



Numero 1 / 2026

Donato MARINO

**Indennità e risarcimento nel prisma delle tutele avverso
i licenziamenti illegittimi**

Indennità e risarcimento nel prisma delle tutele avverso i licenziamenti illegittimi¹

Donato MARINO

Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Sommario: 1. Premessa introduttiva. - 2. Il risarcimento del danno nel prisma delle tutele avverso i licenziamenti illegittimi: dalla legge n. 604/1966... - 3. (*segue*) ...allo Statuto dei lavoratori... - 4. (*segue*) ...sino alla legge Fornero e al *Jobs Act*. - 5. Il rapporto tra tutela risarcitoria e tutela restitutoria. - 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa introduttiva. - L'analisi del sistema di tutele che l'ordinamento appresta ai lavoratori illegittimamente licenziati, con particolare riferimento alla tutela di tipo risarcitorio (e al rapporto che questa ha con la tutela di tipo restitutorio/ripristinatorio), consente di compiere qualche riflessione, più in generale, sul controverso rapporto tra diritto civile e diritto del lavoro. Nell'economia della presente riflessione ci si soffermerà su alcuni profili evolutivi in tema di risarcimento del danno nel prisma delle tutele avverso i licenziamenti illegittimi che, meglio di altri, consentono di cogliere la "fecondità" reciproca del dialogo tra queste due discipline e, soprattutto, di porre questioni dogmatiche e teoriche che interpellano, ancora oggi, l'interprete e l'operatore del diritto.

Tale analisi impone, infatti, un inevitabile confronto con riflessioni, istituti, categorie giuridiche e ricostruzioni teoriche proprie del diritto civile, rispetto al quale il diritto del lavoro ha svolto un ruolo mutevole nel tempo. Se in alcuni casi e in determinate fasi storiche esso si è mostrato subalterno al diritto civile, altre volte, invece, è stato capace di condizionarne l'evoluzione, ponendosi quale precursore di stagioni nelle quali l'effettività e la tutela dei diritti - per richiamare Adolfo Di Majo² - era garantita dalla predisposizione di inedite tecniche di tutela.

Occorre premettere, sin da subito, che occuparsi di tutela risarcitoria nella disciplina dei licenziamenti illegittimi e analizzare il suo ruolo nell'ambito del predetto sistema di tutele significa inevitabilmente occuparsi anche della funzione che essa ha rivestito - e continua ancora a rivestire - rispetto alla tutela di tipo restitutorio³.

¹ Il testo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto il 9 novembre 2025 presso il Convento di San Cerbone (Lucca), in occasione del convegno dal titolo "*Conversazioni sul Lavoro del Convento di San Cerbone. I rimedi nel diritto del lavoro e nel diritto civile. Principi, fattispecie, regole, tutele nel dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza*".

² Il riferimento è alle preziose riflessioni contenute in A. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in Mazzamuto S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 1989, 11 ss.; nonché A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003.

³ Sul rapporto tra tutela risarcitoria e tutela restitutoria nel diritto del lavoro sia consentito il rinvio a D. Marino, *Le sanzioni civili nel diritto del lavoro. Tecniche di tutela ed effettività*, Cacucci, Bari, 2025, *passim*.

A ben vedere il rapporto fra queste due forme di tutela ha avuto, nel corso del tempo, un «andamento pendolare»⁴, al pari di quello che ha caratterizzato il rapporto tra “categorie generali” del diritto civile e “categorie speciali” del diritto del lavoro⁵.

2. Il risarcimento del danno nel prisma delle tutele avverso i licenziamenti illegittimi: dalla legge n. 604/1966... - Se si tratteggia l'evoluzione della disciplina - senza alcuna pretesa di esaustività e al sol fine di cogliere il posizionamento del pendolo - appare evidente che, con l'introduzione del principio di necessaria giustificazione del licenziamento ad opera della legge n. 604/1966⁶, il pendolo era tutto spostato verso la tutela risarcitoria che rivestiva così una centralità inedita: essa, infatti, era l'unica forma di tutela riservata ai lavoratori illegittimamente licenziati rientranti nel campo di applicazione della medesima legge.

Se, dunque, da un lato, il legislatore è intervenuto, sul piano sostanziale, introducendo limiti stringenti all'esercizio del potere di recesso, dall'altro lato, però, le conseguenze derivanti dalla violazione dei predetti limiti si limitavano ad assicurare, al lavoratore illegittimamente licenziato, una tutela (meramente indennitario-risarcitoria) assai minore di quella che avrebbe ottenuto con l'applicazione dei principi civilistici, dal momento che il licenziamento, ancorché illegittimo, era comunque idoneo a risolvere il rapporto di lavoro⁷.

Non solo. Se si guarda, poi, alla modalità di determinazione dell'indennità risarcitoria prevista dall'art. 8 della l. n. 604/1966, vengono inevitabilmente in rilievo alcuni principi propri del diritto civile, che consentono di “saggiare” la compatibilità con essi della disciplina lavoristica. Come noto, infatti, ai sensi del predetto art. 8, l'entità del risarcimento del danno è determinata dal giudice, sulla base di una pluralità di parametri, nell'ambito di un *range* che fissa un minimo e un massimo di mensilità di retribuzione da utilizzare come riferimento per il calcolo dell'importo. A ben vedere, la fissazione di un tetto massimo all'entità dell'indennità risarcitoria previsto dalla norma in questione - al pari di quanto disposto da altre previsioni che si richiameranno più innanzi - porrebbe problemi di compatibilità, ad esempio, con il principio civilistico di integrale riparazione del danno, con il principio di proporzionalità, adeguatezza e dissuasività della sanzione, nonché con quello di necessaria personalizzazione del danno subito dal lavoratore. Non è un caso che proprio alcuni di questi profili di incompatibilità siano stati richiamati da una recente pronuncia della Corte costituzionale⁸, sulla quale si tornerà *infra*, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 9, co. 1, d.lgs. n. 23/2015 proprio perché, al pari dell'art. 8, l. n. 604/1966, prevedeva un tetto massimo all'indennità risarcitoria nel caso di licenziamenti

⁴ Speciale V., *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in Barbieri M., Macario F., Trisorio Liuzzi G. (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 158.

⁵ Sulla specialità del diritto del lavoro cfr., per tutti, A. Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Giuffrè, Milano, 2008 e in particolare il contributo di M. Napoli, *Autonomia e specialità nel diritto del lavoro*, 253 ss.

