

# NEMO AD FACTUM COGI POTEST

di Rossana Lonero\*

Sommario: 1. L'articolato sistema delle tutele parallele. 2. La tutela reale. Accertamento giudiziale ed esclusione della reintegrazione nel posto di lavoro. 3. L'infungibilità della prestazione: l'impossibilità di esecuzione forzata. 4. Conclusioni.

## 1. L'articolato sistema delle tutele parallele

La tutela apprestata dall'ordinamento ai lavoratori che siano stati pregiudicati da atti illegittimi posti in essere dal datore di lavoro appare diversificata in ragione della gravità del pregiudizio subito e di una serie d'altri requisiti e limiti, che disegnano un sistema a diverse intensità di tutela.

In particolare il licenziamento individuale risulta sottoposto a due ordini di limitazioni sulla base dell'articolato sistema fondato sulle diverse leggi che regolano la materia<sup>1</sup>, da ultima la legge n. 108 del 1990 che ha modificato i confini tra le diverse tecniche di tutela, attraverso il coordinamento delle precedenti disposizioni legislative.

---

\* Laurea Magistrale in Giurisprudenza conseguita in Bari l'11 luglio 2009, con la concessione della lode, plauso della commissione ed invito a proseguire gli studi.

Dalla tesi di laurea: *L'incoercibilità dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*.

<sup>1</sup> Il difficile coordinamento delle diverse discipline ha portato la dottrina e la giurisprudenza ad interrogarsi sulla ragionevolezza della disparità di trattamento che ne consegue, segnando la strada che ha condotto alla consolidazione dell'ormai pacifica *teoria delle tutele parallele*, espressa a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 55/1974, in *Foro Italiano*, 1974, I.

Il primo, cui è sottoposto il licenziamento, può essere definito *limite interno*, di portata generale, della sussistenza e serietà dei motivi, fatte salve le limitate ipotesi di sopravvivenza del licenziamento libero; gli si affiancano una serie di *limiti esterni*, che derivano da divieti assoluti o relativi, da requisiti di forma o da regole procedurali di carattere generale o speciale, come il divieto di licenziamento discriminatorio per motivi politici, sindacali, razziali, di sesso, religione o lingua.

Esperito con esito negativo l'obbligatorio tentativo di conciliazione stragiudiziale ex artt. 410 e ss. c.p.c., la sentenza con cui il Giudice accerti l'illegittimità del licenziamento comporterà differenti conseguenze a seconda che il rimedio applicabile, in relazione al vizio dell'atto ed ai requisiti dimensionali del datore di lavoro, sia da ravvisarsi nella tutela reale predisposta ex art. 18 legge 300/1970, in quella obbligatoria ex art. 8 legge 604/1966 o nella residuale tutela codicistica ex art 1218 cod.civ..

Qualora il rapporto di lavoro sia garantito da *tutela obbligatoria*, anche detta *remediale* o *compensativa*, alla declaratoria d'illegittimità del licenziamento conseguirà un'obbligazione alternativa posta a carico del datore di lavoro: questi avrà la facoltà di disporre la *riassunzione* del lavoratore entro tre giorni ovvero di corrispondergli un risarcimento del danno, pari ad un importo compreso tra 2,5 e 6 mensilità di retribuzione di fatto, maggiorabile per requisiti di anzianità. Allorquando, invece, risulti applicabile il regime di *tutela reale*, il prestatore di lavoro sarà garantito dalla tutela "forte" apprestata dal legislatore,

anche detta *ripristinatoria* o *specifica*. L'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori prevede l'onere di *reintegrazione* nel posto di lavoro a carico del datore che abbia ingiustamente licenziato il lavoratore subordinato, oltre la condanna a corrispondergli, a titolo di risarcimento del danno subito per effetto dell'ingiusto licenziamento e dell'eventuale mancata o tardiva reintegra<sup>2</sup>, un'indennità commisurata alle retribuzioni non percepite in misura non inferiore a 5 mensilità di retribuzione di fatto, nonché il versamento dei contributi assistenziali e previdenziali per il periodo intercorrente tra licenziamento ed effettiva reintegra, salva la facoltà (vero e proprio diritto potestativo) riservata esclusivamente al lavoratore, di chiedere in sostituzione del reinserimento nel posto di lavoro il pagamento di un'ulteriore indennità, pari a 15 mensilità retributive.

