

INCOERCIBILITA' DELL'ORDINE DI REINTEGRAZIONE NEL POSTO DI LAVORO

di Antonio Belsito

Sommario: 1. Introduzione. 2. La reintegrazione nel posto di lavoro. 3. Gli obblighi di fare ed il principio *nemo ad factum cogi potest*. 4. Obbligazione con facoltà alternativa e obbligazione alternativa. 5. Esecuzione in forma specifica della reintegrazione: necessità del comportamento attivo del datore. 6. Reintegrazione del pubblico dipendente. 7. Mancata reintegra: conseguenze. 8. Responsabilità penale. 9. Esecuzione indiretta. 10. Conclusioni.

1. Introduzione

La sentenza o il provvedimento cautelare che ordina la reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 L. 300/70 del lavoratore licenziato produce l'effetto di ricostituire giuridicamente il rapporto di lavoro.

Per adempiere all'ordine giudiziario di reintegrazione il datore, se dovesse eseguire *sua sponte* l'obbligo di fare infungibile, dovrebbe concretamente invitare il lavoratore a riprendere il posto di lavoro che questi occupava fino al licenziamento, a nulla rilevando gli impegni contratti nei confronti di altro lavoratore, interno o esterno, che sia stato eventualmente assunto in sostituzione dallo stesso imprenditore.

Per risolvere la *vexata quaestio* riguardante la esecuzione in forma specifica della reintegrazione che - nonostante le reiterate pronunce giurisprudenziali conformi, si ripropone molto spesso - si dovrebbe verificare innanzitutto se, *almeno in forma lata*, l'esecuzione stessa sia concretamente possibile e se sussistano eventualmente responsabilità penali in capo al datore di lavoro che non esegua il relativo provvedimento giudiziario.

Il lavoratore dovrebbe ricorrere alla procedura ex art. 612 c.p.c. o, in caso di provvedimento cautelare, alle modalità di attuazione ex art. 669 *duodecies* c.p.c..

Ma si può costringere ad un *facere* il datore di lavoro?

Ed in caso di rifiuto (*o meglio: di mancata spontanea esecuzione*) quest'ultimo è perseguibile anche penalmente?

2. La reintegrazione nel posto di lavoro

L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori stabilisce che il Giudice, dichiarando inefficace il licenziamento, ex art. 2 L. n. 604/66 o, altrimenti, annullandolo perché privo di giusta causa o giustificato motivo, ordina al datore-imprenditore o non imprenditore - che occupi in

ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo in cui è avvenuto il licenziamento più di quindici prestatori di lavoro (o più di cinque se trattasi di imprenditore agricolo) - la reintegrazione del dipendente licenziato.

Il Giudice condannerà, altresì, il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento illegittimo stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegra. In ogni caso il risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità.

Sempre l'art. 18, al comma 5, prevede la facoltà del lavoratore di chiedere, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità di **retribuzione globale di fatto**.

Ai fini della esecuzione di tale provvedimento di reintegra qualora il lavoratore, entro 30 gg. dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro, non abbia ripreso il servizio, né abbia richiesto, entro il termine perentorio di 30 gg. dalla comunicazione del deposito della sentenza, il pagamento dell'indennità pari a 15 mensilità, il rapporto di lavoro s'intenderà risolto.

La S.C. di Cassazione¹ ha stabilito che, anche in caso di revoca di licenziamento illegittimo e quindi di continuazione del rapporto di lavoro, il lavoratore potrà ottenere il risarcimento di eventuali **altri danni** purchè dimostri di averli subiti a causa del licenziamento stesso (ad es. per eventuale lesione della salute e per le spese sopportate oltre ai costi di assistenza legale o per altri pregiudizi).

¹ Cass. Civ., Sez. Lav., 5 maggio 2001 n. 6331.

Qualora l'ordine di reintegra venisse revocato, le retribuzioni di fatto maturate e già versate al lavoratore fino al giorno della pronuncia della sentenza saranno **irripetibili**, stante il rapporto lavorativo di fatto garantito dall'art. 2126 del codice civile¹⁷.

In questo caso, infatti, il lavoratore - pur essendosi messo a disposizione dell'azienda - non è stato utilizzato per l'espletamento delle attività lavorative e, quindi, il suo diritto rinviene non tanto dall'illegittimità del licenziamento quanto dall'ordine provvisorio del Giudice di reintegra nel posto di lavoro non rispettato dal datore¹⁸.

Il *quantum* liquidato in favore del lavoratore reintegrato, ha natura risarcitoria e retributiva. Tale somma è a tutti gli effetti soggetta alla contribuzione previdenziale¹⁹.

La reintegrazione può essere pronunciata con ordinanza a seguito di un ricorso cautelare o con sentenza al termine del giudizio ordinario.

Innanzitutto si rileva che l'ordinanza cautelare ha i caratteri di provvisorietà e **non decisorietà** essendo destinata a perdere efficacia per effetto della sentenza definitiva di merito. Insegna la S. C. di Cassazione che *...“i provvedimenti resi in sede di reclamo su provvedimenti cautelari ex art. 669 terdecies c.p.c. hanno gli stessi caratteri di provvisorietà e non decisorietà tipici dell'ordinanza reclamata, essendo destinati a perdere efficacia per effetto della sentenza definitiva di merito ovvero*

¹⁷ A. BELSITO, *Limiti ai poteri del datore di lavoro*, Ed. Cacucci, Bari, 2005, p. 121.

¹⁸ Cass. Civ., Sez. Lav., 14 maggio 1998 n. 4884; Cass. Civ., Sez. Lav., 24 novembre 1997 n. 11731.

¹⁹ Cass. Civ., Sez. Lav., 11 dicembre 2001 n. 15621.

*qualora il giudizio di merito non sia instaurato nel termine perentorio fissato dalla legge o dal giudice*⁵.

