

IPSOA il Lavoro nella giurisprudenza

Mensile di giurisprudenza e dottrina

ISSN 1591-4178 - ANNO XXX - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI)

12/2022

▶ edicolaprofessionale.com/lavgiur

**Decorrenza della prescrizione:
la Cassazione “de-stabilizza” il rapporto di lavoro**

**Licenziamento per superamento del periodo
di comporto per i disabili**

**Risarcimento del danno
per contratto a termine illegittimo nella P.A.**

***Gli Speciali - Supplemento digitale*
Trent'anni di diritto del lavoro**

DIREZIONE SCIENTIFICA

Franco Carinci
Michele Miscione
Marina Brollo
Valeria Fili

COMITATO DI REDAZIONE

Stefano Maria Corso
Carmela Garofalo
Pierluigi Rausei
Anna Zilli

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA. SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



Una posizione che sarebbe opportuno rimeditare anche con riferimento a tale specifico profilo, in considerazione degli esiti di deflagrazione del contenzioso che la decisione in questione prefigura e della

conseguente incertezza che induce sul complessivo assetto dei rapporti economici tra impresa e lavoro. Il completo rovesciamento della logica sottesa al *Jobs Act* è ormai nei fatti.

Sulla decorrenza della prescrizione: c'era una volta la stabilità di Federico Maria Putaturo Donati, Professore associato di diritto del lavoro, Università degli Studi di Napoli Federico II (*)

Il contributo esamina le regole che presidono il decorso della prescrizione dei crediti di lavoro dipendente, come riscritte alla luce del diritto vivente formatosi a seguito del mutato quadro normativo in punto di tutela contro i licenziamenti illegittimi.

The contribution examines the rules governing the prescription of employee credits, as rewritten in the light of the living right formed following the changed regulatory framework in terms of protection against illegitimate dismissals.

Premessa

La estinzione del diritto per prescrizione, ai sensi dell'art. 2934, comma 1, c.c., realizza l'interesse privato alla liberazione dal vincolo obbligatorio, eliminando lo stato di incertezza che consegue alla inerzia da parte del titolare (1).

Ciò vale anche per i diritti scaturenti dal rapporto di lavoro (2), tra cui, ex art. 2948, n. 4, c.c., "tutto ciò che deve pagarsi al lavoratore con periodicità annuale o in termini più brevi", ovvero non solo gli emolumenti corrisposti in funzione dell'esercizio dell'attività lavorativa, ma anche gli importi che, pur senza trovare riscontro in una precisa ed eseguita prestazione, costituiscono adempimento di obbligazioni pecuniarie imposte al datore di lavoro da leggi o

da convenzioni nel corso del rapporto ed hanno origine e titolo nello stesso (3).

Sul doppio regime di decorrenza della prescrizione

In particolare, i crediti da lavoro dipendente sono soggetti a prescrizione quinquennale, il cui decorso è diversamente apprezzato in ragione del regime di stabilità o meno che connota il rapporto.

Tanto alla stregua di quanto affermato dalla Consulta all'atto della dichiarazione di incostituzionalità, tra l'altro, dell'art. 2948, n. 4, c.c., limitatamente alla parte che consente che la prescrizione prenda inizio dal momento in cui il diritto a ogni singola prestazione salariale possa essere fatto valere

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Più in generale, P. Vitucci, *La prescrizione - Art. 2934-2940*, I, Milano, 1990; nonché P. Vitucci - F. Roselli, *La prescrizione - Art. 2934-2940*, I, II ed., Milano, 2012, entrambi nel commentario, prima diretto da P. Shlesinger, e poi da D. Busnelli, e G. Del Signore, *Contributo alla teoria della prescrizione*, Padova, 2004.

(2) Su cui per tutti, A. Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, 11, per il quale, alla stregua della decadenza, il cui impedimento è subordinato all'espletamento di un'attività rigidamente predeterminata (art. 2966, comma 1, c.c.), per aversi prescrizione sono necessari, oltre al decorso del tempo, il mancato compimento di uno degli atti interruttivi elencati nell'art. 2943 c.c., o, analogamente, che non sia intervenuto il riconoscimento del diritto da parte del soggetto passivo (art. 2944 c.c.). Cui, adde, M. Novella, *Prescrizione e decadenza*, in M. Marazza (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da F. Carinci - M. Persiani, IV, II, Padova, 2012, 1990 ss.

(3) Per tutti, Cass. Civ. 7 luglio 2020, n. 14047, per cui se il nesso di corresponsività esistente tra l'obbligazione di prestare la propria

attività lavorativa e quella relativa alla retribuzione assume una connotazione particolare, in quanto deve tenersi conto della implicazione della persona del lavoratore nell'adempimento dell'obbligazione di lavorare e della funzione che la retribuzione assolve quale mezzo di sostentamento del lavoratore e della sua famiglia, ne deriva che la retribuzione non costituisce solo il corrispettivo della effettiva prestazione di lavoro, ma, piuttosto, dell'impegno complessivo e personale assunto da chi si obbliga a lavorare alle dipendenze e nell'interesse altrui, rientrando nel relativo concetto anche una indennità che ne faccia le veci, anche in situazioni nelle quali non vi sia adempimento dell'obbligazione di lavorare, come ad esempio nel caso di malattia, infortunio, gravidanza, puerperio; ma già Cons. Stato, Sez. VI, 19 agosto 2009, n. 4970, per cui restano escluse solo le erogazioni originate da causa autonoma (come: rimborso spese, risarcimento dei danni da obblighi contrattuali inadempiti, mere liberalità, ecc.) e salve le eccezioni specificamente previste, secondo la preventiva valutazione del legislatore.