⁶ Sulla disciplina pre-statutaria si rinvia, tra i tanti, ai contributi di G. F. Mancini, *Il progetto di legge sulla giusta causa e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, 111 ss.; Id., *Prime osservazioni sul recesso straordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 79 ss. e P. Alleva, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, allo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, I, 67 ss. Interessante la ricostruzione storica relativa all'esperienza negoziale sulla disciplina del licenziamento che ha preceduto la promulgazione della l. n. 604/1966 in M. Grandi, *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 3 ss., spec. §§ 3 e 5.

⁷ In tal senso M. Barbieri, *Statuto e tutele contro i licenziamenti illegittimi. Erosione e necessità della reintegrazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, I, 85 ss.

⁸ C. Cost. 21 luglio 2025 n. 118. Per un'analisi della pronuncia si veda, tra i tanti, M. V. Ballestrero, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Uno sguardo d'insieme*, in *Lav. Dir.*, 2025, 3, 469 ss.; C. Pisani, *La Corte costituzionale legiferante triplica il tetto dell'indennità da licenziamento illegittimo indistintamente per tutti i piccoli datori di lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2025, 10, 894 ss.; C. Zoli, *Il regime dei licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese: una questione aperta*, in *Dir. rel. ind.*, 2025, 569 ss.

illegittimi nelle piccole imprese. Tale pronuncia, invero già “preannunciata” da un monito della stessa Corte⁹, ignorato, però, dal legislatore, dovrebbe indurlo a intervenire anche sulla disciplina di cui alla l. n. 604/1966 che, a questo punto, risulta essere senza dubbio illegittima per violazione dei medesimi principi.

3. (segue) ...allo Statuto dei lavoratori... - Proseguendo con la lettura evolutiva, nella fase del diritto del lavoro di fine anni ‘60-’70 la tecnica di tipo risarcitorio ha cominciato a disvelare la sua ineffettività (o meglio, “inadeguatezza”) con specifico riferimento al patrimonio dei “nuovi” diritti dei lavoratori¹⁰, che il legislatore - in questi anni - ha proceduto a codificare sul piano sostanziale, rispetto ai quali si è imposta, invece, la necessità di garantire tecniche e rimedi di matrice restitutoria.

E così, con lo Statuto dei lavoratori - successivamente arricchito dalle previsioni della l. n. 108/1990 -, sempre limitatamente ai rapporti di lavoro rientranti nel suo ambito di applicazione, la tutela risarcitoria muta il suo ruolo, finanche la sua funzione: essa, nell’art. 18 St. lav., si pone accanto a una “nuova” forma di tutela, di tipo restitutorio, ovvero la reintegrazione nel posto di lavoro¹¹.

Il risarcimento del danno, così, affianca la reintegrazione e, unitamente a essa, contribuisce a realizzare proprio quella *restitutio in integrum* che si intende garantire, come se il licenziamento non fosse mai avvenuto. L’accertamento dell’inefficacia, annullabilità o nullità del licenziamento conduce(va) alla condanna alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, con il correlato obbligo di corrispondere un’indennità risarcitoria commisurata all’ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell’effettiva reintegrazione¹².

Con l’entrata in vigore dell’art. 18 St. lav. il pendolo completa la sua oscillazione e si situa all’estremo opposto, dalla parte della tutela di tipo restitutorio che, unitamente al mutato ruolo del risarcimento del danno, consente di enfatizzare come sia mutato, *a contrario* rispetto al passato, il rapporto tra diritto del lavoro e diritto civile e quanto fecondo sia (stato) il dialogo fra le due discipline.

In questa epoca storica, infatti, era il diritto civile ad essere un “passo indietro” rispetto al diritto del lavoro¹³. Basti qui richiamare le elaborazioni teoriche in tema di tutela in forma specifica, che ravvedevano (per certi versi, ravvedono ancora oggi) nell’infungibilità della prestazione uno dei

⁹ Cfr. C. Cost. 22 luglio 2022, n. 183. Tra i commenti alla pronuncia si rinvia, *ex multis*, a M. Delfino, *La Corte costituzionale e il licenziamento illegittimo nelle piccole imprese: una bussola per il legislatore? Nota a C. cost. sent. n. 183/2022*, in *www.osservatorioaic.it*, 2023, num. 2; G. Bolego, *Licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese: la Corte costituzionale censura, non decide e sollecita l'intervento del Legislatore*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, 1255 ss.; Di Meo R., *La (tortuosa via della) stabilità del lavoro nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, I, 243 ss.

¹⁰ Il riferimento è al rilievo dato alla dimensione della “persona che lavora” e alla sua dignità che caratterizza l’evoluzione del diritto del lavoro di quel tempo su cui cfr., tra i tanti, F. Santoro Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, in Id. (a cura di), *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, 1069 ss.; G. Giugni, *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 11-49; Grandi M., *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 309 ss.

¹¹ Fra i più autorevoli commenti all’art. 18, nella sua originaria formulazione, si richiama M. G. Garofalo, *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 560 ss.; Id., sub *art. 18*, in G. Giugni (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979, 250 ss.; G. F. Mancini e U. Romagnoli, sub *art. 18*, in G. Ghezzi *et al.* (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 14-18*, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1981, 79 ss.

¹² V. per tutti la celebre opera di M. D’Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1979.

¹³ Sul rapporto tra diritto civile e diritto del lavoro, con particolare riferimento all’introduzione dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, cfr. L. Nogler, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del “nuovo” diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 959 ss., spec. §§ 7 e 8.

più grandi limiti, ostacoli, alla sua affermazione¹⁴, per cogliere con tutta evidenza quanto avanzato fosse il sistema di tutele statuario rispetto a quello garantito dalle norme civilistiche. Difatti, in base a quelle ricostruzioni teoriche non si sarebbe mai potuta prevedere e, soprattutto, garantire (*rectius*, rendere effettiva) una tutela di tipo restitutorio in un rapporto sinallagmatico, come quello di lavoro, caratterizzato prevalentemente da obbligazioni di fare, a causa proprio della infungibilità della prestazione del datore di lavoro chiamato a reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato¹⁵.

