseguito immediatamente, anche senza la collaborazione dell’intimato, o nonostante qualsiasi sua contraria volontà”; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 79; PISANI, *La modificazione delle mansioni*, cit., p. 226. Vedi per l’errata affermazione che il provvedimento d’urgenza ha pur sempre natura di atto giurisdizionale, concretando la volontà di legge indicata nella forma dello stesso art. 700 cod. proc. civ. e che quindi non incide sulla sua ammissibilità il fatto che lo stesso non possa essere eseguito senza la cooperazione volontaria dei soggetti intimati: Cass. 17 luglio 1979, n. 4212, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, p. 11.

pregiudizi eliminabili solo con una impossibile attuazione dell'ordine in via di esecuzione forzata<sup>341</sup>.

Non potranno essere eliminati, pertanto, quei pregiudizi irreparabili, derivanti dal “mancato svolgimento del lavoro”. A prescindere dalla considerazione che non può condividersi la tesi che afferma un generale diritto del lavoratore all'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa<sup>342</sup>, non desumibile neppure dalla disciplina dei licenziamenti illegittimi sottoposti a sanzione reale<sup>343</sup>, all'interesse del lavoratore allo svolgimento della prestazione, giuridicamente protetto, oltre che nei contratti formativi e nel periodo di prova, in particolari rapporti in cui viene in rilievo l'intrinseco vantaggio derivante dal tipo di attività (ad esempio artistica, giornalistica, sportiva)<sup>344</sup>, corrisponderebbe, infatti, un obbligo del datore di lavoro di consentire lo svolgimento della prestazione comunque incoercibile in forma specifica, per la sua infungibilità, tutto riducendosi alla sola tutela risarcitoria.

Anche i “pericoli” derivanti dal mancato svolgimento delle mansioni necessitano, per la realizzazione della cautela, l'attuazione della stessa,

---

<sup>341</sup> Cfr. Cap. II, par. 8.

<sup>342</sup> In dottrina, v. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 217-218; SANTORO PASSARELLI, *Intervento*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, cit., p. 129 e ss.; DE ANGELIS, *Considerazioni sul diritto del lavoro e sulla sua tutela*, cit., p. 223 e ss.; MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., p. 242 e ss.

<sup>343</sup> Cfr., per questa impostazione, CHIARLONI, *Dal diritto alla retribuzione al diritto a lavorare*, cit., p. 1471 e ss.; *contra* VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 119, la quale conferma semmai che la persistenza del rapporto senza svolgimento della prestazione rifiutata dal lavoratore comporta, ai sensi dell'art. 18 St. lav., “un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quella dell'effettiva reintegrazione”, cosicché il lavoratore licenziato illegittimamente si trova nella stessa situazione del lavoratore in servizio, potendo pretendere dal datore di lavoro solo la conservazione del reddito, essendo questa la conseguenza predeterminata dal legislatore della mancata utilizzazione.

<sup>344</sup> MAGRINI, voce: *Lavoro (contratto individuale di)*, cit., p. 384; GRANDI, voce: *Rapporto di lavoro*, cit., p. 337-338.



sicché il pregiudizio prospettato è ineliminabile, come avviene, ad esempio, nell'ipotesi in cui la reintegrazione in via d'urgenza sia chiesta per il concreto pericolo che il mancato svolgimento di mansioni altamente specializzate per un lungo periodo di tempo arrechi un danno irreparabile alla professionalità del lavoratore<sup>345</sup>.

In considerazione di quanto suddetto, per gli obblighi di non fare ad efficacia reale (ad esempio, nelle ipotesi di licenziamento ingiustificato nell'area di applicazione dell'art. 18; licenziamento della lavoratrice madre; licenziamento della lavoratrice a causa di matrimonio; licenziamento individuale o collettivo viziato nella forma o nel procedimento), la tutela cautelare può essere utilizzata, non per l'attuazione di fatto della condotta vietata, altrimenti si riproporrebbe il problema della incoercibilità, bensì, in presenza di un *periculum* concreto, al fine della sospensione provvisoria degli effetti in attesa del definitivo loro travolgimento da parte della sentenza dichiarativa di nullità o inefficacia oppure costitutiva di annullamento<sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup> Cfr. invece Pretura Roma 11 luglio 1996, in *Lavoro giur.*, 1996, p. 1035; Tribunale Roma 30 giugno 1995, in *Gius.*, 1995, p. 3877, che ha reintegrato in via d'urgenza il lavoratore sulla base del pregiudizio indicato nel testo; Pretura Nola 8 gennaio 1993, in *Dir. lav.*, 1993, II, p. 597, che ha ammesso la tutela d'urgenza per la reintegrazione nel posto di lavoro, attesa la natura irreparabile (in gran parte) del pregiudizio consistente nella lesione della professionalità anche in rapporto alla vita di relazione, "per lo svolgimento delle medesime attività professionali prestate in precedenza; Pretura Milano 9 marzo 1990, in *Lavoro* 80, 1990, p. 277 e Pretura Milano 17 novembre 1989, in *Lavoro* 80, 1990, p. 95, in una ipotesi di sospensione del lavoro; cfr. su tale questione Cass. 13 luglio 2002, n. 10203, in *Guida lav.*, 35, p. 69, secondo cui "l'indennità spettante ex art. 18, comma 4, Stat. lav. al dipendente illegittimamente licenziato è destinata a coprire quel danno intrinsecamente connesso all'impossibilità materiale per il lavoratore non reintegrato di eseguire la propria prestazione lavorativa", riconoscendo che il diritto del lavoratore al rispetto della propria "professionalità" ed alla propria "immagine" non possa ugualmente trovare un adeguato riconoscimento in sede giudiziaria. Cfr., su tali problematiche, cap. V, par. 19.

<sup>346</sup> Cfr. altresì cap. V, par. 19.

Il provvedimento d'urgenza riguarda quindi gli effetti giuridici dell'atto datoriale, rendendo il rapporto provvisoriamente insensibile agli stessi<sup>347</sup>. Ne consegue la possibilità per il giudice di ordinare in via cautelare il pagamento della retribuzione al ricorrente licenziato.

La sospensione degli effetti del licenziamento ordinata in via cautelare consentirebbe al lavoratore di evitare tutti quei pregiudizi non collegati alla effettiva "riammissione in servizio", e, cioè, quelli derivanti dal licenziamento disciplinare, sia dalla motivazione in sé del licenziamento, in relazione ai quali il lavoratore potrebbe agevolmente dimostrare il pregiudizio irreparabile a danno del suo onore, della sua reputazione, della sua immagine professionale, della sua salute<sup>348</sup>, sia quelli "esistenziali", se gli effetti del licenziamento non fossero immediatamente sospesi.

Si è detto in precedenza che il procedimento disciplinare costituisce una inderogabile garanzia della dignità della persona del lavoratore e si è detto altresì dell'estensione delle garanzie di incolpazione e di contraddittorio, previste dal secondo e terzo comma dell'art. 7 Stat. lav., a tutti i dirigenti, indipendentemente dalla posizione occupata nella gerarchia dell'azienda<sup>349</sup>. Tuttavia, considerato che è stata abbandonata in giurisprudenza la sanzione della generale nullità o inefficacia del licenziamento per vizio procedimentale<sup>350</sup> in favore della c.d. sanzione di area, secondo la quale tale vizio rende inutilizzabile il motivo del licenziamento disciplinare, che rimane sottoposto in ciascun rapporto alla

---

<sup>347</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 79-80.

<sup>348</sup> Cfr. par. 12 di questo capitolo.

<sup>349</sup> Cfr. par. 12 di questo capitolo.

<sup>350</sup> Cfr. Cass. 7 settembre 1993, n. 9390, in *Dir. prat. lav.*, 1993, p. 3041; Cass. 5 febbraio 1993, n. 1433, in *Foro it.*; Cass. 3 giugno 1992, n. 6741, in *Foro it.*, 1993, p. 374; Cass. 4 marzo 1992, n. 2592, in *Giust. civ.*, 1992, p. 2403; Cass. 22 gennaio 1991, n. 542, in *Foro it.*, 1992, p. 1142; Cass. 8 luglio 1988, n. 4521, in *Foro it.*, 1988, p. 3592.

regola prevista per l'ingiustificatezza sostanziale<sup>351</sup>, è ovvio che, in presenza di un *periculum* concreto, il lavoratore potrà avvalersi del provvedimento d'urgenza *ex art. 700* cod. proc. civ. solo se al suo rapporto sia applicabile la tutela reale, al fine della sospensione provvisoria degli effetti in attesa del definitivo loro travolgimento da parte della sentenza dichiarativa di nullità o di inefficacia o costitutiva di annullamento.

---

<sup>351</sup> Cass. Sezioni Unite 18 maggio 1994 nn. 4844 e 4846, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 376-377; Cass. Sezioni Unite 26 aprile 1994, nn. 3965 e 3966, in *Foro it.*, 1994, p. 1706; Corte cost.le 26 maggio 1995, n. 193, in *Foro it.*, 1995, p. 2379; Corte cost.le 23 novembre 1994, n. 388, in *Foro it.*, 1995, p. 19;; Cass. 3 aprile 2003, n. 5213, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 484; Cass. 3 aprile 1998, n. 3449, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 683; Cass. 17 maggio 1996, n. 4598, in *Mass. giur. lav.*, 1996; Cass. 18 aprile 1995, n. 4337, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 398; Cass. 12 gennaio 1995, n. 317, in *Mass. giur. lav.*, 1995; da ultimo cfr. Cass. Sezioni Unite 30 marzo 2007, n. 7880, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 453 che ha indicato anche per i dirigenti medi e minori la sanzione d'area prevista dai contratti collettivi dei dirigenti, ad esclusione degli pseudo-dirigenti.



## CAPITOLO V

### IL *PERICULUM* NELLA DEQUALIFICAZIONE E NEL TRASFERIMENTO

#### **16. Tecniche di tutela avverso la dequalificazione.**

Per individuare correttamente le tecniche di tutela avverso la dequalificazione, tra le quali rientra anche quella cautelare, occorre preliminarmente chiarire la qualificazione giuridica della violazione della regola dell'equivalenza *ex art. 2103 cod. civ.*, se in termini di inadempimento-illiceità e/o di nullità invalidità<sup>352</sup>.

Si è detto che l'esercizio dello *jus variandi* al di là del limite posto dalla legge, trattandosi di un potere non riconosciuto dall'ordinamento, "comporta l'inidoneità dell'atto a produrre l'effetto a cui tende"<sup>353</sup>.

In questa ipotesi, l'ordinamento disconosce gli effetti dell'azione deviante, dichiarando l'invalidità dell'atto non conforme al diritto. La nullità, l'annullabilità e l'inefficacia che ne derivano sono la reazione "al cattivo o (in qualche caso) al mancato esercizio, di un potere riconosciuto

---

<sup>352</sup> Cfr. PISANI, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione dopo le Sezioni Unite n. 6572/06*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 489.

<sup>353</sup> Così GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., p. 368; cfr. altresì PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., p. 195; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit., p. 12; GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., p. 336; *contra* FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004, p. 274 e ss., il quale afferma che la nullità di cui al co. 2 dell'art. 2103 cod. civ. non dovrebbe estendersi anche agli atti di adibizione a mansioni non equivalenti.

dalla norma”<sup>354</sup>. L’obiettivo del “controllo sociale” viene attuato, pertanto, con la tecnica della invalidazione, che impone non un obbligo ma un limite all’attività e quindi al potere privato del datore di lavoro<sup>355</sup>.

La richiesta da parte del datore di lavoro della prestazione difforme da quella esigibile comporta, contestualmente ed inevitabilmente, la carenza di cooperazione creditoria ai fini dell’adempimento delle mansioni dovute, venendo così a configurarsi una situazione di *mora credendi* dello stesso<sup>356</sup>.

Con la messa in mora del datore di lavoro, mediante intimazione a ricevere la prestazione secondo le forme d’uso (art. 1217 cod. civ.), il lavoratore acquisisce quindi il diritto di conservare integralmente la precedente retribuzione<sup>357</sup>, anche oltre i limiti garantiti dalla regola dell’irriducibilità della retribuzione *ex art.* 2103 cod. civ., in tal modo conservando non solo i compensi remunerativi della professionalità, ma anche le erogazioni connesse a caratteristiche estrinseche della prestazione<sup>358</sup>,

---

<sup>354</sup> GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., p. 306-307.

<sup>355</sup> GHERA, *le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit. p. 307.

<sup>356</sup> GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., p. 370; GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., p. 336; GHEZZI, *La mora del creditore del rapporto di lavoro*, cit., p. 171; SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992, p. 139-140; BALLETTI, *La cooperazione del datore all’adempimento dell’obbligazione del lavro*, cit., p. 42; GHERA-LISO, *Mora del creditore*, cit., p. 977.

<sup>357</sup> GHERA-LISO, *Mora del creditore*, cit., p. 977; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela del lavoratore*, cit., p. 127-128; MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1963, p. 234, sia pure, secondo alcuni, sotto forma di risarcimento; MENGONI, *In tema di mora credendi nel rapporto di lavoro*, in *Temi*, 1954, p. 581; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 120; GIUGNI, *Manisoni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., p. 371.

<sup>358</sup> Cfr PISANI, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione*, cit., p. 489 e ss.; come quelle legate a particolari condizioni di tempo e di luogo, che invece avrebbe perso in caso di spostamento a mansioni equivalenti secondo l’attuale orientamento della giurisprudenza: Cass. 17 ottobre 2003, n. 16106, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 588; Cass. 10 maggio 2002, n. 6763, in *Foro it.*, 2002, I, p. 3111.

Il lavoratore acquisisce inoltre la facoltà di rifiutare l'espletamento delle mansioni non equivalenti alle "ultime effettivamente svolte" senza subire alcuna conseguenza pregiudizievole, né sul piano disciplinare, né su quello retributivo<sup>359</sup>.

L'esigenza di riparare le conseguenze dannose che l'esecuzione materiale dell'atto privo di effetti *medio tempore* abbia provocato potrebbe tuttavia non essere soddisfatta dalla tecnica dell'invalidazione dell'atto, in quanto l'eventuale qualificazione della violazione dell'equivalenza come atto nullo rende più problematica, a livello di mezzi di tutela, l'ammissibilità del diritto secondario al risarcimento del danno, in aggiunta alle conseguenze tipiche dell'invalidità, ossia l'inefficacia dell'ordine del datore di lavoro e il diritto del lavoratore alla medesima retribuzione<sup>360</sup>.