(art. 2935 c.c.), atteso che il lavoratore può essere indotto a rinunciare al suo esercizio, con pregiudizio dell'art. 36 Cost., per timore del licenziamento qualora il rapporto non sia dotato di quella resistenza che è propria del pubblico impiego (4), giusta la previsione di rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione (5), o non sia assistito da garanzie equivalenti, e cioè tali da fare seguire, all'annullamento del recesso e a prescindere dalla motivazione addotta a fondamento, il completo ripristino della posizione giuridica preesistente fatta cessare (6).

In questi termini, la stabilità, quale discrimine tra prescrittibilità immediata o differita del diritto alla retribuzione (7), è da riconoscere ogniquale volta il rapporto, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, sia regolato da una disciplina la quale, sul piano sostanziale, subordini la legittimità e l'efficacia del licenziamento alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, dimandi al Giudice il sindacato e il potere di rimuovere gli effetti attraverso un ordine di reintegrazione nel posto di lavoro; il che, se per la generalità dei casi coincide con l'ambito di operatività dell'art. 18, L. n. 300 del 1970, originaria formulazione, comportante la riassunzione e il risarcimento in misura piena del danno, al contempo, può trovare realizzazione ove siano applicabili le norme del pubblico impiego o leggi speciali o specifiche pattuizioni che diano al prestatore una tutela di pari intensità (8).

Si tratta di un requisito dirimente, la cui sussistenza, che è onere datoriale provare (9), va accertata con riferimento al concreto atteggiarsi del rapporto stesso e alla configurazione che di esso danno le parti nell'attualità del suo divenire, e non già alla stregua del diverso regime garantista che avrebbe dovuto in astratto applicarsi.

Ciò spiega perché non sia configurabile il decorso della prescrizione a fronte di una pluralità di contratti a termine illegittimi successivamente convertiti in uno a tempo indeterminato (10) o ancor più qualora sussistano riserve in ordine alla qualificazione del tipo contrattuale (11) o, sotto altro profilo, con riguardo alla consistenza dell'organico aziendale (dovendosi escludere il ricorso al criterio della media occupazionale) (12).

Sulla permanenza o meno della stabilità reale del rapporto

L'arresto in punto di non decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto solo se lo stesso non sia assistito da stabilità sconta alcuni profili di incertezza a seguito della revisione della disciplina applicabile in caso di licenziamento illegittimo recata dalla L. n. 92 del 2012, e ancor più dal D.Lgs. n. 23 del 2015. È indubbio che la riforma Fornero abbia frammentato il regime originariamente previsto dall'art. 18, L. n. 300 del 1970, introducendo delle tutele diversamente graduate in ragione della tipologia di vizio inficiante il recesso, nel cui ambito la reintegrazione,

(4) Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63 di censura anche degli artt. 2948, n. 5, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, c.c.

(5) Corte cost. 20 novembre 1969, n. 143, per cui l'illegittimità costituzionale degli artt. 2948, nn. 4 e 5, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, c.c. dichiarata con sentenza Corte cost. n. 69 del 1966, non si estende ai rapporti di pubblico impiego, quand'anche di carattere temporaneo, siano essi intercorrenti con lo Stato o con altri enti pubblici; nonché, Corte cost. 29 aprile 1971, n. 86.

(6) Corte cost. 5 dicembre 1972, n. 174.

(7) In tal senso, E. Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte di Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 17, per il quale non può prescindere dal rilievo per cui la Consulta, mentre nella sentenza n. 63 del 1966 aveva fatto derivare la rilettura costituzionalmente orientata delle norme codicistiche in tema di prescrizione dalla posizione soggettiva del lavoratore, quale espressione di inferiorità sociale coincidente con la stessa subordinazione contrattuale, nondimeno, nella sentenza Corte cost. n. 174 del 1972 incentra il nucleo essenziale delle ragioni giustificatrici del differimento della decorrenza della prescrizione nella sussistenza della stabilità del rapporto di lavoro.

(8) In questi termini, Cass. Civ., SS.UU., 12 aprile 1976, n. 1268; cui, *adde*, Cass. Civ., SS.UU., 29 gennaio 2001, n. 380.

(9) Per tutti, Cass. Civ. 16 maggio 2012, n. 7640; ma già Cass. Civ. 24 luglio 2002, n. 10861; Cass. Civ. 28 giugno 1988, n. 4383.

