

VALERIO MAIO
Prof. ass. Unitelma Sapienza

STABILITÀ E PRESCRIZIONE NEL LAVORO CD. A TUTELE CRESCENTI

SOMMARIO: 1. Una questione ineludibile giace nel disinteresse del legislatore. – 2. Stabilità e prescrizione nel mutato contesto economico e normativo. – 3. *Metus* e recenti riforme del mercato del lavoro. – 4. *Segue*: ... gli argomenti a sostegno della tesi secondo cui la prescrizione “corre”. – 5. *Segue*: ... gli argomenti a sostegno della tesi secondo cui la prescrizione “non corre”. – 6. Soluzioni, ricadute e nuovi bilanciamenti nel passaggio dalla tutela del posto di lavoro alla tutela nel mercato del lavoro. – 7. Problemi di transizione tra i diversi regimi astrattamente applicabili. – 8. Incongruenze e criticità dell’attuale prescrizione dei crediti di lavoro. – 9. Una proposta in tema di decadenza, oltre il *metus* da (solo) licenziamento.

1. – Le riflessioni che seguono riguarderanno esclusivamente il problema della decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro a seguito della entrata in vigore del decreto legislativo n. 23 del 2015, attuativo della legge n. 183 del 2014, che ha ridisciplinato la materia dei licenziamenti per il contratto a tempo indeterminato cd. a tutele crescenti ⁽¹⁾.

Non avranno ad oggetto, dunque, le questioni che, come era prevedibile, maggiormente stanno animando il dibattito (*id est*: fatto materiale, marginalizzazione della tutela reintegratoria, regressione dello statuto protettivo, ecc.) se non in conseguenza o per riflesso rispetto al tema oggetto di indagine.

Delimitato in tal senso il campo di interesse, prima di tentare di dare una soluzione alla questione centrale circa la decorrenza della prescrizione è, a mio avviso, ancora necessario operare due brevi premesse.

La prima premessa, attiene alla “urgenza” del tema all’indomani di una così significativa riforma della disciplina dei licenziamenti e, di conseguenza, si dovrebbe anche desumere, del lavoro subordinato ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Questo scritto, sfronato dei saluti e ringraziamenti e con l’aggiunta delle note bibliografiche, riproduce il contenuto della relazione tenuta nell’ambito del Convegno organizzato dall’Università Federico II, intitolato *Il regime dei licenziamenti individuali e collettivi*, Napoli 27 febbraio 2015, i cui atti sono pubblicati nel *Quaderno di ADL* n. 14, *I licenziamenti nel contratto “a tutele crescenti”*, a cura di G. Ferraro, Padova, 2015.

⁽²⁾ Come noto il d.lgs. n. 23 del 2015 non modifica la nozione di lavoro subordinato e nulla muta con riguardo all’art. 2094 Cod. Civ. Nondimeno, come ripeteva ai suoi studenti il Prof. Matteo Dell’Olio con riguardo all’art. 18 della legge n. 300 del 1970, nella formulazione antecedente quella del 2012 allora vigente – mi permetto di citare dagli appunti – « *anche per il contratto di lavoro, come sempre nelle relazioni di durata, la fine illumina l’intero rapporto* ». E non vi può, del resto, essere dubbio che anche una così incisiva riforma dei licenziamenti finisca inevitabilmente per mutare i connotati stessi della subordinazione, nella misura in cui incide sull’equilibrio preesistente dei rapporti di forza tra le parti contrattuali.

A dire il vero, infatti, il tema della prescrizione non sembra affatto interessare il nostro legislatore. La scena mediatica, perfino la stampa specialistica, è stata, ed è, occupata, come è evidente, da ben altre questioni, su tutte la marginalizzazione della reintegrazione e la promessa “abrogazione” delle collaborazioni a progetto.

Nondimeno, a me sembra che il tema della prescrizione non possa essere eluso.

È noto, infatti, che il tema della stabilità dell’impiego e quello della prescrizione sono stati storicamente connessi sotto il determinante profilo della decorrenza dei termini prescrizionali.

E se è stato possibile per il legislatore delle cd. tutele crescenti ignorare quella connessione – così come, del resto, era stato possibile il disinteresse del legislatore della cd. Riforma Fornero, nonostante voci *clamantes* in deserto non fossero mancate durante i lavori preparatori della legge n. 92 del 2012 – ciò è potuto avvenire soltanto per un mero dato cronologico.

Stante la durata quinquennale del termine di prescrizione estintiva dei diritti di credito, c’è da attendersi che i “conti” con il regime cd. post Fornero dei licenziamenti si faranno soltanto nel 2017.

Mentre per i lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti il problema potrebbe deflagrare in tutta la sua urgenza, addirittura, soltanto nel 2020.

E questo, spiega l’attuale “latitanza” della giurisprudenza su di un tema dai chiari risvolti applicativi, in buona parte imputabile anche allo scarso rilievo pratico che rivestono le prescrizioni cd. presuntive.

Nondimeno, però, la superficialità con cui il legislatore anche di recente ha considerato il tema è destinata a venire, prima o dopo, travolta dagli eventi.

Come tra breve vedremo, sia che si ritenga che, per i dipendenti di imprese sopra i quindici addetti, in questi ultimi anni, la prescrizione dei crediti di retribuzione è decorsa, e sta decorrendo, sia che si approdi alla conclusione opposta, e cioè che la prescrizione è, invece, rimasta sospesa e reinizierà a decorre soltanto alla cessazione del loro rapporto di lavoro, si avranno conseguenze determinanti per le singole vertenze e per il mercato del lavoro tutto.

Va da sé, infatti, che sul piano applicativo l’eccezione di prescrizione non ammette mezze misure. Un’eventuale vertenza ben potrebbe essere decisa soltanto in conseguenza dell’orientamento che riterrà di assumere la giurisprudenza.

Ragione per cui è forse lecito concludere che il legislatore storico, sia quello della cd. riforma *Fornero*, che quello del cd. *Job act*, possono anche avere deciso di non occuparsi della prescrizione dei diritti di credito dei la-

voratori. Lo stesso, però, possono star certi che la prescrizione si sta, intanto, occupando del nostro diritto del lavoro.

Da qui la opportunità che siano gli studiosi a richiamare chi governa e legifera alle proprie responsabilità tentando di indicare le soluzioni che appaiono praticabili ed opportune, nel difficile bilanciamento tra esigenze di protezione di chi lavora e di certezza del diritto di chi organizza il lavoro. Ma su questo tornerò alla fine (cfr. n. 9).

2. – La seconda premessa, attiene alla precarietà che, a mio sommo avviso, caratterizza necessariamente, fin tanto che perdura l'astensionismo del legislatore, qualsiasi interpretazione venga proposta dalla dottrina. Sottolineare la precarietà allo stato di ogni possibile soluzione non equivale, mi sembra, a “mettere le mani avanti”, quanto invece vuol dire avere consapevolezza di due elementi decisivi strettamente interconnessi.

Da un lato, il decreto legislativo n. 23 del 2015 (come già la legge n. 92 del 2012) non si occupa affatto della prescrizione dei crediti, ma incide decisamente sulla stabilità del rapporto di lavoro. Dall'altro lato, la originaria disciplina codicistica della prescrizione, a sua volta, non si occupava affatto di stabilità, nel senso che non ha mai operato distinzioni sulla scorta delle tutele attingibili dal lavoratore in caso di licenziamento invalido od inefficace.

Diversamente, come poc'anzi accennato, nel diritto del lavoro vivente, stabilità e decorrenza della prescrizione sono state connesse da una nota giurisprudenza delle Corti costituzionali la quale, solo per alcune tipologie di diritti di credito attratti nel cono di protezione dell'art. 36 Cost. ed in presenza di ben specificate condizioni, ha ritenuto che, durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, non potesse decorrere il termine prescrizione.

