

CAPITOLO XIII
CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI
E REGIME DELLA PRESCRIZIONE

Giorgia Casiello

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La decorrenza della prescrizione nel rapporto di lavoro. Il processo di costituzionalizzazione delle norme codicistiche. – 3. La “resistenza” del lavoratore come eccezione alla regola della decorrenza differita della prescrizione. – 4 La decorrenza della prescrizione nel quadro delle riforme sui licenziamenti individuali dalla l. 92/2012 al d.lgs. 23/2015. – 5. L’intervento del legislatore tra esigenze di certezza e determinazione di un nuovo concetto di “resistenza”.

1. Premessa

Nel 1995 Giuseppe Pera apriva la voce “*Prescrizione nel diritto del lavoro*” del Digesto sottolineando come “*nell’ultimo quarto di secolo la bibliografia minuta in materia è folta, ma si concentra di massima sul problema della decorrenza della prescrizione in corso di rapporto di lavoro*”¹.

A distanza di vent’anni dalla pubblicazione del contributo poc’anzi menzionato, la nostra riflessione non può non discostarsi in buona parte da tale “*bibliografia minuta*”, dovendo dar conto dei recenti interventi del legislatore in materia di licenziamenti che, pur lasciando immutate le previsioni codicistiche sull’istituto, potrebbero aver inciso sulle ben note “*norme pretorie*”² che collegano la decorrenza della prescri-

¹ G. PERA, *Prescrizione nel diritto del lavoro*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, XI, 1995, pag. 216, e ivi i richiami a F. MAZZIOTTI, *La prescrizione dei crediti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, in R. SCOGNAMIGLIO (a cura di), Milano, 1978; A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983; S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Napoli, 1987

² Il riferimento è alla copiosa giurisprudenza della Corte Costituzionale che, a partire dal 1966, ha “manipolato interpretativamente” gli artt. 2948, n. 4 cod.civ., 2955, n. 2 cod.civ.; 2956, n. 1 cod. civ., dichiarandone l’illegittimità costituzionale “*limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra*

zione dei crediti retributivi del lavoratore alla stabilità del rapporto di lavoro. Ed allora, nel presente contributo, si cercherà, ripercorrendo le tappe fondamentali di quella giurisprudenza creatrice, nonché le interpretazioni adeguatrici dei giudici di legittimità, di dare una soluzione alle questioni sulla decorrenza della prescrizione nel nuovo contesto normativo, pur caratterizzato dal vecchio ed ostinato astensionismo del legislatore sul tema in oggetto.

2. La decorrenza della prescrizione nel rapporto di lavoro. Il processo di costituzionalizzazione delle norme codicistiche

La giustapposizione, nell'articolo 36 della Costituzione, del diritto del lavoratore ad una retribuzione "proporzionata" e "sufficiente" all'irrinunciabilità del riposo settimanale e delle ferie retribuite aveva generato in dottrina³ un automatismo logico-interpretativo che legittimava, nel silenzio del testo, l'estensibilità del carattere di irrinunciabilità anche alla retribuzione.

L'argomento veniva utilizzato per corroborare le tesi che, ricostruendo il diritto alla retribuzione come diritto costituzionale della personalità, sottraevano tale diritto a qualunque atto dispositivo da parte del lavoratore. Secondo una simile ricostruzione, al binomio indisponibilità-irrinunciabilità conseguiva necessariamente l'imprescrittibilità del diritto alla retribuzione, che trovava fondamento giuridico nel più generale principio di imprescrittibilità dei diritti indisponibili sancito dall'art. 2934, comma 2 cod.civ.

Sulla scorta di tali argomentazioni, veniva, dunque, messa in discussione la compatibilità con l'art. 36 della Costituzione delle norme – art. 2948, n. 4⁴ cod.civ., 2955, n. 2 e 2956, n. 1 – che disciplinavano i

durante il rapporto di lavoro"; Corte Cost., 10 giugno 1966, n. 63 in *Foro It.*, I, col. 985; Corte Cost., 20 novembre 1969, in *Mass. Giur. Lav.*, 1969, pag. 391; Corte Cost. 29 aprile 1971, n. 86, in *Mass. Giur. Lav.*, 1971, pag. 120; Corte Cost. 12 dicembre 1972, n. 174, in *Riv. Giur. Lav.*, 1973, II, pag. 17.

³ C. SMURAGLIA. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, pag. 369 e segg.; ID., *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in G. MAZZIOTTI, L. RIVA SANSEVERINO (diretto da), *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971, II, pag. 730 e segg.; G. BRANCA, *Lavoro, prescrizione, e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1974, I, pagg. 253-254.

⁴ Sull'ormai indiscussa riconducibilità della retribuzione alla previsione dell'art. 2948, n. 4 cod.civ., cioè a "tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad un anno o

regimi della prescrizione ordinaria e presuntiva proprio con riferimento ai crediti retributivi.

La questione veniva rimessa⁵ alla Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 66 del 1966, inaugurava una produzione “para-normativa” senza precedenti, dando vita a quello che è stato definito come un “*caso eclatante di diritto vivente*”⁶.