(10) In tal senso, Cass. Civ. 19 aprile 1991, n. 4220, per cui la condizione di *metus* deve essere valutata con riferimento alla serie di contratti a termine durante la quale il lavoratore non ha

mai la certezza della continuazione della serie stessa; cui, *adde*, Cass. Civ. 13 agosto 1997, n. 7565; Cass. Civ. 3 ottobre 2000, n. 13122; Cass. Civ. 17 marzo 2001, n. 3869. *Contra*, per i rapporti a termine del settore pubblico, nel senso della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto in caso di illegittimità del termine, Cass. Civ., SS.UU., 16 gennaio 2003, n. 575; Cass. Civ. 28 maggio 2020, n. 10219.

(11) Nel senso che la prescrizione dei crediti del lavoratore non decorre in costanza di un rapporto di lavoro formalmente autonomo, del quale sia stata successivamente riconosciuta la natura subordinata con garanzia di stabilità reale in relazione alle caratteristiche del datore di lavoro, giacché, in tal caso, il rapporto è, nel suo concreto atteggiarsi, di natura subordinata e, cionondimeno, restando formalmente autonomo, non è immediatamente garantito, non essendo possibile, in caso di recesso datoriale, la diretta applicabilità della disciplina garantista, che potrebbe derivare solo dal futuro (ed eventuale) riconoscimento della natura subordinata del rapporto, Cass. Civ. 13 ottobre 2022, n. 29981; ma già Cass. Civ. 22 settembre 2017, n. 22172; Cass. Civ. 4 giugno 2014, n. 12553; Cass. Civ., SS.UU., 28 marzo 2012, n. 4942.

(12) Cass. Civ. 4 giugno 2014, n. 12553; ma già Cass. Civ. 13 dicembre 2004, n. 23227; Cass. Civ. 8 novembre 1995, n. 11615. In dottrina, *amplius*, G. Pera, *Prescrizione (diritto del lavoro)*, in *Giust. civ.*, 1991, II, 323; 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, 430.

se trova una collocazione residuale, essendo prevista anche una soluzione esclusivamente indennitaria, non consente di neutralizzare in via preventiva il rischio di una perdita economica, stante, in ipotesi di annullabilità del licenziamento, la sua sommatoria a un risarcimento del danno forfetizzato di entità determinabile *ope iudicis* entro un limite massimo prefissato (13).

Ciò renderebbe ragione di una mutata condizione di stabilità, non più in grado di scongiurare la effettiva esistenza di una situazione psicologica di *metus*, pur a fronte della tutela apprestata avverso il recesso ritorsivo, posto che l'onere della prova gravante sul lavoratore è estremamente gravoso (14). Tanto nella consapevolezza che la sanzione da applicare, poiché non prescinde dalla causale del licenziamento, troverebbe una definizione certa non più *ex ante*, ovvero nel momento in cui potrebbe essere fatto valere il diritto, ma *ex post*, ovvero esclusivamente all'esito dell'accertamento in sede giudiziale, costituente,

peraltro, mera possibilità, perché necessariamente connesso alla eventuale impugnazione da parte del lavoratore (15).

L'esegesi è giammai univoca (16), dal momento che alla stessa si oppone *sia* la idoneità della indennità risarcitoria a neutralizzare qualsivoglia condizionamento, specie tenuto conto dell'ammissibilità della reintegrazione in caso di insussistenza del fatto posto a base del recesso (17); *sia* la perdurante sanzionabilità del recesso ritorsivo con ordine di reintegra e tutela risarcitoria piena, riconosciuta, peraltro, al di là dalle dimensioni dell'organico aziendale (18); *sia ancora* la preordinazione delle molteplici e componibili forme di protezione del lavoro subordinato a realizzare un regime giuridico compensativo comunque più penetrante rispetto a quello meno stringente che è proprio della tutela obbligatoria (19).

Di contro, alcun modello di resistenza sembra connotare il rapporto dalla introduzione della disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato e a tutele crescenti (20).

(13) Sulla segmentazione delle tutele avverso i licenziamenti illegittimi propria della L. n. 92 del 2012, *ex multis*, A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 415 ss.; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 612 ss.; F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 287 ss.; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 3 ss.

(14) Trib. Milano 8 settembre 2022, n. 1990, in *Bollettino Adapt*; Trib. Bari 9 dicembre 2021, n. 3599; Trib. Milano 31 marzo 2021, n. 1631; App. Milano 25 ottobre 2021, n. 1352, tutte in *DeJure*; App. Milano 30 aprile 2019, n. 376, in *Wikilabour*; App. Firenze 4 marzo 2019, n. 285, inedita; Trib. Roma 24 gennaio 2019, in *Wikilabour*; Trib. Firenze 16 gennaio 2018, n. 25, in *Wikilabour*; Trib. Bergamo 14 luglio 2017, n. 585, in *Wikilabour*; Trib. Milano 29 giugno 2017, in *Bollettino Adapt*; Trib. Torino 25 giugno 2016, n. 1021, in *Bollettino Adapt*; Trib. Milano 16 dicembre 2015, n. 3460, in questa *Rivista*, 2016, 295.

