

RIVISTA ITALIANA  
PER LE  
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

12  

---

2021



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

**Direttore:** Mario Caravale

**Direzione e redazione:** Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

**Comitato direttivo:** Oliviero Diliberto - Luisa Avitabile - Valeria De Bonis - Enrico del Prato Nicola Boccella - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Laura Moscati Cesare Pinelli - Paolo Ridola

**Comitato scientifico:** Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger<sup>†</sup> (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Jane C. Ginsburg (New York) Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) - Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) - Jerome H. Reichman (Durham) Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

**Redazione:** Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

**Amministrazione:** JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia  
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) - email: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

**Abbonamento:** € 35,00

**Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: [www.jovene.it](http://www.jovene.it).

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

**Direttore responsabile:** Mario Caravale

**ISSN 0390-6760**

**Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.**

Stampato in Italia Printed in Italy

# INDICE

## PROLUSIONI

- 3 PAOLO RIDOLA  
*Gorla, Tocqueville e la comparazione*
- 35 GINO GORLA  
*Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Tocqueville*

## SAGGI

- 61 GUIDO ALPA  
*Prefazione a "Il manganello, la cultura e la giustizia" di P. Calamandrei*
- 65 PIERO CALAMANDREI  
*Il manganello, la cultura e la giustizia*
- 107 LAURA MOSCATI  
*Hommage à Gian Savino Pene Vidari*
- 113 LEONARDO SACCO  
*Arturo Carlo Jemolo e la genesi dell'Istituto e della Biblioteca di Diritto pubblico nella Facoltà giuridica della Città universitaria di Roma*

## INCONTRO DI STUDIO SU DIRITTI E TEMPO

- 183 ENRICO DEL PRATO  
*Introduzione*
- 189 GUIDO ALPA  
*Il calcolo del tempo e le regole del diritto*
- 207 LUISA AVITABILE  
*Tempo e certezza nel diritto*
- 221 MARIO CARAVALLE  
*Lex semper loquitur*

- 303 ANTONIO FIORELLA  
*L'utile e il giusto nella valutazione del tempo della prescrizione del reato nel diritto penale*
- 311 MARCO D'ALBERTI  
*La durata dei diritti nei confronti della pubblica amministrazione: quando poco, quando troppo*
- 317 LAURA MOSCATI  
*La durata nel diritto d'autore*
- 333 ANTONIO VALITUTTI  
*Prescrizione e decadenza: i confini concreti*
- 351 ARTURO MARESCA  
*Sulla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi*
- 367 MASSIMO CONFORTINI  
*Pactum de non petendo e prescrizione*
- 379 MIRZIA BIANCA  
*Prescrizione e diritti potestativi. Riflessioni attuali sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*
- 399 FABRIZIO CRISCUOLO  
*Tempo, inerzia e disponibilità del diritto*
- 411 LUCA DI DONNA  
*Sulla retroattività della condizione*
- 435 ENNIO CICCONE  
*Interruzione della prescrizione e garanzia per i vizi nella vendita*
- 465 FRANCO MODUGNO  
*Presentazione del volume Pluralità degli ordinamenti giuridici e Costituzione repubblicana (D. Martire, Jovene, 2020)*

# INCONTRO DI STUDIO SU DIRITTI E TEMPO\*

\* Incontro di studio tenutosi il 5 novembre 2021 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche della Sapienza Università di Roma.

## Sulla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi

---

Arturo Maresca

SOMMARIO: 1. I consolidati orientamenti giurisprudenziali prima delle modifiche al regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. – 2. Superamento e inutilizzabilità dell'alternativa (un tempo risolutiva) tra stabilità reale o obbligatoria. – 3. L'art. 2948, n. 4 nel sistema delle fonti. – 4. L'interpretazione adeguatrice dell'art. 2948, n. 4 quanto al suo ambito di applicazione. – 5. La correlazione a geometria variabile tra tutele del licenziamento e decorso della prescrizione: l'inerzia indotta dal timore del licenziamento. – 6. Legittimità e adeguatezza costituzionale delle tutele in materia di licenziamento: riflessi sul decorso della prescrizione.

### 1. *I consolidati orientamenti giurisprudenziali prima delle modifiche al regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*

La prescrizione dei crediti del lavoratore è argomento che oggi – ancor più che in passato – mette in forte imbarazzo i giuslavoristi che non riescono a rispondere univocamente alla domanda, essenziale ed apparentemente elementare, se la prescrizione dei crediti retributivi decorre nel corso del rapporto di lavoro.

Non è necessario aggiungere altro per evidenziare l'incertezza sia dei lavoratori in ordine agli effetti estintivi prodotti dall'inerzia sui crediti di cui si ritengono titolari sia dei datori di lavoro che, potendo essere chiamati in giudizio a rispondere di tali crediti, vorrebbero sapere fino a quando devono conservare le prove documentali utili per la loro difesa. Una situazione che, a prescindere da ogni altra valutazione, si palesa incompatibile con la funzione tipica della prescrizione di garantire la certezza delle situazioni giuridiche.