L’*iter* interpretativo prende le mosse da una doppia operazione di frammentazione concettuale che, da un lato, ha ad oggetto il diritto alla retribuzione e, dall’altro, la “presunta” inscindibilità tra indisponibilità, irrinunciabilità e imprescrittibilità del diritto.

La Corte, scindendo il diritto al salario sufficiente dal “*diritto alle prestazioni salariali dovute periodicamente dal datore di lavoro*”, sottrae quest’ultimo al carattere indisponibile che caratterizza il primo. Ne consegue che l’irrinunciabilità del diritto, sulla cui esistenza e riconducibilità all’art. 36 della Costituzione la Corte non discute, non risultava più, nell’acquistare autonomia rispetto all’indisponibilità, astrattamente incompatibile con la previsione normativa di un regime prescrizionale⁷.

La compatibilità tra irrinunciabilità e prescrittibilità del diritto alle prestazioni salariali non impediva, tuttavia, alla Corte di dichiarare l’incostituzionalità degli artt. 2948, n. 4 cod.civ. 2955, n. 2 e 2956, n. 1.

La necessità di una rilettura costituzionalmente orientata delle disposizioni del codice civile, finalizzata all’attuazione del principio di uguaglianza sostanziale⁸, nonché alla tutela del contraente debole, permettono agli interpreti di operare una *fiction iuris* e di assimilare la prescrizione del diritto alle prestazioni salariali ad una rinuncia tacita, vietata dall’art. 36 della Costituzione. Il presupposto fattuale della *fiction* si sostanzia nella “*situazione psicologica del lavoratore che può indurlo*

in termini più brevi” ai fini dell’applicabilità della prescrizione breve, S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, pag. 43 e segg.

⁵ Trib. Ancona 6 ottobre 1964, in *Foro It.*, 1965, I, pag. 928.

⁶ V. DI MAJO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 3, pag. 545.

⁷ Corte Cost. 1 giugno 1966, n. 63, cit., ove si precisa che “*vero è che nel nostro ordinamento non sono soggetti a prescrizione i diritti indisponibili...ma l’indisponibilità del diritto non è sancita nell’art. 36 della Costituzione, né si ricava da altre norme della Costituzione: ad esso il lavoratore non può rinunciare, come si desume a fortiori dall’ultimo comma dello stesso art. 36...; ma l’irrinunciabilità, essendo concetto meno ampio dell’indisponibilità, non basta a rendere perpetuo un diritto soggettivo*”.

⁸ E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, I, pag. 5; G. BRANCA, *op. loc. ult. cit.*

a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui a volte è portato a rinunciarvi, cioè per il timore del licenziamento". Dunque, la decorrenza della prescrizione durante il rapporto si configurava come una rinuncia tacita del diritto fondata sul *metus* del recesso datoriale.

Sulla scorta di una siffatta ricostruzione, veniva dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 2948, n. 4 cod.civ., 2955, n. 2 e 2956, n. 1 limitatamente alla parte in cui consentivano che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorresse durante il rapporto di lavoro. È, dunque, la durata di quest'ultimo a segnare i confini temporali del *metus*. Intervenuta, infatti, l'estinzione del rapporto, il *metus* viene privato del suo oggetto, ossia il licenziamento, e la prescrizione, non potendosi più configurare come una rinuncia tacita del lavoratore al diritto, comincia a decorrere secondo le regole generali.

La Corte precisava, tuttavia, che nei casi in cui il lavoratore fosse "*dotato di resistenza*", non potesse configurarsi, durante il rapporto, alcun timore del recesso datoriale tale da indurlo a non esercitare i suoi diritti. La "*resistenza*" del lavoratore avrebbe dunque permesso alla prescrizione di tornare sotto l'alveo dell'art. 2935 cod.civ., decorrendo dal giorno in cui il diritto alla retribuzione potesse essere fatto valere.

3. La "resistenza del lavoratore" come eccezione alla regola della decorrenza differita della prescrizione

Con la sentenza n. 63 del 1966, la Corte Costituzionale ha senza dubbio "riscritto" la regola generale della non decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi durante il rapporto di lavoro, ma ha contestualmente previsto un'eccezione a quella regola, stigmatizzandone il presupposto nella "*resistenza*" del lavoratore.

È, dunque, la specificazione del contenuto della "*resistenza*" a costituire il risultato interpretativo, non solo delle successive pronunce della Corte Costituzionale, ma anche delle sentenze dei giudici di legittimità e di merito. In realtà, è già nella decisione del 1966 che è possibile individuare una prima embrionale declinazione del quel concetto. Il riferimento è alla "*resistenza che caratterizza il rapporto di pubblico impiego*"⁹.

Tuttavia, solo con la pronuncia n. 39 del 1969, la Corte, chiamata nuovamente a decidere sulla questione, intraprende, forse inconsape-

⁹ Corte Cost. 10 giugno 1966, n. 63, cit.

volmente, un'operazione di astrazione concettuale. Pur continuando a far riferimento al pubblico impiego delinea, infatti, i presupposti generali di quella "forza" capace di vincere il *metus*, identificandoli in "una disciplina che normalmente assicura la stabilità del rapporto, o nelle garanzie di rimedi giurisdizionali contro l'illegittima risoluzione di esso, tali da escludere che il timore del licenziamento possa indurre l'impiegato a rinunciare ai propri diritti"¹⁰.