La questione riguarda la conciliabilità tra le qualifiche di illiceità e di invalidità e, cioè, quella se un atto improduttivo di effetti possa essere anche illecito e, quindi, come tale, sanzionabile<sup>361</sup>.

Parte della dottrina ha tentato di dimostrare che invalidazione e sanzione di carattere riparatorio sono rimedi tra loro non del tutto inconciliabili<sup>362</sup>, anche se tale soluzione deve fare i conti con la opinione

---

<sup>359</sup> PISANI, *La modificazione delle mansioni*, cit., p. 227.

<sup>360</sup> PISANI, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione*, cit., p. 489.

<sup>361</sup> Cfr. DI MAJO, *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*, cit., p. 16; In giurisprudenza per la qualificazione in termini di inadempimento, "senza particolari approfondimenti", così PISANI, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione*, cit., p. 489, considerata "una posticcia esigenza di giustificazione sistematica", così BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103*, in *Commentario al codice civile*, Milano, 1997, p. 260, cfr. Cass. Sezioni Unite 24 marzo 2006, n. 6572, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 478; Corte Cost.le 6 novembre 2004, n. 113, in *Guida lav.*, 2004, 17, p. 11; Cass. 8 novembre 2005, n. 21673, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 135; per la qualifica dell'ordine del datore di lavoro come affetto da nullità: Cass. 20 marzo 2004, n. 5651, in *Mass. giur. lav.*, p. 540; Cass. 28 ottobre 1997, n. 10627, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, p. 862.

<sup>362</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionale e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 38; PISANI, *Equivalenza delle mansioni e oneri probatori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 475 e

diffusa nella dottrina civilistica che ammette la conciliabilità di tali rimedi con riferimento ad ipotesi specificatamente previste di nullità, alle quali viene attribuita anche funzione sanzionatoria del comportamento delle parti negoziali. Non essendovi una previsione analoga in relazione alla violazione della regola dell'equivalenza, si è cercato di individuare nel precetto di cui all'art. 2103 cod. civ. una natura bifronte, non solo limite legale all'esercizio dello *jus variandi*, ma anche obbligazione di non fare gravante sul datore di lavoro e consistente nel non adibire il lavoratore a mansioni appunto non equivalenti.

In tale prospettiva, l'attuazione di fatto del provvedimento illegittimo adottato senza rispettare tale regola costituisce anche inadempimento contrattuale, consistente in un fatto positivo compiuto in violazione di un divieto<sup>363</sup>.

Tale divieto comprende, oltre allo spostamento in una posizione inferiore, anche la sottrazione di compiti qualitativamente rilevanti, nonché la totale privazione di ogni compito che lascia il lavoratore completamente inutilizzato. Proprio con riferimento a questa ultima ipotesi, la giurisprudenza ha affermato la sussistenza di un diritto del lavoratore all'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa, venendo così a configurare anche un obbligo di fare in capo al datore di lavoro<sup>364</sup>.

---

ss.; PEDRAZZOLI, *Lesioni di beni alla persona e risarcibilità del danno*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 271; TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 293.

<sup>363</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 38; PISANI, *Equivalenza delle mansioni e oneri probatori*, cit., p. 479, TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., p. 295.

<sup>364</sup> Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, p. 58; Cass. 13 febbraio 1998, n. 1530, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, p. 450; Cass. 4 ottobre 1995, n. 10405, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, p. 578; Cass. 3 giugno 1995, n. 6265, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, p. 363; Cass. 18 maggio 1995, n. 5482, in *Mass. giur. lav.*, suppl., p. 36; Cass. 15 agosto 1991, n. 8835, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, p. 954.



Di diverso avviso è invece la prevalente dottrina, ritenendo che la sussistenza di un generale diritto del lavoratore all'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa<sup>365</sup> non può desumersi<sup>366</sup> neppure dalla disciplina dei licenziamenti illegittimi sottoposti a sanzione reale<sup>367</sup>, la quale conferma semmai che la persistenza del rapporto senza svolgimento della prestazione rifiutata dal lavoratore comporta, ai sensi dell'art. 18 St. lav., "un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quella dell'effettiva reintegrazione", cosicché il lavoratore licenziato illegittimamente si trova nella stessa situazione del lavoratore in servizio, potendo pretendere dal datore di lavoro solo la conservazione del reddito, essendo questa la conseguenza predeterminata dal legislatore della mancata utilizzazione<sup>368</sup>.

L'interesse del lavoratore allo svolgimento della prestazione è giuridicamente protetto, oltre che nei contratti formativi e nel periodo di prova, soltanto in particolari rapporti in cui viene in rilievo l'intrinseco vantaggio derivante dal tipo di attività (ad esempio artistica, giornalistica, sportiva)<sup>369</sup>.

---

<sup>365</sup> In dottrina, per l'insussistenza di un generale diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione, cfr. MAGRINI, voce *Lavoro (contratto individuale)*, cit., p. 384; GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., p. 330-331; GRANDI, voce *Rapporto di lavoro*, cit., p. 337-338; DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., p. 433. In senso favorevole invece alla configurabilità di un generale diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione, SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 217-218; SANTORO PASSARELLI, *Intervento*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, cit., p. 129 e ss.; MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., p. 242.

<sup>366</sup> CHIARLONI, *Dal diritto alla retribuzione al diritto a lavorare*, cit., p. 1471 e ss.

<sup>367</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 119.

<sup>368</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 119.

<sup>369</sup> MAGRINI, voce: *Lavoro (contratto individuale di)*, cit., p. 384; GRANDI, voce: *Rapporto di lavoro*, cit., p. 337-338.

Per il resto la tutela apprestata dal nostro ordinamento non è quella di un generale diritto del debitore di adempiere, sconosciuta nella disciplina delle obbligazioni, se si esclude la fattispecie della *mora credendi*; la tutela invece è quella apprestata dalla regola dell'equivalenza, che tutela l'interesse del lavoratore a conservare professionalità acquisita e solo in questi limiti gli attribuisce posizioni di vantaggio.

L'eventuale obbligo del datore di lavoro di consentire lo svolgimento della prestazione sarebbe comunque incoercibile in forma specifica, per la sua infungibilità, tutto riducendosi alla sola tutela risarcitoria<sup>370</sup>, sicché il pregiudizio sarebbe in ogni caso ineliminabile.

Vi è anche chi distingue il caso in cui il lavoratore venga tenuto in azienda senza alcun compito, vietato dall'art. 2103 cod. civ., da quello, ritenuto invece legittimo, in cui il dipendente, pur retribuito, venga completamente esonerato dallo svolgimento della prestazione e gli venga completamente restituita tutta la sua libertà<sup>371</sup>.

Come ogni altra violazione della disciplina legale o negoziale del potere del datore di lavoro, l'illegittima modificazione delle mansioni, sia nell'ipotesi di adibizione del dipendente a mansioni non equivalenti, sia in quella di sottrazione totale o parziale dei compiti in precedenza svolti, determina, quindi, secondo l'impostazione suddetta, da un lato, l'inefficacia del relativo atto di esercizio, e dall'altro, costituisce inadempimento

---

<sup>370</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 122. Cfr. su tale questione Cass. 13 luglio 2002, n. 10203, in *Guida lav.*, 35, p. 69, secondo cui "l'indennità spettante ex art. 18, comma 4, Stat. lav. al dipendente illegittimamente licenziato è destinata a coprire quel danno intrinsecamente connesso all'impossibilità materiale per il lavoratore non reintegrato di eseguire la propria prestazione lavorativa", riconoscendo che il diritto del lavoratore al rispetto della propria "professionalità" ed alla propria "immagine" non possa ugualmente trovare un adeguato riconoscimento in sede giudiziaria.

<sup>371</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 118.

contrattuale, conseguendone gli opportuni rimedi previsti dalla normativa speciale o generale del diritto comune.

Il lavoratore può chiedere quindi, oltre alla dichiarazione di nullità dell'atto, una pronuncia di condanna del datore di lavoro all'adempimento.

Il contenuto della sentenza di condanna non può consistere nella reintegrazione nelle mansioni precedenti all'illegittimo mutamento, in quanto un potere siffatto non esiste nel nostro ordinamento<sup>372</sup>, espressamente previsto solo per la reintegrazione nel posto di lavoro ed inoltre, una volta riconosciuto lo *jus variandi*<sup>373</sup>, la tutela inibitoria-

---

<sup>372</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 70.

<sup>373</sup> In giurisprudenza è data generalmente per scontata, quantomeno per gli spostamenti "orizzontali" del lavoratore, l'esistenza di un potere del datore di lavoro di modificare unilateralmente il contenuto della prestazione oggetto dell'obbligazione di lavorare, tradizionalmente denominato *jus variandi*.

In giurisprudenza e nella pratica dei rapporti è comunemente data per acquisita l'esistenza del potere del datore di lavoro di modificare unilateralmente le mansioni, come risulta altrettanto pacifico che tale modificazione possa avvenire, nell'ambito dell'equivalenza, definitivamente e senza giustificazione (ad esclusione di isolate pronunce che si inseriscono nel filone giurisprudenziale sulla c.d. parità di trattamento, cfr. Cass. 10.03.1992, n. 2889, in *Giust. civ.*, 1993, I, 199, dove si richiede che il provvedimento di modificazione, pur nell'ambito dell'equivalenza, "sia sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento e non contrasti con l'utilità sociale e non arrechi danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana". Cfr. altresì Cass. 17.03.1999, n. 2428, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1999, p. 587, che, pur non soffermandosi esaurientemente sul punto, pare discostarsi dall'orientamento prevalente, introducendo una giustificazione al potere di modificazione delle mansioni esercitato dal datore di lavoro, sebbene l'art. 13 stat. lav. non menzioni più i limiti che prima della novella del '70 consentivano di affermare la natura eccezionale dello *jus variandi*), in osservanza del solo limite del divieto di compiere atti discriminatori, nonché quello del motivo illecito determinante.

In dottrina, la contrapposizione tra coloro che negano in capo al datore di lavoro la sussistenza di un potere con siffatto contenuto e coloro che, invece, continuano ad affermarne l'esistenza non è netta. In altre parole, il riconoscimento di un vero e proprio *jus variandi* incondizionato nell'ambito dell'equivalenza viene sostenuto solo da una parte minoritaria della dottrina (PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, p. 410 ss.; GHERA, *Mobilità*

ripristinatoria contrasterebbe con la possibilità di nuovi e diversi atti di esercizio del potere; il lavoratore avrà dunque diritto esclusivamente

---

*introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, pp. 393-394).

La maggioranza degli interpreti, invece, pur postulando l'esistenza dello *jus variandi*, addotta accorgimenti di vario tipo che vanno dalla necessità del consenso per la legittimità di alcuni spostamenti, ad esempio, per quelli definitivi (ASSANTI, *Commento all'art. 13*, in Assanti-Pera, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Padova, 1972, p. 141), alla negazione di tale potere nelle situazioni in cui le mansioni di assunzione siano chiaramente individuate dalle parti (GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, cit., pp. 554-555). Altri ancora giungono a negare la configurabilità di tale speciale potere di modificazione della prestazione, ritenendolo ormai trasformato in potere direttivo (ROMAGNOLI, *Commento all'art. 13*, in AA. VV., *Statuto dei lavoratori. Art. 1-13*, Bologna, 1972, in AA. VV., *Statuto dei lavoratori*, p. 159; PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1971, I, pp. 13-14; VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, cit., p. 96).

Malgrado l'art. 13 Stat. lav. non sembri differenziare l'ipotesi delle modifiche verso mansioni equivalenti e quella verso mansioni superiori, vi è una parte della dottrina che pur ammettendo l'esistenza dello *jus variandi* per gli spostamenti orizzontali, lo nega per le modifiche verticali, almeno per quelle definitive (PERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 412).

In ogni caso, è opinione diffusa fra gli interpreti quella della necessaria consensualità delle promozioni immediatamente definitive (Cfr. GRANDI, *La mobilità interna*, in AA. VV., *Strumenti e limiti della flessibilità*, Milano, 1986, p. 263; GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, cit., p. 556), mentre per la c.d. promozione automatica bisogna distinguere tra coloro che sostengono la tesi pattizia anche per le variazioni temporanee *in melius* (GRANDI, *La mobilità interna*, cit., p. 269; PERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 412; MARESCA, *La promozione automatica del prestatore di lavoro secondo l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1978, I, p. 438) e quelli che, invece, l'ammettono solo come possibilità per il lavoratore di impedire il perfezionamento della fattispecie legale dell'assegnazione definitiva ASSANTI, *Commento all'art. 13*, cit., p. 149; GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, cit., p. 556; MISCIONE, *Appunti critici sull'assegnazione delle mansioni nel sistema dello "statuto dei lavoratori"*, in *Boll. sc. perf. dir. lav. Univ. Trieste*, n. 50-51, 1971, p. 45. Cfr., per un esame critico della questione, PISANI, *La modificazione delle mansioni*, cit., p. 11 e ss.

all'assegnazione di mansioni equivalenti, con la conseguenza che solo questo può essere il contenuto della condanna<sup>374</sup>.

Il prestatore di lavoro può agire altresì per il risarcimento degli eventuali danni provocati dalla dequalificazione. Potrà inoltre rifiutare l'espletamento delle mansioni non dovute, esercitando così l'autotutela.

Tra le tutele contro l'illegittima modificazione delle mansioni non può escludersi a priori l'ammissibilità dell'azione cautelare. Invero, la modificazione delle mansioni può coinvolgere beni personali del lavoratore assai rilevanti, quali la professionalità, l'immagine, la dignità e la stessa integrità psicofisica. Il lavoratore interessato potrà pertanto utilizzare il procedimento d'urgenza ogni qualvolta si profili un pericolo di pregiudizio imminente ed irreparabile di tali beni.