Com'è noto la questione trae origine dalla sentenza della Corte costituzionale 10 giugno 1966, n. 63 che, nel regime di licenziamento *ad nutum* dell'art. 2118 cod. civ., dichiarò “*la illegittimità costituzionale degli artt. 2948 n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, del Codice civile limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro*”. Incostituzionalità affermata, come si legge nella motivazione, perché “*vi sono ... ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto ... per timore del licenziamento; cosicché la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di*

*lavoro, produce proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione”.*

È altrettanto noto che, successivamente alla declaratoria di incostituzionalità del 1966, l'art. 2948, n. 4 cod. civ. è stato oggetto di numerose *riletture* da parte della stessa Corte costituzionale, della giurisprudenza di legittimità e di merito.

Al riguardo ed in rapida e sommaria sintesi, si può ricordare che, dapprima, è stato rilevato che la prescrizione (all'epoca biennale) della retribuzione dei dipendenti pubblici decorre anche in costanza del rapporto di lavoro per *“la particolare forza di resistenza che caratterizza il rapporto di pubblico impiego ... data da una disciplina che normalmente assicura la stabilità del rapporto, o dalle garanzie di rimedi giurisdizionali contro l'illegittima risoluzione di esso, le quali escludono che il timore del licenziamento possa indurre l'impiegato a rinunziare ai propri diritti”* (Corte cost., 20 novembre 1969, n. 143).

Successivamente – e questa volta con specifico riferimento al rapporto di lavoro privato – la Corte costituzionale (sentenza 12 dicembre 1972, n. 174) veniva chiamata a risolvere *“il quesito se per effetto di tali innovazioni legislative [n.d.r. l. 15 luglio 1966, n. 604 e l'art. 18, l. 20 maggio 1970, 300] non sia venuto meno, per i rapporti regolati dalle norme ricordate, il fondamento giuridico su cui poggiava la parziale invalidazione stabilita con la sentenza n. 63 del 1966”*. Quesito che la Corte risolveva utilizzando il principio, già enunciato con riferimento al lavoro pubblico, per il quale il differimento della prescrizione alla cessazione del rapporto di lavoro *“non dovesse trovare applicazione tutte le volte che il rapporto di lavoro subordinato sia caratterizzato da una particolare forza di resistenza quale deriva da una disciplina che assicura normalmente la stabilità del rapporto e fornisca le garanzie di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione”*. Una stabilità la cui sussistenza venne allora ricondotta dalla Corte all’*“applicabilità delle due serie di disposizioni menzionate, di cui la seconda deve considerarsi necessaria integrazione della prima, dato 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”*.

Queste conclusioni suscitarono un vivace dibattito in dottrina e in giurisprudenza tra chi riteneva che l'interprete, non potendo modificare il dato testuale dell'art. 2948, n. 4 cod. civ. (nella formulazione emendata dalla Corte con la sentenza del 1966), avrebbe dovuto sempre computare il termine iniziale di decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dalla cessazione del rapporto di lavoro. E chi, invece, affermava che il differimento della decorrenza della prescrizione, rispetto a quanto previsto in via generale dall'art. 2935 cod. civ., avrebbe dovuto operare ed essere circoscritto soltanto ai rapporti di lavoro nei quali il timore del licenziamento impedisce al dipendente di esercitare i propri diritti causandone così l'estinzione per prescrizione.

Per comporre questo contrasto interpretativo fu necessario l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione (12 aprile 1976, n. 1268) che, muovendo dall'affermazione che la decorrenza della prescrizione estintiva dei crediti retributivi *“non è unica per qualsiasi rapporto di lavoro ma dipende ... dal grado di stabilità del rapporto stesso”*, affermò il principio per cui si deve *“ritenere stabile ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, sia regolato da una disciplina la quale sul piano sostanziale subordina 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”*. Una stabilità del rapporto di lavoro che, sempre secondo le Sezioni Unite, *“per la generalità dei casi, coincide oggi con l'ambito di operatività della legge 20.5.1970 n. 300 (dati gli effetti attribuiti dall'art. 18 all'ordine di riassunzione, ben più incisivi di quelli previsti dall'articolo 8 della legge 15 luglio 1966 n. 604 sui licenziamenti individuali)”*.

Una coincidenza, quindi, che le Sezioni unite, affermano ad *“oggi”*, ciò in base ad una valutazione riferita alle norme vigenti al momento in cui si sono pronunciate (1976), aggiungendo peraltro con una precisazione lungimirante che la stabilità può *“anche realizzarsi ogni qualvolta siano applicabili le norme del pubblico impiego o leggi speciali o specifiche pattuizioni che danno al prestatore d'opera una tutela di pari intensità”*.