Simili precisazioni contenutistiche, al tempo, non sembravano in alcun modo incidere sulla realtà giuridica, poiché "una disciplina che normalmente assicura la stabilità del rapporto" continuava a garantire unicamente il rapporto di pubblico impiego; negli anni successivi, però, esse avrebbero costituito il presupposto per l'individuazione del nuovo contenuto della resistenza che, circoscrivendo gli effetti impedienti del *metus* avrebbe conseguentemente comportato una riespansione della regola generale sulla decorrenza della prescrizione.

Nel 1972 la Corte Costituzionale¹¹ identificava, infatti, la stabilità solo "nominata" nella pronuncia del 1969, con il regime della reintegrazione introdotto dalla l. 300/1970, sostenendo che "una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare". Era ed è, dunque, unicamente la tutela reale prevista dall'art. 18 l. 300/1970 (di allora) che, sottraendo il lavoratore a quella situazione psicologica che può indurlo a non esercitare i propri diritti, ossia il timore del licenziamento, costituisce, in ultima analisi, l'"eccezione" alla regola della decorrenza differita della prescrizione introdotta con le sentenze del 1966¹².

¹⁰ Corte Cost. 13 marzo 1969, n. 39, cit.

¹¹ Corte Cost. 12 dicembre 1972, n. 174, in *Riv. Giur. Lav.*, 1973, II, pag. 17.

¹² Secondo alcuni, la tecnica interpretativa utilizzata dalla Corte nella sentenza n. 174 del 1972 avrebbe fatto "rivivere la parte di norma abrogata" con la sentenza n. 63 del 1966, cioè quella relativa alla decorrenza della prescrizione durante il rapporto di lavoro: U. NATOLI, *Come ti cambio le carte in tavola (A proposito della decisione 12 dicembre 1972 n. 174 della Corte Costituzionale)* in *Dem. Dir.*, 1973, pag. 173; S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, cit., pagg. 100-104; L. VENTURA, *Corte Costituzionale e prescrizione dei crediti dei lavoratori: brevi considerazioni su di una norma di legge inesistente e su di una sentenza che l'ha dichiarata (parzialmente) costituzionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1973, 2, pag. 17; in precedenza, E. GHERA, *Sulla prescrizione dei crediti patrimoniali del lavoratore nel pubblico impiego*, in *Giust. Cost.*, 1971, pagg. 1001-1002; sulla natura restrittiva delle tendenze dell'interpretazione della Corte successive al 1966, M. MISCIONE, *Dialoghi di diritto del lavoro*, Milano, 2010, pag. 497; E.C. SCHIAVONE, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro*:

Per quanto, infatti, la tutela obbligatoria introdotta dalla l. 604/1966 risultasse riconducibile alle “*garanzie dei rimedi giurisdizionali contro l’illegittima risoluzione di esso*” individuate dalla decisione del 1969 e dunque potesse potenzialmente risultare idonea a costituire il presupposto della resistenza, la Corte non l’ha poi ritenuta “*tale da escludere il metus del licenziamento*” del lavoratore in costanza di rapporto.

L’orientamento che identifica la resistenza con l’applicabilità della tutela reintegratoria, riconoscendo a quest’ultima il potere di individuare i confini della regola del differimento della decorrenza della prescrizione, trova accoglimento anche da parte dei giudici di legittimità, dopo qualche iniziale pronuncia di segno contrario¹³.

Nella sentenza n. 1268 del 1976¹⁴, infatti, la Corte di Cassazione, precisava che un rapporto di lavoro può definirsi stabile, a prescindere dalla relativa natura pubblica o privata, solo se assistito da una disciplina che “*sul piano sostanziale subordini la legittimità e l’efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo*”. Ma la teoria della stabilità trova assestamento definitivo solo nel 1979,

diritto vivente e recenti riforme, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 2015, pag. 220; diversamente e più coerentemente, E. GHERA *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, cit., pag. 10, ove l’A. sostiene che “*nell’orientamento della Corte successivo...si registra una netta discontinuità di politica del diritto e, in sostanza ideologica; e, diversamente, una continuità tecnica e argomentativa con la sentenza-base...collegando l’impedimento all’effettivo esercizio del diritto alla retribuzione...al timore del licenziamento...ha ammesso la possibilità dell’immediata prescrittibilità dei diritti quando al potere di recesso si oppone la forza di resistenza che...in generale deriva dalla limitazione del recesso imprenditoriale*”.