In sostanza, se il problema esiste ed è oggi necessario ne vengano ripensate le soluzioni, ciò, a ben vedere, è soltanto la conseguenza della « produzione di una norma non scritta »⁽³⁾ riconducibile ad una opzione che

⁽³⁾ E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della corte costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, pag. 15. Del tema, ci siamo occupati anche a seguito della l. n. 92 del 2012, cfr., 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.*, n. 2, 2014, pag. 490 e segg. anche per i riferimenti. A suo tempo, avevamo, però, colpevolmente, ignorato F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la l. n. 92/2012*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 881 e segg., che invece, come vedremo, è particolarmente importante considerare, tra l'altro, proprio perché giunge a conclusioni diametralmente opposte alle nostre, dopo avere accuratamente ricostruito il percorso della giurisprudenza in materia. Anche in questa sede è impossibile dar conto dei moltissimi contributi in tema, ci limitiamo pertanto a segnalarne alcuni,

la Consulta ha prima formulato e in seguito affinato, essenzialmente tra il 1966 ed il 1972 ⁽⁴⁾, e che, poi, la giurisprudenza di merito e legittimità ha avallato, generando un caso eclatante di cd. diritto vivente ⁽⁵⁾.

Circostanza questa che non costituisce affatto un inedito per il giuslavorista, nondimeno, però, lo costringe ora a confrontarsi con una soluzione

che per noi sono stati di particolare utilità per inquadrare l'istituto nei suoi termini essenziali, tra cui G. PERA, *Sulla decorrenza della prescrizione per il diritto al salario*, in *Foro It.*, 1966, I, col. 1652; V. SIMI, *Sull'incapacità giuridica del lavoratore a dismettere diritti in costanza di rapporto*, in *Dir. Lav.*, 1968, pag. 191 e segg.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Riflessioni sulla prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1971, pag. 10 e segg.; G. PERA, *Prescrizione e diritti dei lavoratori (posizione e delimitazione di una norma nella giurisprudenza costituzionale)*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1973, pag. 312; L. VENTURA, *Corte costituzionale e prescrizione dei crediti di lavoro: brevi considerazioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1973, II, pag. 19 e segg.; A. DI MAJO, *Tradizione codicistica e norme costituzionali nella prescrizione dei diritti del lavoratore*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1974, pag. 441 e segg.; V.G. BRANCA, *Lavoro, prescrizione, giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1974, I, pag. 253 e segg.; R. SCOGNAMIGLIO, *La prescrizione dei crediti di lavoro nella più recente giurisprudenza*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1976, pag. 786 e segg.; A. DI MAJO, *Decadenza, prescrizione e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, pag. 181 e segg.; F. MAZZIOTTI, *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in R. SCOGNAMIGLIO (diretto da) *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, in part. pagg. da 251 a 305; M. BUONCRISTIANO, *Prescrizione: ultimo atto*, in *Dir. Lav.*, 1982, I, pag. 419 e segg.; A. MARESCA, (voce) *Prescrizione, diritto del lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1991, vol. XXIV; G. PERA, (voce) *Prescrizione nel diritto del lavoro*, in *Digesto comm.*, Torino, 1995, vol. XI, pag. 216 e segg. e da ultimo M. NOVELLA, *Prescrizione e decadenza*, in *Contratto di lavoro e organizzazione, Trattato di diritto del lavoro*, M. PERSIANI e F. CARINCI (diretto da), vol. IV, tomo II, M. MARAZZA (a cura di) Padova, 2012, pag. 1990 e segg. Tra le monografie vedi A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983 e S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Napoli, 1987. Oltre che, più in generale, P. VITUCCI, *La prescrizione – Art. 2934-2940*, tomo I, Milano, 1990 (sp. pag. 122) e poi P. VITUCCI e F. ROSELLI, *La prescrizione – Art. 2934-2940*, tomo I, II ed., Milano, 2012, entrambi nello storico commentario, prima diretto da P. SHLESINGER, e poi da D. BUSNELL e G. DEL SIGNORE, *Contributo alla teoria della prescrizione*, Padova, 2004.

⁽⁴⁾ Cfr. Corte cost. n. 63 del 1966, ma vedi anche Corte cost. n. 143 del 1969 e Corte cost. n. 86 del 1971, nonché la fondamentale Corte cost. n. 174 del 1972. In seguito vedi, quantomeno, Corte cost. nn. da 40 a 44 del 1979 e n. 13 del 1981.

⁽⁵⁾ Esiste al riguardo una giurisprudenza copiosissima, tra cui vedi, solo da ultimo, Cass. Sez. Un. 28 marzo 2012, n. 4942, Cass. 21 maggio 2007, n. 11736, Cass. 22 giugno 2004, n. 11644, Cass. 6 luglio 2002, n. 9839, Cass. 20 giugno 1997, n. 5494 (particolarmente esplicita nell'escludere la sufficienza del solo risarcimento del danno), Cass. 13 marzo 1996, n. 2058, ed in passato almeno Cass. Sez. Un. 12 aprile 1976, n. 1268, Cass. Sez. Un. 13 febbraio 1984, n. 1076. Tra le molte decisioni di eguale segno, spesso nei toni e nei contenuti ripetitive, val la pena segnalare: Cass. 16 maggio 2012, n. 7640, ove è chiarito che « l'onere di provare la sussistenza del requisito occupazionale della stabilità reale, ai fini della decorrenza del termine in costanza di rapporto di lavoro grava sul datore di lavoro, che tale decorrenza eccepisca, dovendosi ritenere, alla luce della tutela ex art. 36 cost., che la sospensione in costanza di rapporto costituisca la regola e l'immediata decorrenza l'eccezione»; nonché Cass. 19 agosto 2011, n. 17399 laddove specifica che, « perché la prescrizione inizi a decorrere in costanza di rapporto di lavoro è necessario che il rapporto stesso sia assistito dalla garanzia della "stabilità reale", quale prevista dall'art. 18 l. n. 300 del 1970, rimanendo del tutto irrilevante il fatto che il medesimo si sia svolto a tempo indeterminato, per un lungo periodo ed alle dipendenze di un datore di lavoro particolarmente qualificato per le sue finalità istituzionali e, come tale, idoneo a creare un clima di tranquillità nei confronti del lavoratore ».

che non solo, come efficacemente è stato detto, appartiene alla categoria delle « *inventio* » (6), ma soprattutto è, ormai, risalente a poco meno di cinquanta anni fa.

Senonché, proprio il decorso di un così lungo lasso di tempo, rende ora, gioco forza, di per se stessa “claudicante” ogni soluzione che venisse prospettata semplicemente immaginando di reiterare il medesimo ragionamento a suo tempo condotto dalla Consulta.

L'interprete deve, infatti, mettere in conto che nulla vieta di discostarsi da un'« *inventio* » che è stata a suo tempo pensata per un sistema sociale, economico e normativo completamente diverso da quello attuale, e che, proprio per questo, potrebbe oggi anche essere ritenuta (sulla scorta di valutazioni che trasmoderebbero, gioco forza, in una opzione di politica del diritto) meritevole di superamento od aggiornamento.

3. – Esaurite le premesse occorre prendere anche atto che già a seguito della riforma del 2012, ma a maggior ragione oggi, è la frantumazione dell'apparato sanzionatorio dei licenziamenti, con la potenziale riconduzione dei casi di nullità, illegittimità e inefficacia ad una complessa graduazione di tutele (7), ad imporre all'interprete un attento ripensamento anche della questione legata alla decorrenza dei termini prescrizionali dei diritti di credito retributivo del lavoratore.

Ed infatti, prima del 2012 i crediti retributivi da « *pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi* » (8), si prescrivevano in cinque anni con disciplina peculiare quanto alla decorrenza della prescrizione, atteso che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 63 del 1966, aveva dichiarato parzialmente incostituzionali gli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1 del Cod. Civ. (9), nella misura in cui consentirebbero il decorso della prescri-

(6) E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della corte costituzionale*, op. cit., loc. cit.

