

Numero 3 / 2022

Sara Roccisano

**La (non) decorrenza della prescrizione del
credito retributivo in costanza di rapporto.
Spunti da Cass. civ., sez. lav., 6 settembre
2022, n. 26246**

La (non) decorrenza della prescrizione del credito retributivo in costanza di rapporto.

Spunti da Cass. civ., sez. lav., 6 settembre 2022, n. 26246

Sara Roccisano

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro

Università degli Studi di Milano

1. Il caso di specie. 2. La prescrizione estintiva. 3. La prescrizione del credito retributivo dal Codice civile alle sentenze della Corte costituzionale sul d. lgs. n. 23/2015. 4. Le prescrizioni presuntive.

1. Il caso di specie.

La sentenza in commento costituisce il punto di approdo di un lungo dibattito, registratosi tanto nella dottrina giuslavoristica quanto nella giurisprudenza di merito, che prende le mosse dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 63 del 10 giugno 1966, e rinnovatosi a partire dalle novelle apportate nel 2012 e nel 2015 all'apparato sanzionatorio del licenziamento illegittimo.

La questione principale concerne l'individuazione del *dies a quo* della decorrenza del termine di prescrizione quinquennale del credito retributivo; questione che, come si vedrà, è strettamente collegata alla nozione di "stabilità" del rapporto di lavoro.

Il caso di specie prende le mosse dalla richiesta di accertamento del diritto di percepire alcune somme a titolo di differenze retributive per lavoro notturno straordinario, avanzata da parte di due lavoratrici soggette all'apparato sanzionatorio del licenziamento illegittimo previsto dall'art. 18, l. n. 300/1970, come modificato dalla l. n. 92 del 28 giugno 2012 (cd. riforma Fornero). La Corte di Appello di Brescia aveva accolto l'eccezione di prescrizione quinquennale del credito, aderendo all'orientamento

giurisprudenziale che propende per l'imprescindibilità del requisito di stabilità del rapporto di lavoro. Sul punto, la Corte territoriale argomenta che, nonostante le modifiche introdotte al regime sanzionatorio del licenziamento, quello ritorsivo, intimato, cioè, come reazione alla rivendicazione da parte del lavoratore di un suo diritto, è ancora sanzionato con la reintegrazione nel posto di lavoro. Ciò, secondo il Giudice di seconde cure, pone il prestatore di lavoro al riparo da quella condizione psicologica di soggezione al datore di lavoro che potrebbe dissuaderlo dal rivendicare i suoi diritti durante lo svolgimento del rapporto (v. *infra*).

2. La prescrizione estintiva.

La prescrizione (artt. 2934 – 2963 c.c.) è modo generale di estinzione dei diritti¹. I presupposti dell'istituto sono costituiti dall'inerzia del titolare del diritto, da intendersi quale comportamento omissivo che, alla stregua dell'interpretazione secondo buona fede, assume un significato nella realtà sociale² e dal decorso del tempo. L'effetto estintivo della prescrizione può riguardare solo diritti disponibili e quelli per i quali la legge non lo escluda. L'istituto trova la sua *ratio*, anche secondo la pronuncia in commento, nell'indefettibile necessità di certezza del diritto, avamposto di "civiltà giuridica di un Paese, quale principio di affidabilità per tutti: sull'effettività dei diritti e sulla loro tutela, sulle relazioni familiari e sociali, sulle transazioni economiche e finanziarie. E come esso si rifletta sulla stessa attrattività di uno Stato, per investimenti e iniziative di intrapresa [*sic*] economica in senso lato, in un sistema di relazioni e di scambi internazionali da tempo strettamente interconnesso, nella crescente

¹ Per approfondire il dibattito sugli effetti della prescrizione e, in particolare, per un'alternativa alla teoria cd. sostanzialistica si rinvia a G. Panza, *Prescrizione*, Dig. disc. priv. (sez. civ), vol. XIV, Torino, 1996 e P. Gallo, *Prescrizione e decadenza*, Dig. disc. priv. (sez. civ), Torino, 2019. Sulla natura sanzionatoria della prescrizione, conseguente all'inerzia protratta per lungo tempo, v. Caponi R., *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 721

² G. Panza, *op. cit.*, p. 252.

contendibilità tra ordinamenti, soprattutto nel mondo del lavoro e delle imprese”³.

Il legislatore del '42 ha stabilito che si prescrivono con il decorso del termine quinquennale i crediti del lavoratore da pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi, nonché le indennità spettanti per la cessazione del rapporto di lavoro (art. 2948, nn. 4 e 5); per i trattamenti non soggetti a questo regime di periodicità, il termine di prescrizione è quello ordinario decennale⁴ (art. 2946 c.c. sulle prescrizioni presuntive, v. *infra*)⁵.

Ai sensi dell'art. 2935 c.c., “la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”.

Come si avrà modo di dimostrare in questa sede, la soluzione della questione non risiede nella scelta di campo tra la tutela massima della certezza del diritto e il sacrificio di questa, in nome dell'esigenza di giustizia (per evitare che il lavoratore sia esposto ad atti ritorsivi, la cessazione del rapporto, anche se intervenuta a distanza di tempo)⁶. La conclusione cui è pervenuta la Suprema Corte, è, infatti, sistematizzabile all'interno dei principi di diritto positivo così come interpretati dalla giurisprudenza costituzionale, che costituisce l'archetipo del discorso⁷.