## **2. La tutela reale. Accertamento giudiziale ed esecuzione della reintegrazione nel posto di lavoro**

---

<sup>2</sup> Il comma secondo dell'originaria formulazione dell'art. 18 distingueva due periodi e due diversi regimi della condanna del giudice al pagamento: il "risarcimento del danno" dal licenziamento al provvedimento giudiziale, quantificabile e liquidabile al momento dell'emanazione della sentenza; da questa sino all'effettiva reintegrazione, le "retribuzioni dovutegli in virtù del rapporto di lavoro", puramente eventuali, poiché spettanti al lavoratore solo in caso di omessa o tardiva reintegra. L'art. 1 L. n. 108/1990 ha unificato i due periodi, facendo discendere da entrambi le medesime conseguenze patrimoniali. Ad una più attenta considerazione ed esegesi della norma, tuttavia, la distinzione di un "prima" ed un "dopo" è logicamente necessaria, poiché al momento della sentenza il giudice può liquidare a titolo d'indennità risarcitoria le retribuzioni non percepite dal licenziamento alla sentenza, che sono danno attuale, certo e misurabile, ma non le retribuzioni che non saranno percepite a causa dell'omessa reintegra, in quanto danno puramente eventuale.

La tutela reale incide in senso diacronico sulla crisi di funzionalità del rapporto di lavoro provocata dal licenziamento illegittimo, puntando all'integrale eliminazione della situazione antigiuridica posta in essere dal datore di lavoro mediante un abuso del potere economico e della posizione dominante che caratterizzano, di solito, il suo ruolo, con riguardo agli effetti già prodottisi ed agli eventuali effetti che possano verificarsi successivamente alla sentenza di condanna.

Il licenziamento illegittimo è inidoneo a produrre l'estinzione del rapporto lavorativo, che deve considerarsi, anche ai fini previdenziali, come se non avesse subito alcuna soluzione di continuità; pertanto giuridicamente l'interruzione delle reciproche prestazioni, lavorativa e retributiva, si ha per non verificatasi.

La sentenza del giudice, peraltro immediatamente e provvisoriamente esecutiva *ex art. 431 c.p.c.* nonché secondo l'espreso disposto al comma sesto dell'articolo 18, si pone come controllo garantistico, protettivo della parte debole del rapporto di lavoro ed ha l'immediato effetto *de iure* di operare la ricostituzione *ex tunc* del rapporto lavorativo, deduttivamente desumibile dalla previsione contenuta nello stesso articolo 18, secondo cui qualora il lavoratore, invitato dal datore che ottempererà alla sentenza di reintegra, non riprenda servizio né opti per l'indennità sostitutiva entro i successivi 30 giorni (decorrenti nella prima ipotesi dal ricevimento dell'invito, nella seconda dalla data di comunicazione dell'avvenuto deposito della sentenza) il rapporto di lavoro si intende risolto: dalla disposizione di tale effetto risolutorio può dedursi che è presupposta la permanente sussistenza del rapporto lavorativo, *ergo* il licenziamento illegittimo non ne determina l'estinzione, bensì ne interrompe il regolare dispiegarsi.

Una volta emesso l'ordine di reintegrazione, si ha l'equiparazione dell'effettiva utilizzazione delle energie

lavorative del prestatore di lavoro alla loro mera utilizzabilità<sup>3</sup>.