(7) La letteratura in tema di sistema sanzionatorio dei licenziamenti *post lege* n. 92 del 2012 è già talmente copiosa che sarebbe un fuor d'opera, in questa sede, tentare di ricostruirla compiutamente. Ci sia dunque consentito limitarci ad un rinvio ai contributi raccolti in M. PERSIANI (a cura di), *La nuova disciplina dei licenziamenti nel primo anno di applicazione della legge n. 92/2012*, op. cit., ove è agevole rinvenire una prima bibliografia di riferimento.

(8) Quanto al dibattito animato da questa formula, vedi, ad es., *contra* la riconduzione dei crediti di lavoro alla prescrizione breve di cui all'art. 2948 Cod. Civ., D. BONAMORE, *L'erronea assimilazione dei crediti di lavoro agli interessi, ai canoni enfiteutici, ai diritti di legnatico, alle congrue parrocchiali nel quadro dell'art. 2948 c.c.*, in *Giust. Civ.*, 1995, II, pag. 71, e poi P. CAPELLO, *La prescrizione civile, penale e tributaria*, in Trattato P. CENDON (a cura di), 2ª ed., Milano, 2011, pag. 481 e segg. Cfr. invece, con impostazione tradizionale, che ci sembra tutt'ora doversi preferire, A.M. GAMBINO, A. IANNAONE, E. MINERVINI, F. ROSELLI, S. RUPERTO, *La prescrizione – tomo II: art. 2941-2963*, a cura di P. VITUCCI, Milano, 1999.

(9) La elaborazione della Consulta ricordata, come noto, investendo il principio di ga-

zione dei crediti dei lavoratori durante il rapporto di lavoro. Anzi la Corte costituzionale aveva, altresì, precisato che il *dies a quo* dal quale calcolare la decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro coincide con il momento della cessazione del rapporto di lavoro.

I giudici della Corte costituzionale motivarono quella decisione, capace di innovare radicalmente l'ordinamento vigente, a ragione della condizione di inferiorità socio-economica del lavoratore. Questi, infatti, a fronte di un potere datoriale di licenziare, all'epoca (se si eccettua la scheletrica tutela codicistica offerta dagli artt. 2118 e 2119 Cod. Civ.) sostanzialmente illimitato, poteva temere, rivendicando il proprio diritto di credito, di attirarsi un licenziamento.

Ragion per cui era lecito ipotizzare che quel lavoratore potesse anche ripiegare sulla scelta di non rivendicare alcunché (questo, al fondo, il cd. *metus*, inteso come "ostacolo materiale"). Con l'effetto finale, conseguente al sopraggiungere della prescrizione, di porre nel nulla la tutela costituzionale dettata dall'art. 36 della Costituzione.

È peraltro noto che, in seguito, la stessa Corte costituzionale, considerato il rafforzamento della disciplina limitativa dei licenziamenti realizzato dal legislatore tra il 1966 ed il 1970⁽¹⁰⁾, ripensò la propria giurisprudenza, elaborando la distinzione tra lavoratori a seconda che fossero, o no, protetti dalla peculiare stabilità recata dalla tutela reintegratoria o cd. reale⁽¹¹⁾.

Il sistema aveva, così, raggiunto un suo peculiare equilibrio per cui, a fronte del medesimo credito di lavoro, la prescrizione decorreva durante il rapporto di lavoro soltanto per i lavoratori garantiti dalla reintegrazione, nel presupposto che il *metus* per costoro era "sterilizzato" dalla possibilità di contestare in giudizio i motivi del licenziamento, ottenendo pieno ristoro del licenziamento nullo o illegittimo.

Laddove, invece, per tutti coloro cui si applicava il recesso *ad nutum* o la cd. stabilità obbligatoria, consistente in una limitata tutela meramente economica, la prescrizione decorreva soltanto dalla cessazione del rapporto di lavoro.

Senonché l'elaborazione giurisprudenziale sulla decorrenza della prescrizione appena compendiata è inevitabilmente entrata in crisi già con la legge n. 92 del 2012, che ha oltremodo complicato l'apparato sanzionatorio dei licenziamenti, soprattutto l'ha reso irriducibile allo schema dicoto-

ranza del credito da retribuzione, ex art. 36 della Cost., non ha di fatto inciso sull'art. 2946 Cod. Civ. e sulla prescrizione ordinaria decennale degli altri diritti dei lavoratori.

⁽¹⁰⁾ Cfr. essenzialmente la legge n. 604 del 1966, l'art. 18 della legge n. 300 del 1970 vecchio testo, nonché, poi, la legge n. 108 del 1990.

⁽¹¹⁾ Cfr. le sentenze citate *supra* alla nota n. 4.

mico (tutela reale/tutela obbligatoria) su cui, abbiamo appena visto, poggiava l'equilibrio preesistente.

Irriducibilità che deve oggi essere confermata anche all'esito della lettura del decreto legislativo n. 23 del 2015 sui licenziamenti nei contratti cosiddetti a tutele crescenti, posto che anche quest'ultimo intervento si pone nel solco della precedente riforma, della quale, semmai, accentua i profili di marginalizzazione della reintegrazione, col malcelato intento di porre al riparo da interpretazioni giurisprudenziali evidentemente non gradite l'opzione di politica del diritto (a dire il vero già chiaramente formulata nel 2012) favorevole ad una tutela quasi esclusivamente economica.

4. – Orbene, già all'indomani della legge n. 92 del 2012, una parte della dottrina chiamata a ripensare alla luce del citato *ius superveniens* le tradizionali impostazioni in tema di decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro, ha ritenuto che, con la vigenza del nuovo sistema sanzionatorio, la prescrizione può ormai decorrere anche in corso di svolgimento del rapporto di lavoro ⁽¹²⁾.

Ciò essenzialmente per tre ragioni.

La prima ragione è che l'ordinamento continua, anche dopo la legge n. 92 del 2012, a sanzionare con l'ordine di reintegro nel posto di lavoro ed il completo ristoro del danno economico proprio i licenziamenti ritorsivi e discriminatori, che sono poi quelli più strettamente connessi con il cd. *metus*. Ed anzi il legislatore aveva perfino esteso questa specifica protezione al di là del numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro ⁽¹³⁾.

La seconda ragione risiede in ciò che la legge n. 92 del 2012 prevede pur sempre la reintegrazione unitamente ad un risarcimento "calmierato" per il caso della insussistenza del fatto che ha originato il licenziamento di-

⁽¹²⁾ Così ad es. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 stat. lav.*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 415 e segg., spec. pag. 454, F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la l. n. 92/2012*, op. cit., chiaramente a p. 898, G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 St. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, spec. pagg. 752 e 753 e segg., V. PIETRA, *Il nuovo articolo 18: problemi di diritto intertemporale, campo di applicazione e decorrenza della prescrizione*, in M. MAGNANI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro, Commentario alla l. 28 giugno 2012 n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Milano, 2012, pag. 300 e segg., spec. 307. Inoltre, vedi dubitativamente M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo dello statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 621.

⁽¹³⁾ L'argomento è nella ricostruzione di F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la l. n. 92/2012*, op. cit., p. 895, ma diviene centrale soprattutto in G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 St. lav.: problemi sostanziali e processuali*, op. cit., pag. 753, che si spinge fino ad ipotizzare una decorrenza generalizzata della prescrizione per tutti i rapporti di lavoro a dispetto del numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro.

sciplinare e per il caso della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento economico ⁽¹⁴⁾.

La terza ragione affonda nella considerazione di carattere generale che, nel finire degli anni sessanta, quando la Corte costituzionale elaborò il noto diritto vivente, la legislazione del lavoro non aveva ancora assunto quel gradiente di effettività poi raggiunto soltanto con i successivi sviluppi della normativa protettiva del lavoro, di matrice legale e sindacale ⁽¹⁵⁾.