Con la riforma del procedimento cautelare, però, le ordinanze pronunziate all'esito di un procedimento che potrebbe non proseguire con il giudizio di merito dovrebbero avere i caratteri della decisorietà.

Per eseguire una ordinanza cautelare che preveda un "*facere*" della parte soccombente non essendo possibile avviare la procedura ex art. 612 c.p.c. (*idonea per le sole sentenze di condanna*) si dovrà necessariamente far ricorso allo stesso Giudice che ha pronunziato l'ordinanza affinché stabilisca le modalità di attuazione di tale provvedimento ex art. 669 *duodecies* c.p.c..

3. Gli obblighi di fare ed il principio del nemo ad factum cogi potest

Un antico brocardo del diritto romano ha costituito un riferimento fondamentale nelle obbligazioni di fare, tanto da essere elevato a principio tuttora valido in gran parte degli ordinamenti giuridici: *nemo ad factum cogi potest*, in alcuni testi riportato pure come: *nemo ad faciendum praecise cogi potest*.

In effetti risulta incontestabile la non coercibilità diretta degli obblighi infungibili di fare, tantomeno con l'intervento surrogatorio del terzo.

Il nostro legislatore ha previsto nel codice civile l'esecuzione coercitiva degli obblighi di fare riferendosi, però, soltanto a quelli fungibili che

non necessitano di attività diretta del debitore.

Infatti, quando si impone un obbligo di fare infungibile, come, ad esempio, la reintegrazione nel posto di lavoro, il legislatore prevede conseguenze economiche risarcitorie a carico del debitore inadempiente, nella piena consapevolezza della incoercibilità di tale ordine.

4. Obbligazione con facoltà alternativa e obbligazione alternativa

L'art. 18 dello Statuto prevede per il licenziamento illegittimo la reintegrazione nel posto di lavoro che consiste in una obbligazione con facoltà alternativa o facoltativa dal lato del creditore⁶ che è cosa diversa dall'obbligazione alternativa, in quanto la prestazione dovuta è soltanto una.

Trattandosi di obbligazione semplice⁷, solo su richiesta di una delle parti è prevista una prestazione diversa da quella principale, con effetti parimenti liberatori⁸.

In quella *alternativa*, invece, sono dovute due prestazioni, dedotte in modo disgiunto e paritario, a cui il debitore potrà liberarsi eseguendone una sola tra le possibili⁹.

Il debitore dovrà scrupolosamente attenersi alle alternative previste, non essendo contemplata la

⁶ Nel caso di tutela obbligatoria invece ai sensi dell'art. 8 L. 604/66 sussiste una obbligazione con facoltà alternativa dal lato del debitore (datore di lavoro).

⁷ M. TATARELLI, *L'opzione in sostituzione della reintegrazione*, in *D&L, Riv. crit. dir. lav.* 1997, p. 685 ed ivi 686, nota 7.

⁸ *Una res in obligatione, duae autem in facultate solutionis.*

⁹ *Duae res in obligatione, una autem in solutione.*

⁵ Cass. Civ., Sez. Lav., 14 gennaio 2003 n. 441.

possibilità che il creditore possa ricevere parte di una e parte di un'altra prestazione (art. 1285 c.c.), né più adempimenti parziali potranno essere considerati quale adempimento integrale.

La scelta del debitore è un atto unilaterale, recettizio e negoziale.

Secondo l'art. 1288 c.c. l'obbligazione *alternativa* potrà considerarsi "semplice" qualora una delle prestazioni non abbia potuto *ab origine* formare oggetto di obbligazione (es. per mancanza di forma scritta) o sia divenuta solo successivamente impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti.

Nei successivi artt. 1289 - 1290 c.c. (*impossibilità di una o di entrambe le prestazioni*) è previsto che, qualora la scelta del debitore ricada su una prestazione divenuta impossibile anche per fatto a lui imputabile, l'obbligazione alternativa diverrà semplice; ove invece la facoltà di scelta dovesse spettare al creditore, quest'ultimo potrà chiedere la risoluzione negoziale ed il pieno risarcimento del danno per equivalente, con la sola eccezione che, se l'impossibilità fosse a lui imputabile, il debitore potrà considerarsi comunque liberato.

Qualora entrambe le prestazioni siano divenute impossibili ed il debitore debba rispondere riguardo ad una sola di esse, dovrà pagare l'equivalente di quella che è divenuta impossibile per ultima, se la scelta fosse spettata a lui o, altrimenti, l'equivalente dell'una o dell'altra - a discrezione del creditore - se doveva essere quest'ultimo ad esercitare la relativa opzione.

* * * * *

Apparentemente analoga, ma sostanzialmente differente, è invece l'obbligazione *facoltativa* che si configura laddove, pur in presenza di un'unica prestazione, al debitore venga conferita facoltà di liberarsi ponendone in esecuzione una differente.

La prestazione facoltativa è pertanto sussidiaria rispetto all'obbligazione denominata principale, la cui sopravvenuta impossibilità esonererà il debitore dall'adempimento.

La scelta di dare esecuzione alla prestazione sussidiaria non comporterà la configurazione della cosiddetta *datio in solutum* poiché la dazione in pagamento presuppone un accordo solutorio tra le parti in sede esecutiva che non sussiste in caso di facoltatività¹⁰.

5. Esecuzione in forma specifica della reintegrazione: necessità del comportamento attivo del datore

Della esecuzione in forma specifica se ne occupa la Sezione II del Libro VI (Tutela dei diritti) del codice civile agli artt. 2930-2933.

L'art. 2931 del cod. civ. riferendosi alla "*esecuzione forzata degli obblighi di fare*" prevede che l'avente diritto possa chiedere che l'esecuzione forzata avvenga a spese dell'obbligato.