Può dirsi che l'ordine di reintegra sia *self - executing*, in quanto la domanda di reintegrazione può scomporsi in un'azione di inadempimento a carattere speciale, mirante all'accertamento negativo dell'illegittimità ed a quello positivo della continuità del rapporto di lavoro (oltre che alla condanna al pagamento di un'indennità commisurata alle retribuzioni globali di fatto non percepite dal lavoratore) ed in un'azione di manutenzione del rapporto, tendente alla condanna alla reintegra nel posto di lavoro, nonché alla condanna in futuro al pagamento delle retribuzioni globali di fatto non percepite sino all'effettiva reintegra<sup>4</sup>; l'eventuale rifiuto del datore di lavoro di riammettere in servizio il lavoratore, pertanto, equivale solo al non avvalersi di una prestazione lavorativa, nel contesto di una rapporto corrente e mai interrotto.

Inoltre, il periodo compreso tra il licenziamento illegittimo e l'adempimento dell'ordine di reintegrazione va considerato utile sia agli effetti della maturazione del diritto agli scatti di anzianità, sia ai fini dell'anzianità di servizio computabile per l'indennità di fine rapporto, sempreché il lavoratore sia rimasto concretamente disponibile per l'esecuzione della propria prestazione lavorativa e non abbia, perciò, svolto attività lavorativa a favore di terzi<sup>5</sup>.

L'ordine di reintegrazione è stato ritenuto da autorevole dottrina<sup>6</sup> quale proiezione di un preesistente diritto di

lavorare, fondato sul basilare sinallagma del rapporto di lavoro, da cui trae origine; diversamente altra posizione dottrinale<sup>7</sup>, la cui ricostruzione appare preferibile, ha individuato la natura inibitoria dell'ordine di reintegra, ritenendolo un rimedio al comportamento anticontrattuale o illecito del datore di lavoro che abbia abusato della sua posizione e dei suoi poteri.

Qualora si accolga la tesi dell'appartenenza dell'ordine giudiziale di reintegra alla tutela civile inibitoria, la cui unica condizione di esperibilità deve rinvenirsi nell'atto *contra ius* del datore di lavoro, possono individuarsi le due funzioni tipiche di tale rimedio: la funzione costitutiva di obblighi (di fare o di non fare, a seconda che la condotta illecita sia di carattere commissivo od omissivo) inesistenti prima della sua emanazione, in quanto trasforma in obbligo il potere del datore di esigere la prestazione in base al contratto di lavoro, specificandone le modalità, e la funzione determinativa, poiché individua i comportamenti doverosi strumentali alla rimozione di una situazione antigiuridica<sup>8</sup>.

Il dovere di reintegrazione del lavoratore consiste in un'obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore<sup>9</sup>, in quanto spetta esclusivamente al lavoratore-creditore optare mediante atto unilaterale per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, che si pone, pertanto, quale prestazione sussidiaria a quella principale, consistente nell'adeguamento della

<sup>3</sup> Cass. civ., Sez. lav. 23 luglio 1998, n. 7267, in *NGL*, 1998.

<sup>4</sup> La ricostruzione è di Massimo D'ANTONA in "Tutela reale del posto di lavoro", p. 6, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXXI.

<sup>5</sup> Cass. civ., Sez. lav. 18 marzo 1987, n. 2741.

<sup>6</sup> Così F. MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Giornale di diritto del lavoro*, 1987, p. 491 s. e S. CHIARLONI, *Dal diritto alla retribuzione al diritto di lavorare*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, p. 1471e ss..

<sup>7</sup> Dall'appartenenza dell'ordine di reintegrazione alla famiglia delle inibitorie (e dall'infungibilità di alcuni dei necessari obblighi di *facere* del datore di lavoro) fa discendere la difficoltà di integrale soddisfazione mediante esecuzione forzata M. D'ANTONA, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *Foro Italiano*, 1990, V, p. 362 e ss..

<sup>8</sup> Oltre alla funzione costitutivo - determinativa, la sentenza ha funzione accertativa dell'inidoneità del licenziamento a risolvere il rapporto lavorativo, accertamento che al contrario manca nella tutela obbligatoria.

<sup>9</sup> A. BELSITO, *Controversie di lavoro*, Ed. Cacucci, Bari, 2008, p. 135e ss..

situazione *de facto* a quella di diritto mediante il reinserimento del lavoratore all'interno dell'azienda.