Ed invece oggi, secondo questa impostazione, proprio la moltiplicazione e la combinazione tra loro delle varie forme esistenti di protezione del lavoro subordinato realizzerebbe nel complesso, quantomeno all'interno delle imprese con più di quindici dipendenti, una tutela compensativa idonea a scongiurare il *metus* e « *comunque più penetrante rispetto al differente e meno stringente regime di stabilità obbligatoria* » ⁽¹⁶⁾.

Orbene, tutto ciò considerato, bisognerebbe a questo punto interrogare questo primo versante della dottrina per sapere se, a seguito della lettura del d.lgs. n. 23 del 2015, ritiene anche per i cd. contratti a tutele crescenti di dovere confermare la soluzione rassegnata nel recente passato sulla scorta della riforma dei licenziamenti del 2012.

Ed infatti, se è innegabile che esiste un'evidente affinità di fondo tra gli ultimi due interventi di riforma, è pur vero che la più recente disciplina radicalizza ed innova più di un aspetto nevralgico, proprio sul versante della stabilità.

Ed infatti, pure al netto di possibili operazioni interpretative ridimensionanti o razionalizzanti, almeno allo stato, deve essere considerato che innegabilmente, nel nuovo assetto, il « *fatto* » addebitato disciplinarmente è dichiaratamente un fatto materiale. Che non è più previsto il reintegro neppure se il contratto collettivo od il codice di disciplina prevede per il comportamento addebitato una sanzione solo conservativa. Che, più in genera-

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo dello statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 621, per il quale, sia pure a dispetto dell'inevitabile marginalizzazione nell'impianco della legge n. 92 del 2012, « *c'è da dire che nel campo di applicazione dell'art. 18 la reintegrazione è pur sempre un'opzione possibile* ».

⁽¹⁵⁾ L'argomento risuona, ad esempio, in M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo dello statuto dei lavoratori*, op. cit., loc. cit., ma è chiaramente esplicitato anche da F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la l. n. 92/2012*, op. cit., pag. 897 e segg., secondo cui sarebbe oggi impensabile paragonare l'attuale contesto economico e sociale con quello di allora, che era indubbiamente « *caratterizzato da una pesante disoccupazione strutturale e dalla diffusa elusione dei minimi salariali* ». Nonché, si potrebbe anche obiettare che, ferme le indiscutibili differenze e gli evidenti avanzamenti registrati sul piano della tutela dei diritti di chi lavora, una « *pesante disoccupazione* » ricorre anche oggi, così come non mancano, specie nel sud del Paese, neppure fenomeni di « *elusione dei minimi salariali* ».

⁽¹⁶⁾ F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la l. n. 92/2012*, op. cit., pag. 898.

le, sembra sia bandito dal licenziamento disciplinare il controllo di proporzionalità, nel senso che la reintegrazione sembrerebbe preclusa perfino se il licenziamento è all'evidenza una sanzione sproporzionata rispetto all'addebito mosso. Che, salvo casi eccezionali, viene meno la possibilità della reintegrazione nei licenziamenti economici, siano questi individuali o collettivi. Che, con riguardo ai presupposti legittimanti l'ordine di reintegro nei licenziamenti disciplinari, la normativa da ultimo introdotta potrebbe sembrare perfino invertire il consueto riparto dell'onere della prova a tutto svantaggio del prestatore di lavoro ⁽¹⁷⁾.

Si tratta ognun vede di innovazioni certamente non di poco conto che, quantomeno dal punto di vista logico, consentono ora perfino di immaginare una sorta di "terza via" o ulteriore gradazione rispetto alla polarizzazione delle tesi dottrinali registrata all'indomani della riforma del 2012.

Per coloro i quali affermano, come appena visto, che, nelle imprese con più di quindici dipendenti, per effetto dell'entrata in vigore della cd. riforma Fornero, la prescrizione dei crediti di lavoro può decorrere in corso di rapporto di lavoro, diviene, infatti, oggi, astrattamente possibile anche affermare, che la prescrizione non può, invece, decorrere per i nuovi assunti cui si applica il d.lgs. n. 23 del 2015.

E questo perché gli interventi da ultimo segnalati sarebbero in grado di "fare la differenza" nella configurazione del cd. *metus*, accentuando la specifica debolezza propria del lavoratore cd. a tutele crescenti, specie nel frangente delicatissimo della valutazione circa la opportunità di rivendicare in giudizio un proprio diritto.

5. – Sulla scorta di argomenti opposti rispetto a quelli fin qui richiamati, sempre all'indomani della pubblicazione della legge n. 92 del 2012, altra parte della dottrina ha, invece, concluso nel senso che, stante il nuovo apparato sanzionatorio in tema di licenziamento, anche nelle imprese con più

⁽¹⁷⁾ Sulla più recente riforma dei licenziamenti immaginiamo essere in via di formazione una copiosa letteratura. Mentre licenziamo queste pagine abbiamo potuto leggere alcuni primi commenti, come M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in *WPCSDLE MASSIMO D'ANTONA*, n. 236, 2015 e C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pag. 97 e segg.; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA*, n. 246, 2015; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA*, n. 252, 2015; M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delegata e legge delegata*, in *WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA*, n. 251, 2015; R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Job Act e licenziamento*, Torino, 2015, nonché i contributi raccolti in G. FERRARO, *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, in *Quaderni di ADL*, n. 14, Padova, 2015.

di quindici dipendenti, la prescrizione non può decorrere in corso di rapporto di lavoro (18).

All'argomento che valorizza il fatto che perlomeno per i licenziamenti ritorsivi e discriminatori la tutela reintegratoria resta immutata è stato infatti opposto che, per i casi di licenziamento ritorsivo, da sempre equiparato dalla giurisprudenza a quello discriminatorio, una salvaguardia assimilabile alla tutela reale (non a caso detta reintegrazione di diritto comune) era garantita già in passato anche, ad es., per i dirigenti o nelle imprese minori, senza che ciò fosse mai stato ritenuto sufficiente dal diritto vivente per far decorrere la prescrizione (19).

Senza dimenticare che la possibilità per il lavoratore di invocare l'art. 1345 del Cod. Civ. non era e non è ipotesi del tutto tranquillizzante al punto da potere automaticamente escludere il *metus*, sia per la perdurante necessità che il motivo illecito determinante sia unico (20), sia per le evidenti difficoltà probatorie che in questi casi ricadono in capo al lavoratore (21).

(18) A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, pagg. 61 e 62; C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indenitaria*, in Id. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, pag. 78 e segg.; P. ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013, pag. 386 e segg.; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 stat. lav.*, in *WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA*, n. 159, 2012, spec. pag. 12; L. GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in C. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, pag. 266; S. MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in *Giur. It.*, 2013, pag. 884 e segg. Vedi inoltre se vuoi anche V. MAIO, *Prescrizione e decadenza dei diritti dei lavoratori nel paradosso dell'incertezza crescente*, op. cit., pag. 490 e segg. Può essere poi interessante rilevare che tra le voci intervenute nel dibattito, quelle a noi note di magistrati, convengono tutte sulla soluzione della non decorrenza, vedi: P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Milano, 2013, pagg. 339-341; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, spec. pag. 660 e S. MATTONI, *La marginalità della stabilità del posto di lavoro e la prescrizione dei crediti dei lavoratori*, in [http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentario_riforma_Fornero_\(legge_92_2012\).pdf](http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentario_riforma_Fornero_(legge_92_2012).pdf), pag. 218 e segg., spec. pag. 226.

(19) In tal senso ci siamo già espressi in passato, V. MAIO, *Prescrizione e decadenza dei diritti dei lavoratori nel paradosso dell'incertezza crescente*, op. cit., pag. 491.