3. La prescrizione del credito retributivo dal Codice civile alle sentenze della Corte costituzionale sul d. lgs. n. 23/2015.

Per elaborare il principio di diritto cui si dovranno uniformare i Giudici di merito per riformare la sentenza, la Corte svolge un lungo *excursus* sulla

³ Punto 5.1 della motivazione della sentenza in commento.

V. anche Scarpello C. – Azzariti G., *Prescrizione e decadenza*, Scialoja – Branca (a cura di), *Commentario del Codice civile*. Libro VI, Tutela dei diritti (artt. 2910 – 2969), Bologna – Roma, 1997, p. 203.

⁴ Sull'eccezionalità della prescrizione decennale nel rapporto di lavoro, v. Pera G., *Prescrizione nel diritto del lavoro*, Dig. disc. priv., (sez. comm.), Torino, 1996.

⁵ Il credito retributivo derivante dal rapporto di lavoro marittimo e per il personale di volo è soggetto al termine di prescrizione di due anni dal giorno dello sbarco nel luogo di arruolamento o assunzione successivamente alla cessazione o alla risoluzione del contratto, ai sensi degli artt. 373 e 937 cod. nav.

⁶ Tarquini E., *I confini della reintegrazione, “terribile rimedio”, e la sospensione della prescrizione dei crediti dei lavoratori: la tutela della parte debole quando è più debole*, QG, 2022.

⁷ Mazzotta O., *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: attualità di un dibattito antico*, Labor, 2, 2022, p. 149.

giurisprudenza costituzionale, stratificatasi a partire dalla seconda metà degli anni Sessanta, nonché sugli interventi normativi del 2012 e del 2015. Fatto pacifico in epoca corporativa⁸, si cominciò a dubitare della decorrenza dei crediti del lavoratore in costanza di rapporto dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Il diritto garantito nell'art. 36, co. 1, Cost., norma eccezionalmente precettiva che, pertanto, configurava un diritto soggettivo immediatamente azionabile⁹, strideva con il principio liberale di parità formale dei contraenti, sul quale era modellata la disciplina allora in vigore per il licenziamento del dipendente privato¹⁰.

Fu proprio in riferimento agli artt. 3, 4 e 36 Cost. che venne sollevata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2948, n. 4 e 5, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, c.c. Con la sentenza del 6 giugno 1966, n. 63¹¹, la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale delle citate norme del Codice civile nella parte in cui consentivano che la prescrizione decorresse in costanza di rapporto. La garanzia apprestata dall'art. 36 Cost. - chiari il Giudice delle leggi - comporta l'*irrinunciabilità* del diritto al salario, che è concetto meno

⁸ Centofanti S., *Prescrizione e lavoro subordinato*, Napoli, 1987, p. 43-45.

⁹ S. Pugliatti, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, RGL, I, 1950, p. 191; *ex multis*, Cass., 21 febbraio 1952, n. 461, in *FI*, 1952, p. 718.

¹⁰ L'art. 2118 c.c. riproduceva, in sostanza, quanto previsto dal R. D. 13 novembre 1924, n. 1825, sull'impiego privato, accogliendo, così, il principio di matrice liberale, che, postulando l'eguaglianza formale tra le parti del contratto, ne legittimava il recesso *ad nutum*. La volontà di recedere unilateralmente da un contratto di durata, per il quale non fosse stato previsto un termine finale, era in sé valutata positivamente dall'ordinamento: non sussisteva, pertanto, la necessità di indagarne i motivi. Al recesso dell'art. 2118 c.c., allora definito "ordinario", si accompagnava quello cd. straordinario dell'art. 2119 c.c., che rispondeva, invece, allo scopo di realizzare la volontà di recedere anzitempo dal contratto di lavoro a causa del verificarsi di una patologia nell'esecuzione dello stesso, v. Carnelutti F., *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, Riv. dir. comm., 1911, I, p. 389 s., e Mancini F. G., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fattispecie: il recesso ordinario*, Giuffrè, 1962, pp. 208 ss., 345.

Nel 1945, con il d. leg. lgt. n. 253, il legislatore introdusse un "blocco dei licenziamenti", valido per grandi imprese del nord, che consisteva nel generale divieto di licenziamento non dovuto a colpa del lavoratore. Nel 1946, il divieto fu temperato ed ebbe efficacia sino al 1947, quando la materia divenne oggetto della contrattazione collettiva. I primi limiti alla facoltà del datore di lavoro di recedere dal contratto vennero, quindi, introdotti proprio in via contrattuale con gli Accordi Interconfederali applicabili ai lavoratori delle imprese industriali che superassero una certa soglia dimensionale (più di venticinque dipendenti). Dalla disciplina convenzionale vennero mutuati i concetti di giustificato motivo soggettivo e oggettivo e l'autonomia della fattispecie del licenziamento per riduzione di personale. Il primo di questi Accordi fu stipulato nel 1947 tra la CGIL e la Confederazione Generale dell'Industria Italiana. V. Giugni G., *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, Riv. dir. lav., Quaderno IV, Giuffrè, 1954, p. 8 ss.

