

Publicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

*La prescrizione dei crediti retributivi
nei rapporti di lavoro “destabilizzati”:
l’insostenibile leggerezza del metus*


Armando Tursi

anticipazione

N. 1/XXXII - 2022


 **GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE**

6. Crediti retributivi

6.1. App. Milano 25 ottobre 2021, n. 1352 (in  *Boll. ADAPT*, 2022, n. 6).


Crediti retributivi - Non decorrenza della prescrizione in assenza di tutela reintegratoria - Art. 18, l. n. 300/1970, post riforma Fornero - Condizione di metus in costanza di rapporto di lavoro - Sussiste.

Il testo attualmente vigente dell'art. 18, l. n. 300/1970, a differenza di quello originario, prevede la tutela reintegratoria solo per talune ipotesi di illegittimità del licenziamento (commi 1, 4, 7), mentre per altre fattispecie prevede unicamente una tutela indennitaria (commi 5 e 6); ne consegue che, nel corso del rapporto, il prestatore di lavoro si trova in una condizione soggettiva di incertezza circa la tutela (reintegratoria o indennitaria) applicabile nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, accertabile solo ex post nell'ipotesi di contestazione giudiziale del recesso datoriale. È pertanto ravvisabile la sussistenza di quella condizione di metus che, in base ai consolidati principi dettati dalla richiamata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, esclude il decorso del termine prescrizione in costanza di rapporto di lavoro. A supporto di questa soluzione va richiamato, altresì, l'orientamento giurisprudenziale che valorizza l'effettiva condizione del prestatore di lavoro subordinato, precisando che la decorrenza o meno della prescrizione nel corso del rapporto di lavoro va verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del medesimo in relazione all'effettiva esistenza di una situazione psicologica di metus del lavoratore, e non già alla stregua della diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto astrattamente regolare il rapporto, ove questo fosse sorto fin dall'inizio con le modalità e la disciplina che il giudice, con un giudizio necessariamente "ex post", riconosce applicabili.

6.2. App. Milano 26 febbraio 2020, n. 89 (in  *Boll. ADAPT*, 2022, n. 6).

Prescrizione - Crediti di lavoro - Decorrenza in corso di rapporto - Sussiste anche dopo la riforma Fornero.

L'entrata in vigore della l. n. 92/2012 non ha alcun effetto sospensivo della prescrizione del diritto alla retribuzione, restando comunque confermate le garanzie di stabilità del rapporto di lavoro pur nella diversa previsione normativa della distinzione delle tutele applicabili.

6.3. Trib. Napoli 12 novembre 2019, n. 7343 (in  *Boll. ADAPT*, 2022, n. 6).

Prescrizione - Crediti di lavoro - Decorrenza in corso del rapporto - Sussiste anche dopo la riforma Fornero.

Le modifiche introdotte dalla l. n. 92/2012 hanno soltanto delimitato la reintegra nel posto di lavoro in presenza di licenziamento illegittimo, che resta assicurata proprio nelle ipotesi più gravi di recesso datoriale esercitato dal contraente più forte che si avvalga illecitamente della sua superiorità economica. Ne deriva che la prescrizione corre in corso di rapporto.

La prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti di lavoro “destabilizzati”: l’insostenibile leggerezza del *metus*

Sommario: **1.** La “sospensione” della prescrizione dei crediti retributivi dopo le riforme dei licenziamenti del 2012 e del 2015: ritorno al passato? – **2.** I termini della questione nella recente dottrina e nella giurisprudenza (finora) di merito. – **2.1.** *Segue:* la giurisprudenza favorevole alla riattivazione della “sospensione” della prescrizione... – **2.2.** ...e quella favorevole alla persistente decorrenza della prescrizione. – **2.3.** Le posizioni dottrinali. – **3.** I vizi d’origine della questione vengono al pettine. – **4.** Considerazioni critiche sul nesso tra stabilità del rapporto di lavoro e decorrenza della prescrizione. – **4.1.** *Segue:* l’insostenibile leggerezza del *metus*. – **4.2.** *Segue:* prospettive esegetiche e riformatrici.

1. È già accaduto che i tentativi di riforma del lavoro in chiave di *flexicurity* abbiano prodotto, per la “resistenza” del sistema e dei suoi interpreti (di norma agganciata a valori costituzionali che si ritengono violati e ad interpretazioni che si vogliono “costituzionalmente orientate”), effetti “preterintenzionali” di irrigidimento e/o complicazione regolativa (si veda A. TURSI, *Le riforme del mercato del lavoro: «estremismo neo-liberista», «astuzia volpina», o «riformismo preterintenzionale»?*, in *SM*, 2005, n. 74, p. 323 ss.).