---

<sup>374</sup> GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, cit., p. 655; PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, in *Lav. pubb. amm.*, 2001, p. 387; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 72; BIANCHI D'URSO, *Intervento*, in *Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali*, Milano, 1975, p. 118-119. In senso contrario, ROMAGNOLI, *Commento all'art. 13*, cit., p. 259. In giurisprudenza, per l'insussistenza al diritto alla reintegrazione nelle mansioni precedenti, e/o l'ineseguibilità del relativo ordine, Cass. 14 luglio 1997, n. 6381, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 580; Cass. 7 dicembre 1991, n. 13187, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, p. 947; Cass. 20 settembre 1990, n. 9584, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 894; Cass. 23 gennaio 1988, n. 539, in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 313; Cass. 7 settembre 1981, n. 5052 e Cass. 19 giugno 1981, in *Not. giur. lav.*, 1981. *Contra*, per l'ammissibilità dell'ordine di reintegrazione, Cass. 20 gennaio 1987, n. 491, in *Foro it., Rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, p. 875; Tribunale Ferrara 1° giugno 1993, in *Not. giur. lav.*, 1994, p. 49; Tribunale Genova 3 dicembre 1987, in *Riv. giur. lav.*, 1987, II, p. 444.

## 17. Il requisito del pregiudizio imminente ed irreparabile nella dequalificazione.

Requisito preliminare ed assorbente rispetto all'accertamento del *fumus*, anche in relazione alla illegittima modificazione delle mansioni è quello del *periculum in mora*, in quanto, anche ove risulti sicuramente fondato il diritto, ma esso non rischi alcun danno imminente ed irreparabile, sarebbe sufficiente la sola tutela ordinaria, con conseguente inammissibilità di quella cautelare, come si verifica in tutti i casi in cui, ad esempio, si facciano valere, in relazione alla illegittima modificazione delle mansioni, esclusivamente diritti di natura risarcitoria<sup>375</sup>.

Anche in materia di dequalificazione il *periculum* deve essere individuato e comprovato in concreto, pervenendosi, altrimenti, all'automatica sussistenza dello stesso per il solo fatto della avvenuta dequalificazione<sup>376</sup>.

Non è dunque sufficiente una valutazione in astratto della mera potenzialità lesiva dell'atto datoriale, essendo ormai superata l'idea del *periculum in re ipsa* perfino in materia di licenziamento, come si è visto<sup>377</sup>.

---

<sup>375</sup> Cfr. cap. I, par. 6.

<sup>376</sup> Tribunale di Benevento 23 gennaio 2001, in *Lav. pubb. amm.*, 2001, p. 383; Tribunale Pordenone 21 ottobre 2000, in *Lav. giur.*, 2001, p. 363; Tribunale Roma 28 giugno 2000, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, p. 394;. *Contra*: Tribunale Roma 24 novembre 1999, in *Foro it.*, 2000, p. 281; Pretura Milano 20 novembre 1990, in *Orient. giur. lav.*, 1991, p. 16; Pretura Milano 23 marzo 1990, in *Lavoro* 80, 1990, p. 493; Pretura Roma 25 febbraio 1987, in *Riv. giur. lav.*, 1987, p. 149; per l'idoneità dell'atto datoriale a porre in pericolo la dignità morale e professionale del dirigente, v. Pretura Cagliari 29 ottobre 1982, in *Giur. it.*, 1984, 2, p. 57, con la precisazione che il giudice può limitarsi ad "emettere una pronuncia di accertamento" di illegittimità "dal momento che per i dirigenti non sussiste un diritto ad eseguire la prestazione suscettibile di reintegra in considerazione del carattere dei rapporti di lavoro situati a livello della suprema direzione d'impresa"; Pretura Roma 26 aprile 1983, in *Soc.*, 1984, p. 89.

<sup>377</sup> Cfr. cap. IV, par. 12.

Anche le Sezioni Unite, seppur in relazione ad una domanda di risarcimento danni da demansionamento professionale del lavoratore, hanno affermato che il pregiudizio è solo eventuale, non discendendo automaticamente dalla violazione degli obblighi di cui all'art. 2103 cod. civ., per cui il danno non è mai *in re ipsa* e non è quindi sufficiente dimostrare la mera potenzialità lesiva della condotta datoriale<sup>378</sup>.

Ciò significa che in sede di tutela urgente non si deve confondere l'illecito (dequalificazione), con le eventuali conseguenze dello stesso (pregiudizio imminente ed irreparabile). Proprio in quanto eventuali, queste ultime devono essere concretamente invocate ed accertate caso per caso al fine di giustificare il provvedimento d'urgenza<sup>379</sup>. Altrimenti argomentando, trascurando così le differenze tra lavoratori in ragione della diversa posizione professionale, economica, familiare e sociale di ciascuno, si determinerebbe "proprio laddove è possibile utilmente distinguere, un ulteriore gratuito appiattimento di disciplina, così aggravando le conseguenze della, per certi aspetti necessaria, adozione di un astratto modello normativo di lavoratore subordinato"<sup>380</sup>.

---

<sup>378</sup> Cfr. Cass. Sezioni Unite, 24 marzo 2006, n. 6572, in *Mass. giur. lav.*, p.478, con nota di VALLEBONA, *L'edonismo d'assalto di fronte alle Sezioni Unite: il danno alla persona del lavoratore*, p. 485 e ss. e di PISANI, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione*, cit., p. 489.

<sup>379</sup> Cfr. PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro*, cit., p. 389.

<sup>380</sup> Così VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 81.

A) Invero, tra i beni personali del lavoratore coinvolti<sup>381</sup>, quanto alla professionalità, questa non è certo lesa in modo irreparabile da qualsiasi privazione o riduzione di mansioni durante il tempo occorrente a far valere il diritto in via ordinaria, se si considera che l'ordinamento prevede sospensioni anche lunghe del rapporto (malattia, infortunio, maternità, cariche pubbliche), senza che al momento del rientro in servizio il lavoratore sia considerato professionalmente obsoleto<sup>382</sup>.

Il *periculum* alla professionalità potrebbe allora essere concretamente configurabile solo in ipotesi particolari, laddove “si tratti di mansioni altamente specializzate, che necessitano per la loro natura di un continuo aggiornamento, con applicazione pratica a casi concreti, e il cui mancato esercizio dia quindi luogo a una perdita di professionalità”<sup>383</sup>,

---

<sup>381</sup> Cfr. sui diritti della persona coinvolti nel rapporto di lavoro, DEL REY GUANTER *Diritti fondamentali della persona e contratto di lavoro: appunti per una teoria generale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 15, 9 e ss.; SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit.; DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 195 e ss.; NOGLER, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 287 e ss.; *La deriva risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 63 e ss.; LANOTTE, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Torino, 1998; MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 439 e ss. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, p. 318 e ss..

<sup>382</sup> PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro*, cit., p. 389, “tant'è vero che il fatto di ricominciare immediatamente a lavorare non è condizionato alla partecipazione a corsi di aggiornamento o di riqualificazione, né ad una fase di rodaggio, che pure è riscontrabile sovente nei fatti e, nella sufficienza, costituisce significativamente conferma della non irreparabilità del pregiudizio”.

<sup>383</sup> Tribunale Campobasso (ord.) 9 maggio 2002, in *Lav. giur.*, 2003, p. 187, che parla di “pericolo di atrofizzazione delle sue capacità organizzative e manageriali”; Tribunale di Benevento, ord., 23 gennaio 2001, in *Lav. pubb. amm.*, 2001, p. 383; Tribunale Roma 11 gennaio 2001, in *Lav. giur.*, 2001, p. 773; Tribunale Pordenone 21 ottobre 2000, in *Lav. giur.*, 2001, p. 363; Tribunale Roma 12 marzo 1997, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 794; Pretura Roma 7 dicembre 1987, in *Temi rom.*, 1988, p. 165, che ha ritenuto non sussistente



intesa nel suo carattere patrimoniale, ossia come pericolo di impoverimento della capacità professionale acquisita<sup>384</sup>, di mancata acquisizione di una maggiore capacità<sup>385</sup>, di un pregiudizio per perdita di *chance* o comunque di ulteriori possibilità di guadagno o potenzialità occupazionali<sup>386</sup>, la cui effettiva lesione normalmente esigerebbe tempi piuttosto lunghi<sup>387</sup>.

---

il presupposto del *periculum in mora* di un lavoratore addetto alle mansioni di centralinista che deduca come pregiudizio imminente ed irreparabile la circostanza che la professionalità acquisita subisca una perdita irreversibile nelle more del giudizio ordinario; Pretura Roma 22 febbraio 1997, in *Lav. giur.*, 1997, p. 687, nell'ipotesi di mansioni richiedenti cognizioni tecniche-pratiche semplici; sull'insussistenza di un pregiudizio irreparabile alla professionalità cfr. Pretura Roma 12 marzo 1992, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, p. 794; Tribunale Roma 21 settembre 1999, in *Lav. giur.*, 2000, p. 79 per la brevità dell'esercizio delle mansioni asseritamente superiori e l'affinità di quelle nuove; Tribunale Roma 28 giugno 2000, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, p. 394, che ammette la lesione irreparabile della professionalità solo qualora il mancato esercizio delle precedenti mansioni comporti come "sicura conseguenza un depauperamento irreversibile del bagaglio professionale" o la "compromissione irrimediabile dello sviluppo di quest'ultimo", che non sussisterebbe nel caso di mansioni di non elevato tecnicismo, non soggette a rapida obsolescenza; Pretura Cagliari 4 giugno 1996, in *Lav. giur.*, 1997, p. 311.

<sup>384</sup> Cfr. Tribunale Roma (ord.) 20 febbraio 2003, in *Lav. giur.*, 2003, p. 446; Tribunale Roma 24 novembre 1999, in *Foro it.*, 2000, p. 281 che configura danno grave ed irreparabile, idoneo a giustificare il provvedimento cautelare, la "perdita della professionalità, dell'esperienza e della conoscenza tecnica"; Tribunale Roma 26 gennaio 1998, in *Notiz. giur. lav.*, 1998, p. 107, per la rapida obsolescenza derivante dall'inattività o dall'adibizione illegittima a mansioni affatto differenti; Tribunale Napoli 4 giugno 1997, in *Lavoro giur.*, 1997, p. 1034, in termini di "irreversibile impoverimento del bagaglio professionale"; Tribunale Roma 3 gennaio 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 117; Pretura Ancona 10 maggio 1990, in *Dir. lav. marche*, 1990, p. 168.

<sup>385</sup> Cfr. Tribunale Campobasso 12 giugno 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 870; Tribunale Roma, 26 gennaio 1998, in *Notiz. giur. lav.*, 1998, p. 107, *ex art.* 35 Cost..

<sup>386</sup> Cfr. per questa tipologia di danni, Cass. Sezioni Unite, 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*; Cass. 6 dicembre 2005, n. 26666, in *Guida lav.*, 2006, 3, 24; Cass. 27 giugno 2005, n. 13719, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 650; Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, in *Guida lav.*, 2002, 3, 19.

<sup>387</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, p. 81.

B) Quanto ad eventuali pericoli concreti per l'immagine e la dignità del lavoratore, occorre, ad esempio, che la differenza di posizione sia molto forte e sia avvertita come umiliante nell'ambiente professionale e sociale del lavoratore interessato<sup>388</sup>. Potrebbe anche essere configurabile il pericolo per l'immagine professionale dello stesso<sup>389</sup>, intesa nel pregiudizio che il lavoratore subisce, non direttamente al suo "saper fare", bensì alla posizione raggiunta nell'organizzazione aziendale, considerata dal punto di vista della posizione gerarchica e di prestigio, per certi versi di *status*, maturati all'interno dell'azienda ma anche nel mercato del lavoro "esterno". Infatti, dalla illegittima modificazione delle mansioni potrebbe derivare un danno e, quindi, potrebbe esservi un pericolo all'immagine anche in assenza di uno specifico pregiudizio al "saper fare" inteso come bagaglio di conoscenze acquisite dal lavoratore<sup>390</sup>.

Non si deve dimenticare infatti che la norma è diretta a proteggere la dignità e libertà del lavoratore (titolo I dello statuto dei lavoratori) *sub*

---

<sup>388</sup> PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro*, cit., p. 390.

<sup>389</sup> Cfr. Tribunale Bari 3 dicembre 2002, in *Giur. it.*, 2003; Tribunale Roma (ord.) 9 dicembre 2002, in *Lav. giur.*, 2003, p. 443; Tribunale Avezzano 21 agosto 2002, in *Giur. merito*, 2002, p. 1394, che ravvisa il *periculum in mora* nella lesione dell'immagine professionale "nella vita sociale e di relazione, per i negativi riflessi nell'ambiente di lavoro e nell'utenza"; Tribunale Napoli 4 giugno 1997, in *Lav. giur.*, 1997, p. 1034; Tribunale Roma 26 marzo 2001, in *Lav. giur.*, 2001, p. 777; Tribunale Cagliari, *Lav. giur.*, 5 luglio 1996, in *Lav. giur.*, 1997, p. 312; Tribunale Roma 3 gennaio 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 117.

<sup>390</sup> Così PISANI, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione*, cit., p. 492-493; in giurisprudenza, per la configurabilità di tali danni, cfr. Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, cit.; Cass. 19 novembre 1997, n. 11522, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 706; Cass. 28 marzo 1995, in *Dir. prat. lav.*, 1995, p. 2382; Cass. 11 gennaio 1995, n. 276, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 825; Cass. Sez. Unite 24 aprile 1990, n. 3455, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1493.

*specie* personalità professionale, che, unitamente al “saper fare”, rappresenta il patrimonio personale distintivo della dignità del lavoratore subordinato<sup>391</sup>.

Ciò si potrebbe verificare, ad esempio, nell’ipotesi in cui un dirigente venga adibito a compiti di gran lunga inferiori e magari posto alla mercé di coloro che prima erano i suoi sottoposti<sup>392</sup> o nel caso di sottrazione parziale o totale<sup>393</sup> delle mansioni che lascia il lavoratore completamente inutilizzato in azienda.

C) Quanto al *periculum* alla sfera privata, potrebbero venire in rilievo anche i pregiudizi alla vita di relazione del lavoratore, consistenti nelle alterazioni delle sue abitudini o scelte di vita<sup>394</sup>.