¹¹ *FI*, 1966, I, p. 985.

ampio rispetto a quello di *indisponibilità*¹². La Corte mise in chiaro che, se il diritto al salario è irrinunciabile, il diritto alla corresponsione di periodiche prestazioni salariali è, invece, disponibile¹³: il lavoratore può, pertanto, rinunciarvi. E', tuttavia, da escludersi che tale rinuncia possa validamente essere effettuata in costanza di rapporto (in base alla stessa *ratio* che ha ispirato la previsione dell'art. 2113 c.c.), poiché "in un rapporto non dotato di quella resistenza, che caratterizza invece il rapporto d'impiego pubblico", il lavoratore si trova in una soggezione psicologica di *metus* tale da essere dissuaso dalla rivendicazione dei propri diritti, "per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarci, cioè per timore del licenziamento"¹⁴. Per questa ragione, ai sensi dell'art. 2935 c.c., *la dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione coincide con la cessazione del rapporto di lavoro: solo a partire da allora, infatti, "il diritto può essere fatto valere".

Il 20 novembre 1969, con la sentenza n. 143, la Consulta ebbe a precisare che quella "forza di resistenza" in presenza della quale, ai sensi dell'art. 2935 c.c., la prescrizione può decorrere in costanza di rapporto, consiste in una disciplina che assicuri normalmente la prosecuzione del rapporto in caso di illegittima risoluzione dello stesso¹⁵. Coerentemente con questo principio, si negò l'applicabilità di quanto espresso nella sentenza n. 63/1966, *cit.*, nei confronti dei titolari di rapporto di pubblico impiego, che rappresentava l'archetipo della stabilità.

¹² V. la critica di Bigliuzzi Geri L., *Retribuzione e prescrizione*, RGL, II, 1966, p. 373-374. V. anche Cass. S. U. 15 novembre 2007, n. 23726 e Cass. S. U. 16 febbraio 2017, n. 4090.

Molto critico anche l'estensore della sentenza, v. Branca G., *Lavoro, prescrizione, giurisprudenza costituzionale*, RGL, 1974, I, p. 253: "Se avessi dovuto decidere io solo, nel 1966, avrei dichiarato *tout court* l'incostituzionalità della prescrizione dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro".

Critici anche Romagnoli U., *Il principio di uguaglianza sostanziale*, RTDPC, I, 1973, p. 1315 e Natoli U., *Come ti cambio le carte in tavola*, in *Democrazia e Diritto*, 1973, p. 175.

¹³ v. punto 2 del Considerato in diritto.

¹⁴ Punto 3 del Considerato in diritto. V. le critiche di Vidiri G., *op. cit.*, p. 646, in particolare note 32 e 33.

Si badi che, come opportunamente ribadito anche dalla sentenza della Cassazione che qui si annota, che non si tratta di causa di *sospensione* della prescrizione, ma di non decorrenza della stessa.

¹⁵ Punto 1 del Considerato in diritto.

Per i datori di lavoro privati, invece, era coerentemente escluso che la tutela apprestata dalla l. 15 luglio 1966, n. 604, fosse garanzia di stabilità: ai sensi dell'art. 8, l'atto di licenziamento, sebbene illegittimo perché intimato in mancanza degli estremi del giustificato motivo o della giusta causa, era idoneo ad interrompere la continuità giuridica del vincolo¹⁶. Per questi rapporti, assistiti dalla sola tutela obbligatoria, il *dies a quo* della prescrizione della prestazione salariale coincideva, quindi, con la data di cessazione del rapporto di lavoro¹⁷.

Il quadro sanzionatorio del licenziamento illegittimo mutò notevolmente con l'introduzione della l. 20 maggio 1970, n. 300. L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, rubricato "Reintegrazione nel posto di lavoro", equiparò i vizi che, sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie, erano distinti nella l. 15 luglio 1966, n. 604¹⁸. Nel caso di risoluzione abusiva del rapporto di lavoro, il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, stabilì che il risarcimento del danno al lavoratore licenziato illegittimamente doveva essere accordato in forma specifica, attraverso il ripristino della posizione soggettiva lesa. Ciò costituisce un punto fondamentale per il proseguo del discorso: essendo agevole e possibile, almeno nelle imprese di maggiori dimensioni, rimuovere direttamente gli effetti del pregiudizio arrecato al lavoratore, il legislatore dello Statuto aveva optato per la *restitutio in integrum* in tutti i casi di illegittimità del recesso del datore di lavoro.

Poiché l'ambito di applicazione della tutela reale era limitato alle unità produttive di maggiori dimensioni, la Corte costituzionale tornò nuovamente sull'interpretazione del principio stabilito nelle sentenze

¹⁶ Romagnoli U., *Commento all'art. 18*, in Ghezzi – Mancini – Montuschi – Romagnoli, *Statuto dei lavoratori*, Zanichelli, 1981, p. 84; D'Antona M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, p. 26 s.

¹⁷ Con la sentenza del 29 aprile 1971, n. 86, la Consulta precisò che il differimento del *dies a quo* della prescrizione riguarda solo le prestazioni strettamente riconducibili alla speciale garanzia riservata dall'art. 36 Cost. alla retribuzione. V. Branca G., *op. cit.*, p. 257, per il quale la pronuncia costituisce una "battuta d'arresto".