Il possibile ritorno al regime di generalizzata imprescrittibilità dei crediti retributivi in costanza di rapporto di lavoro (nei termini enunciati da C. cost. n. 63/1966), che si vorrebbe conseguente alla riformulazione dell’art. 18 della l. n. 300/1970 ad opera della l. n. 92/2012 (“legge Fornero”), e poi per i lavoratori assunti dopo il 6 marzo 2015, al d.lgs. n. 23/2015 (*Jobs Act*), è esemplare della bizzarra modalità con cui un legislatore “riformista” rischia di partorire (quella che nella sua ottica sarebbe) una “controriforma”.

Ma è esemplare anche dello strabismo con cui si è prevalentemente guardato alle ultime riforme dei licenziamenti.

In effetti, nella valutazione assiologica di queste, ha assunto un rilievo assorbente la virata della protezione legale contro i licenziamenti illegittimi in direzione della tutela obbligatorio-indennitaria, e la perdita di centralità di quella c.d. “reale” (in questa sede ci limitiamo a rinviare, anche per i riferimenti ulteriori, a M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili*

sostanziali e questioni controverse, in M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013; L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015; M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2015), ascrivendosi per lo più a tali scelte legislative una valenza unilateralmente regressiva in termini sociali; mentre non ha conquistato la ribalta politico-media-tica, quello che può considerarsi il rovescio della medaglia della asserita destabilizzazione del rapporto di lavoro, costituito dalla possibile inibizione della prescrizione dei crediti retributivi maturati in costanza di rapporto di lavoro.

Il risultato di tutto ciò è che, a fronte della controvertibilità fattuale e giuridica degli effetti socialmente regressivi delle citate riforme, investite massicciamente da analisi giuridiche “a tavolino” e quasi per nulla da analisi empiriche “d’impatto”; si sono registrate incisive “controriforme” introdotte tramite giudizi di costituzionalità (si vedano, anche per i riferimenti, i saggi introduttivi di M.T. Carinci e A. Tursi nei cap. I e II del volume di M.T. CARINCI, A. TURSI, *Tutele crescenti e lavoro etero-organizzato al vaglio delle Alte Corti*, Giappichelli, 2021); e si profila, come previsto in dottrina (V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, n. 3, I, p. 558), un ingente contenzioso sulla decorrenza della prescrizione, dall’esito incerto, ma con non scarse probabilità di esitare nel ripristino generalizzato del regime di imprescrittibilità dei crediti retributivi in costanza di rapporto di lavoro.

2. Si tratta di un contenzioso finora concentrato sull’impatto della riforma Fornero dell’art. 18 Stat. lav., ma che, dagli argomenti utilizzati nei contrapposti orientamenti, lascia presagire la riproposizione, con analoga divaricazione interpretativa, anche con riferimento all’impatto del *Jobs Act*; un contenzioso giunto alle soglie del vaglio di legittimità, essendosi registrata, di recente, la contrapposizione tra due orientamenti antitetici in seno alla Corte d’Appello meneghina.

Quel che più colpisce, è che detta contrapposizione non si appunta sulla diversità di approcci nei confronti dell’assetto sistematico e giurisprudenziale assunto dalla materia a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta (si veda, per tutti, tra gli studi dell’epoca, A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, 1983, p. 165 ss.; S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, ESI, 1987, p. 61 ss. Successivamente, si veda almeno G. PERA, voce *Prescrizione nel diritto del lavoro*, in *DDPComm*, 2001, spec. §§ 9-13; E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte costituzionale*, in *RIDL*, 2008, n. 1, I, 4 ss.), ma riposa su opposte valutazioni in merito all’idoneità delle recenti riforme riattualizzare quel *metus* per il licenziamento illegittimo che l’art. 18 Stat. lav., nella formulazione originaria, si riteneva idoneo a neutralizzare, consentendo il decorso della prescrizione.