¹³ Cass. 17 ottobre 1974 n. 2913, in *Foro It.*, 1974, I, col. 2972, che afferma l’operatività del “*principio generale*” della non decorrenza della prescrizione durante il rapporto “*anche con riferimento ai contratti di lavoro privato disciplinati da una normativa che assicuri normalmente una certa stabilità*”, poiché ritiene che il *metus* del lavoratore abbia ad oggetto non solo il licenziamento, ma qualsiasi altra forma ritorsiva diversa dal recesso e che, dunque, la stabilità del rapporto non possa costituire l’esclusivo contenuto della resistenza del lavoratore; Cass. 17 novembre 1975 n. 3857, in *Foro It.*, I, col. 2841. In dottrina, E. GHERA, *Sulla prescrizione dei crediti patrimoniali del lavoratore nel pubblico impiego*, cit., pag. 1014; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, pag. 25; più recentemente, B. IACONO, *Stabilità e prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 66.

¹⁴ Cass. S.U. 12 aprile 1976, n. 1268, in *Mass. Giur. Lav.*, 1976, pag. 190.

quando la Corte Costituzionale, in sei pronunce¹⁵, affida al giudice il potere di verificare nel caso concreto se il regime di stabilità del lavoratore possa giustificare la decorrenza della prescrizione durante il rapporto.

4. La decorrenza della prescrizione nel quadro delle riforme sui licenziamenti individuali dalla l. 92/2012 al d.lgs. 23/2015

L'aver ripercorso, seppur brevemente, le fondamentali tappe evolutive della giurisprudenza, consente di evidenziare come la stabilità del rapporto di lavoro costituisca da sempre il centro di gravità della questione della decorrenza della prescrizione. Coerentemente, è proprio attraverso la teoria della stabilità che si intendono analizzare le “innovazioni legislative” inaugurate dalla “Riforma Fornero” e poi perfezionate dal *Jobs Act*.

Infatti, la l. 28 giugno 2012, n. 92 e il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, riscrivendo completamente le regole in materia di licenziamento (in particolare, quanto alle conseguenze dell'illegittimità dello stesso, e non ai suoi presupposti sostanziali), attraverso la frammentazione del regime di tutela e la conseguente circoscrizione del campo di applicazione del rimedio reintegratorio, conducono inevitabilmente a chiedersi se, ed in quale misura, le predette modifiche abbiano inciso sul regime di decorrenza della prescrizione.

Posto che l'esistenza della stabilità non impedisce alla prescrizione dei crediti retributivi di decorrere durante il rapporto di lavoro e che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto “*un rapporto stabile, a prescindere dalla relativa natura pubblica o privata, solo se assistito da una disciplina che sul piano sostanziale subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo*”¹⁶, sembrerebbe potersi *prima facie* affermare che i regimi di tutela previsti dalla l. 92/2012, nonché dal d.lgs. 23/2015

¹⁵ Corte Cost. 1 giugno 1979, n. 40 e n. 41; Corte Cost. 18 giugno 1979, n. 42 e 43, tutte in *Mass. Giur. Lav.*, 1979, pag. 549; Corte Cost. 18 giugno 1979, n. 44, in *Giur. Cost.*, 1979, I, pag. 357; Corte Cost. 18 giugno 1979, n. 45, in *Mass. Giur. Lav.*, 1979, pag. 550.

¹⁶ Cass. S.U. 12 aprile 1976, n. 1268, cit.; più recentemente, Cass. S.U. 16 gennaio 2003, n. 575, in *Foro It.*, 2003, I, col. 1792; Cass. S.U. 29 gennaio 2001, n. 38, in *Foro It.*, 2001, I, col. 845.

ben possano integrare gli elementi costitutivi di una disciplina che conferisca stabilità al rapporto di lavoro e che, conseguentemente, ai rapporti riconducibili al relativo campo di applicazione non sia applicabile la regola della decorrenza differita della prescrizione.

Sul piano sostanziale, infatti, la moltiplicazione, nonché l'esplicita previsione – comuni ad entrambi gli interventi normativi – dei “fatti” che costituiscono il presupposto dei vizi di nullità, annullabilità, ed inefficacia del recesso datoriale ben potrebbero configurarsi come “*susistenza di quelle circostanze predeterminate*” a cui la sentenza della Cassazione fa riferimento.

Specularmente, la possibilità del controllo giudiziale sulle ragioni del licenziamento, nonché la previsione dei “molteplici” rimedi riconosciuti al lavoratore in caso di illegittimità del recesso, permetterebbero di affermare che, anche da un punto di vista processuale, le “nuove” discipline possano integrare gli elementi individuati dalla Corte.

Il carattere immediato di un simile risultato interpretativo, però, non può che derivare da una lettura superficiale della pronuncia, nonché dalla mancata considerazione di un'ormai consolidata e copiosa giurisprudenza di legittimità in materia.

Quanto al primo aspetto, infatti, la sentenza delle Sezioni Unite richiamata, collegando la stabilità del rapporto ad una disciplina capace di “*rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo*”, sembra riecheggiare il testo dell'art. 28 l. 300/1970 in cui il contenuto della “*rimozione degli effetti*” corrisponde alla ricostituzione integrale della realtà precedente al comportamento discriminatorio. Ad un simile approccio interpretativo consegue che, in caso di illegittimo recesso datoriale, solo il rimedio della reintegrazione potrebbe garantire tale risultato.

Queste considerazioni trovano ulteriore fondamento laddove la sentenza venga interpretata come pedissequa traduzione della pronuncia della Corte Costituzionale del 1972¹⁷, ove si legge che una “*vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare*”.