¹⁸ Romagnoli U., *op. cit.*, p. 87 ss.; Napoli M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980; Pera G., *Art. 18*, in Assanti – Pera (a cura di), *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, 1972.

precedenti, coordinandolo con il nuovo assetto normativo. Con la sentenza del 12 dicembre 1972, n. 174, venne chiarito che la norma statutaria aveva introdotto la garanzia di una vera stabilità nel rapporto di lavoro, perché alla declaratoria di illegittimità del licenziamento seguiva, in ogni caso, la rimozione degli effetti dell'atto illegittimo, attraverso la reintegrazione nel posto di lavoro¹⁹.

Anche le Sezioni Unite, poco dopo, accolsero questa interpretazione²⁰, asserendo che stabili sono quei rapporti la cui risoluzione è “subordinata a circostanze obiettive e predeterminate” e in cui, in sede di sindacato giudiziale, a fronte dell'illegittimità del licenziamento, vi sia la possibilità di rimozione degli effetti²¹.

In conseguenza di questa interpretazione, quindi, per i rapporti soggetti all'ambito di applicazione dell'art. 18, l. n. 300/1970 non vi erano ostacoli alla decorrenza della prescrizione durante lo svolgimento del rapporto di lavoro²².

Questa impostazione giuridica è stata da allora ampiamente e pacificamente condivisa anche dalla dottrina²³, almeno sino a che il regime del licenziamento non ha subito profondi mutamenti sul piano delle conseguenze derivanti dall'accertamento dell'illegittimità del recesso, mettendo, così, in crisi il noto schema basato sulla certezza del rimedio sanzionatorio: o tutela reale, o tutela obbligatoria, *tertium non datur*²⁴.

¹⁹ Punto 3 del Considerato in diritto. V. anche C. Cost., n. 143/1969, *cit.* e C. Cost. n. 86/1971, *cit.*

²⁰ Cass. S. U., 12 aprile 1976, FI, 1976, p. 915-916.

²¹ La “rimozione degli effetti”, consiste non nel solo risarcimento del danno, ma nella reintegrazione nel posto di lavoro, v. Cass., 19 agosto 2011, n. 17399, *DeJure*; Cass., 23 giugno 2003, n. 9968, *Giust. civ. Mass.*, 6, 2003; Cass., 20 giugno 1997, n. 5494, *DeJure*; Cass., 13 settembre 1997, n. 9137, *DeJure*.

²² Con una serie di sentenze del giugno 1979, nn. 40-45, la Corte costituzionale chiarì, infine, che doveva essere il Giudice di merito a stabilire se, sulla base dei criteri enucleati in questo *corpus* di pronunce, il rapporto di lavoro fosse, nel caso concreto, stabile al punto da giustificare il decorso della prescrizione durante il suo svolgimento.

²³ Si registra anche un orientamento che, aderendo alla tesi della fallacia della tutela apprestata dall'art. 18, l. n. 300/1970, in considerazione dell'impossibilità di ottenere l'esecuzione forzata dell'ordine di reintegrazione ai sensi dell'art. 612 c.p.c., negava che tali rapporti di lavoro fossero da considerarsi stabili, v. Trib. Genova, 29 gennaio 1980, n. FI, 1980, I, p. 989. Sul punto, v. Taruffo M., *Problemi di esecutorietà della condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro*, in RTDPC, 1976, p. 789 s., in particolare 801-802. Si tratta, tuttavia, di orientamenti minoritari.

²⁴ Maio V., *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, ADL, 2015, I, p. 551; Albi P., *Il campo di applicazione della nuova disciplina, Diversificazione del sistema rimediale ed effetti sulle garanzie dei diritti*,

La l. n. 92/2012, modificando l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (rubricato, ora, "Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo"), non è formalmente intervenuta sulle causali giustificative del licenziamento, che rimangono invariate nella formulazione dell'art. 3, l. n. 604/1966 e dell'art. 2119 c.c., né sull'ambito di applicazione dell'art. 18. La novella ha invece riguardato l'apparato sanzionatorio del licenziamento illegittimo, laddove l'impianto della norma, caratterizzato dall'equiparazione dei vizi del licenziamento sul piano delle conseguenze, è stato sostituito da un modello a geometria variabile quadripartito²⁵, in cui la conseguenza sanzionatoria è graduata in base alla gravità del vizio dell'atto²⁶.

Poco dopo, il d. lgs. n. 23/2015 ("Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti"²⁷), applicabile a tutti i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, è intervenuto, nuovamente,

in P. Chieco (a cura di), Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92, Cacucci, Bari, 2013, p. 387; Cester C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti individuali: prime riflessioni*, ADL, 2012, p. 562; Speciale V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, RIDL, 3, 2012, p. 535; Schiavone E. C., *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro: diritto vivente e recenti riforme*, in E. Ghera-D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per il licenziamento e la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, p. 232.

²⁵ *Ex multis*, Carinci M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 2012, p. 550; Maresca A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, RIDL, 2, 2012, p. 415; Scognamiglio R., *Commento alla legge 28 giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, RIDL, 4, 2013, p. 783 ss; Amoroso G., *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, RIDL, 3, 2015, p. 327 ss.