D) Non può escludersi neppure il pericolo all’integrità psicofisica, in relazione al quale sarà necessario dimostrare non solo le precarie condizioni

---

<sup>391</sup> Cfr. PISANI, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione*, cit., p. 493, che propone la seguente classificazione dei danni da dequalificazione: 1) danni patrimoniali alla professionalità intesa come “saper fare”, con tutte le sue implicazioni (perdita di chance, di opportunità occupazionali, ecc.); 2) danni non patrimoniali da suddividere a loro volta in a) danno esistenziale “specifico” all’immagine professionale, intesa come “posizione” raggiunta dal lavoratore nell’organizzazione lavorativa; b) danno esistenziale generico, inteso come alterazione della vita privata del lavoratore; c) danno biologico, ivi compreso quello psichico.

<sup>392</sup> Cfr. Tribunale Milano (ord.) 25 gennaio 2005, in *Guida dir.*, 2005, 30, n. 76, che afferma la rilevanza del disagio conseguente ad una retrocessione come pregiudizio alla dignità personale e professionale in una ipotesi in cui il ricorrente era stato adibito a mansioni in precedenza assegnate a soggetti dallo stesso coordinati e nei confronti dei quali, pur non essendo provato che avesse una posizione sopraordinata, di fatto aveva un ruolo di riferimento.

<sup>393</sup> Cfr. Pretura Milano 19 aprile 1988, in *Lavoro* 80, 1988, p. 864 che distingue la lesione alla professionalità e all’immagine professionale.

<sup>394</sup> Cfr. Cass. Sezioni Unite 24 marzo 2006, n. 6572, cit., che definisce danno esistenziale “ogni pregiudizio che l’illecito datoriale provoca sul fare areddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli aspetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno”.

di salute del prestatore, ma anche il nesso di causalità tra l'illegittima dequalificazione ed il *vulnus* alla persona<sup>395</sup>.

## 18. Il *periculum* nel trasferimento.

Il trasferimento privo della necessaria giustificazione è nullo per violazione di norma imperativa ai sensi degli articoli 1418, comma 1, e 1324 c.c.<sup>396</sup>.

Come per la dequalificazione anche avverso il trasferimento il lavoratore può chiedere, oltre alla dichiarazione di nullità, una pronuncia di condanna del datore all'adempimento<sup>397</sup>. Può inoltre chiedere il risarcimento degli eventuali danni provocati dalla dequalificazione. Può anche rifiutare il trasferimento, esercitando l'autotutela<sup>398</sup>.

---

<sup>395</sup> Cfr. Tribunale Roma 4 luglio 2002, in *Lav. giur.*, 2002, p.980, in cui si sottolinea che occorre avere riguardo "al momento in cui il pregiudizio rischia di divenire irreparabile"; Pretura Roma 7 aprile 1990, in *Notiz. giur. lav.*, 1990, p. 354, secondo cui lo stato di salute "può assurgere a elemento rilevante solo quando vi siano gravi stati patologici direttamente e indiscutibilmente derivanti dalla situazione di esaurimento lamentata".

<sup>396</sup> Cfr. invece la tesi di SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 343, che, in base a quelli che egli ritiene i principi generali in materia di sviamento dei poteri discrezionali dalla funzione ad essi assegnata dall'ordinamento, qualifica come annullabile il trasferimento ingiustificato.

<sup>397</sup> Per la doppia qualificazione del trasferimento illegittimo sia come atto nullo, sia come inadempimento, cfr. Cass. 28 settembre 2006, n. 21037, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 277.

<sup>398</sup> L'autotutela non si configura come una eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., poiché il lavoratore non rifiuta una prestazione dovuta affermando l'inadempimento del datore di lavoro, bensì, più semplicemente, si limita a rifiutare l'esecuzione di una prestazione non dovuta, conseguendone l'irrelevanza delle questioni di interdipendenza delle prestazioni proprie delle eccezioni di inadempimento. Cfr. par. 20. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 130 ss.; ZOPPOLI, *La correttezza nel contratto di lavoro*, cit., p. 266.

In giurisprudenza cfr. invece Cass. 9 marzo 2004, n. 4771, in *Mass. giur. lav.*, 7, 2004, 473, secondo cui il provvedimento del datore di lavoro di trasferimento di sede di un lavoratore

Il trasferimento<sup>399</sup> può anch'esso coinvolgere rilevanti beni personali del lavoratore legati al luogo di esecuzione della prestazione nell'ambito del quale viene ad esplicarsi la personalità del lavoratore. Laddove la lesione degli interessi personali e familiari del lavoratore sia tale da integrare un pericolo di pregiudizio imminente ed irreparabile, il lavoratore potrà pertanto ricorrere alla tutela d'urgenza.

Ovviamente, anche in tale ipotesi, non essendo sufficiente una valutazione in astratto della mera potenzialità lesiva dell'atto datoriale<sup>400</sup>, l'irreparabilità del pregiudizio che minaccia di ledere o sta già ledendo il diritto del lavoratore deve essere comprovata in relazione alla specifica situazione dedotta in giudizio.

Il *periculum in mora* potrà sussistere qualora dal trasferimento, che spesso rappresenta per il lavoratore uno sradicamento dall'ambiente di

---

che non sia adeguatamente giustificato a norma dell'art. 2103 c.c. determina la nullità dello stesso e integra un inadempimento parziale del contratto di lavoro, con la conseguenza che la mancata ottemperanza allo stesso provvedimento da parte del lavoratore trova giustificazione sia quale attuazione di un'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), sia sulla base del rilievo che gli atti nulli non producono effetti; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1074, in *Dir. prat. lav.*, 1999, 2072; Cass. 9 marzo 2004, n. 4771, in *Mass. giur. lav.*, 7, 2004, 473.

<sup>399</sup> Lo spostamento spaziale del lavoratore viene definito come trasferimento quando sia tendenzialmente definitivo, e cioè senza contestuale previsione di ulteriori future modificazioni del posto indicato. Il trasferimento comporta l'assegnazione definitiva del lavoratore ad altra sede diversa da quella precedente. Cfr. VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, p. 67 ss.

<sup>400</sup> Così invece Tribunale Agrigento 28 marzo 2001, in *Lav. giur.*, 2001, p. 778, secondo cui "i disagi naturalmente connessi al mutamento della sede di lavoro producono un pregiudizio imminente ed irreparabile quasi *in re ipsa*"; Pretura Milano 2 dicembre 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 339; Pretura Milano 14 novembre 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 332; Pretura Roma 21 marzo 1995, in *Riv. giur. lav.*, 1995, p. 741; Pretura Roma 31 agosto 1992, in *Dir. prat. lav.*, 1993, p. 618; Pretura Milano 16 gennaio 1989, in *Lavoro* 80, 1989, p. 447; Pretura Milano 4 febbraio 1987, in *Lavoro* 80, 1987, p. 431; Pretura San Vito al Tagliamento 29 gennaio 1987, in *Lavoro* 80, 1988, p. 164; Pretura Roma 19 marzo 1985, in *Nuovo dir.*, 1985, p. 397.

origine, derivino allo stesso comprovati pregiudizi alla vita familiare e di relazione, non risarcibili per equivalente<sup>401</sup>.

In giurisprudenza è stato ritenuto sussistente il *periculum* nei seguenti casi: intervenuta modifica dei turni lavorativi della moglie del lavoratore padre di minore portatore di handicap, che sia tale da compromettere la necessaria continuità dell'assistenza al figlio<sup>402</sup>; prestatore di lavoro che assiste un parente portatore di handicap, dovendosi evitare la traumatica e dannosa rottura di una convivenza che il legislatore ha inteso tutelare<sup>403</sup>; qualora vi sia un pericolo di lesione ai diritti della persona connessi alla posizione sociale e familiare acquisita dal lavoratore nel luogo di lavoro per l'impossibilità di coltivare e approfondire quelle relazioni e quegli interessi familiari e personali che verrebbero seriamente limitati o addirittura impediti dallo svolgimento altrove dell'attività lavorativa<sup>404</sup>.

---

<sup>401</sup> Cfr. Tribunale di Roma 26 gennaio 2000, in *Dir. lav.*; 2000, p. 400.

<sup>402</sup> Cfr. Tribunale di Milano 29 novembre 1999, in *Dir. lav.*, 2000, p. 411; si esclude la configurabilità *del periculum in mora* invece nell'ipotesi in cui esistano altri familiari in grado di prestare l'assistenza: v. Tribunale di Roma 29 maggio 1999 in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 914. Il riconoscimento in favore del genitore o del familiare lavoratore del portatore di handicap del diritto di scegliere la sede lavorativa più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso presuppone, oltre ai requisiti di legge, sia l'attualità dell'assistenza, sia "la compatibilità con l'interesse comune". Tale diritto non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere in misura consistente le esigenze organizzative ed economiche del datore di lavoro. Così Tribunale Bari 29 luglio 2004, in *Fam. dir.*, 2005, p. 291.

<sup>403</sup> Cfr. Pretura Roma 31 maggio 1997, in *Riv. giur. lav.*, 1998, II, p. 246.

<sup>404</sup> Cfr. Pretura Parma 15 marzo 1999, in *Dir. lav.*, 1999, p. 581; Pretura Milano 8 novembre 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 332.; Pretura San Vito al Tagliamento 29 gennaio 1987, in *Lavoro 80*, 1988, p. 164, che lo ritiene erroneamente in *re ipsa*; Pretura Milano 7 luglio 1987, in *Lavoro 80*, 1987, p. 1046; Pretura Milano 4 agosto 1986, in *Lavoro 80*, 1987, p. 181.

Non è pertanto sufficiente la generica denuncia di disagio psicologico<sup>405</sup>, organizzativo<sup>406</sup>, stress da precarietà e danno economico, ma è necessario provare il “vulnus” alla vita familiare e di relazione<sup>407</sup>.

Può essere configurabile altresì un pericolo all’integrità psicofisica, purché siano dimostrate le precarie condizioni di salute del prestatore ed il nesso di causalità con il trasferimento<sup>408</sup>.

Sotto un diverso profilo, si è ritenuto sussistente il *periculum in mora* nell’ipotesi di lesione della dignità del lavoratore laddove il trasferimento assuma il valore di sanzione disciplinare<sup>409410</sup>.

---

<sup>405</sup> Parla di disagio organizzativo e familiare, che può derivare al lavoratore dal trasferimento, Pretura Milano 16 gennaio 1989, in *Lav. 80*, 1989, p. 447

<sup>406</sup> Cfr. Tribunale Avellino 6 agosto 1999, in *Giur. merito*, 2000, p. 146, che ravvisa l’irreparabilità del danno nella “difficile percorribilità, specie nella stagione invernale, delle strade di comunicazione che conducono alla nuova sede” o “raggiungibile in circa quarantacinque minuti con auto propria”: Pretura Milano 29 febbraio 1988, in *Lavoro 80*, 1988, p. 436; Pretura Firenze 4 febbraio 1983, in *Giust. civ.*, 1983, p. 1639.

<sup>407</sup> Cfr. Pretura Roma, 2 marzo 1999, in *Lav. giur.*, 1999, p. 780. *Contra*, per il *periculum in re ipsa*, cfr. Tribunale di Chiavari 27 febbraio 1999, in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, p. 57.

<sup>408</sup> Cfr. Pretura Roma 27 febbraio 1984, in *Giust. civ.*, 1984, p. 2300, che ha concesso in via d’urgenza l’immediata sospensione del trasferimento presso una lontana sede di un dipendente invalido e quotidianamente bisognoso di un tipo particolare di assistenza infermieristica e specialistica.

<sup>409</sup> Cfr. Tribunale di Pordenone 21 ottobre 2000, in *Lav. giur.*, 2001, p. 363.

<sup>410</sup> Cfr. VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 78, secondo il quale il trasferimento è consentito solo per ragioni oggettive, evitando in tal modo che il datore di lavoro utilizzi in chiave sanzionatoria un potere riconosciutogli solo in funzione della migliore organizzazione aziendale, coerentemente alla disposizione di cui all’art. 7, comma 4, St. lav., che non consente sanzioni disciplinari “che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro”. Altrimenti argomentando, rileva l’Autore, si dimentica che la distinzione tra giustificazione soggettiva e oggettiva si fonda non sul tipo, ma sulla diversa causa degli effetti, a seconda che consista o no nel comportamento del lavoratore. Né può dubitarsi che la condotta del lavoratore nell’ambito del contratto di lavoro rilevi solo in termini di corretta esecuzione dell’attività dovuta, per cui, fino a quando non incidono sull’esatta esecuzione della prestazione dovuta (e quindi non legittimano l’esercizio del potere disciplinare), i rapporti interpersonali tra lavoratori non debbono interessare

## **19. La sospensione degli effetti della dequalificazione e del trasferimento.**

Al fine di scongiurare lo specifico *periculum* invocato, anche in materia di dequalificazione e di trasferimento ingiustificato, si pone il delicato problema dell'esecuzione diretta o indiretta dell'eventuale provvedimento d'urgenza, il cui contenuto deve fare i conti con la incoercibilità degli obblighi di fare e di non fare infungibili<sup>411</sup>.

La prevalente giurisprudenza di legittimità esclude la possibilità di una pronuncia ripristinatoria di reintegrazione coattiva del dipendente nelle precedenti mansioni. In primo luogo, come si è visto, non vi è un diritto di questo tipo e deve escludersi un provvedimento cautelare che non si limiti ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito, ma vada

---

l'imprenditore. In giurisprudenza, è prevalso un diverso orientamento nel senso dell'ammissibilità di un trasferimento determinato da ragioni disciplinari, purché tali ragioni integrino quelle ragioni tecniche, organizzative e produttive di cui all'art. 2103 c.c., trattandosi di valutare le conseguenze negative del comportamento sull'organizzazione aziendale. Cfr. Cass., Sezioni Unite, 24 luglio 1986, n. 4747, in *Foro it.*, 1987, p. 3020 ss.; Cass. 12 dicembre 2002, n. 17786, in *Foro it.*, 2003, I, p. 440; Cass. 16 aprile 1992, n. 4655, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 571; Cass. 30 gennaio 1984, n. 722, in *Not. giur. lav.*, 1984, p. 584; Cass. 6 marzo 1975, n. 832, in *Mass. giur. lav.*, 1976, p. 103. Invero, trovando la sua ragione nello stato di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva, secondo la Suprema Corte, tale provvedimento va ricondotto alle esigenze tecniche, organizzative e produttive, di cui all'art. 2103 c.c., piuttosto che, sia pure atipicamente, a ragioni punitive e disciplinari, con la conseguenza che la legittimità del provvedimento datoriale di trasferimento prescinde dalla colpa dei lavoratori trasferiti, come dall'osservanza di qualsiasi garanzia sostanziale o procedimentale che sia stabilita per le sanzioni disciplinari. In tali casi il controllo giurisdizionale deve essere diretto ad accertare soltanto se vi sia corrispondenza tra il provvedimento datoriale e le finalità tipiche dell'impresa: Cass. Cass. 12 dicembre 2002, n. 17786, in *Mass. giur. lav.*, 3, 2003, 173.