Questa interpretazione si è poi consolidata dando vita ad una uniforme applicazione della decorrenza della prescrizione dei crediti



retributivi che, nell'ambito della disciplina del licenziamento all'epoca vigente, distingueva nettamente tra *stabilità reale* (garantita dall'art. 18, l. n. 300/1970), e *stabilità obbligatoria* (l. n. 604/1966), ritenendo che solo nel primo caso tale decorrenza potesse avvenire in pendenza del rapporto di lavoro.

Un principio pacifico fintantoché è rimasto in vigore il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo che è stato sostituito dalle note modifiche dell'art. 18, l. n. 300/1970 intervenute, prima, con la l. 28 giugno 2012, n. 92 e, poi, con il d.lgs., 4 marzo 2015, n. 23 recante le *tutele crescenti* che hanno abrogato l'art. 18 per tutti i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015.

## 2. *Superamento e inutilizzabilità dell'alternativa (un tempo risolutiva) tra stabilità reale o obbligatoria*

Queste radicali modifiche dei rimedi al licenziamento illegittimo hanno sollevato le incertezze segnalate in apertura sul termine iniziale di decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi; tema che adesso deve essere affrontato nel tentativo di fornire qualche risposta al riguardo.

Una risposta che, come accennato, non può essere sbrigativa e superficialmente data limitandosi a constatare, in premessa, che le attuali tutele del lavoratore illegittimamente licenziato non garantiscono più la stabilità reale prevista dal testo originario dell'art. 18, per concludere, poi e in base a questo solo riscontro, che la prescrizione decorre sempre dalla cessazione del rapporto di lavoro in applicazione dell'art. 2948, n. 4 cod. civ., così come interpretato dalle Sezioni Unite nel 1976 (con la più volte citata sentenza n. 1268).

Infatti, questa interpretazione prendeva ovviamente in considerazione le norme all'epoca (nel 1976) vigenti e, quindi, se è scontata l'affermazione che la stabilità reale dell'art. 18 (nel testo originario) oggi non opera più, è altrettanto pacifica la conclusione che il vigente sistema dei rimedi esperibili dal lavoratore illegittimamente licenziato non è sicuramente equiparabile alla stabilità meramente obbligatoria che, a stare sempre all'interpretazione dell'art. 2948, n. 4 cod. civ. fatta propria dalle Sezioni Unite del 1976, comportava il differimento della decorrenza della prescrizione alla cessazione del rapporto di lavoro.

Quindi la dicotomia stabilità obbligatoria e reale, non più presente nella normativa vigente, non può essere evocata quale criterio utilizzabile per decidere oggi se la prescrizione decorra o meno in costanza del rapporto di lavoro.

### 3. *L'art. 2948, n. 4 nel sistema delle fonti*

I termini della questione così come ora ricostruiti possono essere ulteriormente rappresentati sul piano normativo muovendo dall'individuazione della disposizione che l'interprete deve applicare, cioè l'art. 2948, n. 4 cod. civ. nel testo modificato a seguito della dichiaratoria di incostituzionalità del 1966.

Con la precisazione che l'interpretazione dell'art. 2948, n. 4 cod. civ. deve tener conto anche delle indicazioni contenute nella motivazione della sentenza del 1966 che concorre con il suo dispositivo a definire la regola da applicare alla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi.

Invece, si palesa infondata la tesi che l'art. 2948, n. 4 cod. civ. debba intendersi integrato dalle argomentazioni rinvenibili nelle motivazioni delle sentenze della Corte costituzionale successive a quella del 1966.

Un'affermazione quest'ultima con la quale si vorrebbe accreditare l'esistenza di una norma emersa nel *diritto vivente* e generata dal coacervo tra la disposizione emendata nel 1966 e gli *aggiustamenti* prodotti dalla stessa Corte nelle sentenze successive. Con il risultato, sempre derivante da questa non condivisibile ricostruzione, di incorporare all'interno dell'art. 2948, n. 4 cod. civ. una condizione (la stabilità reale del rapporto di lavoro dell'art. 18 nel testo originario) che non era stata posta dalla Corte costituzionale a fondamento della pronuncia del 1966 e che, invece, si vorrebbe fosse determinante (anche oggi) per consentire il decorso della prescrizione dei crediti retributivi nel corso del rapporto di lavoro. Con l'effetto di rendere irreversibile la correlazione tra stabilità reale e *dies a quo* di decorrenza dalla prescrizione, seppure a fronte dei successivi mutamenti della disciplina del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo.

Si tratta, però, di una ricostruzione confutabile anche volendo limitare il ragionamento a due soli argomenti difficilmente contestabili.