Trattasi, però, di obblighi di fare **fungibili**, cioè eseguibili anche da persona diversa dal debitore il cui unico onere consisterà nel pagamento delle **spese** dell'esecuzione forzata.

¹⁰ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Ed. Scientifiche Italiane Napoli 2000, pgg. 597 - 600.

L'ordine di reintegrazione è immediatamente esecutivo ex art. 18, comma 6, dello Statuto dei Lavoratori

Tuttavia, è data ormai per scontata nella dottrina e nella giurisprudenza, la assoluta difficoltà, se non l'inammissibilità o comunque l'improponibilità, dell'esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegra, che null'altro è se non la condanna del datore di lavoro a fare personalmente quanto necessario per consentire al prestatore la ripresa effettiva dell'attività lavorativa.

Nel nostro ordinamento l'esecuzione coatta degli obblighi di fare infungibili non può avvenire con la costrizione materiale del debitore ad adempiere; **essa è possibile solo per surrogatoria**, con l'adempimento da parte di un terzo e, quindi, solo nel caso in cui gli obblighi di fare siano fungibili¹¹.

Seppure debba riconoscersi una certa relatività alla distinzione tra fungibilità ed infungibilità¹², dipendendo essa soprattutto dall'interesse del creditore, è innegabile che gli obblighi a carico del datore di lavoro per ottemperare all'ordine di reintegra e mettere il lavoratore in condizione di riprendere

¹¹ F. DI LORENZO: Osservazioni minime in tema di tutela degli obblighi infungibili e mezzi coercitivi indiretti, di *Diritto & Diritti.it*, aprile 2004: "Una delle più gravi carenze del processo civile esecutivo è costituita dalla inadeguatezza di tutela degli obblighi infungibili, per i quali cioè, la tutela risarcitoria è per definizione insufficiente, in quanto fornisce solo una utilità equivalente, ma non corrispondente a quella sperata dal creditore, mentre la tutela in forma specifica è logicamente non esperibile, essendo massima consolidata quella secondo cui *nemo ad factum praecisum cogi potest*".

¹² S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 20, Utet, Torino, 1998, p. 298 e ss..

il servizio, rientrano nella categoria della infungibilità.

L'obbligazione infungibile può essere naturale o giuridica.

Costringere qualcuno con la forza a farsi del male o a spostarsi, rappresenta una *infungibilità di fatto* ma non certo giuridica, cioè secondo diritto.

La costrizione di fatto non va confusa con l'*infungibilità materiale* poiché quest'ultima consiste nella impossibilità di sostituirsi ad altri per eseguire un'opera o peggio ancora di costringere l'artista a realizzarla¹³.

Risulta scarsamente plausibile la nomina da parte del Giudice dell'esecuzione di un consulente aziendale che si sostituisca all'imprenditore: tale soluzione - pure prospettata in dottrina - costituirebbe una insopportabile compressione, se non della stessa libertà personale, del potere di organizzazione e quindi dell'iniziativa economica.

E comunque, sempre secondo gli insegnamenti della giurisprudenza di legittimità: "*...anche prima della entrata in vigore delle disposizioni sul procedimento cautelare uniforme, i provvedimenti urgenti aventi come contenuto ordini di fare o di non fare, ovvero di consegna o rilascio - e quindi tutti i provvedimenti cautelari aventi come contenuto ordini diversi dalla dazione di somme di denaro - non avevano natura di titolo esecutivo e non attribuivano il diritto di procedere ad esecuzione forzata; per la loro attuazione era ed è necessario rivolgersi al giudice della cautela*

¹³ Cfr. V. SPEZIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT - 23/2004, p. 11.

affinché emetta i provvedimenti che si rendono necessari"¹⁴.

Per quanto la mancata attuazione spontanea dell'ordine di reintegrazione rappresenti un disvalore sociale, non è possibile garantire l'effettiva esecuzione in forma specifica.

Dello stesso orientamento è la costante giurisprudenza di legittimità¹⁵ che rileva la **necessità indispensabile ed insostituibile del comportamento attivo** del datore di lavoro utile per concretizzare la reintegrazione del lavoratore¹⁶.

La spontanea ottemperanza del datore di lavoro all'ordine giudiziale di reintegrazione implica il ripristino della posizione di lavoro del dipendente illegittimamente licenziato, la cui riammissione in servizio deve quindi avvenire nel luogo e nelle mansioni originarie.

È possibile per il datore di lavoro disporre il trasferimento ad altra unità produttiva, se questo sia giustificato da sufficienti ragioni tecniche, organizzative e produttive, tra le quali non rientra la sostituzione del lavoratore licenziato con un altro.

È altresì possibile che il lavoratore reintegrato venga adibito a mansioni diverse, purché equivalenti e retribuite in misura almeno pari alle precedenti¹⁷.

¹⁴ Cass. Civ., Sez. III, 14 luglio 2003, n. 10994.

¹⁵ Cass. Civ., Sez. Lav., 19 novembre 1996 n. 10109 e Cass. Civ., Sez. Lav., 14 luglio 1997 n. 6381.

¹⁶ Prima degli orientamenti giurisprudenziali che hanno inteso tutelare la libertà privata del datore di lavoro ex art. 41 Cost., soprattutto negli anni '70 numerose procedure ex art. 612 c.p.c. – procedimento dell'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare – sono state attivate per la reintegrazione nel posto di lavoro e poi si è proceduto esecutivamente a mezzo Ufficiale Giudiziario secondo le modalità stabilite dal G.E..

¹⁷ Cass. Civ., Sez. Lav., 2 ottobre 2002 n. 14142.

La dottrina ritiene possibile scomporre l'obbligo di reintegrare in più obblighi di *pati e/o di fare* fungibili.