(15) In tal senso, *ex plurimis*, S. Mainardi, *Prescrizione dei crediti retributivi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in *Giur. it.*, 2013, 884; S. Ciucciuvino, *La prescrizione dei diritti nel rapporto di lavoro*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Milano, 2014, 1569; V. Maio, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 553-556; P. Pozzaglia, *Il decorso della prescrizione dei crediti retributivi dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 757; E.C. Schiavone, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro: 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. Commento ai decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, Bari, 2015, 231-235; C. Romeo, *Prescrizione dei crediti di lavoro: profili problematici*, in questa *Rivista*, 2016, 116. Da ultimo, *etiam*, nel senso che l'art. 18, L. n. 300 del 1970, nuovo testo, non sia in grado di assicurare un grado di "stabilità adeguata" del rapporto nei termini statuiti dalla Corte costituzionale, con la conseguenza di negare la decorrenza della prescrizione dal momento in cui il diritto possa essere fatto valere, O. Mazzotta,

Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: un dibattito antico, in *Labor*, 2022, 141 ss.; cui, *adde*, E. Balletti, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Giur. it.*, 2022, in corso di pubblicazione.

(16) Per la resilienza della stabilità reale pur a fronte delle modifiche dell'art. 18, L. n. 300 del 1970, Trib. Torino 8 gennaio 2020, in *Nuovo not. giur.*, 2020, I, 121; Trib. Napoli 12 novembre 2019, n. 7343, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, 269 ss.; App. Brescia 18 dicembre 2018, n. 441 e Trib. Roma 21 maggio 2018, n. 4125, in *DeJure*; Trib. Milano 7 ottobre 2016, n. 2576, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 851; Trib. Milano 7 agosto 2016, n. 2576, in *Bollettino Adapt*.

(17) *Amplius*, A. Maresca, *op. cit.*, 454. Similmente, M. Marazza, *op. cit.*, 621.

(18) In tal senso, G. Pacchiana Parravicini, *Il nuovo art. 18 St. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012, 752-753, per la quale la generalizzazione della sanzionabilità con la speciale tutela lavoristica dei licenziamenti più strettamente connessi con il *metus*, e, ancor più, la circostanza che *ex art. 18*, comma 1, L. n. 300 del 1970, nuovo testo, il motivo illecito non debba essere esclusivo, consentono di affermare la decorrenza generalizzata della prescrizione per tutti i rapporti di lavoro a prescindere dai requisiti dimensionali. Cui, *adde*, R. De Luca Tamajo, *Il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *Labor*, 2022, 2, 153 ss.

(19) Su cui articolatamente F. Santoni, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la l. n. 92/2012*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 897-898, per il quale, se è impensabile paragonare l'attuale contesto economico e sociale con quello che, a suo tempo, nel finire degli anni sessanta, aveva contraddistinto gli arresti della Corte costituzionale in materia di prescrizione dei crediti retributivi, segnatamente "caratterizzato da una pesante disoccupazione strutturale e dalla diffusa elusione dei minimi salariali", al contempo, non può sottacersi come il sistema rimediabile *ex art. 18*, L. n. 300 del 1970, già prima della L. n. 92 del 2012, fosse tale da prevedere forme di tutela per equivalente idonee alla rimozione di tutti gli effetti del licenziamento (quale la possibilità, a seguito delle modifiche di cui alla L. n. 108 del 1990 di optare, in luogo della reintegrazione, per un indennizzo economico), senza che per questo il decorso della prescrizione fosse differito alla cessazione del rapporto.

(20) Per tutti, V. Maio, *op. cit.*, 557-558.

Questa ultima, infatti, radicalizza e accentua, ancor più, la condizione di precarietà, dal momento che, se garantisce il ripristino dello *status quo ante* in caso di licenziamento nullo, inefficace o discriminatorio, di fatto limita l'accessibilità alla reintegrazione alla sola ipotesi in cui il datore di lavoro, che non integri il requisito occupazionale di una piccola impresa, abbia intimato un recesso disciplinare non sorretto da un fatto realmente verificatosi (21).

In questi termini, la L. n. 92 del 2012 e il D.Lgs. n. 23 del 2015, nell'accrescere il timore del licenziamento in ragione di una elisione della tutela reale, lascerebbero presagire che la prescrizione dei crediti da lavoro dipendente decorra soltanto a rapporto cessato, salvo che quest'ultimo sia di lavoro pubblico (22), come tale non soggetto all'applicabilità *vuoi* dell'art. 18, L. n. 300 del 1970, nuovo testo, perché norma inconciliabile con il dato specifico, imperativo e autosufficiente di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001 (23), *vuoi* del regime introdotto dal *Jobs Act* (24).

Sulla rilevanza del modello di resistenza utile ai fini della certezza del diritto

Le riserve quanto alla non decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi nel mutato quadro normativo trovano conferma all'atto dell'affermazione del principio per cui il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quand'anche instaurato con datore che sia in possesso dei requisiti dimensionali prescritti ex art. 18, commi 8 e 9, L. n. 300 del 1970, non è assistito da un regime di stabilità, mancando, per effetto della L. n. 92 del 2012 e del D.Lgs. n. 23 del 2015, dei presupposti di predeterminazione certa

delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata; con la conseguenza che, per tutti i diritti che avrebbero potuto essere fatti valere al momento di entrata in vigore della riforma Fornero, la prescrizione decorre, ex artt. 2948, n. 4 e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto (25).