La sentenza della Corte costituzionale del 1966 ovviamente non conosceva la stabilità reale dell'art. 18 e, quindi, non poteva assu-

merla come presupposto necessario per consentire o negare la decorrenza della prescrizione in costanza del rapporto di lavoro.

È pur vero che la sentenza del 1966 delimita il proprio ambito applicativo al rapporto di lavoro privato, quale “*rapporto non dotato di quella resistenza, che caratterizza invece il rapporto d’impiego pubblico*”, ma tale “*resistenza*” quanto alle sue caratteristiche non veniva precisata nella sentenza e non coincide né viene fatta coincidere con la stabilità reale dell’art. 18.

Peraltro, si deve ricordare che, già prima della l. n. 604/1966 e quindi all’epoca della sentenza del 1966, la stabilità ben poteva essere garantita nel rapporto di lavoro privato (e quando ciò avveniva il datore di lavoro era esonerato dal versamento del contributo per la disoccupazione). Tanto è vero che l’art. 1, l. n. 604/1966 ne precisava l’ambito di applicazione laddove “*la stabilità non sia assicurata da norme di legge, di regolamento e di contratto collettivo o individuale*”. Ovviamente questa stabilità, preesistente alla l. 604 e coeva alla sentenza del 1966, non era certamente quella *reale* dell’art. 18 che si caratterizzava sul piano rimediabile per i suoi effetti restitutori e non per equivalente.

Il secondo argomento è quello ripetutamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale che esclude che la Corte costituzionale abbia il potere di intervenire sulle proprie decisioni di accoglimento con un’interpretazione autentica o con una modifica delle stesse.

La Corte costituzionale (v., tra le numerose decisioni in tal senso, le sentenze 1° giugno 1979, n. 40 e 10 febbraio 1981, n. 13) chiamata ad esprimersi su questo punto proprio con riferimento alle questioni sollevate dalla prescrizione dei crediti retributivi ha rilevato che “*non spetta alla Corte, tra i cui provvedimenti necessariamente tipici non si annovera né può annoverarsi l’accertamento del contenuto di precedenti sue sentenze, una sorta cioè di provvedimento di secondo grado, del quale oggetto immediato non è la disposizione o il gruppo di norme impugnati, ma altra sua sentenza*” (n. 40/1979). Con la conseguenza che “*il rapporto tra la disciplina normativa, modificata da sentenza di accoglimento della Corte medesima, e la disciplina successivamente adottata con legge o atto avente forza di legge (a loro volta non sospettati d’incostituzionalità) dà vita a vicende di parziale o totale abrogazione tacita, competente a conoscere delle quali è il giudice ordinario, non la Corte costituzionale per adire la quale sarebbe*

*d'uopo muovere dalla premessa, per la verità inconsistente, che la sentenza di accoglimento della Corte attribuisca alla norma, parzialmente annullata, autorità superiore al vigore proprio delle leggi ordinarie e degli atti aventi forza di legge ordinaria” (n. 13/1981).*

4. *L'interpretazione adguatrice dell'art. 2948, n. 4 quanto al suo ambito di applicazione*

Quanto appena detto consente di dare per scontata la soluzione di un primo problema – ormai superato, ma un tempo, come già ricordato, oggetto di vivaci discussioni sopite soltanto a seguito della sentenza delle Sezioni Unite del 1976 – ammettendo la possibilità di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 2948, n. 4 cod. civ., anziché la sua cristallizzazione nel testo emendato dalla pronuncia d'incostituzionalità del 1966 che escludeva *tout court* che “*la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro*”.

Quindi, l'operazione che oggi deve essere portata avanti in sede interpretativa è del tutto analoga, quanto a modalità e finalità, a quella realizzata nel 1976 dalle Sezioni Unite della Cassazione che presero atto dello *ius superveniens* (all'epoca la l. n. 604/1966 e l'art. 18, l. n. 300/1970) rispetto alla declaratoria di incostituzionalità del 1966, affermando che la prescrizione dei crediti retributivi “*non è unica per qualsiasi rapporto di lavoro ma dipende ... dal grado di stabilità del rapporto stesso*”. Con l'effetto di ridisegnare l'ambito applicativo dell'art. 2948, n. 4 cod. civ. in relazione alla garanzia riconosciuta al lavoratore di esercitare i propri diritti senza timore di essere per questo licenziato.

Muovendo da una prospettiva ricostruttiva più ampia si può, forse, dire che l'esito interpretativo dell'orientamento giurisprudenziale consolidatosi dopo l'intervento delle Sezioni Unite del 1976 è quello di aver disancorato il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro dalla norma (l'art. 2948, n. 4 cod. civ.) che ne stabilisce il termine breve (quinquennale) di prescrizione, riportandolo alla regola generale dell'art. 2935 cod. civ. sulla “*decorrenza della prescrizione*”. Come se, per dirla in altri modi, la Corte costituzionale nel 1966 avesse creato per tutti i rapporti di lavoro (privati) un'eccezione alla regola generale della decorrenza della prescrizione (art. 2935 cod. civ.), inserendola però all'interno della norma (ap-

punto l'art. 2948, n. 4 cod. civ.) che stabilisce il termine breve di prescrizione dei crediti retributivi.