La reintegrazione nel posto di lavoro consiste, quindi, nel ripristino dello *status quo ante* attraverso obblighi strumentali e dinamici, funzionali alla ripresa della collaborazione tra le parti; ma la norma non aggiunge null'altro in proposito, non stabilisce come debba procedersi in concreto per poter assicurare la prosecuzione del rapporto, essendo l'ordine di reintegrazione un comando sprovvisto di sanzione per il datore che resti inadempiente.

### **3. L'infungibilità della prestazione: l'impossibilità di esecuzione forzata**

L'attuazione coattiva della condanna alla reintegrazione costituisce il nodo problematico più complesso dell'interpretazione e dell'applicazione della disciplina *ex* articolo 18. Da un lato, infatti, si è ravvisata nell'affermazione del principio della reintegrazione una svolta che ha portato al raggiungimento del traguardo della stabilità reale del rapporto di lavoro; dall'altro, invece, in giurisprudenza ed in dottrina si è riscontrata l'impossibilità, totale o talvolta parziale, di assicurare in via coattiva la reintegrazione del lavoratore ingiustamente licenziato.

Un riferimento fondamentale nel dibattito dottrinale e largamente recepito dalla giurisprudenza è stato l'antico brocardo romano *nemo praecise ad factum cogi potest*, talvolta riportato anche come *nemo ad faciendum cogi potest*, con cui si è, a volte anche aprioristicamente<sup>10</sup>, liquidata la questione della naturale incoercibilità dell'ordine di reintegrazione.

---

<sup>10</sup> La critica di quella che l'Autore definisce "ripulsa aprioristica" della dottrina ad un serio approfondimento del problema è di M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, Cedam, 1979, p. 176 e ss..

Preliminarmente è necessario evidenziare che i profili della tutela processuale sono strettamente ed imprescindibilmente connessi al diritto sostanziale. La tutela di condanna può assumere connotati e funzioni diversi in relazione alla diversità dei bisogni di tutela o della struttura delle singole situazioni sostanziali.

La possibilità di avvalersi di uno dei procedimenti di esecuzione forzata disciplinati dal Libro III del c.p.c. è ammessa in ragione del tipo di obbligo e del bene oggetto dell'obbligazione, in quanto l'esecuzione forzata, traducendosi in un'attività di tipo sostitutivo e surrogatorio rispetto a quella che sarebbe richiesta al debitore, è idonea ad assicurare l'attuazione forzata esclusivamente di talune sentenze di condanna, tra cui quelle all'adempimento di un *obbligo di fare* materialmente o giuridicamente *fungibile*. Ne consegue che essa non è utilizzabile, in quanto strutturalmente inadeguata, per l'attuazione di *obblighi* che non ammettano una siffatta sostituzione da parte di un terzo, per i quali cioè sia essenziale ed irrinunciabile la cooperazione del soggetto obbligato, in quanto materialmente o giuridicamente *infungibili*, o quando sia richiesto al debitore di astenersi da qualunque comportamento in violazione di un divieto, in quanto *obblighi di non fare*. In tali ipotesi, per assicurare una soddisfazione effettiva dell'interesse del creditore, il legislatore prevede quale unica possibilità quella di avvalersi di mezzi di coazione indiretta, le c.d. misure coercitive, miranti ad incentivare lo spontaneo adempimento dell'obbligo infungibile da parte del debitore.

Il profilo dell'infungibilità della prestazione non è positivamente individuato dall'ordinamento, ma può essere ricostruito secondo più accezioni dottrinali<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Una ricostruzione ed una critica delle diverse posizioni dottrinali in merito è di S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non*

La soluzione più persuasiva sembra essere quella di una ricognizione, sgombra da concettualismi, dell'interesse creditorio oggettivo nella disciplina del singolo rapporto e del suo bilanciamento con il contrapposto interesse debitorio.