L'arresto muove dalla premessa per cui il criterio di individuazione del *dies a quo* deve soddisfare una esigenza di conoscibilità chiara e predeterminata, occorrendo che risulti fin dal momento di instaurazione del rapporto, non potendo il suo accertamento essere affidato, di volta in volta, a un giudizio necessariamente *ex post*, pena una massima incertezza del diritto con pregiudizio degli interessi propri - largamente convergenti - delle parti.

In questi termini, solo il modello di resistenza che deriva dall'automatica sanzionabilità di ogni forma illegittima di risoluzione con la reintegrazione e il risarcimento del danno in misura stimabile con certezza (pari al periodo di maturazione dalla data del licenziamento a quella della effettiva ripresa del servizio dell'ultima retribuzione globale di fatto), così come accade per i lavoratori pubblici e come era nel vigore del testo dell'art. 18, L. n. 300 del 1970, originaria formulazione, realizza una oggettiva preconnessione delle regole che presidono all'esercizio dei diritti, cui è da collegare l'assenza di *metus* per la sorte del rapporto ove, pendente il suo corso, sia fatto valere un credito di lavoro.

Di contro, un'altrettanta adeguata stabilità non pare essere assicurata dalla riforma Fornero e dal *Jobs Act*, non essendo dubbio che le modifiche abbiano comportato il passaggio ad un'applicazione selettiva di tutele, anche esclusivamente indennitarie, in esito

(21) Sulla marginalizzazione ancora più evidente della reintegrazione per effetto del D.Lgs. n. 23 del 2015, e sull'elevamento della tutela economica a regola di sistema, con evidente sbilanciamento a favore del datore di lavoro, ex multis, E. Gragnoli, *Il licenziamento individuale per riduzione di personale e le novità normative*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 1062 ss.; C. Pisani, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 97 ss.; F. Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 252/2015, 1 ss.

(22) In tal senso, P. Pozzaglia, *op. cit.*, 757; C. Romeo, *op. cit.*, 116-117.

(23) Muovendo da una interpretazione letterale dell'art. 1, commi 7 e 8, L. n. 92 del 2012, laddove è prevista una graduale armonizzazione della disciplina introdotta dalla riforma Fornero al lavoro pubblico, a eccezione delle norme che siano espressamente riferite allo stesso, ex plurimis, F. Carinci, *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, I, 257; C. Romeo, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, 720; P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 152; C. Cester, *Lavoro pubblico e licenziamento illegittimo davanti alla Corte di*

Cassazione, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 383; A. Vallebona, *Licenziamento dei dipendenti pubblici: tutela reale e indennitaria*, in *Mass. Giur. lav.*, 2016, 143. Ugualmente, Cass. Civ. 6 ottobre 2017, n. 23424; ma già, Cass. Civ. 8 ottobre 2016, n. 20056; Cass. Civ. 26 gennaio 2016, n. 83.

(24) Nel senso della ricorrenza di elementi tali da fare propendere per una circoscrizione della disciplina del contratto a tutele crescenti al solo ambito privato, come a esempio il richiamo alla categoria legale dei quadri o alla disciplina dei licenziamenti per motivi economici, ovvero, sotto altro profilo, la sua potenziale contrarietà ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici ex art. 97 Cost., oltre che alla speciale disciplina sui licenziamenti economici ex artt. 33-34, D.Lgs. n. 165 del 2001, ex multis, A. Boscati, *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 1036; A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 223; S. Mainardi, *Il campo di applicazione del d. lgs. n. 23/2015. Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2015, I, 39; A. Tampieri, *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il Jobs Act*, Torino, 2015, 86 ss.; C. Romeo, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 299.

(25) Cass. Civ. 6 settembre 2022, n. 26246.

alla qualificazione *ope iudicis* della fattispecie di recesso, suscettibile, peraltro, di essere difforme rispetto alla domanda.

Ciò senza considerare che la reintegrazione abbia oramai un carattere recessivo, come evincibile dalle dichiarazioni di incostituzionalità dell'art. 18, comma 7, L. n. 300 del 1970, nuovo testo (26), e dell'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23 del 2015 (27), in forza delle quali, se la stessa non è stata preservata in termini di esclusività, al contempo, cede il passo al risarcimento quale legittimo ed efficace rimedio a protezione del lavoratore nelle ipotesi di illegittimità del licenziamento.

Né, sotto altro profilo, costituisce garanzia sufficiente il mantenimento della misura ripristinatoria in caso di recesso ritorsivo, ipotizzabile ove mai fossero avanzate rivendicazioni retributive pendente il rapporto di lavoro, posto che il regime di stabilità è destinato a trovare applicazione non già aprioristicamente, ma solo all'esito dell'accertamento giudiziale della ricorrenza di un motivo illecito determinate *ex art.* 1345 c.c.

Sulla portata del nuovo diritto vivente

La soluzione accolta, giammai peregrina (28), conforma - ne avrebbe potuto fare altrimenti - l'art. 2948, n. 4, c.c., nel testo risultante a seguito della censura della Consulta e alla luce della interpretazione evolutiva che ne è seguita, a una disciplina dei rapporti di lavoro più flessibilmente modulata in ordine alle tutele previste, a seconda delle varie ipotesi di licenziamento.