Ciò spiega le ragioni per le quali la dottrina civilistica ha salutato con favore l'introduzione di questa tutela¹⁶, al pari di quella prevista dall'art. 28 St. lav. in materia di repressione della condotta antisindacale - anch'essa di tipo restitutorio - che impone al datore di lavoro la «rimozione degli effetti» della predetta condotta¹⁷.

A ben vedere, l'ordine di reintegrazione è rivolto al datore di lavoro e lo obbliga a eseguire una prestazione (un obbligo) di fare non fungibile, che, dunque, non può essere oggetto di azione esecutiva. L'ufficiale giudiziario, infatti, non può sostituirsi al datore per l'esecuzione dell'ordine di reintegrazione.

Tuttavia, se, da un lato, occorre precisare che non è l'intero contenuto dell'obbligo ad essere insuscettibile di esecuzione forzata (basti pensare all'obbligo risarcitorio che accompagna la reintegrazione)¹⁸, dall'altro lato, è ben possibile prevedere la predisposizione di misure coercitive indirette, sulla scia delle *astreintes* francesi, che in un certo qual modo faciliterebbero lo spontaneo adempimento del datore. Non è un caso che entrambe le norme statuarie, sia l'art. 18, sin dalla sua originaria formulazione, sia l'art. 28, prevedono specifiche misure coercitive indirette di varia natura, accomunate, però, dalla medesima finalità, ovvero garantire l'effettività della tutela¹⁹.

E questo, sia consentito il breve cenno, rende ancor più irragionevole oltretutto di dubbia legittimità costituzionale l'aver previsto l'inapplicabilità della misura coercitiva generale di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., introdotta nel 2009, alle controversie di lavoro²⁰.

¹⁴ Per una critica a tale impostazione cfr. L. Nivarra, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 157 ss., in base al quale, troppo spesso, il ricorso al «feticcio» della infungibilità è stato solo il «segno di un oltranzismo ideologico che eleva la conservazione del dogma alla dignità di valore assoluto» (p. 172, in nota).

¹⁵ Sull'attuazione degli obblighi di fare, più in generale, si veda S. Mazzamuto S., *L'attuazione degli obblighi di fare*, Jovene, Napoli, 1978; nonché Id., *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1998, 298 ss.

¹⁶ Sul punto si veda, tra i tanti, A. Proto Pisani, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, 127 ss., il quale ripercorre il processo evolutivo «che via via allarga la tutela specifica ai diritti della personalità [...]; al settore del diritto industriale [...]; ai diritti personali di godimento [...]; all'obbligo (legale o contrattuale) a contrarre (art. 2932 c.c.) [...]; al rapporto obbligatorio di lavoro [...]; alla libertà sindacale e al diritto di sciopero» (p. 130). In tal senso si veda anche la relazione di V. Speciale, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 87 ss.

¹⁷ Sull'art. 28 l. n. 300/1970 si rinvia a C. De Marco, *L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e attualità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019. Cfr., da ultimo, A. Lassandari, *Sulla funzione e l'impiego dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 2024, 207 ss.; nonché, tra i tanti, a E. Lanfranchi, sub art. 28, in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, 1137 ss. Ivi si rinvia per la puntuale ricostruzione del ruolo dell'art. 28 nell'ordinamento, oltre che per la casistica, gli orientamenti giurisprudenziali e i puntuali riferimenti dottrinali, riportati con riferimento ai diversi profili applicativi della norma.

¹⁸ Cfr. M. G. Garofalo, *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 576 ss.,

¹⁹ Sulle specifiche misure indirette degli artt. 18 e 28 l. 300/1970, sia consentito il rinvio a D. Marino, *Le sanzioni civili nel diritto del lavoro. Tecniche di tutela ed effettività*, Cacucci, Bari, 2025, 78 ss.

²⁰ Sull'art. 614-*bis* c.p.c. e la sua inapplicabilità alle controversie di lavoro la bibliografia è ampia. Si rinvia, tra i tanti, a B. De Santis, *Riflessioni sulla (sempre più) irragionevole esclusione dell'art. 614-bis alle controversie di lavoro a margine dei 50 anni del processo del lavoro*, in *www.judicium.it*, 17.04.2024; M. Biasi, *L'esclusione lavoristica della misura coercitiva indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: un opportuno ripensamento*, in *Lavoro Diritti Europa*, LDE, 2020, 1 ss.; M. Mazzamuto, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 11 ss.; R. Rivero, *Il volto del giudice del lavoro e la Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*,

Quel che è certo, come ha sostenuto Edoardo Ghera in una preziosissima relazione del 1979, che tutti gli «sviluppi legislativi [sono] orientati verso la sostituzione del tradizionale obbligo risarcitorio con l'emergente obbligo ripristinatorio, a tutela (della posizione) del lavoratore nell'azienda». L'obiettivo di fondo di tale politica del diritto - conclude, con ancora più nettezza - «è quello di conformare alla norma (condotta ideale) la situazione reale (condotta illecita) attraverso l'impiego di obblighi di fare funzionali alla reintegrazione (delle situazioni, diritti, obblighi, violati dall'effetto dell'atto invalido e quindi) del rapporto»²¹.

4. (segue) ...sino alla legge Fornero e al Jobs Act. - Il pendolo, però, ha ripreso a muoversi, dirigendosi nuovamente verso il polo rappresentato dalla tutela di tipo risarcitorio. Difatti, l'immagine del diritto del lavoro (e delle sue tecniche di tutela) che riaffiorava nelle parole di Ghera rende evidente quanto oggi si sia lontani da quella stagione. Quelle parole, quegli approdi, davano conto di un diritto del lavoro che (forse) non c'è più o sicuramente si è trasformato, mutando - direi radicalmente - i suoi riferimenti assiologici²².

Il riflesso dell'evoluzione della tutela restitutoria dell'ultimo ventennio è rappresentato, infatti, dall'espansione della tutela di tipo risarcitorio e dalla centralità che essa ha assunto, quale forma privilegiata di tutela per i lavoratori. La tendenziale retrocessione della tutela dalla logica ripristinatoria, che guardava al risarcimento come a un complemento e non a un'alternativa all'invalidazione dell'atto viziato, verso una dimensione risarcitoria o indennitaria ha caratterizzato, come noto, le riforme del mercato del lavoro degli ultimi decenni²³.