La tesi interpretativa sostenuta trova avallo nel consolidato orientamento dei giudici di legittimità¹⁸ che sostengono che la rimozione degli

¹⁷ Corte Cost. 12 dicembre 1972, n. 174.

¹⁸ Cass. 19 agosto 2011, n. 17399 in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 1, pag. 282, con nota di L. MENGHINI; Cass. 13 settembre 1997 n. 9137, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, pag. 1711; Cass. 20 giugno 1997, n. 5494, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, pag. 1015; Cass. 13 marzo

effetti del licenziamento illegittimo non possa esaurirsi nella previsione del risarcimento del danno, ma debba concretizzarsi nell'ordine di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

I regimi di tutela contro i licenziamenti previsti dalla l. 92/2012 e dal d.lgs. 23/2015, dunque, non risulterebbero idonei a garantire la stabilità del rapporto in tutti i casi in cui all'accertamento dell'illegittimità del recesso non consegua la ricostituzione della rapporto di lavoro, cioè l'ordine del giudice di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro¹⁹.

La mancanza di stabilità, dunque, privando il lavoratore di quella "resistenza" idonea a vincere il *metus* del licenziamento, impedirebbe alla prescrizione dei crediti retributivi di decorrere durante il rapporto di lavoro in tutte quelle ipotesi in cui all'accertamento dell'illegittimità del recesso datoriale consegua la risoluzione del contratto, quand'anche accompagnata dalla corresponsione di un'indennità risarcitoria.

Una siffatta ricostruzione potrebbe incontrare, però, un ostacolo insormontabile nella *ratio* protettiva della regola della decorrenza differita della prescrizione così come inequivocabilmente interpretata dalla giurisprudenza. Dando seguito all'orientamento della Corte Costituzionale²⁰ che affidava al giudice il potere di verificare nel caso concreto se il regime di stabilità del lavoratore potesse giustificare la decorrenza della prescrizione durante il rapporto, e con l'obiettivo di rispondere alle effettive esigenze di tutela del lavoratore, si è, infatti, ritenuto che il requisito della stabilità debba essere verificato in relazione al concreto atteggiarsi del rapporto di lavoro²¹. Conseguentemente è l'esistenza di

1996, in *Giust. Civ.*, 1996, I, pag. 1943; Cass. 23 febbraio 1983, n. 1362, in *Orient. Giur. Lav.*, 1983, pag. 1054; Cass. 21 marzo 1983, n. 2000, in *Giust. Civ. Mass.*, 1983, pag. 3.

¹⁹ Riflette sulla capacità dei sistemi rimediali introdotti dalla "Riforma Fornero" di "rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo", O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2012, 159, pag. 12. L'A., escludendo che la "marginalizzazione", della reintegrazione, nonché la "soglia massima...del risarcimento...fissata a priori" possano rimuovere "integralmente" gli effetti del recesso, sostiene la generale decorrenza differita dei termini della prescrizione.

²⁰ Corte Cost. 1 giugno 1979, n. 40 e n. 41, cit.; Corte Cost. 18 giugno 1979, n. 42 e 43 cit.; cit.; Corte Cost. 18 giugno 1979, n. 44, cit.; Corte Cost. 18 giugno 1979, n. 45, cit.

²¹ Cass. 28 marzo 2012, n. 4942, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 3, pag. 409; Cass. 19 gennaio 2011, n. 1147, in *Orient. Giur. Lav.*, 2011, 1, pag. 470, con nota di B. FRATELLO; Cass. 21 maggio 2007, n. 11736, in *Riv. Crit. Dir. Lav.* 2007, 3, pag. 763, con nota di M. CANAL; Cass. 13 dicembre 2004, n. 23227, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, pag. 12; Cass. 23 aprile 2002, n. 5934, in *Not. Giur. Lav.*, 2002, pag. 678; Cass. 13 aprile 1995, n. 4219, in *Not. Giur. Lav.*, 1995, pag. 828; Cass. 24 marzo 1992, n. 3658, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993,

una plausibile condizione di *metus* del lavoratore, non la disciplina del recesso astrattamente applicabile, a costituire il *discrimine* per l'applicazione del regime prescrizioneale.

Ed è proprio la teoria dell'accertamento empirico del *metus*²² che ha permesso di sostenere come l'incertezza del lavoratore circa la disciplina di tutela applicabile al recesso costituisca una circostanza di fatto che, non impedendo il venir meno del timore del licenziamento, giustifica la decorrenza differita della prescrizione anche nei casi in cui il rapporto di lavoro sia assistito da stabilità²³.