Un'eccezione esclusa dalla Sezioni Unite nel 1976 per i rapporti di lavoro garantiti dalla stabilità reale (dell'art. 18) sul presupposto, valutato in base alle norme all'epoca vigenti, che in questo caso il lavoratore non “*può essere indotto a non esercitare il proprio diritto ... per timore del licenziamento*” (come si legge nella sentenza del 1966), con la conseguente applicazione della regola generale dell'art. 2935 cod. civ..

Appare, quindi, chiaro che oggi la corretta impostazione del tema della decorrenza della prescrizione deve, per un verso, muovere dalla correlazione tra la tutela del lavoratore in materia di licenziamento ed il decorso della prescrizione su cui la Corte costituzionale ha fondato nel 1966 la declaratoria di illegittimità dell'art. 2948, n. 4 cod. civ., ma che, per altro verso, tale correlazione non può essere cristallizzata con riferimento ad un determinato momento storico – quello dell'incostituzionalità pronunciata nel 1966 nella quale affonda le sue radici, ma neppure quello della sentenza del 1976 che ne ha proposto la *prima* rilettura –, ma deve essere applicata tenendo conto della sua indiscutibile dinamicità che impone all'interprete di attualizzarla in base alle variazioni che, di tempo in tempo, si registrano nella tutela dettata dal legislatore in materia di licenziamento.

Si potrebbe sintetizzare il concetto dicendo che può mutare il parametro di riferimento per la verifica da effettuare che, però, resta quella di stabilire se il lavoratore, secondo la legislazione di volta in volta vigente, fruisce di una tutela in materia di licenziamento sufficiente ad escludere che possa “*essere indotto a non esercitare il proprio diritto ... per timore del licenziamento*” (come precisa la sentenza del 1966).

##### 5. *La correlazione a geometria variabile tra tutele del licenziamento e decorso della prescrizione: l'inerzia indotta dal timore del licenziamento*

Quanto fin qui accennato rende evidente che la questione che oggi si pone riguarda l'interpretazione adeguatrice dell'art. 2948, n. 4 cod. civ. e non già la riconsiderazione della sua legittimità costituzionale. Sarà, quindi, la Cassazione a doversi pronunciare, nell'eser-

cizio della funzione nomofilattica che le compete, sul *dies a quo* di decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro.

Ciò non esclude l'eventualità che, dopo la pronuncia della Cassazione e quale che sia l'esito, qualche giudice di merito dissenziente possa decidere di sollevare, come è avvenuto in altre recenti occasioni, la questione di costituzionalità dell'art. 2948, n. 4 cod. civ., considerando questa norma (nell'interpretazione che darà la Cassazione) parte del *diritto vivente* e, come tale, sindacabile quanto alla sua legittimità costituzionale.

Venendo adesso all'interpretazione adeguatrice si tratta di capire se la correlazione tra decorso della prescrizione e tutela del licenziamento posta a fondamento della declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 2948, n. 4 cod. civ. riguarda il timore del licenziamento indotto dal generico *metus* del dipendente nei confronti del datore di lavoro oppure quello causato, più specificamente, dall'iniziativa assunta dal lavoratore di esercitare i propri diritti.

Nel primo caso si tratta della ben nota situazione psicologica del lavoratore che presta la sua attività in una posizione di soggezione rispetto al datore di lavoro non solo per i poteri di cui quest'ultimo è titolare e che incidono sulla sfera personale del primo, ma anche per la dipendenza dal lavoro e dal reddito necessari per consentire al lavoratore ed alla sua famiglia di condurre "*un'esistenza libera e dignitosa*". Non c'è dubbio, infatti, che la perdita del lavoro provocata dal licenziamento costituisce una preoccupazione sempre incombente per il lavoratore che, per converso, è rassicurato dalla durata a tempo indeterminato del rapporto di lavoro rispetto alla reiterazione di contratti temporanei. In questo caso il timore del licenziamento può anche prescindere dalla sua illegittimità, in quanto anche se fosse legittimo (ad esempio perché collegato a ragioni oggettive dell'impresa) determinerebbe pur sempre la perdita del lavoro e la difficoltà ben nota di chi è disoccupato a ricollocarsi nel mercato del lavoro. Si deve aggiungere che il licenziamento non è l'unico timore che può condizionare lo svolgimento del rapporto di lavoro nel quale si esplica la personalità del lavoratore e che si colora – come qualsiasi relazione umana – di aspirazioni, timori, soddisfazioni, frustrazioni ecc. Infatti, anche vicende del rapporto di lavoro del tutto legittime, come un trasferimento, un mutamento di mansioni, una promozione (o una mancata promozione), un premio o un aumento della retribu-

zione (accordato o negato), possono condizionare (reprimendole oppure sollecitandole) le valutazioni del dipendente quanto all'esercizio dei diritti di cui si ritiene (a ragione o a torto) titolare.