In tal modo non sussisterebbe una insostituibilità per l'espletamento delle diverse attività necessarie all'effettiva reintegrazione, ma una simile tesi non pare perseguibile, in quanto soltanto il datore di lavoro-imprenditore, infatti, esercita il potere direttivo (*e quindi organizzativo*) nonché quello disciplinare nella propria azienda.

È insomma insostituibile il datore di lavoro al fine di adottare i necessari adempimenti utili alla reintegra del lavoratore¹⁸.

Neanche quanto disposto dall'art. **669 duodecies c.p.c.** (che prevede il ricorso al Giudice medesimo che ha emesso il provvedimento cautelare, affinché disponga le modalità di attuazione del suo provvedimento)¹⁹

¹⁸ V. SPEZIALE, opera citata.

¹⁹ Cass. Civ., Sez. III, 12 gennaio 2005, n. 443: *"L'espressione "giudice che ha emanato il provvedimento cautelare" non va intesa come riferibile al giudice - persona fisica, ma all'ufficio giudiziario, posto che la norma si preoccupa di fissare solo la competenza in relazione all'attuazione del provvedimento cautelare. Deriva da quanto precede, in conclusione, che ove l'ordinanza cautelare e l'ordinanza di determinazione delle modalità attuative della stessa sono state emanate da giudici appartenenti allo stesso ufficio si concretizza una mera distribuzione degli affari all'interno dello stesso ufficio e non un fatto di competenza e, quindi, il proposto ricorso per regolamento di competenza, se proposto, deve essere dichiarato inammissibile". "A seguito dell'entrata in vigore della riforma del 1990 l'attuazione di tutti i provvedimenti cautelari, ivi compresi i provvedimenti possessori e d'urgenza, avviene, ai sensi dell'articolo 669-duodecies del c.p.c., giusta il quale, "l'attuazione delle misure cautelari...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, dà con*

appare idoneo a superare le obiezioni mosse, poiché evidentemente quella norma non si riferisce specificamente alla reintegrazione nel posto di lavoro, che non è un mero obbligo di fare, nulla impedendo al datore di lavoro di poter tenere a casa il lavoratore o comunque non farlo lavorare, pur pagandolo.

L'art. 612 c.p.c. stabilisce il procedimento dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare riferendosi esclusivamente alle **sentenza di condanna** per violazione di un obbligo di fare o di non fare.

Chi intende ottenere l'esecuzione forzata di obblighi di fare deve chiedere al Giudice che siano determinate le modalità dell'esecuzione.

Si fa presente che in questo caso è possibile eseguire forzatamente un obbligo di fare esclusivamente se trattasi di beni fungibili non necessitanti un comportamento attivo del debitore.

L'art. 2931 del codice civile prevede espressamente che l'avente diritto, se non si è adempiuto all'obbligo di fare, può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato.

Tale esecuzione viene espletata ex art. 612 c.p.c. se riguarda una sentenza di condanna o, in caso di ordinanza, ai sensi dell'art. 669 *duodecies* c.p.c..

Ma nell'uno o nell'altro caso ci si riferisce espressamente ad obblighi di fare fungibili che possono indifferentemente essere adempiuti anche da persona diversa dal debitore.

Le norme sopra citate non possono trovare applicazione quando l'obbligo

di fare risulti infungibile (*ad es. è infungibile l'obbligo inadempito da parte dell'editore che non abbia pubblicato un'opera nel termine pattuito*).

L'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro costituisce appunto un obbligo di fare infungibile e, pertanto, il suo mancato adempimento farà derivare l'onere di corrispondere al lavoratore le retribuzioni ed il risarcimento del danno²⁰.

Non si ritiene possibile, invece, l'esperimento della procedura ex art. 612 c.p.c. perché nel caso di azienda privata il Giudice dell'esecuzione non potrà certo nominare un commissario *ad acta* che si sostituisca al datore di lavoro per ottemperare alla reintegra.

Identica cosa vale anche nel caso di provvedimento cautelare poiché le modalità di attuazione di un *facere* infungibile sono pressoché inesistenti.

Né è immaginabile l'intervento dell'Ufficiale Giudiziario che "esegua" forzatamente tale reintegra.

Secondo l'autorevole insegnamento di Massimo D'ANTONA: *"reintegrare effettivamente significa riammettere il lavoratore in azienda per utilizzarne normalmente la prestazione: nulla di più e nulla di meno"*.

Ne consegue che, in caso di mancata effettiva reintegra, l'attenzione si dovrà spostare sulle forme di esecuzione indiretta.

In ogni caso, l'ordine di reintegrazione è cosa diversa dall'**obbligo di far lavorare**, nel senso che quand'anche

ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti".

²⁰ Cfr.: C. MANDRIOLI, *Rivista Diritto Processuale*, 1975; A. PROTOPISANI, in *Rivista Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1978.

l'imprenditore subisse la reintegra (cioè la reimmissione formale del lavoratore in azienda) non è detto che decida di far lavorare il reintegrato.

6. Reintegrazione del pubblico dipendente

Oggi il problema si pone in particolar modo per i **pubblici dipendenti** i quali, a seguito della devoluzione al Giudice ordinario del Lavoro delle controversie riguardanti il pubblico impiego, incontrano gli stessi sbarramenti e limitazioni imposti al lavoratore privato quando venga ordinata la reintegrazione nel posto di lavoro.

Secondo autorevole dottrina²¹ i pubblici dipendenti col ricorso al Giudice del Lavoro ordinario non avrebbero più la possibilità di chiedere al Giudice Amministrativo di provvedere affinché venga concretamente eseguita la sentenza del Tribunale ordinario.

Invero va ricordato che, nel caso di mancato adempimento da parte della P.A. a quanto disposto dalla sentenza emessa dal T.A.R., si può certamente ricorrere, per il giudizio di **ottemperanza**, allo stesso Giudice Amministrativo affinché provveda alla nomina di un Commissario *ad acta* per consentire il corretto espletamento di quanto giudizialmente ordinato²².