Va detto, al contempo, che il risarcimento, quale «strumento principe» del diritto civile²⁴, si è arricchito negli ultimi anni anche di una molteplicità di funzioni. A una dimensione prettamente riparatorio-compensativa, originariamente limitata a garantire la riparazione del pregiudizio patito dal danneggiato, si è aggiunta una dimensione dissuasivo-deterrente, finanche punitiva. In altre parole, il risarcimento del danno ha assunto le vesti di tecnica rimediale polifunzionale²⁵.

Siffatta precisazione appare opportuna perché, come rilevato da alcuni, sarebbe erroneo ricondurre ogni misura risarcitoria di tipo economico a una impostazione marcatamente liberal-individualistica²⁶, altrimenti vorrebbe significare disconoscere la «crescente funzione redistributiva ormai pacificamente attribuita anche al risarcimento del danno, che resta il mezzo privilegiato dall'approccio rimediale o comunque quello più accessibile»²⁷.

Ciò non toglie, però, che qualche ulteriore riflessione in merito alle scelte di politica del diritto, con specifico riferimento alla tecnica di tutela da assicurare al lavoratore, vada fatta.

2014, I, 172; I. Pagni, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 75 ss.; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, 555 ss.

²¹ E. Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 373.

²² Cfr. A. Bellavista, *Evoluzione e prospettive del diritto del lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, 2020, 541 ss.

²³ Cfr. Biasi M., *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, op. cit., 3. Si rinvia, inoltre, alle riflessioni di C. Pisani, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, in Aa. Vv., "Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro". *Atti giornate di studio AIDLASS - Torino, 16-17 giugno 2022*, La Tribuna, Piacenza, 2023, 9 ss. e di L. Nogler, *La «deriva» risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 63 ss.

²⁴ Cfr. Di Majo A., voce *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*, in *Enc. giur. trecc.*, vol. XXXI, 1994, 1 ss.

²⁵ Sulla polifunzionalità del risarcimento del danno, con particolare riguardo al diritto del lavoro, si veda Biasi M., *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, op. cit.; Mazzanti C., *Risarcimento del danno polifunzionale e tutela del lavoratore*, Adapt University Press, Bergamo, 2023.

²⁶ Così A. Vallebona, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, 448 ss.

²⁷ P. Tullini, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 300.

Se si ritiene - come si argomenterà meglio nella parte conclusiva della presente riflessione - che esista il principio del primato della tutela in forma specifica rispetto a quella risarcitoria²⁸, è altrettanto vero che l'operatività dello stesso è limitata a tutte le ipotesi rispetto alle quali la *restitutio in integrum* sia materialmente possibile. In questi casi, l'eventuale previsione sostanziale del rimedio risarcitorio, in luogo di quello ripristinatorio, quale eccezione, per l'appunto, al predetto primato, non può che collocarsi sul piano delle scelte discrezionali di politica del diritto del legislatore, frutto di un bilanciamento tra valori che merita di essere indagato - caso per caso - proprio con le lenti dell'effettività della tutela.

Laddove, invece, la tutela restitutoria non possa operare per "impossibilità naturale" appare evidente che l'unica forma di tutela assicurabile al soggetto leso sia quella di tipo risarcitorio. In tali casi la tutela risarcitoria - non essendo il frutto di una scelta di politica del diritto del legislatore fra due opzioni entrambe (materialmente) possibili - è, per l'appunto, una tutela "necessitata", l'unica modalità, cioè, attraverso la quale si garantisce il ristoro del danno subito.

Volgendo lo sguardo, con questa chiave di lettura, alla disciplina dei licenziamenti, è indubbio che, prima con la legge Fornero nel 2012²⁹, poi con il d.lgs. n. 23/2015 attuativo del c.d. *Jobs Act*³⁰, si è assistito a un forte ridimensionamento della tutela reintegratoria, relegata alle ipotesi più gravi di illegittimità del licenziamento, in favore di una ritrovata centralità della tutela risarcitoria.

Il pendolo è quasi tornato al punto di partenza originario, a metà strada fra la legge n. 604/1966 e lo Statuto dei lavoratori. E inevitabilmente, l'oscillazione del pendolo si riverbera anche sul rapporto tra diritto del lavoro e diritto civile, ove si osservi che quest'ultimo, nel nuovo assetto normativo, di fatto, è in grado di garantire al soggetto leso (il lavoratore illegittimamente licenziato) una tutela maggiore, più forte, di quella garantita dalle norme lavoristiche³¹.

Il risarcimento del danno diviene, da questo momento in poi, la principale forma di tutela per il lavoratore illegittimamente licenziato: la tutela risarcitoria, quale scelta di politica del diritto, sostituisce così la reintegrazione. Non solo. Anche in un caso particolare di tutela reintegratoria, quella c.d. attenuata, il risarcimento del danno che accompagna la reintegrazione è limitato, dal 2012, dalla previsione di un tetto massimo (12 mensilità), al punto che si dubita che in tale ipotesi possa ancora parlarsi di tutela c.d. reale.

Guardando, senza entrare nel tecnicismo, alle modalità di determinazione dell'indennità risarcitoria si può notare che la scelta o è affidata al giudice che decide il *quantum* sulla base di

²⁸ Sul primato dell'adempimento in forma specifica si veda, tra i tanti, A. Nervi, *Sul c.d. primato dell'adempimento in forma specifica*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 923 ss. e le ricostruzioni dottrinali ivi riportate; nonché Nivarra L., *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 157 ss.

²⁹ Sulle novità introdotte dalla l. n. 92/2012 la dottrina è copiosa. Si rinvia, tra i tanti, a M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in Barbieri M., Dalfino D. (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, 9 ss. e ivi si rinvia per tutta la bibliografia citata; R. Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2014, 13 ss.; F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, 461 ss.; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012; G. Pacchiana Parravicini, *Il nuovo art. 18 st. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 748 ss.; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, 547 ss.

³⁰ Si rinvia, fra i tanti contributi ricostruttivi della disciplina, a quelli presenti nella «Sezione prima - d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23» in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, 17 ss.; M. T. Carinci, A. Tursi (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015; O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 2016; L. Di Paola (a cura di), *Il licenziamento. Dalla legge Fornero al Jobs Act*, Giuffrè, Milano, 2016; M. Magnani, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il c.d. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 334/2017, 1 ss.; L. Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, I, 507 ss.