Per quanto attiene all'interesse protetto dall'articolo 18 dello Statuto, è stato autorevolmente osservato<sup>12</sup> che se di infungibilità è dato parlare, essa non dipende da caratteristiche "naturali" della prestazione richiesta al datore di lavoro: il ripristino della collaborazione lavorativa può essere conseguito anche senza avvalersi dell'obbligato, cioè, portando il discorso all'estremo, "ad esempio nominando un commissario *ad acta*, dotato della necessaria capacità tecnico - organizzativa, con il compito di porre in essere tutto quanto è necessario per reintegrare il lavoratore nel posto".

Sebbene la soluzione possa risultare sproporzionata, o addirittura vessatoria e lesiva del diritto del datore di lavoro ad organizzare la propria attività imprenditoriale, l'astratta possibilità d'una siffatta sostituzione dimostra che non si tratta di uno degli obblighi la cui incoercibilità è *in re ipsa*, in quanto l'infungibilità non è nelle intrinseche caratteristiche della prestazione richiesta.

Analogamente, sembra da respingersi la prospettiva creditoria, secondo cui l'infungibilità deriva dal modo di porsi dell'interesse del creditore, al quale occorrerebbe guardare per determinare la surrogabilità della prestazione del debitore. Sembra del tutto indifferente per il lavoratore, infatti, che la reintegrazione venga eseguita non dal datore di lavoro che lo abbia ingiustamente licenziato, ma da un altro soggetto, ad esempio dal curatore

fallimentare o dall'imprenditore che succeda nel trasferimento d'azienda.

Appare pertanto necessario trasferire il problema della fungibilità dall'astratta qualificazione del rapporto interesse-bene al modo dell'attuazione esecutiva dell'obbligo, verificando l'esattezza della corrispondenza tra infungibilità dell'obbligo ed incoercibilità esecutiva.

Il contenuto dell'obbligo di reintegrare consiste nella riammissione nell'azienda su invito del datore di lavoro, al fine dell'effettivo reinserimento produttivo del lavoratore: si tratta, cioè di un obbligo di fare di natura complessa, finalizzato alla ripresa dello scambio tra lavoro e retribuzione. La sua attuazione esige perciò dall'imprenditore una pluralità di comportamenti tipicamente rivolti non solo alla riammissione del lavoratore nell'azienda (e cioè un comportamento riconducibile ad un semplice c.d. obbligo di *pati*), ma anche un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro, di carattere organizzativo - funzionale, mirato alla pianificazione dell'attività lavorativa, mediante l'assegnazione di compiti e/o mansioni, l'emanazione di disposizioni direttive e di controllo, l'inserzione in elenchi contabili, assicurativi ed amministrativi ( c.d. obbligo di *facere* in senso stretto); questi non si esauriscono *uno actu*, pertanto l'indagine sulla coercibilità e sulla surrogabilità del comportamento datoriale deve tener conto del *carattere continuativo* degli obblighi mirati all'effettivo reinserimento del lavoratore.

Più che dall'infungibilità dell'attività datoriale di cooperazione all'adempimento, che potrebbe mancare in concreto (ad esempio nel caso della c.d. spersonalizzazione dell'organizzazione del lavoro nella grande impresa), l'incoercibilità specifica della reintegrare dipende dalla natura intrinsecamente esclusiva del potere organizzativo cui l'obbligo accede, potere riservato all'imprenditore ed ai suoi

---

fare, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, UTET, 1990, vol. XX, p. 275 e ss..

<sup>12</sup> Così G. ARIETA, *Sull'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di reintegrare del lavoratore nel posto di lavoro*, in *Temì romana*, 1975, p. 279.

collaboratori gerarchici, in base agli articoli 2104 e 2086 del c.c., in quanto necessariamente coordinato alla collaborazione cui è tipicamente finalizzata la prestazione del lavoratore subordinato, *ex art. 2094 cod. civ.*

L'orientamento preminente in giurisprudenza ed in dottrina afferma la totale infungibilità dell'obbligo di reintegrazione ed individua l'apposita misura compulsoria, voluta dal legislatore, nell'obbligo di erogare comunque la retribuzione dopo la sentenza<sup>13</sup>.