Attraverso questo percorso interpretativo, parrebbe potersi dedurre l'applicabilità generale, a seguito delle modifiche introdotte dalla l. 92/2012 e d.lgs. 23/2015, della regola della decorrenza differita della prescrizione²⁴. Si consideri, infatti, come queste ultime, collegando il regime di tutela alle causali del recesso, impediscano al lavoratore qua-

2, pag. 614, con nota di C. FOSSATI; in senso difforme, Cass. 10 marzo 2010, n. 5809, in *Giust. Civ. Mass.* 2010, 3, pag. 350; Cass. 14 maggio 1991 n. 5344, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, pag. 442; Cass. 9 giugno 1990, n. 5604, in *Mass. Giust. Civ.*, 1990, pag. 6. In dottrina, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 2002, pag. 610, il quale ritiene che “*in costanza di rapporto di lavoro, conta la situazione di fatto e non quella di diritto accertabile solo con un futuro provvedimento giudiziale*”; per un'illustrazione dei differenti ipotesi in cui è stato applicato il principio, L. NANNIPIERI, *Prescrizione dei crediti retributivi, effettiva situazione psicologica di metus del lavoratore e certezza del diritto: l'ipotesi del lavoro in nero*, in *Riv. It. Dir. Lav.* 1998, II, pag. 168.

²² C. ZOLI, *Eccezioni alla regola della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto: i nodi vengono al pettine*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 430; G. GRAMICCIA, *Dimensione “occupazionale” dell'azienda e prescrizione del diritto alla retribuzione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, pag. 741.

²³ Cass. 24 luglio 2002, n. 10861, in *Mass. Giur. Civ.*, 2002, pag. 1336; Cass. 8 novembre 1995, n. 11615, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 430, con nota di C. ZOLI; in dottrina, A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, cit., pag. 277; R. SCOGNAMILIO, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1994, pag. 419.

²⁴ Sul regime introdotto dalla “Riforma Fornero”, P. ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. CHIECO (a cura di) *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013, pag. 387; P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Milano, 2013, pag. 340; S. MATTONE, *La marginalità della stabilità del posto di lavoro e la prescrizione dei crediti dei lavoratori*, in <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/articolo.php?id=1548&a=on>, 224 (consultato il 2 settembre 2015); M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all'italiana” a confronto*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 4, pag. 551.

lunche valutazione, durante il rapporto, sulla questione dell'esistenza della stabilità che, invece, risulta trovare certa definizione solo a conclusione di un procedimento giudiziale²⁵.

La teoria della stabilità si è prestata, tuttavia, a fondare un orientamento di segno opposto, secondo il quale la frammentazione delle causali del recesso e la moltiplicazione di rimedi in caso di licenziamento illegittimo non ha in alcun modo inciso sulla regola della decorrenza della prescrizione durante il rapporto di lavoro.

L'argomentazione viene sviluppata attorno all'idea che la stabilità, cioè la "*particolare resistenza che esclude la configurabilità di un' inferiorità psicologica del lavoratore, si sostanzia nella possibilità... di impugnare un licenziamento per rappresaglia conseguente all'esercizio... di propri diritti e di ottenere una tutela ripristinatoria adeguata*"²⁶. Se, dunque, il *metus* viene delineato come timore, non generico nei confronti del recesso datoriale, ma specifico verso il licenziamento ritorsivo, allora il rapporto di lavoro potrà considerarsi stabile ed impedire il decorso della prescrizione, se il legislatore prevede per quell'ipotesi le garanzie del un regime reintegratorio. Quanto alla l. 92/2012, l'applicabilità del rimedio reintegratorio al recesso c.d. per rappresaglia deriva dalla possibilità di ricondurlo al licenziamento "*nullo perché determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile*", per il quale il legislatore prevede la c.d. tutela forte²⁷ a prescindere dalla soglia dimensionale del datore di lavoro.

Sarebbe, dunque, proprio l'"efficacia *erga omnes*" di quel regime reintegratorio che, conferendo a tutti i lavoratori una "resistenza" tale

²⁵ C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in ID (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*, Padova, 2013, pag. 79. L'A. precisa come la definizione in sede giudiziale costituisca una mera possibilità essendo necessariamente connessa all'impugnazione solo eventuale del recesso datoriale; S. MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in *Giur. It.*, 2013, 4, pag. 884; L. GALATINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, pag. 266.

²⁶ G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo articolo 18: problemi sostanziali e procedurali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, 10, pag. 748 e segg.

²⁷ Per un'attenta analisi critica sulla "*tendenza espansiva*" del licenziamento discriminatorio o, comunque, nullo, M. BIASI, *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema a "tutele crescenti"?*, in *Quest'Opera*.

da vincere l'inferiorità psicologica, permetterebbe alla prescrizione di decorrere in pendenza di qualunque tipo di rapporto di lavoro²⁸.

Tuttavia, considerando l'orientamento che applica da anni al licenziamento per rappresaglia la disciplina reintegratoria prevista per il recesso discriminatorio “*quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro*” e riflettendo sulla circostanza che questa interpretazione non ha in alcun modo circoscritto l'ambito di applicazione della regola decorrenza differita della prescrizione²⁹, non si può che dubitare sull'accoglibilità della “*teoria della resistenza ritorsiva*”³⁰.

L'immutabilità della regola della decorrenza differita della prescrizione, nonostante l'espansione del campo di applicazione della reintegrazione prevista dall'art. 3 l. 108/1990 trova, infatti, giustificazione nella difficile “accessibilità” a quella tutela, tale da non poter riconoscere a quel regime i caratteri della “resistenza”.