<sup>411</sup> Cfr. cap. I, par. 8.



oltre, ad esempio, reintegrando il lavoratore nelle mansioni precedenti alla dequalificazione<sup>412</sup> o nel posto precedente al trasferimento illegittimo<sup>413</sup>. Inoltre, ma soprattutto, perché il diritto del lavoratore all'adempimento da parte del datore dell'obbligo di assegnargli mansioni equivalenti, implica inevitabilmente la necessaria cooperazione del datore di lavoro, in termini di esercizio di potere direttivo ed organizzativo, sicché ne conseguirebbe una condanna ad un fare infungibile, in quanto attinente alla sfera di libertà dello stesso datore di lavoro, come tale ineseguibile. Ciò, come si è già illustrato<sup>414</sup>, per l'assenza non solo di una tecnica di esecuzione diretta<sup>415</sup>, ma anche di misure coercitive indirette. Alla stessa conclusione deve pervenirsi con riferimento all'ordine di adibizione all'unità produttiva di provenienza, sussistendo pure in tale ipotesi la necessità di un

---

<sup>412</sup> Cfr. invece Tribunale Avezzano 21 agosto 2002, in *Giur. mer.*, 2002, p. 1394; Tribunale Roma 24 novembre 1999, in *Foro it.*, 2000, p. 281;; Tribunale Roma 12 marzo 1997, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 794; Pretura Milano 20 novembre 1990, in *Orient. giur. lav.*, 1991, p. 16; Pretura Milano 23 marzo 1990, in *Lav. 80*, 1990, p. 493; Pretura Milano 12 maggio 1989, in *Orient. giur. lav.*, 1989, p. 697; Pretura Roma 26 aprile 1983, in *Soc.*, 1984, p. 89; Pretura Roma 19 aprile 1983, in *Soc.*, 1983, p. 1433; Pretura Roma 25 febbraio 1980, in *Riv. giur. lav.*, 1980, p. 1141, che lo ritiene eseguibile coattivamente tramite ufficiale giudiziario e, occorrendo con l'assistenza della forza pubblica;

<sup>413</sup> Il che non è consentito neppure con la sentenza, cfr. GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, cit., p. 655; Cass. 7 dicembre 1991, n. 13187, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 947; *contra* Cass. 19 novembre 1996, n. 10109, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 39 e ss.; Pretura Roma 19 aprile 1985, in *Nuovo dir.*, 1985, p. 397;

<sup>414</sup> Cfr. cap. I, par. 8.

<sup>415</sup> TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza e tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, cit., p. 1284; VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 222 e ss. e p. 245 e ss.; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 10; PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, cit., p. 393-394; DI MAJO, *Tutela risarcitoria*, cit., p. 5; CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 1989, p. 876 e ss.; SANGIORGI, *Presentazione*, cit., p. XVII-XX.

comportamento attivo del datore di lavoro nell'ambito delle proprie competenze organizzative e funzionali<sup>416</sup>.

Il discorso investe il tema delle limitazioni dei poteri datoriali, le quali introducono a protezione dei beni essenziali della persona del lavoratore, obbligazioni di fare o più spesso, accanto o al posto dell'inefficacia dell'atto, obbligazioni di non fare, come, ad esempio, di non assegnare mansioni inferiori, di non trasferire senza giustificato motivo.

Per gli obblighi di non fare, in relazione ai quali ogni violazione del divieto costituisce di per sé inadempimento (art. 1222 cod. civ.), l'infungibilità impedisce quindi una esecuzione forzata volta al materiale ripristino della situazione pregiudicata dal comportamento vietato, sicché, fino a quando il datore non si adegui spontaneamente alla pronunzia, può residuare solo una pretesa illegittima di mero fatto in violazione del divieto alla quale il lavoratore non è tenuto a conformarsi, cioè, non è dovuta la prestazione nel luogo di destinazione indicato in un atto di trasferimento dichiarato ingiustificato, né è dovuto lo svolgimento di mansioni riconosciute inferiori alle precedenti<sup>417</sup>. Ciò in quanto gli atti giuridici vietati sono colpiti da sanzione reale e rimangono, pertanto, improduttivi di effetti, mentre in mancanza di sanzione reale l'atto giuridico vietato produce egualmente i suoi effetti, sicché residua solo la tutela risarcitoria per l'inadempimento dell'obbligo di non fare o quella indennitaria prevista da norme speciali<sup>418</sup>.

Le considerazioni sin qui svolte portano ad escludere la stessa ammissibilità o quantomeno utilità di un provvedimento d'urgenza diretto

---

<sup>416</sup> Cfr. Cass. 19 novembre 1996, n. 10109, in *Mass. giur. lav.*, p. 39, che specifica altresì che una volta ottenuta in via d'urgenza la sospensione del trasferimento, il lavoratore non è passibile di sanzioni disciplinari qualora offra al datore di lavoro le proprie prestazioni nella sede originaria, rifiutandosi di assumere servizio in quella nuova.

<sup>417</sup> Su tali questioni cfr. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 47-48.

<sup>418</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 54.

ad imporre l'assegnazione di determinate mansioni<sup>419</sup>, o lo svolgimento della prestazione in un determinato luogo, non essendo configurabile una cautela idonea a conseguire il suo scopo<sup>420</sup>.

E' escluso infatti che l'art. 700 cod. proc. civ. possa offrire al lavoratore una tutela maggiore a quella conseguibile in via ordinaria, sicché sarebbe del tutto inutile un provvedimento d'urgenza emesso per evitare pregiudizi eliminabili solo con una impossibile attuazione dell'ordine in via di esecuzione forzata<sup>421</sup>.

E se, nel giudizio ordinario, come si è visto<sup>422</sup>, la cognizione è distinta dall'esecuzione e non può essere condizionata dai limiti di quest'ultima<sup>423</sup>, nel giudizio d'urgenza, invece, la fase di attuazione è

---

<sup>419</sup> Cfr. Tribunale Palermo (ord.) 22 aprile 2003, in *Lav. pubb. amm.*, 2003, p. 617, per carenza del *periculum in mora*; Tribunale Benevento del 22 marzo 2001, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 383; Tribunale Gorizia, 2 agosto 2000, in *Lav. pubb. amm.*, 2001, p. 382-383; *contra* Tribunale Perugia 10 giugno 2004, in *Lav. giur.*, 2006, p. 85; Tribunale Pordenone 21 ottobre 2000, in *Lav. giur.*, 2001, p. 363; Tribunale Roma 3 gennaio 1996, in *Gius.*, 1996, p. 1416, che ritiene irrilevante, ai fini dell'ammissibilità della richiesta di provvedimento di urgenza, il fatto che "l'ordine di ripristino" non possa essere materialmente eseguito attraverso l'esecuzione in forma coattiva; Pretura Milano 22 dicembre 1988, in *Orient. giur. lav.*, 1989, p. 78.

<sup>420</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 79; PISANI, *La modificazione delle mansioni*, cit., p. 226; VERDE, *Considerazioni sui provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 436.

<sup>421</sup> PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro*, cit., p. 390.

<sup>422</sup> Cfr. cap. II, par. 8.

<sup>423</sup> CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, vol. 9, 1984, p. 49; ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Milano, 1988, p. 352; DE LUCA, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1994, p. 25. In giurisprudenza, cfr. Cass. 12 ottobre 1999, n. 11479, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 1372, secondo cui "nell'ipotesi di assegnazione di mansioni non equivalenti a quelle spettanti in violazione dell'art. 2103 cod. civ., il lavoratore può ottenere tutela con la condanna del datore di lavoro al corretto adempimento dell'obbligo contrattuale mediante l'assegnazione alle precedenti mansioni, senza che osti a tale pronuncia in sede di giudizio di cognizione la natura incoercibile della prestazione.

funzionalmente collegata a quella di esecuzione del provvedimento, come risulta anche dalla attribuzione della competenza per l'attuazione al medesimo giudice (art. 669 *duodecies* cod. proc. civ.). Sarebbe pertanto privo di senso un ordine non coercibile proprio sulla base della impossibilità di scongiurare il *periculum* prospettato<sup>424</sup>.

In altre parole, l'impossibilità di eseguire coattivamente, ad esempio, l'ordine di assegnazione alle mansioni precedenti o a quelle equivalenti non può che incidere sulla idoneità della misura richiesta a scongiurare il pregiudizio alla professionalità eventualmente dedotto, anche se comprovato.

Ciò vale quando sia prospettato un *periculum* alla professionalità intesa nel suo carattere patrimoniale, poiché è ovvio che l'incoercibilità dell'ordine del giudice porta ad escludere la "riparabilità" del pregiudizio al "saper fare" e, in ogni caso, in tutte le ipotesi in cui il pericolo possa essere eliminato solo con l'effettivo svolgimento delle mansioni precedentemente svolte.

Analoghe considerazioni possono svolgersi in relazione al trasferimento, per quel che concerne, ad esempio, il possibile pregiudizio al processo di formazione professionale del lavoratore in quella determinata unità produttiva, che non potrà trovare "ristoro" adeguato nell'ordine cautelare, non coercibile, di assegnazione nell'unità produttiva precedente al trasferimento illegittimo.

---

<sup>424</sup> Cfr. Tribunale di Gorizia, 2 agosto 2000, in *Lav. pubb. amm.*, 2001, p. 382-383, proprio sulla base della impossibilità di una pronuncia ripristinatoria e, quindi, della conseguente impossibilità di scongiurare l'eventuale danno alla professionalità lamentato dal ricorrente. Cfr. altresì Tribunale di Benevento del 22 marzo 2001, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 383, resa proprio in sede di procedimento *ex art. 669-duodecies* cod. proc. civ. per l'attuazione della misura cautelare. Qui lo stesso giudice che, nel procedimento *ex art. 700* cod. proc. civ., aveva emesso l'ordine di reintegrazione nelle mansioni del ricorrente, si è poi accorto, appunto in sede esecutiva, che tale ordine, emesso nel procedimento cautelare, era di natura incoercibile e che quindi non potevano essere determinate le modalità attuative del provvedimento d'urgenza emanato.

Ciò non equivale a dire che non vi sia una utilità della tutela cautelare in relazione a queste fattispecie.

E' utile premettere che, in relazione ai limiti negativi reali al potere del datore di lavoro di compiere determinati atti giuridici sussistenti nel trasferimento e nella modificazione delle mansioni, la tutela dichiarativa "è assai efficace", poiché in questi casi esclude *ab origine* (nullità; inefficacia) "gli effetti dell'atto vietato rendendo il rapporto insensibile allo stesso"<sup>425</sup>. Se a ciò si aggiunge che, come già detto, dinanzi all'attuazione materiale del provvedimento illegittimo, il lavoratore che rifiuti in via di autotutela la prestazione non dovuta offrendo quella esatta ha diritto alla retribuzione di *mora*, l'azione di accertamento, eventualmente congiunta all'autotutela ed all'azione di condanna al pagamento della retribuzione, è spesso in grado di soddisfare l'interesse del lavoratore<sup>426</sup>. Come è stato osservato, la posizione preminente della tutela dichiarativa deriva proprio dalla struttura del rapporto, "con il relativo interesse del lavoratore a conservare la retribuzione contestualmente sottraendosi agli illeciti datoriali pericolosi per la sua persona", anche se non può essere altrettanto efficace in quelle situazioni in cui è necessario, per la soddisfazione dell'interesse del soggetto debole, il corretto adempimento dell'altrui prestazione di fare<sup>427</sup>.

Al fine di evitare pregiudizi imminenti ed irreparabili, l'utilità della tutela cautelare *ex art. 700 cod. proc. civ.* emerge proprio per sospendere provvisoriamente effetti destinati ad essere definitivamente travolti dalla sentenza dichiarativa di inefficacia o di nullità.

---

<sup>425</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 72.

<sup>426</sup> In questo senso, cfr. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 72, il quale ritiene che sia idonea a soddisfare "pienamente" l'interesse del lavoratore, "non occorrendo una tutela inibitoria-ripristinatoria (ad esempio reintegrazione nelle mansioni precedenti alla dequalificazione o nell'unità produttiva di adibizione precedente al trasferimento illegittimo), la quale, oltretutto, contrasterebbe con la possibilità di nuovi e diversi atti di esercizio del potere".

<sup>427</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 73.

Il provvedimento d'urgenza non riguarda quindi l'attuazione di fatto della condotta vietata, ossia la riassegnazione alle mansioni precedenti o ad altre equivalenti o la riassegnazione nella unità produttiva di provenienza, riproponendosi altrimenti il problema della inammissibilità per incoercibilità, bensì gli effetti giuridici dell'atto datoriale, "rendendo il rapporto provvisoriamente insensibile agli stessi"<sup>428</sup>.

Ad esempio, nel caso di in cui lo svolgimento di mansioni inferiori fosse fonte di pregiudizio per l'immagine e la dignità del lavoratore, sia con riferimento ai possibili danni alla sua vita di relazione (esistenziali), sia dal punto di vista dell'immagine professionale dello stesso, intesa come posizione raggiunta nell'organizzazione aziendale, la sospensione degli effetti dell'atto modificativo sarebbe idonea ad escludere in via cautelare la doverosità delle mansioni dequalificanti.

Lo stesso può dirsi per l'ipotesi in cui lo svolgimento di mansioni inferiori fosse causa di danno alla salute per il lavoratore. Anche qui la sospensione degli effetti dell'atto datoriale *ex art. 700 cod. proc. civ.* escluderebbe la doverosità delle nuove mansioni e, pertanto, si eviterebbero i pregiudizi connessi al loro esercizio o il loro aggravamento<sup>429</sup>.

Il provvedimento cautelare di sospensione degli effetti sarebbe invece inutile qualora i pregiudizi lamentati fossero collegati alla sottrazione delle mansioni con conseguente inutilizzazione del lavoratore, poiché l'unica misura per evitare il pregiudizio sarebbe solo quella incoercibile dell'assegnazione delle mansioni.