La Corte di Cassazione<sup>14</sup> ha ritenuto che il sistema di tutela reale non è suscettibile di esecuzione forzata in sede di processo di esecuzione, pronunciandosi negativamente circa la nomina di un commissario *ad acta* che provveda a far le veci del datore di lavoro.

Ciò nonostante, nella giurisprudenza di merito si sono riscontrate pronunce<sup>15</sup> non collimanti con l'orientamento dominante in dottrina e ripetutamente ribadito dalla Suprema Corte. Tale giurisprudenza mira a dimostrare che, ai fini dell'eseguibilità in via coattiva, l'obbligo di reintegra, non consistendo in una prestazione omogenea, dovrebbe essere "scomposto" in una pluralità di singole prestazioni articolate, tra loro eterogenee, ed obblighi, alcuni dei quali possono essere ottenuti *in executivis*, altri no.

Andrebbe, pertanto, di volta in volta verificato, all'interno della fattispecie, quali obblighi siano fungibili, e di conseguenza direttamente coercibili, e quali, diversamente, siano attività assolutamente infungibili e pertanto sfuggenti ad ogni coercizione diretta.

<sup>13</sup> Cfr., per tutti, A. DI MAJO, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1974, I, p. 293.

<sup>14</sup> Cass. civ., Sez. lav., 11 gennaio 1988, n. 112, in *MGL*, 1988, in senso conforme Cass. civ. Sez. lav., 11 gennaio 1990, n. 46, in *FI*, 1990, I.

<sup>15</sup> Pretura Milano, 26 novembre 1992 e Pretura Milano, 22 dicembre 1992, entrambe in *D&L- Rivista critica di diritto del lavoro*, 1993, p. 449.

Risultano in tal modo coercibili *ex art. 612 c.p.c.* tutti quei comportamenti strumentali fungibili, attraverso i quali possono essere rimossi alcuni effetti materiali del licenziamento, siano essi consistenti in un *patis* del datore di lavoro, ad esempio l'accesso del lavoratore in azienda per riprendere possesso del posto di lavoro, anche senza lavorare, per esercitare i diritti sindacali, per partecipare a corsi di formazione e così via, od in un *facere fungibile*, ad esempio la reiscrizione del lavoratore nel libro paga o la riapertura della posizione previdenziale.

Senonché "oltre un certo punto non si può andare": non può ottenersi che il rapporto abbia il suo normale svolgimento tutte le volte che viene in questione la collaborazione, necessariamente continuativa e costante nel tempo, dell'impresa e l'esercizio da parte del titolare della medesima, o del datore di lavoro non imprenditore, di quei poteri direttivi ed organizzativi senza i quali la prestazione lavorativa non può aver corso.

#### 4. Conclusioni

Rilevata l'infungibilità dell'obbligo di *facere* in cui si concretizza la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato nel posto di lavoro, l'unico strumento efficacemente apprestato dall'ordinamento giuridico, nel caso di mancata spontanea reintegra da parte del datore di lavoro, per il soddisfacimento, seppur incompleto, dell'interesse del lavoratore è da individuarsi negli strumenti di esecutorietà indiretta, parziale contenuto dell'ordine giudiziale: il versamento dell'indennità sostitutiva della retribuzione ed il risarcimento del danno.

Il versamento dell'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto al lavoratore illegittimamente licenziato, anche nel caso di mancato reinserimento effettivo nell'organizzazione

produttiva, dovrebbe indurre il datore di lavoro a preferire l'adeguamento della situazione di fatto alla reintegrazione giuridica operata *ex se* dalla sentenza di condanna.

In tal modo, il datore di lavoro eviterebbe un aggravio di costi per l'attività imprenditoriale, dovuto al versamento della retribuzione e dei relativi contributi assistenziali e previdenziali in assenza di un'effettiva controprestazione lavorativa (il c.d. "costo del licenziamento").