³¹ In tal senso cfr. M. Barbieri, *Statuto e tutele contro i licenziamenti illegittimi. Erosione e necessità della reintegrazione*, op. cit.

diverse variabili ma comunque entro un dato *range* fissato dal legislatore (es. da 12 a 24 mensilità, da 6 a 12, ecc.) oppure - prima che intervenisse la Corte costituzionale - essa è pre-determinata dalla legge con un meccanismo di calcolo che tiene conto dell'anzianità di servizio (c.d. tutele crescenti: 1 o 2 mensilità per ogni anno di servizio).

Sul “nuovo” assetto di tutele è intervenuta, in più occasioni, la Corte costituzionale, la quale ha contribuito a ridisegnare il sistema di tutele, rafforzandolo sensibilmente (pur non riportando - non potendolo peraltro fare - il pendolo a prima del 2012).

Non è questa la sede per soffermarsi sulla portata delle pronunce della Corte, ove si consideri che ciascuna di esse meriterebbe una riflessione a sé. Ci si limiterà, a mo' di elenco, a richiamarne brevemente almeno tre, quelle che più hanno inciso sulla determinazione della tutela risarcitoria, tralasciando le altre importantissime sentenze che, invece, hanno inciso (ampliandolo) sull'ambito di applicazione della tutela reintegratoria³².

Il riferimento è, preliminarmente, alle pronunce nn. 194/2018³³ e 150/2020³⁴ con le quali è stato dichiarato illegittimo il meccanismo automatico di determinazione dell'indennità risarcitoria sulla base della sola anzianità di servizio previsto dalla disciplina di cui al d.lgs. n. 23/2015. Ai fini della presente riflessione, particolarmente prezioso è quel passaggio della Corte, nella sentenza n. 150/2020, laddove si legge che, sebbene «il bilanciamento dei valori sottesi agli artt. 4 e 41 Cost.» non può imporre «un determinato regime di tutela», il legislatore, «nell'esercizio della sua discrezionalità, [può] prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario, purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza» e il risarcimento sia adeguato tanto «da realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto». La Corte, in altre parole, interviene per (ri)dare adeguatezza e, dunque, effettività al risarcimento del danno.

La caducazione di tale modalità di calcolo dell'indennità risarcitoria ha, di fatto, “rivitalizzato” il potere del giudice di determinare l'indennità nell'ambito del *range* di mensilità previsto dalle norme, sulle quali è peraltro intervenuto nel corso degli anni anche il legislatore.

La terza pronuncia della Corte, utile al ragionamento che si sta conducendo e, invero, già richiamata *supra*, è la n. 118/2025 con la quale è stata dichiarata illegittima la previsione del d.lgs. n. 23/2015 laddove fissava un tetto massimo di sei mensilità previsto per l'indennità risarcitoria nei licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese. Come già anticipato, la Corte oltre a evidenziare la “incompatibilità” della previsione lavoristica con i principi generali di diritto civile in tema di personalizzazione, adeguatezza e congruità del risarcimento, ha enfatizzato anche la dimensione della deterrenza della previsione sanzionatoria, fortemente inficiata, per l'appunto, proprio dal predetto tetto massimo.

5. Il rapporto tra tutela risarcitoria e tutela restitutoria. - A questo punto della ricostruzione si ritiene interessante ri-leggere il rapporto tra tutela risarcitoria e tutela restitutoria e, soprattutto,

³² Il riferimento è alle note sentenze C. Cost. n. 59/2021; 125/2022; 22/2024; 128/2024 e 129/2024.

³³ I commenti a C. Cost. 08 novembre 2018, n. 194 sono copiosi. Si rinvia, tra i tanti, a L. Mariucci, *Tra prudenza e coraggio: i licenziamenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2019, 235 ss.; M. Novella, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2019, 285 ss.; M. V. Ballestrero, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *Lav. dir.*, 2019, 243 ss.; R. Santucci, *La questione della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: un ulteriore colpo per un'emarginazione discutibile*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, 353 ss.; V. Speciale, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, 3 ss.; P. Tosi, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo “dopo”*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 244 ss.; L. Zoppoli, *Il licenziamento “de-costituzionalizzato”: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 277 ss.

³⁴ Cfr., tra i tanti, A. Perulli, *Il “trattico” della Corte costituzionale sulla disciplina licenziamento. Dalla lav&economics ai principi di tutela del lavoro*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, 1 ss.

le scelte di politica del diritto che lo hanno, di volta in volta, determinato, indossando le lenti dell'effettività della tutela³⁵, nella prospettiva del diritto a un rimedio effettivo³⁶. Diviene, così, inevitabile richiamare la stretta relazione tra diritto sostanziale e diritto processuale nel nostro ordinamento, in base alla quale, riprendendo le parole di Chiovenda, «il processo per quanto possibile deve dare praticamente a chi ha diritto tutte quelle e proprio quelle utilità che gli sono garantite dalla legge sostanziale»³⁷.

Inevitabilmente il discorso cade sui rapporti intercorrenti fra le due tutele, anche al fine di valutare se è possibile effettuare una graduazione delle stesse al punto da ritenere l'una preferibile rispetto all'altra, sempre in termini di effettività.

Per sgomberare il campo dagli equivoci occorre precisare che il confronto tra le due tutele, e l'eventuale "gerarchia" che si genererebbe, involge tutte quelle ipotesi rispetto alle quali, almeno potenzialmente, sarebbero applicabili entrambe le forme di tutela. Occorre, cioè, escludere, come detto, tutta una serie di situazioni nelle quali la tutela risarcitoria assurge a unico rimedio possibile per il soggetto danneggiato. In tali ipotesi, infatti, non sarebbe materialmente possibile pensare a forme di tutela di tipo restitutorio.

Rispetto, invece, a tutte le altre lesioni, suscettibili - almeno potenzialmente - di essere ristorate in forma specifica, si possono proporre alcune valutazioni conclusive sulla possibilità che, nel nostro ordinamento, l'addentellato di principi costituzionali e codicistici consenta di affermare l'esistenza di un primato dell'adempimento in forma specifica sulla tutela risarcitoria.

È stato fatto notare che, nonostante vi sia un abisso tra la tutela restitutoria e quella risarcitoria, posto che solo la prima consente al beneficiario di ottenere proprio le utilità previste sul piano sostanziale, è sconsigliato «qualsiasi accostamento e, *a fortiori*, qualsiasi tentativo di strutturare una gerarchia dei rimedi»³⁸, dal momento che trattasi di due forme di tutela profondamente diverse fra loro e, pertanto, non suscettibili di essere comparate.