Indubbiamente, oggi, la devoluzione al Giudice ordinario del Lavoro delle controversie per i

pubblici dipendenti non consente di chiedere allo stesso Giudicante di provvedere adottando quegli strumenti processuali tipici del Giudice Amministrativo.

Mentre trattandosi di ordinanza cautelare il dipendente pubblico può chiedere al medesimo Giudice che ha provveduto di stabilire le modalità di attuazione *ex art. 669 duodecies c.p.c.*²³, con la sentenza del Giudice del Lavoro si potrebbe proporre il giudizio di ottemperanza dinanzi al Giudice Amministrativo.

La giurisprudenza di merito (o *almeno buona parte di essa*) ritiene ammissibile, dal parte del Giudice ordinario del Lavoro, la nomina di un Commissario *ad acta* al quale conferire l'incarico di eseguire le modalità di attuazione del suo provvedimento presso la P.A. soccombente.

Questo Commissario dovrebbe rimuovere gli ostacoli per provvedere materialmente alla reintegrazione del lavoratore licenziato secondo le modalità attuative stabilite dal Giudice.

Tale procedura risulta, comunque, una *forzatura* poiché, pur trattandosi di Pubblica Amministrazione (e quindi non di un "datore di lavoro" privato cittadino, soggetto al rischio della stessa attività imprenditoriale), si ritiene che la concreta reintegrazione

²¹ Così B. SASSANI sul tema "Adattamenti delle tecniche difensive nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle P.A." al Convegno del Cons. Naz. Forense tenutosi a Roma il 17/11/2001.

²² A. BELSITO, *Limiti ai poteri del datore di lavoro*, Ed. Cacucci, Bari 2005, p. 106.

²³ A. LOMBARDI, *Coercibilità dell'ordine cautelare di reintegra del lavoratore nei confronti del datore di lavoro pubblico*, in Rivista Telematica di Diritto del lavoro, 2007: "La condivisibile esigenza di garantire effettività alla tutela cautelare divisata ha indotto commentatori ed interpreti a ricercare mezzi di coercizione diretta del datore di lavoro pubblico, modellati sulla concretezza del caso concreto, riconducibili alla portata applicativa dell'art. 669 duodecies c.p.c. e, quel che più conta, compatibili con la "riserva di amministrazione" connotata alla veste pubblica della parte datoriale".

nel posto di lavoro, soprattutto se eseguita sulla scorta di un provvedimento cautelare e provvisorio, possa causare maggiori danni dell'attesa di un provvedimento definitivo come è la sentenza.

Qualora la P.A. non dovesse spontaneamente ottemperare all'ordine del Giudice del Lavoro il dipendente potrà rivendicare soltanto il diritto al risarcimento del danno, salvo eventuali **responsabilità personali** dei dirigenti apicali nella qualità di legali rappresentanti dell'Ente Pubblico.

Se può apparire condivisibile il criterio adottato per la tutela del datore di lavoro privato (*tutela anche garantita dal dettato costituzionale previsto dall'art. 41*) ciò non può valere per la Pubblica Amministrazione nei cui confronti non sussistono quegli stessi principi posti a fondamento dell'imprenditoria privata.

Si ha ragione di ritenere, pertanto, che la questione sarà foriera di dispute.

7. Mancata reintegra: conseguenze

Il datore di lavoro che non ottemperi all'ordine di reintegra contenuto nella sentenza è tenuto comunque a corrispondere al lavoratore le retribuzioni globali di fatto dovutegli in virtù del rapporto di lavoro intercorrente dalla data del licenziamento annullato fino a quella della effettiva reintegrazione e, da quest'ultima data, sarà corrisposta la retribuzione che maturerà mensilmente.

Tuttavia se il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non

abbia ripreso servizio il rapporto si intende risolto.

Nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'art. 22 dello Statuto dei Lavoratori il datore di lavoro che non ottemperi alla sentenza ovvero all'ordinanza di reintegra, non impugnata o confermata dal giudice che l'ha pronunciata, è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del **Fondo adeguamento pensioni** di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore.

Come si può notare, l'art. 18 dello Statuto ha previsto quali possano essere le conseguenze a carico del datore di lavoro che non provveda a reintegrare il lavoratore licenziato.

Si dovrà verificare se queste disposizioni, dirette a penalizzare il comportamento omissivo del datore, siano idonee a "*convincerlo*" nel preferire la reintegrazione.

Non esistono strumenti coercitivi per imporre al datore di lavoro la concreta reintegrazione nel posto di lavoro del licenziato.

Le conseguenze a danno del datore sono pertanto soltanto di carattere economico.

8. Responsabilità penale

Come già evidenziato la reintegrazione nel posto di lavoro, consistendo in un obbligo di fare, è soggetta al noto principio *nemo ad faciendum cogi potest* che certamente trova attuazione per le aziende private nei confronti delle quali, ormai da decenni, in caso di reintegrazione del lavoratore, il datore che non intenda concretamente tenersi in azienda il lavoratore licenziato in ottemperanza

all'ordine del Giudice, sarà tenuto soltanto a pagare tutto il dovuto.

Pur nel rispetto del provvedimento del Giudice - avverso il quale può essere proposto gravame - l'unico compito del soccombente è quello di non **ostacolarne** l'eventuale esecuzione e, pertanto, qualora il Magistrato abbia disposto le **modalità di attuazione** previste dall'art. 669 *duodecies* c.p.c., la sua ottemperanza consisterà nel garantire la tutela del credito del lavoratore.