Qui per la verità, l'unico vantaggio che potrebbe ottenere il lavoratore sarebbe quello di non doversi più recare in azienda; il che potrebbe anche contribuire ad evitare il *periculum* all'immagine, evitandogli l'umiliazione di farsi vedere totalmente inattivo dagli altri colleghi.

---

<sup>428</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 79-80; PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro*, cit., p. 390.

<sup>429</sup> Cfr. PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro*, cit., p. 390.

Nel trasferimento, la sospensione degli effetti giuridici dell'atto datoriale è sicuramente in grado di porre rimedio al pregiudizio connesso alla lesione degli interessi familiari e sociali del lavoratore, in quanto esclude la doverosità del trasferimento e consente allo stesso di sottrarsi all'illecito datoriale pericoloso per tali interessi, mentre non potrebbe servire ad eliminare il pregiudizio connesso alla sua formazione professionale in quel determinato contesto lavorativo.

## **20. L'autotutela**

Quando l'atto inibito investe le modalità della prestazione, come avviene con il provvedimento cautelare di sospensione provvisoria degli effetti dell'atto di modificazione delle mansioni o di trasferimento, il lavoratore acquista la tranquillità necessaria per rifiutare in via di autotutela di conformarsi allo stesso, pretendendo contemporaneamente la retribuzione di mora<sup>430</sup>.

L'autotutela consente al lavoratore di evitare lesioni alla propria integrità fisica e morale derivanti dal coinvolgimento della persona nella esecuzione della prestazione e, pertanto, dinanzi ad atti illegittimi del datore che mettono in pericolo i suoi beni fondamentali, può costituire un complemento della tutela giurisdizionale, proprio in termini di effettività<sup>431</sup>. In tal modo il lavoratore riesce infatti a sottrarsi alla situazione pregiudizievole causata dall'accertato inadempimento datoriale senza rinunciare al rapporto ed al conseguente reddito<sup>432</sup>.

---

<sup>430</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 80; PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro*, cit., p. 396.

<sup>431</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 122.

<sup>432</sup> A differenza invece dell'esercizio dell'autotutela estintiva, ossia le dimissioni. Così VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 122.

Come si è visto, l'impossibilità di eseguire coattivamente gli obblighi di fare e di non fare infungibili, tra i quali rientrano quelli inerenti all'attività di impresa, e l'assenza di una generale misura compulsoria indiretta, civile o penale, non garantisce al lavoratore la concreta attuazione dell'obbligo inadempito o l'effettivo ripristino della situazione pregiudicata del provvedimento invalido. Ma "lo scoglio della incoercibilità degli obblighi infungibili del datore" può essere aggirato utilizzando l'accertamento giurisdizionale dell'illecito datoriale, "come presupposto per un tranquillo esercizio della facoltà di autotutela conservativa del lavoratore"<sup>433</sup>.

In questa cornice acquista particolare importanza la tutela cautelare *ex art. 700 cod. proc. civ.*, giacché la tutela satisfattoria dell'interesse del lavoratore, mediante la combinazione di azione giudiziale ed autotutela conservativa, affinché siano evitati pregiudizi irreparabili di beni fondamentali della persona, richiede, appunto, una tutela "urgente". In tal modo il lavoratore, pur conservando il rapporto ed il reddito, può riuscire in

---

Per la qualificazione come atto di autotutela del recesso conseguente a torto della controparte, cfr. DELL'OLIO, *Autotutela: III Diritto del lavoro*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. IV, Roma, 1988; BIGLIAZZI GERI, *Autotutela II: Diritto civile*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, p. 3. In questo caso si avvale di una autotutela unilaterale passiva, secondo la classificazione di BETTI, *Autotutela (Diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 529, 531, che intende come tale "un comportamento negativo di resistenza all'altrui pretesa". Cfr. altresì DELL'OLIO, *Autotutela*, cit., p. 3, il quale ritiene che il rifiuto della prestazione da parte del lavoratore in via d'eccezione di inadempimento costituisca una autotutela che non può dirsi "interamente e solo passiva", poiché interrompe il flusso della prestazione e ne determina la perdita irreversibile. Mentre neppure il rifiuto della prestazione non dovuta sarebbe "meramente passivo", involgendo la offerta della prestazione dovuta.

<sup>433</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 123.



molti casi a sottrarsi alla situazione pregiudizievole evitando il prodursi o l'aggravarsi del danno<sup>434</sup>.

Il previo esperimento del procedimento d'urgenza ovviamente non è condizione dell'attuazione della autotutela individuale del lavoratore, ma permette all'interessato di liberarsi da ogni dubbio circa la legittimità della propria "resistenza", in quanto legittima *ab origine* il rifiuto di ottemperare al provvedimento illegittimo<sup>435</sup>. E' innegabile che tale tutela soddisfacente diretta ad evitare il danno può essere realisticamente prospettata solo nei rapporti resistenti, nei quali è assicurata la conservazione del posto di lavoro in caso di licenziamento ingiustificato, non essendovi il timore di una reazione datoriale comunque idonea a privare l'interessato dell'occupazione<sup>436</sup>.

---

<sup>434</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 123. Sulla funzione cautelare dell'autotutela per prevenire pregiudizi non agevolmente reversibili, cfr. DELL'OLIO, *Autotutela*, cit., p. 3.

<sup>435</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 123; PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro*, cit., p. 397. Cfr. DELL'OLIO, *Autotutela*, cit., p. 1, il quale sottolinea che, proprio in quanto tale, è tipicamente alternativa al processo; BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, cit., p. 273. In giurisprudenza, v. Cass. 7 dicembre 1991 n. 13187, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 947 esclude espressamente che per l'esercizio dell'autotutela del lavoratore (nella specie rifiuto di mansioni non dovute) occorra attendere il provvedimento del giudice che accerti l'illecito del datore. Nello stesso senso, a proposito del trasferimento illegittimo, VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 84. *Contra* SUPPIEJ, *Commento all'art. 13*, in *Commentario dello statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, p. 367 e DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 86-87.

<sup>436</sup> Cfr. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 124-125. p. 125, il quale evidenzia che solo in queste situazioni, nelle quali non a caso è consentito il decorso del termine di prescrizione anche per il diritto alla retribuzione proprio sul presupposto della inesistenza di insormontabili ostacoli di fatto alla libera azionabilità delle pretese del lavoratore, risulta esperibile una concreta strategia di tutela soddisfacente in alternativa rispetto alla tutela risarcitoria volta a riparare per equivalente una lesione già verificatasi. Per l'ineluttabilità dell'alternativa tra tutela risarcitoria ed autotutela (in particolare eccezione di inadempimento) in un sistema di incoercibilità degli obblighi

L'autotutela conservativa, proprio in quanto sottrae il lavoratore al contatto con l'imprenditore inadempiente, non è idonea a soddisfare interessi diversi dal conseguimento del reddito da lavoro e dalla salvaguardia della persona implicata nello svolgimento della prestazione, quali quelli la cui soddisfazione esige il regolare svolgimento del rapporto, residuando solo la tutela risarcitoria<sup>437</sup>. Per cui, a fronte di un'adibizione a mansioni inferiori, o di una sottrazione totale di mansioni, o di un trasferimento, l'autotutela potrebbe servire a ben poco se il *periculum* concreto dovesse derivare proprio dal mancato effettivo svolgimento della prestazione, come, ad esempio, nel caso in cui si lamenti il pericolo di obsolescenza del "saper fare". Diverso, invece, se il pericolo invocato attenga all'immagine e alla posizione professionale, in relazione alla quale sottrarsi all'umiliazione di doversi recare nel luogo di lavoro senza far nulla potrebbe essere utile per evitare il pregiudizio lamentato.

Si discute se nei casi di illegittima modificazione delle mansioni o di trasferimento ingiustificato l'autotutela si configuri come rifiuto della prestazione lavorativa non dovuta<sup>438</sup>, ovvero come eccezione di

---

infungibili di fare e di non fare, cfr. GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, cit., p. 650-651. Per la espressa riconduzione dell'autotutela individuale del lavoratore al diritto dei contratti, con accantonamento del profilo sanzionatorio, cfr. SANDULLI, *Intervento*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Milano, 1979, p. 187 e ss.

<sup>437</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 125.

<sup>438</sup> GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., p. 336, 354-355; DELL'OLIO, *Autotutela*, cit., p. 3; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit., p. 285; VALLEBONA, *Intervento*, in *Le sanzioni nella tutela dl lavoro subordinato*, Milano, 1979, p. 109; VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 84-86; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 126; PISANI, *La modificazione delle mansioni*, cit., p. 227-228.

inadempimento<sup>439</sup>. Sembra preferibile la prima qualificazione, in quanto il lavoratore non rifiuta una prestazione dovuta affermando l'inadempimento dell'altra parte, bensì rifiuta una prestazione non dovuta perché richiesta dall'imprenditore senza il rispetto dei limiti posti ai suoi poteri<sup>440</sup> e continua legittimamente ad offrire la esatta prestazione, restando a disposizione del datore per lo svolgimento delle mansioni spettanti nel luogo dovuto; sicché, se il datore rifiuta questa prestazione, insistendo nel suo provvedimento illegittimo, si verifica una situazione di *mora credendi* dell'imprenditore<sup>441</sup>,

---

<sup>439</sup> Cass. 9 maggio 2007, n. 10547, in *Guida lav.*, 2007, 31, p. 51; ritiene configurabili entrambe le qualificazioni, Cass. 28 settembre 2006, n. 21037, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 277 a proposito di trasferimento illegittimo.

<sup>440</sup> Cfr. in caso di assegnazione a mansioni inferiori, Cass. 28 luglio 2000, n. 9957, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 1216; Cass. 8 giugno 1999, n. 5643, in *Mass. giur. lav.*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 954, che sottolinea il rischio del lavoratore di essere considerato inadempiente in caso di accertata legittimità dell'ordine disatteso; Cass. 12 ottobre 1996, n. 8939, in *Dir. prat. lav.*, 1997, p. 558; Cass. 2 aprile 1996, n. 3039, in *Mass. giur. lav.*, 1996, suppl. 42; Cass. 23 novembre 1995, n. 12121, in *Riv. it. dir. lav.*, p. 796; Cass. 3 febbraio 1994, n. 1088, in *Mass. giur. lav.*, 1994; Cass. 7 dicembre 1991, n. 13187, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 947; Cass. 6 aprile 1990, n. 2894, in *Mass. giur. lav.*, 1990; Cass. 3 aprile 1987, n. 3250, in *Foro it.*, 1988, I, p. 221; Cass. 24 giugno 1977, n. 2691, in *Mass. giur. lav.*, 1977, p. 591; in caso di trasferimento ingiustificato: Cass. 14 giugno 1999, n. 5892, in *Foro it.*, 2000, p. 596; Cass. 29 gennaio 1990, n. 577, in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 174; Cass. 4 maggio 1981, n. 2715, in *Riv. giur. lav.*, 1981, II, p. 563; Cass. 18 novembre 1975, n. 3875, in *Mass. giur. lav.*, 1976, p. 28; Cass. 21 marzo 1975, n. 1073, in *Mass. giur. lav.*, 1976, p. 106; Cass. 6 marzo 1975, n. 832, in *Mass. giur. lav.*, 1976, p. 103.

<sup>441</sup> In dottrina, è stata messa in dubbio l'applicazione al rapporto di lavoro delle regole sulla *mora accipiendi*, in quanto l'impossibilità della prestazione lavorativa non sarebbe "sopravvenuta" (art. 1207, primo comma, cod. civ.) alla situazione di *mora*, estinguendosi le opere contemporaneamente al rifiuto del datore di riceverle: CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 73 e ss. In senso contrario si è argomentata la generale differibilità del perimento di prestazioni ritenute suscettibili di successivo recupero (SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 73 ss.) e, più condivisibilmente, si è affermato che la situazione di *mora credendi* del datore si verifica prima del perimento della prestazione, rifiutata di solito in anticipo per "blocchi": cfr. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 126; sulla considerazione che nei rapporti di

il quale rimane obbligato al pagamento della retribuzione, e non un inadempimento del dipendente, che quindi non può essere sanzionato<sup>442</sup>.

La conseguenza non è di poco momento, perché la costruzione in termini di rifiuto di una prestazione non dovuta anziché di eccezione di inadempimento comporta l'irrelevanza delle questioni di interdipendenza delle prestazioni proprie dell'eccezione di inadempimento.

Non a caso il recente orientamento restrittivo della Cassazione si è sviluppato proprio sulla base della costruzione in termini di eccezione d'inadempimento, sfruttando l'aspetto dell'interdipendenza delle prestazioni per affermare che solo il mancato pagamento delle retribuzioni legittimerebbe il lavoratore a rifiutare le mansioni, ma non l'adibizione a mansioni inferiori o il trasferimento. Secondo questo orientamento, infatti, il lavoratore non potrebbe sospendere neanche parzialmente la prestazione, neppure di fronte alla dequalificazione se il datore di lavoro continua a retribuirlo, a pagare i contributi ed ad assicurargli il posto di lavoro, potendo una parte rendersi inadempiente soltanto se è totalmente inadempiente l'altra parte, ma non quando vi sia controversia solo su una parte delle obbligazioni a carico di una delle parti, obbligazione peraltro non incidente sulle immediate esigenze vitali del lavoratore<sup>443</sup>.

---

durata la *mora accipiendi* investe, più che le singole prestazioni, l'intero rapporto nella sua proiezione temporale futura cfr. GHERA-LISO, *Mora del creditore*, cit., p. 978.

<sup>442</sup> GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., p. 336, 354-355. Cfr. Cass. 29 gennaio 1990 n. 577, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 174 in un caso di rifiuto di un trasferimento illegittimo; Cass. 24 giugno 1977, n. 2691, in *Mass. giur. lav.*, 1977, p. 591, in un caso di rifiuto di mansioni non equivalenti; Cass. 13 settembre 1991, n. 9569, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 921 in un caso di rifiuto della prestazione in un ambiente nocivo; *contra* cfr. Cass. 1 marzo 2001, n. 2948, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 56; Cass. 29 gennaio 1990, n. 577, in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 174; cfr. CAVALLARO, *Rapporto di lavoro e provvedimento d'urgenza. Un riesame critico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, p. 71.