²⁶ Così, la tutela reintegratoria c.d. piena spetta nel caso di licenziamento nullo, discriminatorio oppure intimato in forma orale (co. 1); la tutela reintegratoria c.d. attenuata (reintegrazione nel posto di lavoro e risarcimento del danno entro il limite massimo di dodici mensilità della retribuzione globale di fatto, dedotti *aliunde perceptum* e *percipiendum*, ai sensi del co. 4) spetta nelle ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del g.m.s. o della giusta causa per insussistenza del fatto o perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa, nelle ipotesi in cui sia insussistente il fatto posto a base del g.m.o.²⁶, nonché quando il motivo consiste nell'inedoneità fisica o psichica del lavoratore ovvero quando il licenziamento è intimato durante il periodo di comporto (co. 7); la tutela indennitaria c.d. forte (da dodici a ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto) sarà accordata nelle "altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi" del g.m.s., della giusta causa e del g.m.o. (co. 5); nelle ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione, per violazione della procedura di irrogazioni di sanzioni disciplinari o dell'art. 7, l. n. 604/1966 (co. 6), al lavoratore sarà accordata una tutela obbligatoria c.d. debole (da sei a dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto).

²⁷ Nella formulazione originaria del Decreto²⁷, "crescente" era l'importo dell'indennità risarcitoria spettante al lavoratore nel caso di licenziamento illegittimo, in quanto corrispondente al prodotto dell'anzianità lavorativa e degli anni di servizio, sulla base del criterio, poi dichiarato incostituzionale, di monetizzazione del costo di separazione (cd. *firing cost*).

sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, limitando ulteriormente l'ambito di applicazione della tutela reale²⁸.

A seguito di queste modifiche, nella giurisprudenza di merito si è registrato un contrasto sulla decorrenza della prescrizione: accanto all'orientamento maggioritario che, ritenendo venuta meno la stabilità del rapporto, individua il *dies a quo* alla cessazione dello stesso²⁹, si registrano alcune pronunce nel senso opposto, condivise da parte della dottrina³⁰.

Come opportunamente ribadito dalla sentenza in commento³¹, la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto, *id est* la possibilità di far valere il diritto all'adempimento dell'obbligazione retributiva, è

²⁸ La tutela reintegratoria c.d. forte è accordata nel caso di licenziamento nullo, discriminatorio, orale e quando il motivo consiste nella disabilità fisica o psichica del lavoratore (art. 2)²⁸; la tutela reintegratoria c.d. debole (reintegrazione nel posto di lavoro e indennità risarcitoria non superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del t.f.r.) resta per le ipotesi in cui sia "materialmente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore" (art. 3, co. 2); nelle ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del g.m.s. e della giusta causa, quando il licenziamento sia affetto da vizi formali e procedurali (l'art. 7, l. n. 604/1966 non trova più applicazione nel caso di licenziamento dei lavoratori soggetti all'ambito di applicazione del d. lgs. n. 23/2015), nonché nelle ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del g.m.o., la tutela accordata è meramente indennitaria (art. 3, co.1 e art. 4).

La prospettiva adottata è, ancora una volta, quella di analisi economica del diritto, secondo il noto schema della *flexicurity*, il quale prevede che la maggiore flessibilità in entrata ed in uscita nel e dal mercato del lavoro sia bilanciata da una efficiente rete di ammortizzatori sociali e di strumenti per la ricollocazione dei lavoratori in cerca di occupazione, v. Ghera E., *I primi decreti attuativi del Jobs Act 2*, in E. Ghera-D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, p. Con il comma 7 dell'art. 1, lett. b e c, della legge n. 183/2014, il Parlamento aveva delegato il Governo a promuovere, in coerenza con le indicazioni europee e allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro, "il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro, rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti", nonché a prevedere "per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio" l'esclusione, per i licenziamenti economici, della tutela reale posto di lavoro, sostituita da un indennizzo economico "certo e crescente con l'anzianità di servizio, e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato (...)"

²⁹ Trib. Milano, 16 dicembre 2015, n. 3460, Riv. it. dir. lav., 1, 2016, p. 112 ss., con nota adesiva di Nuzzo V., *La prescrizione dei crediti di lavoro e il timore del licenziamento dopo la legge Fornero*; C. App. Torino, 8 gennaio 2019; Trib. Velletri, 4 luglio 2019, est. Falcione; C. App. Milano, 20 febbraio 2020, n. 324, *DeJure*. V. Tursi A., *La prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti di lavoro "destabilizzati"*: note critiche, nota Tribunale Napoli, 12 novembre 2019, n.7343, in DRI, 1, 2022, p. 308 s.

³⁰ Trib. Roma, 21 maggio 2018, n. 4125, *DeJure*; Trib. Torino, 8 gennaio 2020, *Nuovo not. giur.*, 1, 2020, p. 121 ss., con nota di Marche M., *La prescrizione dei crediti da lavoro dipendente dopo la legge Fornero*; Trib. Milano 7 ottobre 2016, n. 2576, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 851; Trib. Napoli, 12 novembre 2019, n. 7343, *DeJure*. In dottrina, v. Maresca A., *op. cit.*, p. 454; Marazza M., *op. cit.*, p. 621; Pacchiana Parravicini G., *Il nuovo art. 18 St. lav.: problemi sostanziali e processuali*, Mass. giur. lav., 2012, p. 751 ss; Id., *La decorrenza della prescrizione e le tutele da licenziamento illegittimo: finché riforma non ci separi?*, RIDL, 2020, I, pp. 272ss; Santoni F., *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, RIDL, 4, 2013, p. 880 ss.