Sarà ravvisabile la fattispecie di cui all'art. 388, comma 1, c.p. quando la condotta del datore di lavoro consista nel compimento di **atti simulati o fraudolenti o di fatti fraudolenti**, posti in essere per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, non ottemperando alla **ingiunzione di eseguire la sentenza**.

Inoltre, l'ambito di applicabilità del predetto disposto penale è riferito esclusivamente ad una **sentenza di condanna**, che è cosa diversa dall'ordinanza provvisoria cautelare poiché quest'ultima, fra l'altro, non ha il carattere della decisorietà (cioè non è assimilabile ad una sentenza), ma soltanto natura strumentale²⁴.

L'ipotesi di reato di cui all'art. 388, comma 1, c.p., che si verifica quando la parte soccombente, per sottrarsi all'adempimento, ponga in essere comportamenti dolosi (fatti fraudolenti, atti simulati o fraudolenti sui propri o sugli altrui beni), è realizzabile solo in forma **commissiva e non omissiva**²⁵.

²⁴ Cass. Civ., Sez. Lav., 14 gennaio 2003 n. 441 e Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2003 n. 2479.

²⁵ F. DI LORENZO, op. cit.: "...non poche complicazioni nascono quando si esamina il tipo di condotta e l'elemento psicologico richiesto

La non spontanea esecuzione non può essere ritenuta idonea ad integrare la condotta di cui all'art. 388, comma 1, c.p. (mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del Giudice), verificabile quando la parte soccombente - per sottrarsi all'adempimento - ponga in essere comportamenti dolosi (fatti fraudolenti, atti simulati o fraudolenti sui propri o sugli altrui beni) e, comunque, l'eventuale condotta dolosa si perfezionerebbe soltanto qualora il datore di lavoro compisse attività fraudolente idonee ad ostacolarne l'esecuzione.

La giurisprudenza di legittimità ha anche affermato che la **sentenza di condanna**, pur intesa in senso ampio, deve essere, però, sempre una decisione di merito pronunciata in base ad una *plena cognitio* e non una statuizione provvisoria applicativa semplicemente di una misura cautelare, tanto più che l'elusione dell'esecuzione di un provvedimento del giudice è prevista espressamente come elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 388, comma 2, c.p. (ipotesi di reato tra l'altro escludibile in considerazione del fatto che l'interesse del lavoratore a prestare la propria attività lavorativa

affinchè si perfezioni il reato di cui all'art. 388 comma 1 c.p., occorrendo da una parte la commissione di atti fraudolenti, e dall'altra il dolo specifico. Non basta allora la semplice elusione del provvedimento del giudice, ma occorre una precisa volontà manifestatasi con modalità particolarmente riprovevoli: in tal modo, l'ambito di applicabilità della norma si riduce drasticamente solo a poche e marginali ipotesi. Ne consegue che tale rimedio assume non più un'efficacia generale, ma solo residuale: è applicabile solo nei pochi casi in cui sussistono i requisiti richiesti. A tale obiezione si sottrae la norma contenuta nel commi II dell'art. 388 c.p., La quale richiede solo l'elemento del dolo generico, e non della frode".

non è qualificabile come **diritto di credito**).

Ed ancora: “... *il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice postula che il provvedimento emesso in sede cautelare sia portato a conoscenza del destinatario secondo le regole proprie del processo civile, non rilevando che questi ne abbia avuto altrimenti cognizione*”²⁶.

Il mero rifiuto all’ottemperanza di provvedimenti giudiziari secondo quanto previsto dall’art. 388 co. 2 c.p. - secondo le SS.UU. penali della Corte di Cassazione - non costituisce comportamento penalmente rilevante, a meno che la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva dello stesso provvedimento esigano per l’esecuzione il contributo diretto dell’obbligato.

Infatti, l’interesse reiterato dall’art. 388, co. 1 e 2, c.p. non è l’autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì l’esigenza costituzionale di **effettività della tutela giurisdizionale**²⁷.

Orbene, quando è indispensabile per l’esecuzione *il contributo dell’obbligato* bisognerà accertare se si sia verificato il delitto di elusione dell’esecuzione che certamente non può sussistere nel caso in cui il datore di lavoro non abbia posto in essere alcuna attività che ne impedisca la

esecuzione ma si limiti a subirla passivamente come appunto nel caso della reintegrazione nel posto di lavoro.

Nei confronti del rappresentante legale di una Pubblica Amministrazione in alcuni casi si è ravvisato, oltre al reato di cui all’art. 388 c.p. anche quello previsto e punito dall’art. 323 c.p. (*abuso di ufficio*).

Quest’ultima ipotesi delittuosa presuppone che “*sussista la cosiddetta doppia ingiustizia, nel senso che ingiusta deve essere la condotta, in quanto connotata da violazione di legge ed ingiusto deve essere l’evento di vantaggio patrimoniale, in quanto non spettante in base al diritto oggettivo regolante la materia...*”²⁸.

Francamente appare difficile rinvenire tale fattispecie in caso di mancata esecuzione di un ordine di reintegra nel posto di lavoro che, per le ragioni ampiamente esposte, risulta difficilmente *incoercibile* nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Ne consegue che le ipotesi di cui all’art. 388 c.p. e, trattandosi di Pubblica Amministrazione, anche quella di cui all’art. 323 c.p., non sono automaticamente riscontrabili.

Infine, non è neanche ipotizzabile il reato contravvenzionale previsto dall’art. 650 c.p. che si riferisce all’inosservanza dei provvedimenti dell’Autorità (*cosa diversa dall’inottemperanza all’ordine del Giudice*), poiché tale disposizione è collegata alla inosservanza di un provvedimento per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o di igiene.