La non applicabilità al licenziamento discriminatorio dell'art. 5 l. 604/1966 sull'inversione dell'onere probatorio in capo al datore di lavoro, infatti, rende particolarmente gravoso il regime probatorio che richiede al lavoratore l'allegazione di circostanze comprovanti la natura discriminatoria e l'elemento intenzionale del datore di lavoro. Conseguentemente, per il recesso per rappresaglia, il carico probatorio si appesantisce se si considera come al lavoratore sia tuttora richiesta, in applicazione dell'art. 1345 cod.civ., la prova non solo dell'*an* dell'intento di rappresaglia, ma anche del relativo carattere determinante ed esclusivo dell'intento ritorsivo del datore di lavoro³¹.

²⁸ G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo articolo 18: problemi sostanziali e procedurali*, cit., pag. 748 e segg.; per la “*restrizione*” del campo di applicazione della regola della decorrenza differita, invece, F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 896.

²⁹ Cass. 26 marzo 2012, n. 4797, in *Guida Dir.*, 2012, 17, pag. 32; Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 7/8, pag. 1158; Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 2, pag. 362, con nota di C. PEDERZOLI; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, in *Guid. Dir.*, 2011, 21, pag. 43; Cass. 1 dicembre 2010, n. 2434, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2010, pag. 1141; Cass. 9 marzo 2011, n. 5555; Cass. 6 maggio 1999, n. 4543, in *Not. Giur. Lav.*, 1999, pag. 98; Cass. 3 maggio 1997, n. 3837, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, pag. 832.

³⁰ V. MAIO, *Prescrizione e decadenza dei diritti dei lavoratori nel paradosso dell'incertezza crescente*, in *Giur. It.*, 2, 2014, pag. 491; *Id.*, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 3, pag. 554.

³¹ Sulla prova intento ritorsivo, Cass. 7 marzo 2012, n. 3559, in *iusexplorer.it*; Cass. 14 luglio 2005, n. 14816 in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, pag. 6; Cass. 1 febbraio 1988, n. 868 in *Riv. Giur. Lav.* 1988, 2, pag. 354; sulla prova del carattere determinante ed esclusivo, Cass. 8 marzo 2011, n. 17087 in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 7/8, pag. 1158; Cass.

Le considerazioni esposte meritano di essere riaffermate anche nel quadro delineato dal d.lgs. 23/2015, in cui per il licenziamento discriminatorio ancora è prevista la tutela del regime reintegratorio.

Ma è proprio in riferimento al d.lgs. 23/2015 che l'utilizzo del licenziamento ritorsivo come veicolo per l'affermazione della regola generale della decorrenza della prescrizione durante il rapporto di lavoro potrebbe trovare un ulteriore ostacolo che va ben oltre le considerazioni sulla difficile accessibilità del lavoratore al regime reintegratorio. Il mancato espresso riferimento nell'art. 2, comma 1 al licenziamento per motivo illecito, l'apparente carattere chiuso dei motivi discriminatori limitati a quelli elencati all'art. 15 l. 300/1970, nonché l'orientamento che contesta la riconducibilità del recesso per rappresaglia ad al licenziamento discriminatorio³², infatti, potrebbero addirittura far dubitare sull'applicabilità di quel regime reintegratorio all'ipotesi della recesso ritorsivo³³. Se così fosse, troverebbe ulteriore conferma la tesi dell'"incertezza della reintegrazione" e, conseguentemente, l'applicazione generale della regola della decorrenza differita della prescrizione.

5. L'intervento del legislatore tra esigenze di certa e determinazione di nuovo concetto di "resistenza"

Come sinteticamente esposto, la teoria della stabilità, nell'odierno quadro dell'incertezza dei regimi di tutela applicabili al recesso illegit-

9 marzo 2011, n. 5555, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 3, pag. 377; Cass. 8 marzo 2007, n. 5288, in *Guida Lav.*, 2008, 19, pag. 43; Cass. 22 agosto 2003, n. 12349, in *Not. Giur. Lav.*, 2004, pag. 1; Cass. 13 dicembre 2000, n. 15689, in *Not. Giur. Lav.*, 2001, pag. 330. A seguito della l. 92/2012, Trib. Bari 20 novembre 2012, in *Guida Lav.*, 2013, 5, pag. 37.

³² In tal senso, pur non dubitando sull'applicabilità del rimedio reintegratorio al licenziamento ritorsivo, P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 4/5, pag. 841; M. BIASI, *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema a "tutele crescenti"?*, cit.; M.T. CROTTI, M. MARZIANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012, pag. 224 e segg.

³³ C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs act e licenziamento*, Torino, 2015, pag. 18; T. TREU, *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *Guida Lav.*, 2015, 3, pag. 14; per l'applicazione del rimedio della tutela reale c.d. di diritto comune, L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2015, 250, pag. 10; *contra*, S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2015, 246, pag. 7.

timo, potrebbe condurre ad un'espansione della regola della decorrenza differita della prescrizione, che sembrerebbe riecheggiare la realtà delinentea dalla decisione n. 63/1966 della Corte Costituzionale.