(20) Non convince l'affermazione di G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 St. lav.: problemi sostanziali e processuali*, op. cit., pag. 753, secondo cui sarebbe « agevole rilevare che il nuovo art. 18 al co. 1 prevede la tutela reintegratoria piena in caso di licenziamento determinato da motivo illecito determinate », ma « non esclusivo, come invece richiesto dall'art. 1345 c.c. », quando, a ben vedere, il motivo illecito determinate, stante proprio la formulazione introdotta dalla legge n. 92 del 2012, è espressamente quello che rileva « ai sensi dell'art. 1345 del codice civile ». Per cui secondo noi non è consentito obliterare il rinvio letterale alla disciplina codicistica che prevede l'esclusività del motivo illecito.

(21) Difficoltà, che è palese discendono anche dalla necessità di ricostruire la volontà discriminatoria o ritorsiva attraverso testimonianze di colleghi, i quali, è realistico immaginare

Per quanto attiene poi alla considerazione di carattere generale circa l'indiscutibile avanzamento operato dalla normativa giuslavoristica inderogabile, sia questa legale o sindacale, è possibile ribattere che l'originaria elaborazione circa il *metus*, lungi dal rimanere cristallizzata al contesto sociale, economico e normativo risalente al 1966, è stata, invero, altrettanto innegabilmente, nel tempo, costantemente confermata ed alimentata da un ininterrotto flusso giurisprudenziale, di merito e di legittimità, che, in questo modo – si dovrebbe ritenere – ha continuato a testimoniare anche dell'attualità delle specifiche esigenze protettive che restano a tutt'oggi sottese alla posizione di chi lavora con vincolo di subordinazione⁽²²⁾.

Più in particolare, avverso l'argomentazione che ha ritenuto che la protezione contro i licenziamenti ricavabile dalla applicazione della legge n. 92 del 2012 sia nel complesso adeguata ad escludere il *metus* è, stato prontamente opposto anche che la Corte costituzionale, nel 1972, ebbe già modo di precisare che la prescrizione non decorre nei rapporti di lavoro privi di adeguata stabilità o resistenza, proprio perché il lavoratore, in questi casi, non ha la possibilità di rivendicare il proprio credito confidando nella integrale ed esaustiva protezione avverso l'eventuale successivo recesso datoriale.

Nel presupposto chiaramente esplicitato nel 1972 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 il legittimamente cessare* »⁽²³⁾.

Mentre, è innegabile che la tutela reintegratoria cd. attenuata appronta-

in un prossimo futuro, ove assunti anche loro con contratto cd. a tutele crescenti, saranno, ovviamente, ancor meno disponibili ad esporsi negativamente nei confronti del proprio datore di lavoro.

⁽²²⁾ È stato, altresì, osservato che la disciplina dei licenziamenti dettata dalla legge n. 92 del 2012 ci consegna un sistema di protezione del lavoratore nel quale le conseguenze sanzionatorie del recesso dipendono, in realtà, dalle causali del licenziamento, così che il lavoratore, quando valuta se azionare o no in giudizio il proprio credito, da ultimo, non può neppure sapere quale potrà essere la forma di tutela cui avrebbe eventualmente accesso in caso di esito favorevole della propria impugnativa, così, tra gli altri, P. ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediale ed effetti sulle garanzie dei diritti*, op. cit., pag. 387 e P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, op. cit., pag. 340. Questa considerazione vale anche per il d.lgs. n. 23 del 2015, ancorché è evidente che l'incertezza, in questo caso, si è semmai ridotta, vista l'ulteriore marginalizzazione della tutela reintegratoria. Senonché, oggi come già nel 2012, si deve pure considerare che il cd. *metus*, in realtà, prescinde, a sua volta, dalla causale del licenziamento, che, a rigore, presuppone non veritiera, mentre si esaurisce tutto e solo nella valutazione preventiva della capacità in concreto del sistema sanzionatorio di garantire una « *completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente* ».

⁽²³⁾ Così Corte cost. n. 174 del 1972.

ta con la legge n. 92 del 2012, e, a questo punto, a maggior ragione, quella recata da ultimo con il decreto legislativo n. 23 del 2015 per i contratti a tutele crescenti, se si muove dalla motivazione che diede la Consulta, non consentono al lavoratore di escludere preventivamente la possibilità di una perdita economica neppure in caso di esito favorevole di un ipotetico futuro giudizio.

Ed infatti, manca la possibilità di una « *completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente* » sia con riguardo all'assetto dell'apparato sanzionatorio avverso i licenziamenti illegittimi realizzato nel 2012, sia con riferimento alla disciplina da ultimo disposta dal legislatore del cd. *Job act*.

Ciò è particolarmente evidente nei casi per i quali è oggi espressamente esclusa la reintegrazione nel posto di lavoro.

Ma vale, altresì, nella ipotesi di sommatoria di reintegro e risarcimento "calmierato" tipica della legge n. 92 del 2012, perché la "forfetizzazione" del danno non consente più al lavoratore di escludere preventivamente la possibilità di una qualche perdita economica ⁽²⁴⁾.

Vale a maggior ragione con riguardo al meccanismo di commisurazione del risarcimento previsto dal d.lgs. n. 23 del 2015, specie nei casi di anzianità minore che, anzi, avuto riguardo all'entità dell'indennizzo prevenibile, si caratterizzano sostanzialmente per le medesime inefficienze che già erano state in passato evidenziate dalla giurisprudenza nel campo della tutela cd. obbligatoria.

6. – Orbene a noi sembra che nel complesso le ragioni opposte da questo secondo orientamento riescano a prevalere sulle pur suggestive argomentazioni sviluppate dalla dottrina prima analizzata.

Di contro non vale a ribaltare questa conclusione neppure la, da più parti rilevata, inessentialità della reintegrazione, che, come noto, non è « *costituzionalmente imposta dalla Costituzione, né dalle fonti comunitarie* » ⁽²⁵⁾. Il legislatore può certamente decidere di sostituire la reintegrazione con altra forma di tutela effettiva ⁽²⁶⁾. Altro conto, almeno in via logica, è, però, valutare se la soluzione individuata realizza, o no, la garanzia di una « *completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente* ».

⁽²⁴⁾ O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 stat. lav.*, op. cit., p. 12; V. MAIO, *Prescrizione e decadenza dei diritti dei lavoratori nel paradosso dell'incertezza crescente*, op. cit., pag. 492.

⁽²⁵⁾ S. MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 886.

⁽²⁶⁾ Ce ne occupammo in V. MAIO, *Ammissibilità del referendum in tema di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Giur. Cost.*, 2003, pag. 276, a margine di Corte cost. 6 febbraio 2003, n. 41.

Così come non vale enfatizzare il profilo della incoercibilità finale dell'ordine di reintegro (27).

L'incoercibilità ultima dell'ordine reintegratorio, a nostro avviso, rappresenta un elemento neutro, che non può quindi costituire un valido argomento per escludere il *metus*. Allo stesso modo in cui, già nel passato, il fatto che l'ordine di reintegrazione non fosse suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica venne ritenuto dalla giurisprudenza irrilevante per fondare il *metus* anche nelle imprese con più di quindici dipendenti (28).

Ne discende che, nel complesso, anche avuto riguardo al d.lgs. n. 23 del 2015, a mio sommo avviso, dovrebbe essere confermato che non è consentito escludere la ricorrenza del *metus*.

Anche perché, semmai, è doveroso osservare che il legislatore delle tutele cd. crescenti ha, in larga parte, accomunato le tutele applicabili ai lavoratori neoassunti, alle tutele applicabili ai dipendenti delle piccole imprese che non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970.

Ad entrambe le tipologie di lavoratori spetta il medesimo trattamento contro i licenziamenti discriminatori e nulli (29). Va poi considerato che, nelle imprese cd. minori, negli altri casi di licenziamento regolati dal d.lgs. n. 23 del 2015 spetta la medesima tutela risarcitoria, ma con riduzione dell'indennizzo del 50% rispetto agli omologhi delle imprese di maggiori dimensioni (30).