E così, se App. Milano n. 1352/2021 (in epigrafe), in piena adesione all'insegnamento tralatizio, avalla la tesi per cui la (ritenuta) instabilità del rapporto di lavoro ingenererebbe «la situazione psicologica» di *metus* del lavoratore, e tale *metus*, a sua volta, indurrebbe il lavoratore «a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento»; la pressoché coeva App. Milano n. 89/2020 (in epigrafe), in diversa composizione, pur condividendo sia la premessa consistente nel nesso tra regime di protettivo e *metus* del lavoratore, sia l'equiparazione *quoad effectum* tra inerzia nell'esercizio del diritto e rinuncia al medesimo, opina in modo opposto circa il contenuto che la predetta stabilità dovrebbe avere per poter abilitare il decorso della prescrizione dei crediti retributivi.

2.1. Per il collegio che si è pronunciato a favore della “sospensione” della prescrizione, la ragione della medesima starebbe in ciò, che «il testo attualmente vigente dell'art. 18 L. n. 300 del 1970, a differenza di quello originario, prevede [...] la tutela reintegratoria solo per talune ipotesi di illegittimità del licenziamento [...], mentre per altre fattispecie prevede unicamente una tutela indennitaria»; donde, appunto, il famigerato *metus*, legato, a ben vedere, non solo alla oggettiva (perché basata sull'assetto normativo) “instabilità” del rapporto di lavoro, ma anche alla circostanza che «nel corso del rapporto, il prestatore di lavoro si trova in una condizione soggettiva di incertezza circa la tutela (reintegratoria o indennitaria) applicabile nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, accertabile solo *ex post* nell'ipotesi di contestazione giudiziale del recesso datoriale».

A supporto di questa impostazione si richiama, altresì, l'orientamento giurisprudenziale che, valorizzando «l'effettiva condizione del prestatore di lavoro subordinato», afferma doversi «la decorrenza o meno della prescrizione nel corso del rapporto di lavoro» determinare «con riguardo al concreto atteggiarsi del medesimo in relazione all'effettiva esistenza di una situazione psicologica di *metus*» (massima invero riferita al caso della disciplina putativa applicabile nelle fattispecie interpositorie o di conversione di contratti a termine illegittimi, ma coerente, anche nella sua valenza generale, con la tralatizia impostazione *psicologista* del tema del *metus* (si veda Cass., sez. un., n. 4942/2012; Cass. n. 12553/2014; Cass. n. 1717/2009).

2.2. L'altro orientamento giurisprudenziale, senza discostarsi dalla impostazione teorica tradizionale, nega che il venir meno della generalizzata tutela reale a fronte di ogni tipologia di licenziamento, conseguente alla novella dell'art. 18 Stat. lav., abbia provocato il risorgere del *metus* in capo ai lavoratori, affermando invece che «l'entrata in vigore della l. n. 92/2012 non ha alcun effetto sospensivo della prescrizione del diritto alla retribuzione, restando comunque confermate le garanzie di stabilità del rapporto di lavoro pur nella diversa previsione normativa della distinzione delle tutele applicabili». Tale arresto si pone in linea di continuità con precedenti decisioni di merito che avevano affermato

come «in tema di prescrizione dei crediti retributivi, anche dopo la riforma introdotta dalla legge n. 92 del 2012, permanendo la necessità che il licenziamento sia collegato ad esigenze specifiche e predeterminate e potendo, in difetto, il giudice rimuoverne gli effetti, deve ritenersi che il rapporto di lavoro nelle imprese che soddisfano il requisito dimensionale risulti comunque assistito da una “forza di resistenza” tale da giustificare il decorso della prescrizione in costanza di rapporto» (Trib. Roma n. 4125/2018); e, da altra angolazione, 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» (Trib. Novara n. 282/2017).

Per non dire di quelle sentenze che hanno utilizzato come argomento decisivo «la previsione della tutela reale nei casi di licenziamento c.d. ritorsivo, nonché discriminatorio», la quale «esclude il timore del recesso anticipato dal rapporto per il lavoratore che faccia valere i propri crediti retributivi» (Trib. Milano n. 2576/2016, in *q. Rivista*, 2017, n. 3, p. 850).