Il secondo caso è ben diverso da quello ora sommariamente descritto. Infatti, il timore del licenziamento assume rilievo quale possibile reazione ritorsiva del datore di lavoro nei confronti del dipendente che abbia esercitato i propri diritti e, quindi, può causare la sua inerzia.

In estrema sintesi il tratto che differenzia le due casistiche riguarda la rilevanza che la situazione di timore del licenziamento può assumere: o quella generica ed indeterminata che pervade lo svolgimento del rapporto di lavoro oppure quella specifica per il nesso che collega tale timore alla decisione del lavoratore di esercitare il proprio diritto.

Fino a quando è stata applicata (sempre e comunque) la reintegrazione nel posto di lavoro dell'art. 18, l. n. 300/1970 (nel testo originario) – dal licenziamento ritorsivo a quello affetto da un vizio meramente procedurale – non è emersa la necessità di riflettere sulle articolazioni e differenziazioni che connotano il timore del licenziamento e le ricadute sul decorso della prescrizione (anche laddove potevano assumere rilievo, come nelle aziende con meno di 16 dipendenti), mentre oggi questa riflessione deve essere approfondita a seguito della differenziazione del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo.

Si tratta allora di passare dalle descrizioni generali fin qui accennate alla puntuale verifica della situazione di timore del licenziamento che incide sul decorso della prescrizione secondo quanto ebbe a ritenere la sentenza della Corte costituzionale del 1966.

Infatti tale verifica non può essere effettuata dall'interprete in base alle proprie valutazioni, ma deve essere ricondotta alla *fonte* e, quindi, ancorata alla norma sulla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi (l'art. 2948, n. 4 cod. civ.) per stabilire il presupposto della declaratoria d'incostituzionalità individuato nella sentenza del 1966 e non certo nelle sentenze successive che si sono pronunziate non già sulla legittimità costituzionale dell'art. 2948, n. 4 cod. civ., bensì sull'adeguamento del *dictum* del 1966 allo *ius superveniens*.

La motivazione della sentenza del 1966 muove dall'affermazione della prescrittibilità dei crediti retributivi, in quanto “la garanzia co-

*stituzionale d'un diritto non vieta, di per sé, che esso si estingua per il decorso del tempo: la tutela costituzionale dà al diritto soggettivo una forza maggiore di quella che gli deriverebbe dalla legge ordinaria; ma non lo rende necessariamente perpetuo poiché, se alla base della prescrizione sta un'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, questa tocca di regola qualunque diritto, compresi quelli costituzionalmente garantiti".* Affermata la prescrittibilità dei credi retributivi, la Corte individua la rilevanza della questione di costituzionalità nella decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto di lavoro per *"il timore del recesso, cioè del licenziamento, [che] spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti"*. L'accostamento che si legge nella sentenza del 1966 dell'inerzia del lavoratore alla rinuncia *"implicita"* (volendo prescindere dalla sua dubbia fondatezza) viene utilizzato dalla Corte per evidenziare che la protezione costituzionale dei crediti retributivi non ne ammette la rinuncia in costanza del rapporto di lavoro (anche in questo caso si prescinde dalla dubbia fondatezza dell'affermazione), mentre *"il termine prescrizionale decorre fatalmente anche durante il rapporto di lavoro poiché non vi sono ostacoli giuridici che impediscano di farvi valere il diritto al salario"*. Ma conclude la Corte, individuando in questo l'illegittimità costituzionale dell'art. 2948, n. 4 cod. civ., *"vi sono tuttavia ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciare, cioè per timore del licenziamento"*. Con la conseguenza che *"entro questi limiti la questione è fondata: il precetto costituzionale, pur ammettendo la prescrizione del diritto al salario, non ne consente il decorso finché permane quel rapporto di lavoro durante il quale essa maschera spesso una rinuncia"*.

Appare, quindi, corretto affermare che l'incostituzionalità dell'art. 2948, n. 4 cod. civ. venne individuata e rimossa dalla Corte nel 1966 non già sul presupposto di un generico timore del licenziamento, bensì per gli effetti causati da questo timore sul *"lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto"*.