Sicché, con le tutele cd. crescenti, le due "classi" di lavoratori fino ad ora agli antipodi finiscono ora col differenziarsi sostanzialmente soltanto per la impossibilità di accedere alla reintegrazione nell'ipotesi, peraltro, ormai, assolutamente recessiva, di un licenziamento disciplinare non sorretto da un fatto realmente verificatosi (31).

Va da sé, dunque, che proprio l'innegabile sostanziale avvicinamento al ribasso dell'apparato sanzionatorio tra le due aree dimensionali che un tempo facevano riferimento alla tutela cd. obbligatoria o reale, ci sembra che possa deporre nel senso della strutturale instabilità/precarietà e, perciò, del *metus*, del lavoratore cd. a tutele crescenti, ed in ultima istanza, dunque, per la non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro.

(27) Come, invece, in F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la l. n. 92/2012*, op. cit., pag. 893.

(28) Cfr. in particolare Cass. 19 novembre 1984, n. 5906, ma vedi anche Cass. 21 giugno 1985, n. 3737.

(29) Cfr. artt. 1, 2 e 9 del d.lgs. n. 23 del 2015.

(30) Cfr. artt. 1, 3, comma 1, 4, 6, comma 1, e 9 del d.lgs. n. 23 del 2015.

(31) Cfr. artt. 3, comma 2, e 9, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015.

Con la conseguenza che, per effetto della applicazione della nuova normativa sui licenziamenti, si dovrebbe tornare all'assetto definito dalla Corte costituzionale nel 1966 con la sentenza n. 63.

In sostanza, sarebbe consentita la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto di lavoro esclusivamente per i dipendenti pubblici⁽³²⁾. Sempre ammesso che non si applichi loro, cosa che non è affatto chiara e neppure scontata, la normativa sul contratto cd. a tutele crescenti.

Ovviamente, nel rassegnare questa conclusione l'interprete non può non tenere conto di ciò che la medesima ha risolti sul piano gestionale potenzialmente dirompenti.

Basti pensare all'incremento del livello di incertezza per le imprese medio grandi, che è di entità tale da potere persino vanificare l'obiettivo di fondo di questo ultimo intervento riformatore.

Ovvero alle difficoltà pratiche che imprese e lavoratori certamente avrebbero a distanza di anni e decenni, nel far fronte alla ricostruzione delle vicende fattuali e documentali che diedero origine alla postergata rivendicazione dei diritti.

Senonché di simili inconvenienti non è neppure corretto si faccia carico l'interprete. Anche perché, di contro, è parimenti sostenibile che la sospensione della decorrenza della prescrizione fino alla cessazione del rapporto di lavoro, sia, non solo compatibile, ma perfino coerente con l'intera operazione di politica del diritto sottesa alla più recente riforma dei licenziamenti, al punto da costituirne una sorta di fisiologico contrappeso.

Ed infatti, da un lato, il grado reale di efficienza degli strumenti di ricollocamento pubblici e privati, attestato dagli attuali livelli di disoccupazione, non può, almeno allo stato, in alcun modo, consentire di escludere il configurarsi del *metus* da licenziamento, sol per effetto del mutamento di prospettiva additato dal legislatore storico, che certamente non fa mistero circa la insostenibilità di forme di difesa ad oltranza del posto di lavoro.

Dall'altro, si può invece lealmente considerare che l'ordinamento scientemente stia muovendo i primi passi nella direzione di un diverso equilibrio di sistema, nel quale, riducendo la protezione nel posto di lavoro, si intende accentuare la protezione nel mercato, bilanciando gli arretramenti (innegabili) in tema di protezione avverso il licenziamento anche attraverso una maggiore mobilitazione della forza lavoro, accompagnata da strumenti ed incentivi alla ricollocazione.

Ma se di conseguenza stessimo, effettivamente, assistendo al tramonto dell'idea di « posto fisso », perché ciascun lavoratore “al tempo del *job act*”

⁽³²⁾ Corte cost. n. 143 del 1969 e n. 86 del 1971.

si deve gioco forza rassegnare a cambiare, più e più volte, occupazione nell'arco della propria vita lavorativa. Bene, allora, potrebbe in certo senso apparire persino "coerente" rispetto a questa impostazione di fondo, che, sia il lavoratore che il datore di lavoro, si apprestino anche ad "archiviare" definitivamente ogni singolo rapporto di lavoro, soltanto all'esito di ciascun fisiologico e statisticamente frequente episodio di *turn over*.

7. – Indubbiamente, si pongono anche delicati problemi nella transizione tra le discipline astrattamente applicabili, ancorché ci sembra che, nel caso delle tutele cd. crescenti, il quadro appare certamente più semplificato rispetto a quello che ci venne consegnato all'esito della legge n. 92 del 2012.

Va, infatti, considerato che mentre la legge n. 92 del 2012 si applicava ai contratti in essere, le cd. tutele crescenti sono proprie esclusivamente dei nuovi assunti o delle successive conversioni.

Ciò significa che – sempre accedendo alla soluzione per cui neppure il sistema sanzionatorio della legge n. 92 del 2012 garantisce il lavoratore al punto da impedire il cd. *metus* (cfr. *supra* il n. 6) – un lavoratore beneficiario nel 2011 della "vecchia" e massimamente efficiente stabilità cd. reale, avrebbe visto decorrere in corso di rapporto il termine di prescrizione del diritto di credito soltanto sino all'applicazione della legge n. 92.

Applicazione della legge n. 92 del 2012 che poi, di lì fino alla cessazione del rapporto di lavoro, avrebbe impedito la decorrenza per il sopraggiungere del *metus*. Vero e proprio effetto collaterale della riforma cd. Fornero, capace di "congelare" di fatto la frazione di prescrizione già maturata⁽³³⁾.

Nel caso delle tutele crescenti, diversamente, non si dovrebbero registrare avvicendamenti di sorta, perché dall'assunzione (o conversione) può discendere un unico regime prescrizionale.

In tal senso, con il d.lgs. n. 23 del 2015, sempre accedendo alla soluzione che riteniamo preferibile (cfr. *supra* n. 6), non dovremmo neppure assistere alla coesistenza all'interno della medesima azienda di lavoratori con diversi regimi di decorrenza della prescrizione (per intendersi, alcuni per i

⁽³³⁾ Secondo un'opinione diffusa, nel caso della transizione dal pre al post riforma Fornero, per i dipendenti di imprese che godevano della stabilità reale prima della entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, mentre non potevano certo rivivere i diritti già prescritti in precedenza, diversamente, le frazioni o periodi già trascorsi alla medesima data di entrata in vigore, senza il compimento del complessivo termine, rimanevano per l'appunto sospesi per effetto della « *perduta stabilità* » salvo poi sommarsi con « *il periodo successivo all'esaurimento del rapporto* », così A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, op. cit., pag. 62 e A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 661.

quali il termine decorre ed altri per i quali non decorre), essendo tutti trattati o sotto il regime preesistente, ovvero sotto il nuovo a tutele crescenti, entrambi impeditivi della decorrenza.

Diverso sarebbe soltanto se la giurisprudenza, contrariamente rispetto a quanto da noi sostenuto, accreditasse quella “terza via” che pure per completezza abbiamo in precedenza astrattamente ipotizzato (cfr. *supra* n. 5).

E dunque ritenesse sufficientemente protettiva, come pure abbiamo visto è stato suggerito, la disciplina sanzionatoria dei licenziamenti *ex lege* n. 92 del 2012, ma non, invece, quella da ultimo radicalizzata dal legislatore del 2015 per il contratto cd. a tutele crescenti.

In questo caso, assisteremmo alla venuta al mondo del “mostro giuridico” per cui, all’interno della medesima azienda (va da sé, dunque, questa volta a fronte persino dell’identico dimensionamento dell’organico), per i soli lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 la prescrizione decorrerebbe. Mentre per tutti gli assunti o convertiti a tutele crescenti dopo quella data, resterebbe sospesa fino alla cessazione del rapporto.