<sup>443</sup> Così Cass. 9 maggio 2007, n. 10547, in *Guida lav.*, 2007, 31, p. 51; Cass. 1° marzo 2001, n. 2948, in *Foro it.*, 2001, 1869; Cass. 12 ottobre 1996, n. 8939, in *Dir. prat. lav.*, 1997, p. 558; Cass. 23 novembre 1995, n. 12121, in *Riv. it. dir. lav.*, p. 796; Cass. 29 gennaio 1990, n. 577, in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 174.

In ogni caso, anche volendo seguire questa qualificazione, le conclusioni a cui perviene detta giurisprudenza in materia di dequalificazione sembrano eccessive anche alla luce delle stesse premesse da cui muove quell'impostazione. Infatti, di fronte a dequalificazioni molto gravi (es. sottrazione totale di mansioni ad un alto dirigente), l'autotutela è comunque giustificata se incide sulla "persona" del lavoratore ed è quindi funzionale ad evitare danni in tal senso, in quanto anche questo aspetto rientra, al pari di quello concernente la retribuzione, tra le esigenze "vitali" del lavoratore. Tra l'altro la tesi qui in esame non si presenta neppure irragionevole se presa "*cum grano salis*", essendo evidente che il lavoratore non può rifiutare la prestazione per un lieve inadempimento e, nel nostro caso, per una dequalificazione di scarso spessore. Per giustificare una reazione così forte si deve trattare di una dequalificazione "seria" e non una piccola differenza di mansioni.

Il rifiuto della prestazione non dovuta può riguardare anche i compiti residuali nell'ipotesi di sottrazione delle mansioni qualitativamente e quantitativamente più significative, poiché il coinvolgimento della persona del lavoratore nelle situazioni di pesante dequalificazione rende inconcepibile per definizione l'adempimento dei compiti non sottratti, in quanto, come si è visto a proposito del licenziamento, non è scomponibile l'unitaria prestazione dovuta.

Al lavoratore che si veda rifiutare, una volta per tutte, le prestazioni offerte *ex art. 1217 cod. civ.*, spetta, dunque, la retribuzione, in forza del regime comune della *mora credendi*, obbligo che non tollera le detrazioni proprie del regime risarcitorio<sup>444</sup> e che permane solo se il lavoratore continua a tenersi a disposizione dell'azienda<sup>445</sup>.

---

<sup>444</sup> GHERA-LISO, *Mora del creditore*, cit., p. 1000 e ss.; SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., p. 321 e ss.

<sup>445</sup> Cfr. nell'ipotesi di rifiuto del trasferimento illegittimo, Cass. 29 gennaio 1990 n. 577, in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 174, il che è escluso nei periodi in cui vengano attuate condotte incompatibili che nel concorso di idonee circostanze possono integrare gli estremi di una

La *mora credendi* invece non si verifica, con automatica esclusione dell'obbligo retributivo, quando la prestazione che il lavoratore dice di offrire è già in sé impossibile (artt. 1256 e 1463 cod. civ.) oppure è parziale o diversa da quella dovuta (artt. 1181 e 1197 cod. civ.) per l'inadempimento del lavoratore ad un legittimo provvedimento imprenditoriale.

E' proprio in relazione a tale rischio che il provvedimento d'urgenza acquista un rilevante rilievo sistematico, soprattutto ove si consideri che l'attuazione dell'autotutela, proprio per evitare il prodursi o l'aggravarsi della lesione del bene minacciato dall'atto illegittimo dell'imprenditore, è utile se tempestiva, sicché l'esigenza di immediatezza è incompatibile con il conseguimento in anticipo della definitiva certezza giudiziale dell'illecito datoriale e della conseguente legittimità dell'autotutela<sup>446</sup>.

In tal modo il lavoratore può prevenire il rischio di vedersi esposto alle conseguenze dell'accertata legittimità dell'atto del datore di lavoro, quali la perdita della retribuzione ed il licenziamento<sup>447</sup>, mediante la sospensione in via d'urgenza degli effetti dell'atto datoriale ritenuto lesivo di beni essenziali del prestatore.

Il rifiuto della prestazione non dovuta risulterebbe così conforme all'ordine cautelare, con automatica esclusione di qualsiasi profilo di colpa anche nell'ipotesi in cui, all'esito del giudizio di merito, fosse accertata la legittimità della pretesa del datore di lavoro ed il relativo obbligo di soddisfarla. Ne consegue l'esclusione di un licenziamento per

---

volontà risolutiva del rapporto: Cfr. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, cit., p. 290-292.

<sup>446</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 138. Nel senso che l'esercizio dell'autotutela non è condizionato dal processo, che però ne sancisce definitivamente la legittimità o l'illegittimità, cfr. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela*, cit., p. 2; REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. del dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 236; DI MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, cit., p. 364.

<sup>447</sup> DELL'OLIO, *Autotutela*, cit., p. 3; VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., pp. 84-86; VALLEBONA, *Intervento*, cit., p. 109.

inadempimento a carico del prestatore anche in caso di travolgimento della sentenza di merito<sup>448</sup>, purché quest'ultimo offra la prestazione accertata come dovuta non appena conosciuta la sopravvenuta dichiarazione giudiziale di legittimità<sup>449</sup>.

Pertanto, non è condivisibile quell'orientamento secondo il quale sarebbe esclusa l'irreparabilità di quel pregiudizio evitabile utilizzando un mezzo efficace che sia legittimamente a sua disposizione, "non esclusa la stessa autotutela"<sup>450</sup>, proprio in quanto il lavoratore avrebbe a disposizione gli strumenti del diritto sostanziale<sup>451</sup>. In questi casi, il ricorso al provvedimento d'urgenza non sarebbe inammissibile, ma sarebbe escluso per il difetto di una condizione di accoglimento<sup>452</sup>. La possibilità di esercitare l'autotutela escluderebbe, quindi, la configurabilità del *periculum*

---

<sup>448</sup> Cfr. Cass. 19 novembre 1996, n. 10109, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 39, secondo cui ottenuta in via d'urgenza la sospensione del trasferimento, il lavoratore non è passibile di sanzioni disciplinari qualora offra al datore di lavoro le proprie prestazioni nella sede originaria, rifiutandosi di assumere servizio in quella nuova. Cfr. altresì Cass. 22 ottobre 1993 n. 10503, in *Dir. prat. lav.*, 1994, p. 51; Cass. 11 gennaio 1993, n. 215, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 221; Cass. 26 gennaio 1991, n. 765, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1177.

<sup>449</sup> VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 138; PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione*, cit., p. 397.

<sup>450</sup> In generale, cfr. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 192; in ipotesi di dequalificazione e trasferimento Cfr. CAVALLARO, *Rapporto di lavoro e provvedimento d'urgenza*, cit., p. 72, secondo cui proprio la possibilità del lavoratore di esercitare l'autotutela rifiutando le mansioni inferiori determinerebbe l'inconfigurabilità del *periculum in mora*, rendendo inammissibile in tale materia il ricorso alla tutela d'urgenza.

<sup>451</sup> Cfr. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 192 e ss., ad esempio non potrebbe essere chiesta la tutela urgente affinché il giudice inibisca alla controparte di chiedere l'adempimento, quando il ricorrente ben potrebbe, sul piano del diritto sostanziale, opporre l'eccezione di inadempimento. Parla invece di inammissibilità CAVALLARO, *Rapporto di lavoro e provvedimento d'urgenza*, cit., p. 77. Cfr., in generale, Cap. I, par. 3.

<sup>452</sup> TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 196, in quanto la possibilità di avvalersi di uno specifico rimedio e quindi di soddisfare con altri mezzi non cautelari o non giurisdizionali il proprio diritto inciderebbe sullo stesso interesse processuale ad esperire lo strumento cautelare urgente.

*in mora*. Sotto un diverso profilo, si è affermato che ammettere il ricorso al giudice al fine di ottenere una sorta di “autorizzazione a non adempiere” sarebbe escluso dalla tassatività dei provvedimenti giurisdizionali di tipo autorizzatorio<sup>453</sup>.

La tesi non convince proprio con riferimento al rapporto di lavoro<sup>454</sup>. In primo luogo, perché, di fronte all’adibizione a mansioni inferiori o alla sottrazione totale di mansioni, l’autotutela servirebbe a ben poco se il *periculum* dovesse derivare proprio dal mancato svolgimento della prestazione. In secondo luogo, occorre considerare che il lavoratore che esercita l’autotutela va incontro all’incertezza sulla sorte della controprestazione retributiva e dello stesso rapporto, sicché l’esercizio dell’autotutela non può essere imposto, rimanendo affidato alla libera facoltà dell’interessato di apprezzarne vantaggi e pericoli<sup>455</sup>. Non si può infatti esigere che il prestatore rischi il reddito ed il posto di lavoro sulla base di una sua personale valutazione di illecito della condotta del datore, rischio che può essere eliminato, quanto alla sorte del rapporto, proprio ottenendo un provvedimento d’urgenza di sospensione degli effetti dell’atto pregiudizievole, così da escludere qualsiasi profilo di colpa<sup>456</sup>.

---

<sup>453</sup> CAVALLARO, *Rapporto di lavoro e provvedimento d’urgenza*, cit., p. 77.

<sup>454</sup> Cfr. CAVALLARO, *Rapporto di lavoro e provvedimento d’urgenza*, cit., p. 72.

<sup>455</sup> Cfr. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 140-141.

<sup>456</sup> PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro*, cit., p. 390; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela del lavoratore*, cit., p. 141.



## BIBLIOGRAFIA

- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1954-1964.
- ANDRIOLI, *Provvedimenti d'urgenza e regola del contraddittorio*, in *Foro it.*, 1956, 1767 e ss.
- ARDAU, *Equivoci sulla causa del contratto di lavoro e sulla reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Orient. giur. lav.*, 1974, p. 1128 e ss.
- ARDAU, *Illegittimità della reintegrazione del lavoratore mediante provvedimento d'urgenza*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1993.
- ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, Padova, 1985.
- ARIETA, *Le tutele sommarie, Il rito cautelare uniforme, I procedimenti possessori*, in MONTESANO, ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2005.
- ASSANTI, *Commento all'art. 13*, in Assanti-Pera, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Padova, 1972.
- ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 166.
- ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991.
- ATTARDI, *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 1999.
- BALLETTI, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990.
- BARBERO, *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953.
- BARCELLONA M., *Sul risarcimento del danno in forma specifica, Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 615 e ss.
- BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, 1920, ora ristampato per i tipi di Giuffrè, Milano, 2007.

BIANCHI D'URSO, *Intervento*, in *Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali*, Milano, 1975.

BETTI, *Autotutela (Diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano, 1959.

BIGLIAZZI GERI, *Autotutela II: Diritto civile*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. IV, Roma, 1988.

BORRE', *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966.

BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103*, in *Commentario al codice civile*, Milano, 1997.

BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980.

CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.

CALAMANDREI, *La condanna*, in *Opere Giuridiche*, V, Napoli, 1972.

CALVOSA, *Il processo cautelare (il sequestro e i provvedimenti d'urgenza)*, Torino, 1970.

CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, vol. 9, 1984.

CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, V, 2006, 70 e ss.

CARINCI, *Intervento*, in AA. VV. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 1305 e ss.

CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956.

CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, 1927, ora ristampata da Giuffrè, Milano, 2007.

CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979.

CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 680 e ss.

CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 157 e ss.

CASTRONOVO, “*Obblighi di protezione*” (voce), in *Encl. Giur- Treccani*, Roma, 1990.

CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, p. 621 e ss.

CATTANEO, *La cooperazione del creditore all’adempimento*, Milano, 1964.

CAVALLARO, *Rapporto di lavoro e provvedimento d’urgenza. Un riesame critico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, p. 71 e ss.

CECCHHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997.

CECCHHELLA, *Attuazione del provvedimento cautelare*, in Vaccarella, Capponi, Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992.

CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 1989, p. 876 e ss..

CERINO CANOVA, *I provvedimenti d’urgenza nelle controversie di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 122 e ss.

CERRETA, *La reintegrazione. I problemi e le prospettive*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 889 e ss.

CESSARI, *L’invalidità del contratto di lavoro per violazione dell’art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1951, II, p. 200 e ss.

CHIARLONI, *Dal diritto alla retribuzione al diritto a lavorare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1461 e ss.

CHIARLONI, *Misure coercitive e tutele dei diritti*, Milano, 1980.

CHIARLONI, *Ars distinguendi e tecniche di esecuzione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 183 e ss.

CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965.

COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 601 e ss.

CONIGLIO, *Sui provvedimenti cautelari innominati*, *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, I, Milano, 1951, p. 317 e ss.

- CONSOLO, *Periculum in mora e fumus boni iuris*, in *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1998, p. 34 e ss.
- CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1969.
- D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979.
- D'ANTONA, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1990, V, p. 362
- D'AURIA, *Esecuzione di provvedimenti cautelari e reintegrazione d'urgenza nel posto di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1979, II, p. 1066 e ss.
- DE ANGELIS, *Considerazioni sul diritto del lavoro e sulla sua tutela*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, p. 223 e ss.
- DELL'OLIO, *Licenziamento, reintegrazione, risarcimento, retribuzione*, in *Mass. giur. lav.*, 1979, p. 517 e ss.
- DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1987, p. 423 e ss.
- DELL'OLIO, *Autotutela: III Diritto del lavoro*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. IV, Roma, 1988.
- DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 195 e ss.
- DEL REY GUANTER *Diritti fondamentali della persona e contratto di lavoro: appunti per una teoria generale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 15, 9 e ss..
- DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.
- DE LUCA, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1994, p. 25 e ss.
- DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953.
- DENTI, *Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale*, in *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1985.
- DENTI, *Conclusioni*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 1355 e ss.

DI MAJO, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale in Riv. giur. lav.*, 1974, I, p. 293 e ss.

DI MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, in *Riv. comm. dir. priv.*, 1989, p. 363 e ss.

DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 11 e ss.

DI MAJO, *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, vol. XLV, Milano, 1992.

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993.

DI MAJO, *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1994.

DINI, MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, Milano, 1997.

DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza*, in AA. VV. *Il nuovo processo cautelare* (a cura di Tarzia), Padova, 1993, p. 175 e ss.

FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Enc. del dir.*, vol. XLV, Milano, 1992.

FRASCA, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1999, p. 277 e ss.

FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004.

FERRONI, *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 235 e ss.

FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983.

FIANDACA, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 1273 e ss.

FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974.

FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 359 e ss.

FRUS, *Commento all'art. 669 duodecies c.p.c.*, in *Le riforme del processo civile* (a cura di Chiarloni), Bologna, 1992.

GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974.

GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di Cicu, Messineo), Milano, 1988.

GARGIULO, *Le situazioni giuridiche tutelabili con provvedimenti d'urgenza nel rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 280 e ss.

GAROFALO, *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 560 e ss.

GENTILI, *Proporzionalità della retribuzione e "sfruttamento antisociale del lavoro"*, in *Giur. it.*, 1972, I, p. 55 e ss.

GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 305 e ss.

GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 393 e ss.

GHERA, *Intervento*, in *Il lavoro, i lavori*, in *Lav. dir.*, 1988, p. 572 e ss.

GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in AA. VV. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 1077 e ss.

GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, p. 633 e ss.

GHERA-LISO, voce: *Mora del creditore*, in *Enc. del diritto*, vol. XXVI, Milano, 1976.

GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965.

GHEZZI-ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1992.

GIACOBBE, *Note in tema di strumenti di sanzione per la tutela dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, 1 e ss.

GIORGIANI, *Considerazioni generali*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), p. 5 e ss.

GIUGNI, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.

GIUGNI, *Diritto del Lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Gior.dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 11 e ss.;

GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 373 e ss.

GRANDI, *La mobilità interna*, in AA. VV., *Strumenti e limiti della flessibilità*, Milano, 1986.

GRANDI, voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. del diritto*, vol. XXXVIII, Milano, 1987.

GRANDI, *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico critiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, p. 33 e ss.

GRASSELLI, *Pluralità di rapporti di lavoro e applicazione dell'art. 36 Cost.*, in *Mass. giur. lav.*, 1971, p. 61 e ss.

GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997.

HERNANDEZ, *Potere di licenziamento e tutela nel posto di lavoro*, Roma, 1979.

IRTI, *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2007, p. 2 e ss.

LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in *I processi speciali, Studi offerti a V. Andrioli*, Napoli, 1979, p. 151 e ss.

LANOTTE, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Torino, 1998.

LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 315 e ss.

LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1931.

LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 248 e ss.

LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.

LUIISO, voce *Esecuzione forzata. Esecuzione forzata in forma specifica*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989.

LUISO, in Consolo, Luiso, Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996.

LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000.

MAGRINI, voce: *Lavoro (contratto individuale)*, in *Enc. del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973.

MAGRINI, *Intervento*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Milano, 1979, p. 97 e ss.

MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957.

MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1963.

MANCINI, *Commento all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Bologna, 1972.

MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955.

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XVIII ed., Torino, 2006.

MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 16 e ss.

MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1341 e ss.

MANDRIOLI, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Nov.mo dig. it.*, VI, Torino, 1960.

MANDRIOLI, *Reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 700 ed efficacia esecutiva della sentenza di secondo grado nel processo del lavoro*, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 309.

MARESCA, *La promozione automatica del prestatore di lavoro secondo l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1978, I, p. 438 e ss.

MAZZAMUTO, *Provvedimenti d'urgenza e reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1973, p. 593 e ss.

MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978.

MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 453 e ss.



- MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1998, p. 119.
- MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 439 e ss.
- MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982.
- MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Gior. dir. lav. relaz. ind.*, 1987, p. 491 e ss.
- MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, 1991.
- MENEGATTI, *I provvedimenti d'urgenza nel processo del lavoro: limiti, contenuto e presupposti*, in *Lav. giur.*, 2001, n. 8, p. 778.
- MENGONI, *Obbligazione di risultato e obbligazione di mezzi*, I, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 185 e ss.
- MENGONI, *In tema di mora credendi nel rapporto di lavoro*, in *Temi*, 1954, p. 581.
- MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, Milano, 1965, p. 407 e ss.
- MENGONI, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 151 e ss.
- MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del Codice civile* (a cura di Scialoja, Branca), Libro sesto, Tutela dei diritti, Bologna, 1977.
- MISCIONE, *Appunti critici sull'assegnazione delle mansioni nel sistema dello "statuto dei lavoratori"*, in *Boll. sc. perf. dir. lav. Univ. Trieste*, n. 50-51, 1971.
- MISCIONE, *Nota a Tribunale Ravenna (ord.) 12 giugno 2006*, in *Giur. lav.*, 2006, p. 1001 e ss.
- MONTELEONE, *Sulla pretesa esecuzione specifica dell'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Giur. It.*, 1979, I, p. 181 e ss.
- MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 281 e ss.

MONTELEONE, *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 173 e ss.

MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 1994-1995.

MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955.

MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, in *Encl. del dir.*, vol. XV, Milano, 1966.

MONTESANO, *Esecuzione dei provvedimenti d'urgenza ed esecuzione forzata per fare e disfare*, in *Temi*, 1967, p. 65 e ss.

MONTESANO, *La tutela giurisdizionali dei diritti*, Torino, 1994.

MONTUSCHI, Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, p. 318 e ss.

MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1188 e ss.

MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 177 e ss.

NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980.

NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *Lavoro, diritto, mutamenti sociali*, 1997-2001, Torino, 2002.

NAPOLI, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, in Barbieri, Macario, Trisorio Luzzi (a cura di) *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano, 2004.

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1967.

NICOLO', *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, p. 1 e ss.

NOGLER, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 287 e ss.

NOGLER, *La deriva risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 63 e ss.;

OLIVIERI, *Lineamenti del nuovo procedimento cautelare uniforme*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1999, p. 17 e ss.

PADOVANI, *Ordine di reintegrazione nel posto di lavoro e art. 388 c.p.*, in *Dir. lav.*, 1975, p. 33 e ss.

PALAZZO, *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 1221 e ss.

PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1068 e ss.

PEDRAZZOLI, *Lesioni di beni alla persona e risarcibilità del danno*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 271 e ss.

PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980.

PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993.

PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 1999.

PERLINGIERI, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 207 e ss.

PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1971, I, p. 13 e ss.

PERSIANI, *Il licenziamento del dirigente tra perdita di fiducia e inadempimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1177 e ss.

PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996.

PISANI, *Azione cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, in *Lav. pubb. amm.*, 2001, p. 387 e ss.

PISANI, *Equivalenza delle mansioni e oneri probatori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 475 e ss.

PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004.

PISANI, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione dopo le Sezioni Unite n. 6572/06*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 489 e ss.

PISANI, *Licenziamento disciplinare dei dirigenti: tutela procedimentale e sanzione d'area*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 461 e ss.

PROSPERETTI, *Sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1971, p. 177 e ss.

PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1952, p. 121 e ss.

PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1952, p. 356 e ss.

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1138.

PROTO PISANI, *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Foro it.*, 1982, 117 e ss.

PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 39 e ss.

PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, 1 e ss.

PROTO PISANI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 35 e ss.

PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in EG, XV, Roma, 1991.

PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.

PROTO PISANI, *Appunti sull'esecuzione forzata*, in *Foro it.*, 1994, 348 e ss.

PUGLIATTI, *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, II, p. 174 e ss.

RAMPIONI, *Ordine di reintegrazione nel posto ex art. 18, 1° comma Stat. lav. ed art. 388 cod. pen.*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 248 e ss.

RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987.

RASCIO, *Appunti in tema di tutele costitutive*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 545 e ss.

REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. del dir.*, vol. XIV, Milano, 1965.

REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957.

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

RICCARDI, *Tutela reale versus tutela obbligatoria tra ideologia e tecnica*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1282 e ss.

RIVA SANSEVERINO, *Lavoro (disciplina delle attività professionali – Lavoro nell'impresa)*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja, Branca, Bologna, 1986.

RIZZO, *Provvedimenti di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. e controversie individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, p. 523.

ROMAGNOLI, *Commento all'art. 13*, in AA. VV., *Statuto dei lavoratori. Art. 1-13*, Bologna, 1972.

ROMAGNOLI, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 545 e ss.

ROMAGNOLI, *Autorità e democrazia in azienda - teorie giuridiche e politiche*, in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, 1974, p. 109 e ss.

ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1048 e ss.

ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974.

RUDAN, *Provvedimenti d'urgenza in tema di retribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 362.

SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* (a cura di F. Vassalli), Torino, 1950, VI.

SALETTI, *Le riforme del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 443 e ss.

SALVI, *Risarcimento del danno*, in *Enc. del dir.*, vol. XL, Milano, 1989.

SANDULLI, *Intervento*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Milano, 1979, p. 187 e ss.

SANGIORGI, *Presentazione*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. XI e ss.

SANTORO PASSARELLI, *Lo spirito del diritto del lavoro*, in *Dir lav.*, 1948, p. 273 e ss.

SANTORO PASSARELLI, *Intervento*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Milano, 1979, p. 129 e ss.

SATTA, *Limiti di applicazione dei provvedimenti di urgenza*, in *Foro It.*, 1953, I, 132 ss..

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959-1968.

SATTA, *Provvedimenti d'urgenza e rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1971, p. 455.

SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, XI<sup>a</sup> ed. , Padova, 1994.

SCOGNAMIGLIO, *Sull'applicabilità dell'art. 36 della Costituzione in tema di retribuzione del lavoratore*, in *Foro civ.*, 1951, p. 355 e ss.

SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. VIII, Torino, 1962.

SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969.

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

SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967.

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

SPEZIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in Barbieri, Macario, Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano, 2004.

SUPPIEJ, *Commento all'art. 13*, in *Commentario dello statuto dei lavoratori*, Milano, 1975.

SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, in *Enc. giur. lav.*, Padova, 1982.

TARUFFO, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1976, p. 789 e ss.

TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 640 ss.

TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 63 e ss.

TARZIA, *Intervento*, in SANTONI (a cura di), *La tutela dei provvedimenti di reintegrazione nel posto di lavoro*, Milano, 1983, p. 33 ss.

TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983.

TOMMASEO, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di Mazzamuto), Napoli, 1989, p. 563 e ss.

TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza e tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, in *Studium iuris*, 1997, p. 1280 e ss.

TREGLIA, *L'attuazione dei provvedimenti*, in *Il nuovo processo cautelare* (a cura di Tarzia), Padova, 1993.

TREU, *Attività sindacale e interessi collettivi*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 581 e ss.

TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 293 e ss.

VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977.

VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, p. 67 e ss.

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

VALLEBONA, *Intervento*, in *Le sanzioni nella tutela dl lavoro subordinato*, Milano, 1979, p. 109 e ss.

VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Padova, 2004.

VALLEBONA, *L'edonismo d'assalto di fronte alle Sezioni Unite: il danno alla persona del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 485 e ss.

VASSALLI, *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, Torino, 1938.

- VERDE, *Considerazioni sui provvedimenti d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali, Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979.
- VERDE, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 725 e ss.
- VERDE, *Il procedimento cautelare*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1991, p. 338 e ss.
- VERDE, DI NANNI, *Codice di procedura civile*, Torino, 1993.
- VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 1994.
- VERDE, *Attualità del principio nulla executio sine titulo*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 963 e ss.
- VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001.
- ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985.
- ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Milano, 1988.
- ZOLI, *Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro*, in Macario, Trisorio Luzzi (a cura di) *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano, 2004.
- ZOPPOLI L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991.



## IL *PERICULUM* PER LA PERSONA DEL LAVORATORE

L'implicazione della persona del lavoratore nel rapporto di lavoro pone, tra gli altri, il problema della utilizzazione della tutela cautelare atipica disciplinata dall'art. 700 cod. proc. civ..

Il tema coinvolge aspetti fondamentali del rapporto di lavoro, quali, da un lato, il catalogo dei diritti della persona del lavoratore implicati nel rapporto, e dall'altro, l'area o l'ambito della protezione dei beni personali del dipendente, che sono assai rilevanti perché possono riguardare la professionalità, l'immagine, la dignità, la stessa integrità psico-fisica, e conseguentemente i modelli di azione finalizzati alla tutela anticipatoria.

Si tratta di un argomento a cavallo tra diritto sostanziale e processuale; ma proprio questo taglio interdisciplinare consente di apprezzare la valenza euristica della fattispecie processuale del *periculum in mora*, in quanto essa costituisce un punto di emersione processuale particolarmente qualificato dei diritti della persona del dipendente coinvolti nel rapporto di lavoro.

In questa situazione è sembrato opportuno un tentativo di indagare le vere ragioni e l'effettiva portata di questo fenomeno, esaminando criticamente le situazioni sussumibili nella fattispecie astratta del *periculum in mora*, per giungere alla delimitazione del possibile corretto ambito di applicazione della tutela cautelare al rapporto di lavoro.

In particolare si sono esaminati gli aspetti del rapporto nei quali maggiormente si è concentrato il ricorso al provvedimento d'urgenza, e cioè il licenziamento, la retribuzione, la dequalificazione e il trasferimento.

## THE *PERICULUM* FOR THE WORKER

The worker's involvement into the employment's contract makes it difficult, among other things, to apply the not codified measures of the precautionary protection, as generally provided under the art. 700 of the civil proceedings' code.

The problem affects some fundamental aspects of the employment's contract, such as, on one hand, the correct catalogue of worker's personal rights and, on the other hand, the appropriate scope of the protection of the worker's personal goods. Those latter ones are very significant, since they may affect the skills, the image, the dignity and even the psychological or physical integrity of the worker. Accordingly, the different proceedings aiming at the precautionary protection, as far as the cited interests are involved, are taken into account.

The argument is astride between the substantial rights and formal proceedings, but just this feature permits the illuminating impact of the trial perspective to be appreciated. In that aspect, the evaluation of the *periculum in mora* (the risk during the delay) becomes a very pertinent occasion for the worker's personal rights, as far as they are involved in the employment's contract, to be put into the light.

Given those circumstances, it seemed useful an attempt of verifying the real reason and actual impact of this phenomenon, in order to delimit, whilst critically examining the situations abstractly comprised into the cases of *periculum in mora*, the possible and correct scope of the precautionary protection within the employment's contract.

In particular, the employment's situations that are mostly affected by the precautionary protection, i.e. the dismissal, the contribution, the disentanglement and the transfer, have been collected and examined.