³¹ Punto 5 dei motivi della decisione

subordinato alla definizione di “circostanze obiettive e predeterminate” da cui dipende la risoluzione dello stesso, nonché, come detto, alla possibilità del Giudice di rimuovere gli effetti dell’eventuale illegittima risoluzione³². Alla luce della riforma subita dall’art. 18, l. n. 300/1970 e con la disciplina introdotta dal d. lgs. n. 23/2015, ciò non è più possibile. Un licenziamento illegittimo è, salvo alcuni casi, idoneo a dispiegare i suoi effetti, risolvendo il rapporto di lavoro, mentre “la tutela reintegratoria ha certamente carattere regressivo”³³.

Posta in questi termini la questione, è evidente che è inconferente (come anche affermato nella sentenza che qui si annota³⁴) la critica che fonda l’imprescindibilità della stabilità del rapporto sulla considerazione che il licenziamento ritorsivo (di difficilissima dimostrazione in sede giudiziale) sia ancora passibile di declaratoria di nullità, con conseguente rimozione di tutti gli effetti³⁵. A questo proposito, si noti che anche la c.d. tutela reale di diritto comune trovava già applicazione suppletiva nelle ipotesi di nullità ulteriori rispetto a quelle contemplate nella l. n. 604 e nello Statuto dei lavoratori, a prescindere dalla soglia dimensionale dell’impresa³⁶.

Con la sentenza n. 45/1965, la Consulta aveva già censurato un’interpretazione degli artt. 4 e 35 Cost. come configuranti un diritto fondamentale alla conservazione del posto di lavoro³⁷ e, con la successiva pronuncia n. 46 del 2000, aveva dichiarato ammissibile la proposta di referendum abrogativo dell’art. 18, statuendo che la tutela reintegratoria non è l’unica forma di tutela compatibile con il dettato costituzionale. Con una sentenza recente, la Consulta ha ribadito questi principi e statuito l’adeguatezza della tutela apprestata con il Decreto 23, poiché, fermo il

³² V. anche Cass., 12 dicembre 2017, n. 29774, *Guida dir.*, 2018, p. 60

³³ V. anche punto 7.2. La situazione è immutata nonostante le modifiche all’art. 18, l. n. 300/1970, apportate dalle sentenze della Corte costituzionale n. 59/2021 e 125/2022; “*tali pronunce hanno certamente esteso le ipotesi in cui può essere disposta la reintegrazione, ma non hanno reso quest’ultima la forma ordinaria di tutela contro ogni forma illegittima di risoluzione*”.

³⁴ Punto 8 dei motivi della decisione

³⁵ Punto 8 del Considerato in diritto della sentenza in commento.

³⁶ Tullini P., *La c.d. tutela reale di diritto comune*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali. Piccola impresa e diritto del lavoro*, Utet, 8, 1990, p. 105; D’Antona M., *op. cit.*, p. 21.

³⁷ C. Cost. 26 maggio 1965, n. 54, punto 4 del Considerato in diritto.

limite della necessità di compensare il lavoratore per il danno subito e di dissuadere il datore di lavoro dal compimento di atti illegittimi³⁸ si tratta di scelta rientrante nella discrezionalità del legislatore.

Tuttavia, che il risarcimento in forma specifica e quello per equivalente siano due entità ontologicamente distinte non è opinabile. Le riforme introdotte con la l. n. 92/2012 e in attuazione della legge delega n. 183/2014 sono state ispirate dal dichiarato scopo di ridurre l'ambito di applicazione della tutela reale. Il legislatore, quindi, ha compiuto (legittimamente, secondo la Corte costituzionale) una scelta che è di segno opposto rispetto a quella della stabilità, come interpretata dalla Corte costituzionale e come ricavabile dai generali principi del diritto civile, atteso che la monetizzazione è un'entità diversa dalla ricostituzione della posizione giuridica lesa³⁹. In questo senso, costituisce una forzatura affermare che, poiché la tutela è adeguata, allora il rapporto di lavoro è stabile. È appena il caso di notare che una tutela inadeguata contro il licenziamento illegittimo non potrebbe trovare posto nell'ordinamento (proprio come è stato per il meccanismo di calcolo automatico dell'indennità). Pertanto, l'adeguatezza della tutela non può certo fungere da parametro, in quanto, contrariamente, ogni rapporto dovrebbe considerarsi stabile solo perché adeguatamente tutelato. Da questa notazione si coglie l'eterogeneità dei due concetti dell'adeguatezza della tutela e della stabilità del rapporto. Proprio in ragione di tale diversità, né la Corte costituzionale, né la Cassazione hanno mai fondato, ai fini dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione, la stabilità del rapporto sull'adeguatezza della tutela.

Come opportunamente affermato dalla Cassazione⁴⁰, i rapporti di lavoro soggetti all'applicazione della disciplina dell'art. 18, l. n. 300/1970 (e, tanto meno, quelli rientranti nell'ambito di applicazione del d. lgs. 23/2015), non sono assistiti da stabilità, poiché la scelta tra la tutela reale e la tutela

³⁸ C. Cost., 26 settembre 2018, n. 194, punto 12.2 del Considerato in diritto.