In base a tale posizione dottrinale, invero maggioritaria³⁹, il risarcimento del danno non è né un *minus*, né un *plus*, ma è un'altra cosa, che funziona secondo regole, e persegue finalità, sue proprie⁴⁰. Da qui, l'impossibilità di "preferire" una all'altra, *rectius* di ritenere una forma di tutela più effettiva dell'altra.

Va detto, però, che gli stessi sostenitori di siffatta impostazione attenuano questa "rigidità dogmatica" allorché, nel diritto delle obbligazioni, vengono in rilievo relazioni giuridiche nelle quali gli assetti negoziali dei contratti a prestazioni corrispettive sono caratterizzati dallo scambio

³⁵ Cfr. R. Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

³⁶ Sulla effettività delle tutele e, in particolare, sul diritto a un rimedio effettivo si rinvia a G. Vettori, voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, 381 ss. e ivi a tutta la bibliografia; I. Pagni, voce *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, 355 ss.; C. Scognamiglio, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1120 ss.; A. Proto Pisani, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Il giust. proc. civ.*, 2014, 825 ss.; sul principio di effettività, più in generale, si veda P. Piovani, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, 1965, 420 ss.; con particolare riferimento, invece, al principio di effettività, nel diritto del lavoro, cfr. P. Tullini, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 291 ss.; G. Arnone, *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, LDE, 2019, 1 ss.; nonché Id., *Principio di effettività e diritto del lavoro*, in *www.questionegiustizia.it*, 24.04.2018; I. Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in D. Dalfino (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma Tre-Press, Roma, 2016, 387 ss.

³⁷ Così G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1935, 41.

³⁸ L. Nivarra, *I rimedi specifici*, op. cit., 163 ss.

³⁹ Sul punto, si veda anche A. Nervi, *Sul c.d. primato dell'adempimento in forma specifica*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 923 ss. e le ricostruzioni dottrinali ivi riportate.

⁴⁰ In tal senso L. Nivarra, *I rimedi specifici*, op. cit., 164.

tra impegni reciprocamente assunti dai contraenti in vista del soddisfacimento dei rispettivi interessi⁴¹.

In tali rapporti negoziali, tra i quali è certamente ascrivibile il rapporto di lavoro, caratterizzati da un'asimmetria contrattuale in forza della quale il contraente debole diviene meritevole di tutele più incisive, è indubbio che, anche ai sensi di una lettura puntuale dell'art. 1218 c.c., l'esatto adempimento della prestazione - assicurato anche per il tramite della previsione di forme di tutela specifica - sia prioritario rispetto al rimedio risarcitorio. Trattasi, peraltro, di «priorità temporale», dal momento che soltanto dopo il sopraggiungere dell'impossibilità il debitore è tenuto a risarcire il danno. Così impostato il ragionamento, è agevolmente sostenibile che il risarcimento del danno, nella peculiare "area" dei rapporti obbligatori, diviene non alternativo, bensì succedaneo all'adempimento in forma specifica⁴².

Naturalmente - e qui riprendiamo la riflessione attinente allo stretto legame intercorrente tra forme di tutela e azione/rimedio processuale - affinché il primato dell'adempimento in forma specifica sia inverato è necessario che l'ordinamento assicuri un robusto apparato di norme giurisdizionali in grado di far ottenere al creditore (danneggiato) quanto avrebbe dovuto ricevere *ex contractu* dal debitore (danneggiante).

Difatti, «la circostanza che, talora, il diritto positivo non sia, o non sia stato, sempre all'altezza del compito di colmare la distanza che separa il primato declamato dal primato inverato fu strumentalizzata allo scopo di ricacciare il credito, in quanto situazione di vantaggio inemendabilmente debole, nel limbo della tutela risarcitoria». Trattasi di posizioni a partire dalle quali - prosegue lo stesso autore - posta una «pessima dogmatica al servizio di una discutibile ideologia [...] si è consumato un autentico tradimento del vincolo di fedeltà che lega l'interprete al testo di legge: tradimento la cui principale vittima è risultato essere proprio il principio dell'adempimento in natura»⁴³.

A ben vedere l'esigenza di effettività della tutela dovrebbe imporre al legislatore di predisporre i mezzi più idonei, non esclusivamente processuali, per far sì che il primato (declamato) della tutela in forma specifica si traduca nella realtà (in primato, per l'appunto, inverato).

È indubbio che, in molti casi, anche in ragione della tipologia di adempimento che richiede la necessaria cooperazione del debitore, l'affermazione della tutela in forma specifica può incontrare ostacoli, alcune volte insuperabili. Tuttavia il primato di cui si discute altro non è che un principio tendenziale che, in un ordinamento che possa dirsi democratico, dovrebbe imporre allo Stato «il dovere (minimo) di tendere a eliminare gli ostacoli che si frappongono alla sua più completa attuazione»⁴⁴.

6. Osservazioni conclusive. - Ebbene, utilizzando questa elaborazione teorica - nonostante sia stata ricostruita, nell'economia della presente riflessione, a grandi linee⁴⁵ - per l'analisi delle scelte di politica del diritto del legislatore in tema di tutele garantite al lavoratore illegittimamente licenziato, è possibile prospettare una riflessione conclusiva.

L'approccio utilizzato, di tipo funzionale, oltre a stimolare l'interprete nella ricerca della *ratio* sottesa a ciascuna previsione normativa oggetto di analisi, consente, invero, anche di "misurare"

⁴¹ Così A. Nervi, *Sul c.d. primato dell'adempimento in forma specifica*, op. cit., 929.

⁴² Vd. L. Nivarra, *I rimedi specifici*, op. cit., 170.

⁴³ Ivi, 171.

⁴⁴ D. Dalfino, *Nuove forme e tecniche di tutela processuale*, in L. Corazza, R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, Bologna, 2014, 183.

⁴⁵ Per un maggior approfondimento sia consentito, ancora, il rinvio a D. Marino, *Le sanzioni civili nel diritto del lavoro. Tecniche di tutela ed effettività*, op. cit., 29 ss.; nonché a I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*.

l'effettività della tutela, divenendo, dunque, un prezioso angolo visuale dal quale poter osservare come sia mutato il diritto del lavoro, quale sia il suo "stato di salute" e indagare il (mutato, ancora una volta) rapporto con il diritto civile.