Questa conclusione non sembra possa essere revocata in dubbio obiettando che nella sentenza del 1966 la Corte costituzionale non richiamava specificamente il licenziamento ritorsivo la cui nullità per motivo illecito anche allora (cioè nel 1966) avrebbe potuto essere fatta valere *ex art. 1418, co. 2, cod. civ.* Infatti, nel regime di recesso



*ad nutum* (dell'art. 2118 cod. civ.) coevo alla pronuncia della Corte il richiamo selettivo al licenziamento ritorsivo non avrebbe avuto alcun senso, in quanto il recesso del datore di lavoro poteva avvenire senza alcuna formalità e motivazione. Conta invece il punto sostanziale evidenziato nella sentenza del 1966, cioè il motivo che può indurre all'inerzia il lavoratore essendo esposto al rischio di licenziamento per aver esercitato i propri diritti.

Dando seguito alle considerazioni fin qui svolte si deve ricordare che il licenziamento ritorsivo per motivo illecito è oggi sanzionato per la generalità dei dipendenti con la reintegrazione nel posto di lavoro sia dall'art. 18, l. n. 300/1970 (nel testo oggi vigente) sia dall'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 23/2015.

Quindi la prescrizione dei crediti retributivi può decorrere oggi in costanza del rapporto di lavoro in quanto l'applicabilità della reintegrazione al licenziamento ritorsivo costituisce una protezione idonea a neutralizzare il timore del lavoratore di essere licenziato per aver esercitato i propri diritti e non giustifica la sua inerzia.

Non sembra, infine, convincente l'obiezione fondata sulle indubbe difficoltà di prova del motivo illecito (unico e determinate) che gravano sul lavoratore per accedere alla tutela reintegratoria prevista nel caso del licenziamento ritorsivo. Non si tratta, infatti, di una preclusione, ma di una mera difficoltà valutabile preminentemente sul piano processuale. Ma se questo tipo di valutazioni dovesse prevalere allora si potrebbe evocare, per fare qualche esempio, le difficoltà del datore di lavoro di assolvere all'onere probatorio in materia di ripescaggio nel giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sul piano empirico si potrebbe osservare che nel passaggio dal vecchio al nuovo regime sanzionatorio (sia dell'art. 18, sia delle tutele crescenti) il numero dei licenziamenti statisticamente non ha subito variazioni, a dimostrazione della capacità del sistema vigente di tutelare efficacemente i lavoratori nel caso di licenziamento.

#### 6. *Legittimità e adeguatezza costituzionale delle tutele in materia di licenziamento: riflessi sul decorso della prescrizione*

Questa prima conclusione deve essere completata ed integrata con una valutazione riferita al vigente sistema dei rimedi utilizzabili dal lavoratore illegittimamente licenziato nella sua correlazione con la decorrenza della prescrizione.

In questa prospettiva si deve ulteriormente approfondire l'interpretazione adeguatrice dell'art. 2948, n. 4 cod. civ., muovendo dalla scontata considerazione che certamente la sentenza del 1966, per le ragioni in precedenza esposte, non collegava il decorso della prescrizione alla stabilità reale del rapporto di lavoro, bensì alla sua “resistenza”, posta in correlazione al “*timore del recesso, cioè del licenziamento*” causa dell'inerzia del lavoratore.

Si tratta allora di verificare se l'attuale regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo è idoneo a garantire quella “resistenza”. Una verifica già effettuata nel 1976 dalle Sezioni Unite che presero atto dello *ius* all'epoca *superveniens* (la l. n. 604/1966 e l'art. 18, l. n. 300/1970) ritenendo che la resistenza “*per la generalità dei casi, coincide oggi con l'ambito di operatività della legge 20.5.1970 n. 300*”, cioè con la stabilità reale, ma aggiungendo con lungimiranza che tale situazione può “*anche realizzarsi ogniqualvolta siano applicabili le norme del pubblico impiego o leggi speciali o specifiche pattuizioni che danno al prestatore d'opera una tutela di pari intensità*”.

La ricognizione del dato normativo relativo alla “resistenza” del rapporto di lavoro oggi garantita in materia di licenziamento può essere incentrata sulle tutele crescenti previste dal d.lgs. n. 23/2015 che, nei limiti della prospettiva esaminata in questa sede della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi, possono assorbire e ricomprendere le più favorevoli disposizioni contenute nell'art. 18, l. n. 300/1979.

Questa ricognizione può essere semplificata, avvalendosi e seguendo il filo conduttore svolto dalla Corte costituzionale nella sentenza 26 settembre 2018, n. 194 che, com'è noto, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della disciplina delle tutele crescenti.

In questa sentenza la Corte ha messo in evidenza “*l'irragionevolezza del rimedio previsto dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015*” che “*assume, in realtà, un rilievo ancor maggiore alla luce del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35 Cost.), per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana*”. Sulla base di questa premessa la Corte ha ulteriormente rilevato che “*il «diritto al lavoro» (art. 4, primo comma, Cost.) e la «tutela» del lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, Cost.) comportano la garanzia dell'esercizio nei luoghi*

*di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti*". Un'affermazione che, con riferimento alla decorrenza della prescrizione, riceve una puntuale risposta dalla Corte laddove ricorda che *"il nesso che lega queste sfere di diritti della persona, quando si intenda procedere a licenziamenti, emerge ... nella sentenza n. 63 del 1966, là dove si afferma che «il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti» (punto 3. del Considerato in diritto)"*.