³⁹ V. C. Cost., n. 59/2021, punto 10.1 del Considerato in diritto

⁴⁰ Punto 6 dei motivi della decisione

meramente obbligatoria è rimessa, con giudizio necessariamente *ex post*, all'apprezzamento del giudice nel caso concreto. Da ciò discende l'impossibilità, per il lavoratore, di sapere, durante lo svolgimento del rapporto, quale sarà il rimedio accordatogli in caso di licenziamento, di cui pure sia accertata l'illegittimità, equiparando la sua posizione a quella di un lavoratore soggetto alla tutela meramente indennitaria⁴¹.

Senza sminuire la gravità dell'atto di licenziamento, inoltre, come già evidenziato da alcuni Autori⁴², si ritiene che ad instillare *metus* nel lavoratore contribuisca anche la possibilità di subire trasferimenti, demansionamenti, o altri atti che, pur essendo legittima esplicazione dello *ius variandi* e del potere di controllo del datore di lavoro, costituiscono atti che comunque incidono sulla dimensione personale del lavoratore⁴³. I decreti attuativi della legge delega n. 183/2014, oltre ad avere relegato la reintegrazione ad ipotesi ancora più limitate, hanno, infatti, anche modificato la disciplina dell'art. 2103 c.c. e dell'art. 4, l. n. 300/1970, prestando il fianco a ritorsioni datoriali "più sottili e mimetiche, ma non meno avvilenti del licenziamento"⁴⁴.

4. Le prescrizioni presuntive

La sentenza in commento contiene soltanto un breve accenno al tema relativo alle prescrizioni presuntive, limitandosi, infatti, ad affermare che le previsioni degli articoli 2955, n. 2, e 2956, n. 1, c.c. devono essere interpretate alla luce dell'elaborazione della giurisprudenza

⁴¹ V. Maio, *op. cit.*, p. 556

⁴² Mazzotta O., *op. cit.*, p. 23; Marche M., *op. cit.*, p. 141; Nuzzo, *op. cit.*, p. 116

⁴³ V. Maio, *op. cit.*, p. 563-564.

⁴⁴ L'espressione è di Meucci M., *La prescrizione dei crediti retributivi dopo le leggi limitative della cd. stabilità reale (Fornero e Jobs Act)*, LDE, Lavoro Diritti Europa, 2, 2020, p. 6. V. Maio, *op. cit.*, p. 553 e 557. Si tratta dei decreti attuativi n. 81/2015, art. 3, che ha modificato l'art. 2013 c.c. e del d. lgs. n. 151/2015, art. 23, che ha modificato l'art. 4, l. n. 300/1970, sugli impianti audiovisivi e gli altri strumenti di controllo a distanza del lavoratore, v. Speciale V., *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP CSDLLE – Massimo D'Antona.IT, n. 233/2014, p. 35.

Condivisibile la critica di Mazzotta O., *Prescrizione*, *cit.*, p. 151, secondo il quale non è dirimente, ai fini dell'enucleazione dell'essenza della stabilità, che il lavoratore licenziato possa contare su un efficiente sistema di ammortizzatori sociali e di ricollocamento.

costituzionale⁴⁵. Invero, il tema merita approfondimento, in quanto, a parere di chi scrive, la tenuta dell'intero sistema delineato a partire dalla sentenza C. cost. 63/1966 passa anche attraverso il chiarimento sull'operatività delle prescrizioni presuntive nell'ambito dei rapporti di lavoro.

Le prescrizioni presuntive costituiscono, infatti, un istituto peculiare, destinato ad operare nella dimensione del processo, atteso che il decorso del tempo non influisce sull'esistenza del diritto, ma determina soltanto conseguenze sul regime probatorio⁴⁶. Al di fuori dell'ipotesi prevista dall'art. 2959 c.c., qualora il datore di lavoro sia convenuto in giudizio per il pagamento di spettanze non corrisposte ed eccepisca la prescrizione presuntiva, il lavoratore avrebbe, come unica possibilità di dimostrare che l'obbligazione retributiva non è stata estinta, solo il deferimento del giuramento decisorio (art. 2960 c.c.).

In dottrina è stata avanzata l'ipotesi che l'istituto non potrebbe più operare, in considerazione delle formalità documentali previste per il rapporto di lavoro, che escludono, evidentemente, la ricorrenza di una presunzione di pagamento⁴⁷.

Sul punto si è registrato un contrasto anche nella giurisprudenza di legittimità. L'orientamento maggioritario esclude l'operatività della prescrizione presuntiva qualora l'obbligazione nasca da un contratto avente forma scritta e quando sia stato pattuito il differimento e il frazionamento del credito⁴⁸. Altre pronunce, valorizzando il dato letterale

⁴⁵ Punto 4 della decisione.