8. – A questo punto, se non altro alla luce di quest’ultima notazione, credo che non si possa dissentire rispetto alla conclusione che i più recenti interventi in materia di licenziamento hanno inaugurato nell’ambito della prescrizione dei crediti di lavoro un inedito scenario di incertezza del quale non si sentiva alcun bisogno.

Spiace che il legislatore del cd. *job act*, come del resto i suoi predecessori in passato, non abbia colto l’occasione per regolare un istituto nel quale ormai da tempo regna sovrana l’incertezza e la stessa ingegnosa soluzione che rinvia al *metus* ha più volte dato adito ad esiti perlomeno discutibili.

Basti pensare al paradosso per cui il *metus* soggioglierebbe la dirigenza apicale di un’azienda di medie o grandi dimensioni⁽³⁴⁾, mentre non sfiorerebbe l’ultimo dei preposti nella scala gerarchica, ancorché questi, e non altri, è ragionevole presumere sia impegnato nel compito di far quadrare la propria contabilità domestica a dispetto degli attuali livelli stipendiali e

⁽³⁴⁾ Cfr. ad esempio, Cass. 23 giugno 2003, n. 9968, che pur preservando la facoltà del giudice del merito di valutare eventuali casi nei quali la stabilità del rapporto dirigenziale è assicurata mediante l’introduzione ad opera dei contratti collettivi di limitazioni alla facoltà di recesso del datore di lavoro, ha ritenuto comunque insufficiente la previsione di una tutela meramente risarcitoria. Sostanzialmente nello stesso senso, vedi anche Cass. 13 settembre 1997, n. 9137, Cass. 13 marzo 1996, n. 2058 (in particolare sulla insufficienza della mera estensione delle garanzie procedurali di cui all’art. 7, l. 20 maggio 1970 n. 300 al dirigente se dalla loro eventuale violazione discendono conseguenze esclusivamente economiche), e Cass. 19 maggio 1986, n. 3304.

magari di un mutuo a carico. Elementi che specie nelle famiglie monoredito non sembrerebbero esattamente muovere nel senso di una scontata rivendicabilità dei propri diritti.

Salvo, però, registrare che quello stesso *metus* “intermittente” misteriosamente, può invece accomunare tutti, ma proprio tutti – *governance* aziendale, operai ed impiegati, perfino collaboratori coordinati e continuativi dell’impresa – nel caso delle rinunzie e transazioni.

Ma molti altri aspetti dell’attuale assetto normativo e giurisprudenziale della prescrizione appaiono incerti e potevano essere affrontati una volta per tutte. Si consideri ad esempio la vessata questione della cd. stabilità variabile nelle imprese ad occupazione fluttuante, per le quali può essere complicato l’accertamento sulla effettiva consistenza del datore di lavoro, e pertanto la giurisprudenza, amplificando la portata dell’*inventio* del *metus*, ritiene che il solo dubbio in ordine alle dimensioni dell’organico non faccia « *venir meno il timore per il lavoratore di essere licenziato* »⁽³⁵⁾.

Si ricordi poi l’affermazione giurisprudenziale secondo cui, in caso di mera successione di contratti a termine non rileverebbe alcun *metus*, perché il lavoratore sarebbe sin dall’assunzione consapevole del suo *status* di precarietà⁽³⁶⁾. Mentre soltanto se quei contratti a termine si rivelassero, *ex post*, al controllo giudiziale, illegittimi, sarebbe impedito il decorso della prescrizione anche nelle aziende con più di quindici dipendenti, in quanto il lavoratore, a quel punto, patirebbe il *metus* derivante dalla ingiusta impossibilità di confidare nella continuità del rapporto contrattuale⁽³⁷⁾.

Si ponga, quindi, mente alla affermazione di carattere ancor più generale, condivisibile ma comunque opinata e opinabile, secondo cui il *metus* deve essere valutato *ex ante*, sulla base del concreto atteggiarsi del rapporto medesimo, e non già *ex post* a ragione dell’inquadramento che il giudice riconosce applicabile al lavoratore con effetto retroattivo⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ Cass. 8 novembre 1995, n. 11615, con nota di C. ZOLI, *Eccezioni alla regola della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro: i nodi vengono al pettine*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 429 e segg.

⁽³⁶⁾ Da ultimo Cass. 20 ottobre 2014, n. 22146 e in precedenza Cass. Sez. Un., 16 gennaio 2003, n. 575, con nota di M. TATARELLI, *Successione di contratti a termine legittimi e decorrenza della prescrizione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, pag. 341 e segg.

⁽³⁷⁾ Vedi L. VENDITTI, *Sulla decorrenza della prescrizione nella successione di contratti di lavoro*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2006, pag. 616 e segg.

⁽³⁸⁾ Cfr. ad esempio, Cass. Sez. Un. 28 marzo 2012, n. 4942 (per il caso di una collaborazione priva in origine del requisito della stabilità), Cass. 21 maggio 2007, n. 11736 (per il caso di illegittima apposizione del termine e conseguente accertamento giudiziale della sussistenza *ex tunc* di un rapporto a tempo indeterminato), Cass. 23 gennaio 2009, n. 1717 (per il caso di un rapporto solo formalmente di lavoro autonomo), Cass. 19 maggio 1990, n. 4551 (per il caso di assunzione da parte del datore di lavoro interponente dopo un periodo d’illicita interposizione), Cass. 12 novembre 2007, n. 23472 (per il periodo di esecuzione di un con-

E così pure alla esclusione dall'intero ragionamento sulla decorrenza postergata dei termini prescizionali di tutti i diritti diversi dai crediti di lavoro da pagarsi periodicamente ad anno o in termine più breve, atteso che la giurisprudenza della Consulta più volte ricordata non li ha, in alcun modo, riguardati. Esclusione che, però, finisce col dar luogo ad innaturali e inspiegabili distonie, per cui, può darsi il caso che la prescrizione decennale del diritto all'inquadramento superiore decorra in costanza di rapporto di lavoro, a differenza, invece, della prescrizione estintiva quinquennale del connesso diritto alle differenze retributive conseguenti al medesimo sotto-inquadramento⁽³⁹⁾.

Senza dimenticare il palese scollamento tra la disciplina della prescrizione e l'art. 2113 Cod. Civ., come novellato nel 1973, il cui termine per invalidare le rinunzie e transazioni notoriamente decorre, invece, sempre e comunque, dalla cessazione del rapporto di lavoro.

E senza neppure sottovalutare l'irragionevole, almeno in molti casi, mancata considerazione del *metus* che ricorre anche nelle altre tipologie di lavoro non subordinato, nel tempo, in buona parte e per molti profili, accomunate al lavoro subordinato proprio a ragione della loro presumibile ricorrente debolezza contrattuale.

In sostanza, ci sembra che l'istituto della prescrizione, come fu a suo tempo per la disciplina delle rinunzie e transazioni, necessiti di un intervento normativo di profonda revisione ed aggiornamento. Aggiornamento soprattutto con riguardo alle reali posizioni di debolezza del mercato del lavoro contemporaneo.

Posizioni che non sempre e non soltanto chiamano in causa i crediti di retribuzione od il modello del lavoro dipendente. E che, anche in tal caso, non appaiono riconducibili esclusivamente ed esaustivamente alla questione del gradiente di protezione avverso i licenziamenti.

9. – Ciò potrebbe avvenire essenzialmente lungo tre direttrici.

In primo luogo, generalizzando l'applicabilità della regola della decorrenza in corso di rapporto.

Un simile intervento da parte del legislatore indirettamente certificherebbe, mercé una sorta di ritorno al diritto comune, l'adeguatezza com-

tratto di lavoro giornalistico nullo con applicazione dell'art. 2126 Cod. Civ.). E ancora Cass. 22 giugno 2004, n. 11644, Cass. 23 aprile 2002, n. 5934, Cass. 6 luglio 2002, n. 9839, Cass. 20 giugno 1997, n. 5494.