La stessa alimenta alcune considerazioni e non solo perché destinata a rendere estremamente difficile la gestione del rapporto di lavoro, anche in termini di documentazione e prova dei diversi momenti in cui lo stesso dovesse snodarsi nel tempo (29).

Primo rilievo. Posto che l'arresto ha implicazioni in relazione alle prestazioni salariali latamente intese, diviene sicuramente rilevante stabilire il titolo per il quale sia dovuta una determinata posta, anticipando che il lavoratore avrà interesse alla qualificazione della stessa come retributiva e non più risarcitoria per effetto della non decorrenza del termine prescrizionale.

Seconda obiezione involge l'azzeramento della prescrizione al momento della entrata in vigore della riforma Fornero, potendo, di contro, argomentarsi che i periodi o le frazioni della stessa, il cui termine complessivo non sia ancora compiuto, riprendano il naturale corso successivamente all'esaurimento del rapporto (30).

È cioè controvertibile che l'art. 2941 c.c. non trovi applicazione per la tassatività delle ipotesi previste e soprattutto per essere presupposta la preesistenza di un *dies a quo*, che, esaurita la ragione ostativa, possa riprendere a maturare, dal momento che, per i crediti di lavoro insorti prima del 18 luglio 2012, non solo l'originario termine di prescrizione sussisteva, ma lo stesso avrebbe potuto dirsi sospeso alla stregua di quanto asseverato in diritto con riguardo alla tutela reale prevista dall'art. 18, L. n. 300 del 1970, originaria formulazione (31), nella consapevolezza, peraltro, di non avere "una nuova norma che modifica il

(26) Corte cost. 24 febbraio 2021, n. 59 e Corte cost. 7 aprile 2022, n. 125, di censura dell'art. 18, comma 7, L. n. 300 del 1970, la prima, nella parte in cui disponeva che il giudice potesse, ma non dovesse (dovendosi leggere "può" come "deve") disporre la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, la seconda, nella parte in cui prevedeva la "manifesta" insussistenza del fatto ai fini dell'applicabilità della tutela reintegratoria al lavoratore licenziato per giustificato motivo oggettivo.

(27) Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194, laddove dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23 del 2015 - sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, comma 1, D.L. n. 87 del 2018, convertito, con modificazioni, nella L. n. 96 del 2018 - limitatamente alle parole "di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio".

(28) Cass. Civ. 20 ottobre 2022, n. 30957.

(29) Rimarca la situazione di oggettiva incertezza in cui in cui il datore di lavoro è destinato ad essere confinato, V.A. Poso, *La decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei dipendenti privati dalla cessazione del rapporto di lavoro non è garantito dalla generalizzata applicazione della stabilità reale supera la prova della Cassazione, che ci insegna come si interpretano, dopo le riforme sui licenziamenti del 2012 e del 2015, le norme codicistiche già dichiarate incostituzionali. A dimostrazione che la coperta del diritto è (quasi sempre) corta*, in *Labor*, 27 settembre 2022, per il quale il datore di lavoro soggetto all'applicazione della riforma

Fornero e del Jobs Act subisce "gli effetti dell'inesorabile legge del contrappasso, perché se da una parte si trova maggiormente tutelato dalle nuove norme, in caso di licenziamento illegittimo, dall'altra si trova esposto alla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dalla cessazione del rapporto di lavoro, senza distinzione alcuna rispetto ai differenti regimi del recesso *ad nutum* e della tutela debole *ex l.* n. 604/1966".

(30) Per la riconduzione dell'effetto inibitorio prodotto dalla L. n. 92 del 2012 a una sospensione sia pure atipica, e non a una interruzione *ex art.* 2935 c.c. con decorso di un nuovo termine di prescrizione, già A. Palladini, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 661; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 62; V. Maio, *Prescrizione e decadenza dei diritti dei lavoratori nel paradosso dell'incertezza crescente*, in M. Persiani (a cura di), *La nuova disciplina dei licenziamenti nel primo anno di applicazione della legge n. 92/2012*, in *Giur. it.*, 492.

(31) Nel senso che la tutela reale prevista dall'art. 18, L. n. 300 del 1970, originaria formulazione, con obbligo del datore di lavoro di reintegrare nel posto il dipendente illegittimamente licenziato sia tale da assicurare una consistente stabilità del rapporto e, quindi, sia tale da sottrarlo al principio della sospensione della decorrenza della prescrizione di cui all'art. 2948, n. 4, c.c. fino alla data della sua assunzione, *ex multis*, Cass. Civ. 13 febbraio 1984, n. 1073; Cass. Civ. 25 marzo 1987, n. 2930; Cass. Civ. 12 ottobre 1988, n. 5492; Cass. Civ. 19 febbraio 1990, n. 1205.

regime della prescrizione, ma solo una disciplina che incide in negativo sulla garanzia della stabilità” (32). Terzo indugio. L’assioma per cui la prescrizione decorre, in corso di rapporto, esclusivamente quando la reintegrazione non soltanto sia, ma appaia la sanzione “contro ogni illegittima risoluzione”, così come accade per i lavoratori pubblici, non pare tenere conto del regime sanzionatorio introdotto dal D.Lgs. n. 27 del 2017 all’atto della interpolazione dell’art. 63, comma 2, D.Lgs. n. 165 del 2001, laddove è previsto che alla declaratoria giudiziale di invalidità del licenziamento segua la reintegrazione nel posto di lavoro e il pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell’effettiva reintegrazione, e comunque non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorativa.