Tuttavia, sovente, in ragione dell'interesse alla produzione e del rapporto fiduciario che connota quello lavorativo, soprattutto nella piccola e media realtà imprenditoriale (ove, beninteso, non sia unicamente applicabile il regime c.d. di *tutela obbligatoria*) l'imprenditore predilige una transazione, seppur onerosa, alla riammissione di un prestatore di lavoro "indesiderato" nell'attività economica organizzata.

Un'indagine empirica<sup>16</sup> sull'effettività della reintegrazione mostra come altri fattori discriminanti del comportamento datoriale, oltre alla dimensione aziendale, sono costituiti dalla variabile "sesso" (si osservano maggiori resistenze alla riammissione delle lavoratrici vittoriose), dall'età del lavoratore (si riscontra una maggiore disponibilità a dare esecuzione all'ordine giudiziale nei confronti dei lavoratori in età adulta, piuttosto che dei giovani), dall'anzianità di servizio.

Dell'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica della reintegra in quanto *facere* infungibile ha preso atto anche la Corte Costituzionale che, nella sentenza n. 36/2000, ha sostenuto che «è da escludere che la disposizione di cui all'articolo 18, per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali (artt. 4 e 35 della

Costituzione), concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi. Pertanto, l'eventuale abrogazione della c.d. *tutela reale* avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto del lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la *tutela reale* che per quella *obbligatoria*, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento. Né, una volta rimosso l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, verrebbe meno ogni tutela in materia di licenziamenti illegittimi, in quanto resterebbe, comunque, operante nell'ordinamento, anche alla luce dei principi desumibili dalla Carta sociale europea, ratificata e resa esecutiva con legge 9 febbraio 1999, n. 30, la *tutela obbligatoria* prevista dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificata dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, la cui tendenziale generalità deve essere qui sottolineata».

Uno sguardo alla realtà di alcuni Paesi comunitari mostra come i rimedi apprestati da altri ordinamenti giuridici risolvano diversamente l'assodata impossibilità di ottenere l'adempimento ad obblighi infungibili mediante esecuzione forzata. Si va dal modello francese delle *astreintes*, a carattere risarcitorio e non già punitivo, che impone alla parte contrattualmente inadempiente l'obbligo del pagamento di una somma per ogni giorno di ritardo, disposto preventivamente e la cui entità è definitivamente accertata in sentenza, al *Geldstrafe* dell'ordinamento tedesco, in cui l'inadempimento di un obbligo di fare infungibile comporta una sanzione pecuniaria di tipo pubblicistico, in quanto introitata dallo Stato, e talvolta persino l'arresto.

Alla luce delle problematiche sollevate dall'applicazione dell'articolo 18, nel 2001 il Governo presentò un disegno di legge in cui era inserita la proposta della temporanea sospensione del diritto del lavoratore alla reintegra nel posto di lavoro in caso di illegittimo licenziamento, che sfumò a causa

<sup>16</sup> M. ROCCELLA, *Licenziamenti illegittimi e reintegrazione nel posto di lavoro. I risultati di una ricerca empirica*, in *Lavoro e Diritto*, Editrice Il Mulino, Bologna, n. 3, 1988.

della resistenza delle Confederazioni sindacali.

Assodata l'impossibilità di coercizione diretta a che il datore di lavoro reimmetta il prestatore nell'organizzazione produttiva organizzata, appare probabilmente utile una rivisitazione dell'istituto, un suo adeguamento alla realtà fattuale, affinché possa aversi la certezza di applicazione della norma, alla base del sistema di diritto proprio di ogni ordinamento giuridico.

L'obbligo di reintegrazione non si pone quale necessario espediente a tutela del lavoratore, in quanto esso potrebbe utilmente lasciar posto, data la sua fattuale incoercibilità *ergo* la facoltà di scelta di aderirvi o sottrarvisi attribuita nella sostanza al datore di lavoro, ad altri mezzi coercitivi indiretti che comportino egualmente una solida tutela del lavoratore.