Non si esclude, tuttavia, la possibilità di una differente soluzione, laddove i mutati normativi vengano interpretati in funzione della “resistenza” e non della stabilità, che della prima è solo una possibile manifestazione. Se è vero, infatti, che la resistenza è data, si badi bene, alternativamente, “*da una disciplina che normalmente assicura la stabilità del rapporto o dalla garanzie dei rimedi giurisdizionali contro l’illegittimità del recesso*” e se lo scopo della resistenza è quello di vincere il *metus* del licenziamento, si tratterà di verificare se i rimedi giurisdizionali, di cui i regimi di tutela anche risarcitori costituiscono il risultato, siano capaci di assolvere quella funzione. Eppure, una simile operazione non potrebbe che essere affidata al legislatore³⁴.

Nonostante ciò, si è anche pensato di definire soglie di resistenza connesse alla “quantità” dell’indennità risarcitoria riconosciuta al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, tali da non impedire alla prescrizione di decorrere durante il rapporto di lavoro³⁵. Una simile soluzione troverebbe applicazione solo nei casi in cui il lavoratore possa individuare con certezza il livello di tutela indennitaria applicabile in caso di recesso illegittimo; diversamente, infatti, si creerebbe la medesima “incertezza sulla stabilità” che giustificava la decorrenza differita della prescrizione. Ciò varrebbe, in particolare, all’interno del quadro del d.lgs. 23/2015. Qui, infatti, la determinazione del livello indennitario, utile per individuare la resistenza, nonché la regola della decorrenza delle prescrizione, è, infatti, determinabile con certezza in ogni momento del rapporto, essendo il risultato di un calcolo matematico tra “*l’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto*” e l’anzianità di servizio del lavoratore. Lo stesso non può dirsi, invece, nell’ambito della l. 92/2012 che affida invece ad una valutazione del giudice la quantificazione dell’indennità risarcitoria del recesso illegittimo.

Non dubitando sul fatto che (solo) un intervento del legislatore possa fornire risposta all’individuazione del *dies a quo* delle decorrenza

³⁴ Sulla sufficienza della “mera” indennità risarcitoria, “forte” o “debole”, prevista della l. 92/2012, V. PIETRA, *Il nuovo articolo 18: problemi di diritto intertemporale, cambio di applicazione e decorrenza della prescrizione* in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, cit., pag. 307; A. MARESCA, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 454.

³⁵ Circ. 18 febbraio 2015, n. 4 della Fondazione Studi Consulenti del lavoro.

della prescrizione, nonché di nuove forme di resistenza *tali* da permettere al lavoratore di vincere il *metus* del licenziamento, ci si chiede se quello stesso intervento possa costituire anche l'occasione per fornire una soluzione di più ampio respiro in materia di prescrizione nell'ambito del rapporto di lavoro. Il riferimento è alla possibilità di superare l'idea che l'unico interesse del lavoratore sia costituito dalla conservazione del rapporto di lavoro e che dunque il *metus* possa avere ad oggetto unicamente il recesso datoriale³⁶.

Non condividendo la “*necessità culturale di storicizzare il tradizionale paradigma contrattuale del lavoratore subordinato a fronte di una recuperata forza negoziale derivante dallo sviluppo di garanzie operanti sia sul piano della tutela individuale, sia per la tutela di interessi collettivi, che rendono sempre più discutibile ogni differenziazione della posizione soggettiva del lavoratore subordinato rispetto a quella del creditore comune*”³⁷, ben potrebbe, infatti, più in generale, la subordinazione essere elevata a condizione di ostacolo all'esercizio dei diritti. Questa valutazione permetterebbe alla prescrizione, non solo dei crediti retributivi, ma di qualunque diritto derivante dal rapporto di lavoro di decorrere soltanto a partire dalla conclusione di quest'ultimo³⁸.

La soluzione, apparentemente costruita sulla tutela incondizionata del lavoratore, risponderebbe, in verità, alle esigenze di certezza sottese all'istituto attraverso l'abbandono definitivo dei mutevoli ed instabili concetti di resistenza e stabilità che probabilmente costituiscono la vera fonte di anti-economicità del sistema della prescrizione dei crediti del lavoratore. Certo, all'esigenza di certezza non potrebbe che risponderci con l'abbreviazione dei termini prescrizionali, così come già prospettato dai numerosi progetti di legge naufragati nel tempo³⁹. Si tratterà allora di comprendere se i tempi siano maturi per un intervento del legislatore in tal senso.

³⁶ G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995, pag. 384 e segg.

³⁷ B. IACONO, *Stabilità e prescrizione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 72.

³⁸ Per una generale decorrenza della prescrizione alla fine del rapporto, S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, cit., pag. 227, ove l'A. sostiene che “*l'esercizio dei relativi diritti incostanza di rapporto è reso difficile dall'intreccio di relazioni e interessi sussistente fra le parti, è solo dallo slacciamento dei legami giuridici e operativi che si determina quella pur non incondizionata indifferenza delle sfere giuridiche ed economiche, che costituisce il presupposto essenziale per il sufficientemente libero ed aperto confronto giudiziario*”.

³⁹ S. CENTOFANTI, *op. ult. cit.*, pag. 214 e segg.