²⁶ Cass. Pen., Sez. VI, 7 novembre 2003, n. 314 (*Nella specie, la Corte ha escluso il reato sul rilievo che non risultava ritualmente comunicato il provvedimento cautelare di natura possessoria emesso fuori udienza dal giudice civile, ritenendo irrilevante la circostanza che l'imputato aveva ricevuto comunque notizia della decisione avendo preso visione di copia del provvedimento spedito in forma esecutiva ed avendo ricevuto lettura dello stesso da parte della Polizia giudiziaria*).

²⁷ Cass. SS.UU. Pen., 05 ottobre 2007 n. 36692.

²⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 27 giugno 2006, n. 35381.

Infatti l'art. 650 c.p. è una norma penale in bianco di carattere sussidiario che può trovare applicazione soltanto quando il fatto non sia specificamente regolato da altre norme²⁹.

9. Esecuzione indiretta

Per gli obblighi di fare si rende sempre opportuno prevedere nel provvedimento una obbligazione alternativa. Quando si tratta di obblighi di fare fungibili l'alternativa deve essere un adeguato risarcimento che possa costituire una sorta di indiretta coercizione.

Nello stesso testo dell'art. 18 dello Statuto è possibile individuare gli strumenti per l'**esecutorietà indiretta** dell'ordine di reintegra: indennità sostitutiva e risarcimento del danno nel caso in cui il datore non abbia dato spontanea esecuzione all'ordine del giudice.

Riguardo alla natura degli obblighi civili ricompresi nella sfera di tutela della norma è opinione oramai consolidata che non possano rientrare quegli obblighi non suscettibili di esecuzione forzata e quindi innanzitutto le **obbligazioni di un *facere* infungibile, di un *non facere* o di un *pati***³⁰.

L'esecuzione indiretta in qualche modo dovrebbe far preferire al datore di lavoro la reintegrazione del lavoratore, evitandosi così ulteriori aggravii di costi.

Attualmente il datore di lavoro è comunque tenuto a versare la retribuzione globale di fatto al lavoratore illegittimamente licenziato dal giorno del suo licenziamento

anche se quest'ultimo non dovesse essere fisicamente reintegrato.

Per cui il datore pagherà tali somme e verserà i relativi contributi anche se non riceverà alcuna controprestazione.

Sovente l'imprenditore preferisce pagare e raggiungere una transazione anche molto onerosa pur di evitare la presenza nella sua azienda di un lavoratore indesiderato.

Ma l'eccessiva onerosità di alcune transazioni (sottoscritte dal datore per evitare aggravii di costi) fanno sorgere dubbi su un sostanziale mancato rispetto del principio costituzionale previsto dall'art. 41.

Qualora il lavoratore decida di non tornare al lavoro potrà comunicarlo tempestivamente al datore chiedendo l'**indennità sostitutiva della reintegrazione** nella misura non inferiore a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto così come disposto dal novellato art. 18, co. 5 dello Statuto³¹.

Trattasi di un ulteriore risarcimento danni a carico del datore di lavoro quale obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore che, scegliendo questo risarcimento, rinuncia alla reintegrazione.

L'indennità può essere richiesta dal solo prestatore di lavoro: è preclusa al datore ogni scelta tra effettiva reintegra del lavoratore o corresponsione della indennità sostitutiva.

Quest'ultima non assorbendo il principale risarcimento del danno (**retribuzione globale di fatto dovuta**

³¹ Art. 18, co. 5, L. n. 300/70: "Fermo restando il diritto al risarcimento del danno ...al prestatore di lavoro è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a 15 mensilità di retribuzione globale di fatto...".

²⁹ Cass. Pen., Sez. I, 3 novembre 1995, n. 12301.

³⁰ Cass. Civ., Sez. Lav., 17 giugno 2004 n. 11364.

fino all'effettiva reintegra o alla risoluzione del rapporto), svolge la segnalata funzione di coercizione indiretta.

Il lavoratore che sceglie l'indennità e, con essa, la risoluzione del rapporto, determina così le proprie dimissioni per giusta causa.

* * * * *

Negli altri Paesi comunitari sono in vigore sistemi di tutela efficienti a seguito di inadempimento di obbligazioni infungibili.

Dato atto delle impossibilità di costringere la parte soccombente ad un *facere* infungibile si procede con l'applicazione di altre norme.

In Francia sussiste il metodo delle *astreintes* quale rimedio indiretto che impone alla parte inadempiente un obbligo di pagare una somma per ogni giorno di ritardo e per ogni futuro altro inadempimento che sarà sanzionato con la sentenza definitiva con la quale potrà essere ridotta o aumentata la pena pecuniaria oppure originaria.

Secondo la giurisprudenza francese la somma deve essere commisurata al danno - considerato che le *astreintes* hanno natura risarcitoria e non già punitiva - anche se, nella realtà, trattasi di una forma di coercizione indiretta utile soprattutto a convincere il debitore ad ottemperare.

Anche in Germania vi è una forma di coercizione indiretta per gli obblighi di fare, prevista dal codice tedesco e denominata *Geldstrafe*.

In caso di inadempimento di un obbligo di fare infungibile il debitore sarà condannato ad una sanzione pecuniaria e se necessario, *in extremis*, anche all'arresto.

Trattasi, quindi di un rimedio pubblicistico anche perché le somme

che il debitore verserà non vanno in favore del creditore come risarcimento danni ma vengono introitate dallo Stato.

Anche nei Paesi anglosassoni ci sono forme di coercizione indiretta come in Inghilterra dove il creditore chiede al Giudice una sentenza ad una prestazione specifica e, in caso di inottemperanza, adirà lo stesso Tribunale al fine di far dichiarare il debitore responsabile del reato di disprezzo alla Corte (*contempt of court*).

Il debitore rischierà l'arresto o il pagamento di una multa la cui somma però sarà devoluta al creditore.