⁴⁶ Le prescrizioni presuntive rispondono all'esigenza di garantire speditezza in alcuni rapporti obbligatori che non nascono da titolo scritto e che, di norma, si estinguono senza dilazione con l'adempimento, senza il rilascio di una quietanza. Per questi particolari rapporti, l'ordinamento solleva il debitore dall'onere di una prova che, quando deve essere fornita a distanza di tempo dalla nascita dell'obbligazione, può risultare gravosa. L'effetto dell'eccezione di prescrizione presuntiva si traduce, infatti, in un'inversione dell'onere probatorio a favore della parte in vantaggio della quale è posta. Si tratta di una presunzione legale, che ammette la prova contraria, ma con una importante limitazione ai mezzi di prova.

⁴⁷ Stanzani G., *Prescrizione e rapporto di lavoro*, RTDPC, 1967, p. 1129; Maresca A., *op. cit.*, p. 195 s.

⁴⁸ 23 marzo 1977, n. 1137, *FI*, 1977, I, p. 1096; Cass., 6 luglio 2016, n. 13792, *DeJure*; Cass. civ., 4 luglio 2012, n. 11145, *Giust. civ. Mass.*, 7-8, 2012, p. 878; Cass. civ., 7 aprile 2006, n. 8200, *DeJure*; Cass. civ., 03 febbraio 1995, n. 1304, *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 282; Cass. civ., 30 aprile 2018, n. 10379, *DeJure*. In dottrina, v. Miranda B., *Le prescrizioni presuntive nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 2001, p. 17; Maresca A., *op. cit.*, p. 200; Bigliuzzi Geri L., *op. cit.*, p. 377.

delle disposizioni e la giurisprudenza costituzionale sul punto, ritengono, invece, che l'istituto sia pienamente operante⁴⁹.

A chi scrive sembra che siamo dinnanzi ad un caso in cui la normativa codicistica mal si concilia con la legislazione speciale emanata dopo l'entrata in vigore del Codice civile. In particolare, con la l. n. 4 del 5 gennaio 1953, il legislatore ha previsto che il datore di lavoro sia obbligato a consegnare al lavoratore, contestualmente alla corresponsione della retribuzione, un prospetto paga scritto (artt. 1 e 3)⁵⁰. Questa disposizione sottrae, evidentemente, il rapporto di lavoro al novero di quei rapporti obbligatori della vita quotidiana ad adempimento immediato ed informale, che hanno ispirato il legislatore delle prescrizioni presuntive.

A tale rilievo di per sé dirimente, se ne aggiungono ulteriori ove si consideri proprio la dimensione processuale dell'istituto sopra evidenziata. Come affermato dalla sentenza n. 57 del 1962 della Corte costituzionale, la presunzione di prescrizione non si sostanzia in una diminuzione della tutela processuale del credito, perché si limita ad imporre al creditore di sollecitare l'adempimento dell'obbligazione entro un termine certo⁵¹.

L'impossibilità di predicare una diminuzione della tutela processuale del credito vale, a maggior ragione, nell'ambito del rapporto di lavoro, ove si consideri, in primo luogo, che il datore di lavoro potrebbe sempre dimostrare l'avvenuto adempimento della prestazione oggetto della propria obbligazione depositando in giudizio le prove documentali richieste dalla l. n. 4/1953.

⁴⁹ Cass. 18 febbraio 1991, n. 1703, Giust. civ. mass., 2, 1991, e Cass. civ., 3 ottobre 1998, n. 9825, con nota di Vallauri M. L., *Sull'ambito di applicabilità delle prescrizioni presuntive*, RIDL, 2, 1999, p. 683. Il riferimento è, naturalmente, alla sentenza n. 63/1966, nonché a Corte cost., 14 giugno 1962, n. 57, su cui v. *infra*. V. anche Orengo A., *Le prescrizioni presuntive e i crediti dei prestatori di lavoro*, Giuffrè, 1966, p. 29.

⁵⁰ Centofanti S., *op. cit.*, p. 173 s. V. la tesi di Margiotta S., *Sull'applicabilità o no della prescrizione presuntiva del diritto alla retribuzione dopo la legge di bilancio per il 2018*, RGL, 1, 2022, p. 24 ss., in particolare p. 30.

⁵¹ "Il legislatore avrebbe potuto stabilire che, decorso quel termine, il diritto non possa più farsi valere; in tal caso avrebbe ridotto a prescrizione ordinaria o a presunzione assoluta d'estinzione quella che ora è una mera prescrizione presuntiva [...] Se non lo ha fatto, è proprio per dare una qualche possibilità di esazione del credito anche decorso quel termine [...] Il legislatore ha stabilito che il decorso del termine non dia luogo né a una presunzione relativa, superabile con qualunque mezzo di prova, né a una presunzione assoluta", punto 3 del Considerato in diritto.

In secondo luogo, va valorizzata anche in quest'ambito la disposizione di cui all'art. 421, co. 2, c.p.c., che, nel consentire al giudice di disporre d'ufficio l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche al di fuori dei limiti stabiliti dal Codice civile, abilita comunque il Giudicante all'acquisizione di evidenze che consentano di provare l'adempimento.

L'ordinamento, quindi, offre al datore di lavoro debitore adeguati strumenti di tutela che rendono persino superfluo il ricorso alle prescrizioni presuntive nel rito del lavoro. Al contempo, in tal modo, si evita che i principi affermati dalla Corte costituzionale possano vanificarsi per il tramite di un istituto che non può attagliarsi ai rapporti di lavoro.