Si può, quindi, ritenere che la rimozione del vizio di costituzionalità dell'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015 viene perseguita dalla Corte in modo tale da ripristinare il necessario raccordo tra le tutele del dipendente illegittimamente licenziato e le fondamentali garanzie costituzionali di tutela del lavoro (artt. 1, 3, 4 e 35) e ciò anche avendo presente, proprio ed espressamente quel timore del licenziamento che *"spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti"* (come si legge nella motivazione della sentenza del 2018 che, non a caso, riproduce il passaggio contenuto in quella del 1966).

Muovendo dalle considerazioni fin qui delineate si può affermare che, dopo la pronuncia di incostituzionalità del 2018 e avendo riguardo ai presidi da essa ristabiliti quanto ai rimedi esperibili dal lavoratore illegittimamente licenziato, il timore del licenziamento non costituisce un *vulnus* all'esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti e ciò vale anche con riferimento al decorso della prescrizione dei crediti retributivi.

Nel solco di quanto ora accennato, si deve ulteriormente considerare che la Corte costituzionale con la sentenza n. 194/2018 è intervenuta sui criteri di determinazione dell'indennità dovuta al lavoratore illegittimamente licenziato anche per conformarla alle funzioni che deve imprescindibilmente assolvere affinché possa, come si legge in motivazione, *"costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo e un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente (quarto dei profili di violazione dell'art. 3 Cost. prospettati dal rimettente)"*.

Ciò significa che l'applicazione delle tutele crescenti – dopo la correzione apportata dalla Corte costituzionale – è divenuta idonea sia a ristorare adeguatamente il dipendente del pregiudizio subito a

causa del licenziamento illegittimo sia a dissuadere il datore di lavoro dal porre in essere il licenziamento non essendo più predeterminabile la misura dell'indennità, con il conseguente rischio per quest'ultimo di subire una condanna quantificata dal giudice fino a raggiungere il ragguardevole importo di 36 mensilità.

In conclusione, le attuali tutele in materia di licenziamento non possono essere comparate con la stabilità reale dell'art. 18 per rimarcare il ridimensionamento, ma devono essere necessariamente valutate quanto all'adeguatezza della protezione garantita al lavoratore illegittimamente licenziato in correlazione con l'inerzia dello stesso lavoratore e la conseguente decorrenza della prescrizione.

Insomma, la domanda che l'interprete si deve porre per risolvere la questione della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi è se la Corte costituzionale nel 1966 avrebbe o meno dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 2948, n. 4 cod. civ. avendo come punto di riferimento la complessiva disciplina in materia di oggi vigente.

A questa domanda darei una risposta negativa confortato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che ha fin qui confermato (pur emendandola parzialmente) la legittimità della vigente disciplina dei rimedi al licenziamento illegittimo.

Infatti, questa legittimità non avrebbe potuto essere affermata dalla Corte (come emerge esplicitamente dalla sentenza del 2018) se la tutela accordata dal legislatore non fosse stata ritenuta idonea ad escludere quel timore del licenziamento che può impedire al lavoratore di esercitare i propri diritti.

### *Abstracts*

Dopo le modifiche al regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo (prima la l. 28 giugno 2012, n. 92 e, poi, il d.lgs., 4 marzo 2015, n. 23), il tema della decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro torna ad essere un problema irrisolto del diritto del lavoro con notevoli conseguenze sistematiche ed applicative. La soluzione non può essere affidata all'alternativa tra la stabilità reale o obbligatoria che oggi non è più presente nell'ordinamento, ma deve essere ricercata nell'art. 2948, n. 4 così come emendato dalla Corte costituzionale nel 1966 per verificare quale protezione in materia di licen-

ziamento sia sufficiente ad escludere che l'inerzia del lavoratore nell'esercizio dei propri diritti possa essere determinata dal timore del licenziamento.

After the amendments to the sanction regime of unlawful dismissal (first, Law June 28, 2012, n. 92; then, Legislative Decree, March 4, 2015, n. 23), the issue of the commencement of the limitation period of employment claims becomes an unsolved problem of labour law again which has significant systematic and applicative consequences. The solution cannot be entrusted to the alternative between real or compulsory stability, which is no longer present in the system today. The solution must be sought in Article 2948, no. 4 as amended by the Constitutional Court in 1966 to verify what protection in the matter of dismissal can be sufficient to exclude that the worker's inertia in the exercise of his or her rights might be determined by fear of dismissal.