A tal fine, occorre partire dall'individuazione del diritto leso ogniqualvolta si sia innanzi a un licenziamento illegittimo: il diritto al lavoro, inteso questo - mutuando le parole di una interessante pronuncia della Corte di Cassazione del 2012⁴⁶ - «non solo come strumento di sostentamento economico, ma anche strumento di accrescimento della professionalità e di affermazione della propria identità a livello individuale e nel contesto sociale».

Ecco perché quella stessa Corte, argomentando sul sistema di tutele che l'ordinamento predispone per le ipotesi di recesso illegittimo, qualifica la reintegrazione quale (unico) strumento idoneo a «riportare nella condizione di pienezza del diritto leso, comprensiva di tutti i profili, tanto economici che non economici». Un diritto che altrimenti «subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma».

Si è consapevoli che la Corte costituzionale, in diverse occasioni⁴⁷, ha enfatizzato la discrezionalità del legislatore nella individuazione dei modi e dei tempi con i quali dare attuazione al diritto costituzionale al lavoro, anche nella scelta della tutela da accordare al lavoratore illegittimamente licenziato, giungendo a sostenere che la reintegrazione non costituisce «l'unico paradigma» attuativo dei principi costituzionali, essendo solo «uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro»⁴⁸.

Tuttavia, le scelte di politica del diritto del legislatore delle ultime riforme imporrebbero quantomeno una riflessione critica rispetto alla coerenza delle predette scelte con i principi generali, *supra* richiamati, in base ai quali la tutela in forma specifica, ove possibile, deve essere considerata la regola, relegando alla tutela indennitaria o risarcitoria il ruolo di eccezione⁴⁹. A ben vedere, infatti, «indipendentemente dalle oggettive difficoltà di attuazione del provvedimento», l'esigenza di effettività della tutela da accordare al lavoratore illegittimamente licenziato non fa venir meno la valenza del «principio della atipicità della tutela in forma specifica, in virtù del quale, anche e soprattutto in materia di lavoro, il rapporto tra tutela reale e tutela per equivalente si atteggia in termini di regola (la prima) ed eccezione (la seconda)»⁵⁰.

Quel che è certo è che, anche a voler aderire alle tesi che sostengono la primazia della tutela risarcitoria rispetto a quella restitutoria, i meccanismi di determinazione dell'entità del risarcimento del danno previsti dalle ultime riforme - sui quali, come detto, non a caso è

⁴⁶ Cfr. Cass. 18 giugno 2012, n. 9966 in *Giur. it.*, 2013, 117 ss. con nota di A. D. De Santis, *La reintegrazione nel posto di lavoro dei sindacalisti interni: un esempio di effettività della tutela giurisdizionale*. Sul punto si veda, altresì, il richiamo effettuato da I. Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in D. Dalfino (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma Tre-Press, Roma, 2016, 403, nota 40.

⁴⁷ Il riferimento è alle pronunce del Giudice delle leggi nelle quali si è enfatizzata la «discrezionalità del legislatore» nella individuazione dei «modi e dei tempi» con i quali dare attuazione al diritto costituzionale al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.) limitando e condizionando il potere di recesso del datore. Cfr., sul punto, C. Cost. 28 dicembre 1970, n. 194; C. Cost. 08 luglio 1975, n. 189; C. Cost. 26 maggio 1976, n. 129; C. Cost. 14 gennaio 1986, n. 2; C. Cost. 07 febbraio 2000, n. 46; C. Cost. 11 novembre 2011, n. 303; C. Cost. 27 gennaio 2017, n. 26).

⁴⁸ C. Cost. 7 febbraio 2000, n. 46 ove viene sostenuto che la reintegrazione non costituisce «l'unico paradigma» attuativo dei principi costituzionali predetti, essendo solo «uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al 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» (punto 5 della pronuncia).

⁴⁹ Cfr. C. Cester, *I licenziamenti fra passato e futuro*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, I, 1099 ss., il quale - proprio con riferimento al rapporto fra tutela in forma specifica e tutela risarcitoria/indennitaria nella disciplina sui licenziamenti - evidenzia come la tutela in forma specifica costituisce «lo strumento privilegiato di attuazione del diritto; non l'unico forse, ma certamente quello privilegiato» (1101).

⁵⁰ D. Dalfino, *Nuove forme e tecniche di tutela processuale*, op. cit., 183.

intervenuta in diverse occasioni la Corte costituzionale - si scontrano con quelli propri del diritto civile, che se applicati al diritto del lavoro garantirebbero ai lavoratori illegittimamente licenziati livelli di tutela più alti rispetto a quelli garantiti dalle norme lavoristiche.

A ben vedere, alla base delle scelte di politica del diritto del legislatore, che hanno determinato l'andamento oscillante del pendolo cui si è fatto cenno, vi è il perdurante contrasto tra due diversi approcci: da un lato, quello del modello individualistico-liberale, che esalta il primato del risarcimento pecuniario, inteso come sanzione tipica di un'economia di mercato, riducendo ogni cosa al comune denominatore monetario, e, dall'altro lato, quello di tipo solidaristico, che vede nella tutela in forma specifica un mezzo (non necessariamente alternativo al risarcimento del danno) per garantire l'effettiva realizzazione dei diritti dell'individuo⁵¹.

È in siffatta tensione valoriale - substrato, ancora oggi, delle scelte di politica del diritto del legislatore e dell'attività ermeneutica della giurisprudenza - che si innerva l'originario "diritto del lavoro costituzionale", caratterizzato da situazioni soggettive non patrimoniali, rispetto alle quali la Costituzione, con l'addentellato di principi fondamentali di cui si fa portatrice, imporrebbe forme di tutela che non si riducano esclusivamente al «comodo espediente della tutela per equivalente monetario»⁵². Non è un caso, infatti, che il diritto del lavoro di quell'epoca, come già enfatizzato nel corso della presente riflessione, abbia costituito il terreno fertile per la sperimentazione di tecniche di tutela innovative che hanno influenzato il diritto civile. In siffatti termini, esso ha svolto la funzione di «lievito del diritto comune dei contratti e delle obbligazioni, nel senso che ha, più volte, anticipato tecniche poi transitate "verso l'alto" accasandosi nel diritto primo»⁵³.