Si tratta di una disposizione che ben può indurre a ritenere il contrario, posto che la stessa, se omette qualunque riferimento all’applicabilità dell’art. 18, L. n. 300 del 1970, sia pure nella sua originaria formulazione, rendendolo del tutto estraneo al rapporto di lavoro (33), rende ragione di una disciplina che pare non più idonea a garantire il completo ripristino della posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente

cessare, stante l’imposizione di un “massimale” in luogo del risarcimento in misura piena del danno.

Quarta osservazione. L’asseverata prescrittibilità differita dei crediti di lavoro dipendente a fronte del mutato quadro normativo è destinata a riverberarsi sulle decadenze eventualmente previste dal contratto collettivo per la proposizione di reclami inerenti alla retribuzione (34), se è vero che la validità delle relative clausole è riguardata esclusivamente sotto il profilo della durata minima semestrale (35), dovendo escludere che l’esercizio del diritto possa essere reso eccessivamente difficoltoso dal decorso del termine in pendenza del rapporto, se lo stesso sia assistito dalla garanzia della stabilità *ex art. 18, L. n. 300 del 1970*, originaria formulazione (36). Con la conseguenza di corroborare una interpretazione dell’art. 2965 c.c. da correlare in via parametrica all’art. 2113 c.c., al fine di individuare non solo la congruità del termine di decadenza, ma anche il *dies a quo* di decorrenza, ogni qualvolta l’autonomia collettiva non ne abbia già disposto la postergazione alla cessazione del rapporto (37).

Quinta, ed ultima, suggestione chiama in causa il prossimo futuro, rispetto al quale, se non è escluso un intervento della Consulta che, a modifica dell’art. 2948, n. 4, c.c., riconsideri - attualizzi - il *metus* del lavoratore a fronte del mutato quadro normativo (38), nondimeno, è auspicabile una regolamentazione normativa della materia, per quanto non

(32) Condivisibilmente, L. Di Paola, *Prescrizione dei crediti retributivi e fine della stabilità nel lavoro privato*, in *Il Giuslavorista*, 21 ottobre 2022, 6, per il quale una tale ipotesi non sembra possa essere equiparata a quella esaminata dalla Suprema Corte con riferimento all’impatto della sentenza della Corte cost. n. 63 del 1966 sui rapporti di lavoro pendenti, allorquando è stato affermato che la stessa avrebbe fatto venire meno *ab origine* l’art. 2948, n. 4, c.c., con conseguenze irrilevanza del periodo di prescrizione eventualmente maturato prima della pubblicazione della sentenza e impossibilità di cumularlo con il periodo di prescrizione maturato successivamente all’entrata in vigore della L. n. 300 del 1970 (Cass. Civ. 20 aprile 1985, n. 2627).

(33) Per tutti, efficacemente, M. Miscione, *I regimi di tutela dei licenziamenti nella pubblica amministrazione*, in *Variatione sui Temi di diritto del lavoro*, 2020, 369 ss. *Contra*, nel senso di riconoscere la operatività dell’art. 18, L. n. 300 del 1970, come modificato dalla L. n. 108 del 1990, nelle parti non derogate dal mutato quadro normativo, L. Denticci, *Giudizio di proporzionalità e licenziamento nel lavoro pubblico dopo la riforma “Madia”*, in *Lav. prev. oggi*, 2020, 274.

(34) Su cui, *amplius*, L. Morlini Galantino, *Le clausole di decadenza dei contratti collettivi*, Padova, 1974, 105-112.

(35) In questi termini, *ex multis*, Cass. Civ. 25 marzo 1998, n. 3186, che, per quanto ritenga particolarmente rilevante, ai fini della valutazione di congruità del termine di decadenza convenzionale, il raffronto con la disciplina dell’art. 2113 c.c. sulle rinunce e le transazioni, accoglie ancora una volta l’assimilazione della inerzia del lavoratore a una tacita rinuncia; cui, *adde*, similmente, Cass. Civ. 6 agosto 2003, n. 11875; Cass. Civ. 20 maggio 2004, n. 9647. Più di recente, cfr. Trib. Bolzano 12 marzo 2015, est. Muscetta, in *Guida lav.*, 37, 25 settembre 2015, 33, per cui la inerzia del lavoratore per l’esercizio dei propri diritti, in presenza di

una clausola di decadenza di elezione negoziale, è da assimilare a una implicita rinuncia, sul presupposto della legittimità della previsione del contratto collettivo, *sia* perché conforme al disposto dell’art. 2113 c.c., in ragione della fissazione di un termine semestrale, *sia* perché oggetto di negoziazione sindacale, sia a livello nazionale che a livello aziendale.