⁽³⁹⁾ Cfr. Cass. 8 aprile 2011, n. 8057 che in sostanza rinvia a Cass. 23 agosto 1997, n. 7911. Ma sull'autonomia del diritto alla qualifica vedi a suo tempo le notazioni fortemente critiche di F. MAZZIOTTI, *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, op. cit., pag. 301 e segg.

plessiva e sostanziale dell'attuale statuto protettivo contro i licenziamenti.

Senonché, per quanto attiene alle cd. tutele crescenti esporrebbe pure la norma neo-introdotta ad una sicura verifica di legittimità costituzionale, dall'esito probabilmente demolitorio, specie con riguardo ai casi di anzianità ridotta del lavoratore, dove il tenore del risarcimento attualmente garantito dal d.lgs. n. 23 del 2015 è effettivamente molto basso.

In secondo luogo, potrebbe essere realizzata la soluzione che suggerisce di distinguere a seconda della capienza reale del risarcimento virtualmente conseguibile da un lavoratore cd. a tutele crescenti ⁽⁴⁰⁾.

Per cui, in sostanza, nel caso del lavoratore cd. a tutele crescenti, la decorrenza della prescrizione sarebbe consentita soltanto al raggiungimento di una determinata anzianità, tale da consentire l'accesso ad una soglia risarcitoria avverso il licenziamento minimamente congrua (ad es. 12 mensilità).

Ma si tratta di soluzione solo apparentemente ingegnosa, basti pensare alla complicazione inaudita per i lavoratori che si troverebbero a gestire diritti di credito a prescrizione questa volta "quiescente", che, cioè, tutt'a un tratto, inizia a decorrere, per effetto del raggiungimento di una determinata anzianità di servizio.

Sarebbe peraltro, una soluzione che, comunque, contravverrebbe frontalmente allo spirito delle tutele cd. crescenti – che già crescenti non sono poi tanto – e che in tal caso, sia pure con riguardo allo specifico profilo della decorrenza della prescrizione, diverrebbero, invero, persino "decescenti".

Da ultimo – ed è questa la soluzione a mio avviso preferibile – il legislatore potrebbe intervenire a protezione di una intera classe di relazioni contrattuali accomunate da un persistente profilo di dipendenza economica ⁽⁴¹⁾, inibendo *sic et simpliciter* la decorrenza fino al termine del rapporto di lavoro, e così liberandosi dall'ingegnosa quanto artificiosa *inventio* del *metus*, e, comunque, divincolando il tema dal fuorviante assillo del riferimento al regime di protezione avverso i licenziamenti.

Anche perché, senza certo sottovalutare la rilevanza del licenziamento, che resta l'atto unilaterale capace di recidere il rapporto di lavoro, lo stesso, ci sembra perlomeno ingenuo ritenere che il *metus* si configuri esclusivamente con riguardo alla maggiore o minore libertà di licenziare (e non, invece, di trasferire, demansionare, e più in generale penalizzare, ad esempio nell'accesso alla formazione, o agli strumenti di flessibilità) un lavoratore.

⁽⁴⁰⁾ Soluzione avanzata nella Circolare n. 4/2015 della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro.

⁽⁴¹⁾ Cfr. ad esempio quanto avvenuto con l'art. 2751 *bis* Cod. Civ.

Quando, invece, il *metus* attiene strutturalmente alla posizione del lavoratore subordinato in quanto tale, o meglio alla caratteristica ineliminabile del lavoro subordinato per cui ad una parte sono dati poteri unilaterali controllabili soltanto *ex post*.

Dunque, il *metus* necessariamente si configura anche rispetto alle possibilità della cd. flessibilità organizzativa (ad es. la variazione delle mansioni, l'aspettativa di una promozione, il timore di un trasferimento, la speranza di vedersi concedere il telelavoro, ecc.). Ed anzi, tanto più cresce quanto più si ampliano anche gli altri poteri datoriali (in particolare lo *jus variandi* ed il potere di controllo) diversi dal potere di licenziare, come pure si annunzia con il prossimo decreto legislativo di riordino contrattuale ⁽⁴²⁾.

Semmai, ci sembra che accedendo alla nostra ipotesi di lavoro che generalizza il "blocco" della prescrizione, occorrerebbe, invece, introdurre dei correttivi a bilanciamento del contrapposto interesse imprenditoriale alla certezza dei rapporti giuridici.

E ciò, ci sembra, andrebbe fatto ragionando prioritariamente sul fatto che la società attuale è contraddistinta da una accelerazione delle relazioni economiche impensabile ai tempi della codificazione, per cui le durate pluriennali tipiche delle attuali prescrizioni estintive, specie se decorrenti dalla cessazione di un rapporto di lavoro, appaiono eccessive e fortemente antistoriche.

Al punto che un miglior risultato, ci sembra, si potrebbe realizzare agendo sui tempi di attesa per conseguire definitiva certezza circa ogni singola posizione lavorativa, e più nello specifico intervenendo nell'ambito connesso della decadenza dall'azione giudiziale.

Attraverso cioè una ulteriore generalizzazione del doppio regime decadenziale dettato con l'art. 32 della legge n. 183 del 2010, arrivando al punto di condizionare anche ogni vertenza di lavoro azionabile *ex art.* 409 Cod. Proc. Civ. avente ad oggetto crediti di lavoro alla doppia impugnazione, stragiudiziale e giudiziale, di cui all'art. 6 della legge n. 604 del 1966. Doppia impugnazione che, a questo punto, dovrebbe decorrere dalla cessazione del rapporto di lavoro.

Anche perché non ci constano ragioni pratiche o di principio che impongano di limitare il campo di azione dell'art. 32 cit. alle sole vertenze attualmente considerate da quella disposizione, per quanto, ognuno vede, si tratti senza dubbio di alcune tra le più ricorrenti nelle aule giudiziarie.

Senza dimenticare che le disposizioni del cd. collegato lavoro del 2010,

⁽⁴²⁾ V. SPEZIALE, *Le politiche del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline dei rapporti di lavoro*, in *WPCSDLE* MASSIMO D'ANTONA, n. 233/2014, pag. 35 e segg.

allorché furono introdotte, alla stregua di alcune interpretazioni drammatizzanti, sembrava dovessero minare alla radice lo stesso diritto di difesa dei lavoratori. Mentre, invece, dopo un fisiologico tempo di adattamento da parte degli operatori del diritto, si sono tradotte in un fattore concreto di riduzione dei tempi complessivi dell'accertamento giudiziale dei diritti dei lavoratori.

Ragion per cui, lo si ripete, non si vede motivo per impedire alle parti del rapporto di lavoro di definire, rapidamente ed una volta per tutte, l'intera posizione lavorativa anche con riguardo ai crediti di lavoro, alla stregua di quanto, del resto, già oggi accade per il licenziamento o la conversione del rapporto medesimo conseguente alla invalidità del termine o della somministrazione ⁽⁴³⁾.

Un simile intervento, in combinato disposto con la sospensione legale della decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro, attutirebbe con ogni probabilità gli effetti negativi derivanti per le imprese dalla postergazione di massa dei termini prescrizionali, semplificando oltremodo il quadro normativo.

Valuti il lettore se una simile soluzione sia o meno da preferire rispetto al protrarsi dell'attuale disinteressato astensionismo del legislatore, inevitabilmente destinato ad alimentare l'ennesima operazione di supplenza giurisprudenziale, mercé il previo dipanarsi di contenziosi pluriennali e la conseguente protrazione dell'attuale insopportabile stato di incertezza.

⁽⁴³⁾ Cfr. ad esempio Trib. Torino, 14 settembre 2012, in *Nuovo Notiz. Giur.*, 2013, pag. 96.