10. Conclusioni

Il noto principio *nemo ad factum cogi potest* è costantemente condiviso dalla giurisprudenza di legittimità che, rilevata la impossibilità di ottenere la esecuzione forzata di un *facere*, considera la mancata esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegrazione un illecito civile del datore di lavoro al quale viene richiesto il pagamento della retribuzione globale di fatto con relativa contribuzione e/o l'ulteriore risarcimento di cui al comma 5 dell'art. 18 dello Statuto, nonché il risarcimento di eventuali ulteriori danni subiti dal lavoratore che però dovrà fornirne adeguata prova.

D'altronde né con il procedimento ex art. 612 c.p.c. è concretamente possibile eseguire la reintegrazione, né con le stesse modalità di attuazione previste dall'art. 669 *duodecies* c.p.c. poiché, in entrambi i casi, l'Ufficiale Giudiziario si limiterebbe a verbalizzare l'impossibilità di reintegrare

fisicamente il lavoratore in quello specifico posto di lavoro, provvedendo comunque alla sua reintegra formale solo ai fini previdenziali, fiscali e retributivi.

Ma se per le controversie riguardanti le aziende private quanto detto può risultare accettabile, perplessità restano per quelle che insorgono nel pubblico impiego dove sarebbe auspicabile una normativa specifica che chiarisse se il legale rappresentante della Pubblica Amministrazione possa, nel rispetto delle scelte aziendali, non reintegrare concretamente il lavoratore nel posto di lavoro, pur accollandosi l'onere di versare quanto stabilito dal Giudice, con tutti i rischi e le responsabilità personali.

La problematica è tutt'altro che di semplice soluzione poiché a seguito del licenziamento di un pubblico dipendente - decorso un certo lasso di tempo - quel posto sarà stato certamente occupato da altro impiegato o magari quelle mansioni ridistribuite tra i dipendenti, per cui la reintegra del lavoratore nello stesso posto occupato diventa oltremodo dannosa se non impossibile.

Forse la reintegrazione di cui all'art. 18 L. n. 300/70 dovrebbe ormai commutarsi soltanto in una condanna al risarcimento dei danni da graduare secondo la gravità del licenziamento illegittimo, così da rendere congrua anche la quantificazione del risarcimento stesso.

L'art. 18 L. n. 300/70 andrebbe adeguato ai notevoli cambiamenti verificatisi nel nostro Paese negli ultimi trent'anni prevedendo disposizioni meno vessatorie nei confronti del datore di lavoro che subisce le stesse conseguenze

negative anche quando l'illegittimità del licenziamento intimato derivi soltanto da mere irregolarità formali.

In questo modo si mortifica eccessivamente la dignità dell'imprenditore con norme superate che, nella realtà, non sembrano difendere adeguatamente gli interessi del lavoratore (*si pensi ad esempio al datore di lavoro che nel procedimento disciplinare, pur nella fondatezza della grave mancanza del lavoratore, non abbia rispettato i termini imposti per l'espletamento del procedimento*).

E' evidente quindi la necessità di una rivisitazione dell'istituto della reintegrazione, affinché possano essere previste più graduazioni, con conseguenze congrue in relazione al tipo di illegittimità commessa dal datore e magari considerando più ipotesi risarcitorie anche tenendo conto dei criteri adottati negli altri Paesi comunitari.

D'altronde la S.C. di Cassazione ogni qualvolta si occupa di esecuzione in forma specifica della reintegrazione nel posto di lavoro "*supera*" - o meglio - "*sfugge*" alla problematica concreta limitandosi ad esaminare le vicende immediatamente successive alla effettiva reintegrazione avvenuta su spontanea ottemperanza del datore (*cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 2 ottobre 2002 n. 14142; 3 maggio 2004 n. 8364; 8 novembre 2004 n. 21253; 30 marzo 2006 n. 7536*), oppure occupandosi della facoltà di opzione concessa al lavoratore in favore della indennità sostitutiva alla reintegrazione (*ad es. cfr. Cass. Civ., Sez. Lav. 6 novembre 2000 n. 14441*).

Nulla dice su come possa sottoporsi a "*coercizione*" diretta il datore di lavoro per costringerlo ad

un *facere* o se sia contemplata la possibilità di nomina di un “*commissario ad acta*” per eseguire materialmente tale reintegra.

Se con il giudizio di ottemperanza per le sentenze nel pubblico impiego o le modalità di attuazione ex art. 669 *duodecies* c.p.c. si possa “*convincere*” il legale rappresentante di una P.A. ad ottemperare per evitare rischi di carattere personale, per quanto concerne le aziende private, trattandosi di un obbligo di fare **infungibile** si può ben ritenere che, in virtù dal citato principio “*nemo ad factum cogi potest*”, qualora il datore di lavoro non ottemperi spontaneamente si potranno perseguire azioni risarcitorie con le relative procedure.

D'altronde non si può costringere con la forza un imprenditore a tenere nella sua azienda una persona non gradita, se non altro per rispettare i principi della libertà dell'impresa costituzionalmente garantiti ex art. 41 Cost., considerando che il datore ha il diritto di organizzare la propria azienda e, nell'ambito del potere organizzativo, di mutare gli strumenti di lavoro adeguandoli alle esigenze produttive di mercato³² per cui, se a distanza di tempo, risulti comunque inutile l'apporto del lavoratore da reintegrare in quell'attività e per quelle mansioni per cui era adibito prima del licenziamento, il rifiuto (o *meglio la mancata spontanea esecuzione*) potrebbe integrare l'ipotesi di reato ex art. 388, co. 2, c.p. soltanto per quel che riguarda la tutela del “*credito*”.

Si dovranno prevedere nuovi rimedi decisamente più efficaci quali mezzi coercitivi indiretti utili a

rendere conveniente l'adempimento da parte del debitore.

³² Cass. Civ, Sez. Lav., 30 marzo 2006 n. 7536.