Nella sua "fase espansiva", all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, il diritto del lavoro, pur ricorrendo a infrastrutture e snodi propri del diritto civile⁵⁴, si è staccato da esso, acquisendo uno spirito proprio che gli ha conferito una autonoma ragion d'essere⁵⁵, nel solco della più «generale tendenza dell'ordinamento verso il rafforzamento di tutele soddisfattive solo a certe condizioni surrogate dalla tutela risarcitoria»⁵⁶. La tutela risarcitoria appariva, allora, la meno adeguata a garantire i diritti fondamentali della persona che, specie nella nostra materia, non possono essere surrogati dal pagamento di una somma di denaro e reclamano, dunque, l'effettiva attuazione delle situazioni soggettive lese⁵⁷.

Nell'ultimo trentennio, si è assistito, *a contrario*, a una progressiva inversione di tendenza, al punto che «lungi dal continuare a proporsi quale avanguardia nella sperimentazione di tecniche sanzionatorie innovative, in non pochi casi il diritto del lavoro viene viceversa a situarsi in

⁵¹ Cfr. S. Mazzamuto, *La prospettiva civilistica*, in Barbieri M., Macario F., Trisorio Liuzzi G. (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 24, nonché, nello stesso senso, V. Speciale, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 158.

⁵² A. Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli, 2003, 121.

⁵³ L. Nogler, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, *op. cit.*, secondo cui «queste due materie [...] fino ad oggi hanno, in realtà avuto una relazione, come dire, di "antagonismo collaborativo", di *nec tecum nec sine te*» (961).

⁵⁴ In tal senso, L. Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 10. Secondo l'A., infatti, «il moderno diritto del lavoro si è sviluppato da una posizione polemica e protestataria nei confronti del diritto civile», ossia «contro la riduzione civilistica delle relazioni di lavoro alla categoria dei contratti di scambio, sollecitata dalla finzione economica del lavoro come bene di mercato». Tutto ciò, beninteso, «nel segno di un principio etico, il principio della personalità del lavoro», al contempo espressione e fondamento del particolarismo giuslavoristico che tanto ha caratterizzato nascita e affermazione del Diritto del lavoro quale disciplina autonoma (1-2).

⁵⁵ Cfr. G. Lyon-Caen, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit de travail*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 230.

⁵⁶ F. Santoni, *Tecniche sanzionatorie e rimedi risarcitori nei rapporti di lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, 2008, 52.

⁵⁷ Cfr. V. Speciale, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 158, che richiama, sul punto, il pensiero di Proto Pisani.

posizione arretrata rispetto al grado di protezione proprio del diritto civile»⁵⁸. L'affermazione della tecnica risarcitoria, quale tecnica privilegiata di tutela, disvela un netto cambiamento di paradigma portando via con sé larga parte del patrimonio giuridico-assiologico che ha consentito al diritto del lavoro, per lunghi anni, di svolgere un ruolo cruciale nella tutela dei beni e dei diritti fondamentali della persona⁵⁹.

Ebbene, la «deriva meramente “mercantilistica” del diritto del lavoro»⁶⁰, nonché l'attribuzione del medesimo fondamento valoriale - sul piano della tutela - sia alle prestazioni del datore che a quelle del lavoratore⁶¹ rischiano di far venir meno la ragion d'essere stessa del diritto del lavoro⁶². Non a caso, come autorevolmente sostenuto, «ha perso da tempo la *leadership* in materia di tutela dell'esistenza umana o, per meglio dire, visto che per esistere si deve coesistere, in tema di regolazione della coesistenza tra le persone»⁶³. Tale valutazione, peraltro, trova conferma anche nella riflessione sin qui condotta, ove si rammenti che l'oscillante rapporto tra tutela restitutoria e tutela risarcitoria in materia di licenziamenti illegittimi sta a (di)mostrare, così, il capovolgimento di paradigma⁶⁴, caratterizzato da un evidente abbassamento dei livelli di tutela lavoristici, facendoli - in alcuni casi - persino retrocedere rispetto a quelli garantiti dal più generale diritto civile⁶⁵.

In questo scenario, dunque, sarebbe quanto mai auspicabile invertire nuovamente la rotta, per far sì che il diritto del lavoro, rispetto all'attuale posizione di retroguardia nella quale sembra essere confinato, ritrovi lo slancio perduto, recuperi, cioè, la sua “missione” originaria. Ciò significa, in altri termini, (ri)considerare la tutela in forma specifica come «regola ordinamentale»⁶⁶, quale segnale forte che potrebbe contribuire certamente (e non solo su un piano simbolico) a rifiutare la patrimonializzazione del lavoro e a non ridurre a valore di mercato i diritti fondamentali dei lavoratori⁶⁷.

⁵⁸ E. Balletti, *Tecniche sanzionatorie e rimedi risarcitori nei rapporti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 521.

⁵⁹ Così G. Ferraro, *Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro*, in Allamprese A. (a cura di), *Il danno nel diritto del lavoro. Funzione risarcitoria e dissuasiva*, Ediesse, Roma, 2015, 65.

⁶⁰ E. Balletti, *Tecniche sanzionatorie e rimedi risarcitori nei rapporti di lavoro*, *op. cit.*, 538.

⁶¹ L. Nogler, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del “nuovo” diritto civile*, *op. cit.*, 1010.

⁶² In proposito A. Di Stasi (a cura di), *Tecniche ed ideologie nelle ‘riforme’ del Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2018, parla di «fase del diritto del lavoro destrutturato che arriva per certi versi a ribaltare il fondativo principio del *favor lavoratoris*» (XVII).

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Trova, così, conferma la lettura di E. Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, *op. cit.*, secondo cui l'evoluzione delle tecniche sanzionatorie ha un ruolo cruciale nella formazione e nella interpretazione del diritto del lavoro (310).

⁶⁵ Sull'ambivalenza della specialità del diritto del lavoro che, in diverse occasioni, fornisce all'interesse del lavoratore meno di quel che darebbe la normale tutela civilistica, cfr. R. Voza, *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, *op. cit.*, 13 ss.

⁶⁶ M. Barbieri, *Mora del creditore e diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa. Una discussione con Valerio Speciale*, in *Liber amicorum per Valerio Speciale*, Cacucci, Bari, 2025, 89.

⁶⁷ Così V. Speciale, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 160.