(36) Cfr. Cass. Civ. 22 gennaio 1981, n. 531, secondo cui, vertendosi di clausola di un contratto collettivo facente decorrere il termine di decadenza, per chiedere il pagamento di quanto spettante, in costanza di rapporto di lavoro non assistito da una specifica clausola di stabilità, la nullità della stessa, *ex art. 2965 c.c.*, investe l’intera clausola e non la sola parte di essa relativa al *dies a quo*, in quanto l’art. 1419 c.c. regola la nullità di singole clausole nel loro rapporto con l’intero contratto e non anche la nullità di una parte o di un elemento della singola clausola nel suo rapporto, reciprocamente integrativo, con altra parte o con altro elemento della stessa clausola; Cass. Civ. 4 marzo 1983, n. 1612; Cass. Civ. 11 novembre 1983, n. 6699; Cass. Civ. 21 giugno 1985, n. 3737, per cui la clausola del contratto collettivo che subordina a un termine di decadenza (il quale decorre anche in costanza del rapporto di lavoro, ove questo sia dotato di stabilità) l’esercizio delle pretese aventi a oggetto prestazioni salariali è valida quando il termine decadenziale fissato sia, per la sua congruità, tale da non rendere eccessivamente difficile al lavoratore l’esercizio del suo diritto; Cass. Civ. n. 11875/2013, cit.

(37) In tal senso, già F.M. Putaturo Donati, *Decadenza e posizione del lavoratore*, Napoli, 2018, 188-189.

(38) Per tutti, già M. Persiani, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 3 ss. il quale dubita anche che il mero timore possa essere alla base della mancata rivendicazione, trattandosi di un sentimento soggettivo e mutevole, quasi sempre irrilevante per il diritto.

agevole, in linea, peraltro, con l'*incipit* della Corte di Giustizia, laddove afferma che la prescrizione non decorre pendente il rapporto ogniqualvolta il datore di lavoro non abbia assicurato al dipendente la possibilità di esercitare il suo diritto (39).

A tal riguardo, ben potrebbe ipotizzarsi un intervento legislativo di tipo endogeno o anche esogeno.

In un caso, tale che, nell'abrogare la disciplina codicistica al fine di una nuova formulazione, dia atto di una stabilità relativa comunque idonea a neutralizzare la condizione di timore per il licenziamento, qual è quella che consegue non già al regime introdotto dal D.Lgs. n. 23 del 2015, ma quantomeno all'art. 18, L. n. 300 del 1970, come novellato dalla L. n. 92 del 2012, in considerazione non solo dell'accezione costituzionalmente orientata sul giustificato motivo oggettivo che ha esteso

le ipotesi in cui può essere disposta la reintegrazione, ma anche del riconoscimento *ope iudicis* della possibilità di annullare il recesso disciplinare in relazione a una condotta non espressamente prevista e sanzionata dalla contrattazione collettiva con sanzione conservativa (40).

In un altro, tale da lasciare fermo il dato positivo ma previa introduzione di un termine di decadenza decorrente dalla cessazione del rapporto entro il quale fare valere eventuali rivendicazioni, se del caso limitandolo solo a quelle per crediti ultraquinquennali maturati prima della risoluzione (41).

Nelle more resterebbe comunque ferma la possibilità di prevedere convenzionalmente la ultrattività della norma statutaria, nel suo originario testo, a livello individuale, quale deroga *in melius* (42), ovvero per il tramite delle organizzazioni sindacali (43).

(39) CGUE 22 settembre 2022, in causa n. C-120/21, per cui l'art. 7, Dir. 2003/88/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e l'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso per cui ostano a una normativa nazionale in forza della quale il diritto alle ferie annuali retribuite maturate da un lavoratore si prescrive alla scadenza di un termine di tre anni che comincia a decorrere alla fine dell'anno in cui tale diritto sia sorto, qualora il datore di lavoro non abbia posto il lavoratore in grado di esercitare il diritto.

(40) Cass. Civ. 11 aprile 2022, n. 11665, ma ora anche Cass. Civ. 21 aprile 2022, n. 12745, per cui il discrimine tra la tutela reintegratoria e indennitaria, collocato nella tipizzazione degli illeciti ad

opera dei contratti collettivi o dei codici disciplinari, non può escludere la possibilità di una ricostruzione ed applicazione giudiziale delle clausole generali o elastiche.

(41) In questi termini, E.C. Schiavone, *Il metus e gli ultimi 60 anni di evoluzione del diritto del lavoro*, in corso di pubblicazione.

(42) In questi termini, Cass. Civ. 26 maggio 2000, n. 6901; ma già Cass. Civ. 19 gennaio 1990, n. 298; Cass. Civ. 26 marzo 1990, n. 2413.

(43) Per l'affidamento all'autonomia collettiva del compito di definire un regime di stabilità convenzionale, già M. Tiraboschi, *L'art. 18 come benefit? A proposito del caso Novartis e della applicazione in via pattizia del regime di stabilità reale del contratto di lavoro*, in *Bollettino Adapt*, 25 marzo 2015.