In effetti, come affermato dalla analoga decisione del Tribunale di Napoli n. 7343/2019 (in epigrafe), la riforma Fornero del 2012 non ha affatto eliminato, e nemmeno marginalizzato, ma «soltanto delimitato la reintegra nel posto di lavoro in presenza di licenziamento illegittimo»; al contrario, la reintegra «resta assicurata proprio nelle ipotesi più gravi di recesso datoriale esercitato dal contraente più forte che si avvalga illecitamente della sua superiorità economica». È appena il caso di ricordare che a stregua del novellato art. 18, la reintegrazione nel posto di lavoro continua a operare nei casi di licenziamento discriminatorio e ritorsivo – ossia, proprio quando ricorre la tipologia di recesso cui è letteralmente e logicamente riconducibile il recesso “odioso” causato dalla circostanza che il lavoratore intenda esercitare un suo diritto (peraltro, non solo retributivo) –, come pure negli altri casi di licenziamento nullo (per es., e limitandoci ad altri casi di esercizio di un diritto: per causa di matrimonio o in violazione delle disposizioni a tutela della genitorialità), o di insussistenza del fatto contestato nel licenziamento disciplinare, oppure nell’ipotesi in cui la condotta sia punita dal contratto collettivo con una sanzione conservativa, o infine, di manifesta insussistenza del fatto posto a base giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Il *Jobs Act*, poi, ha ulteriormente circoscritto la tutela reale, lasciandola operare per le ipotesi, tutt’altro che marginali, del licenziamento nullo (incluso quello discriminatorio e ritorsivo) ovvero del licenziamento disciplinare illegittimo per insussistenza del fatto contestato.

Non è necessario ai nostri fini analizzare nei dettagli le singole ipotesi di applicabilità della tutela reale. Ci limitiamo a osservare che, rimanendo all’interno

della logica del *metus*, potrebbe assumere peculiare rilievo la disciplina del *Jobs Act* in tema di tutela reintegratoria per il licenziamento disciplinare ingiustificato.

Non ci riferiamo alla virata in direzione del famigerato “fatto” c.d. “materiale” in luogo di quello c.d. “giuridico” (per la tesi secondo il *metus* sarebbe ancora più evidente nell’area delle “tutele crescenti”, dal momento che il «“fatto” addebitato disciplinarmente è dichiaratamente un fatto materiale», si veda C. ROMEO, *Prescrizione dei crediti di lavoro: recenti profili problematici*, in *LG*, 2016, n. 2. Per la delegittimazione teorica della *querelle*, ci permettiamo di rinviare ad A. TURSI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi soggettivi*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *op. cit.*, spec. p. 85 ss.). Ci riferiamo invece all’art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015, alla cui stregua l’insussistenza del fatto contestato dev’essere «direttamente dimostrata in giudizio dal lavoratore» (sul punto, si veda da ultimo, F. DE MICHIEL, *Questioni sull’onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, 2020, p. 30 ss.).

E ciò, non perché (come talvolta si dice) questa norma avrebbe rovesciato la regola per cui grava sul datore di lavoro l’onere della prova della giustificazione del licenziamento, bensì perché essa onera specificamente il lavoratore dell’onere di provare che sussiste il presupposto per l’applicazione, al licenziamento ingiustificato subito, del rimedio reintegratorio: presupposto costituito, appunto, dalla «insussistenza del fatto contestato» (rinviando, sul punto, ad A. TURSI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi soggettivi*, cit., p. 90 ss.).

Orbene, se davvero il *metus* fosse la ragione della temporanea paralisi della prescrizione in corso di rapporto, e se davvero esso non riguardasse le sole ipotesi di (timore per) licenziamento ritorsivo o discriminatorio, ma anche quelle di licenziamento disciplinare, e addirittura per ragioni economiche o per motivi formali o procedurali, allora potrebbe apparire intuitivo affermare che l’accollo in capo al lavoratore dell’onere di provare la sussistenza dei presupposti per la tutela reale, integri o rafforzati detto *metus*.

Analogo rilievo è stato mosso da chi ha osservato che anche nella fattispecie che più potrebbe considerarsi pertinente rispetto al “timore di essere licenziati”, ossia quella del licenziamento per motivo illecito o ritorsivo, l’onere della prova – e di una prova non semplice – grava sul lavoratore (V. MAIO, *Ancora su stabilità e metus dopo le recenti riforme dei licenziamenti ed una prima sentenza*, in *ADL*, 2016, n. 3, I, p. 559 ss.).

Ma a questo rilievo si può opporre che è pur sempre sul datore di lavoro che incombe la prova della esistenza del motivo lecito formalmente addotto; solo qualora ciò non avvenga, o venga acquisita in giudizio la prova che esso non esiste, allora il lavoratore dovrà fornire piena prova della esistenza del motivo illecito, e che esso sia stato determinante ed esclusivo (Cass. n. 1514/2021. In

dottrina, sul tema, si veda da ultimo F. MARINELLI, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito: contributo allo studio delle fattispecie*, Giuffrè, 2017).

Con argomento drastico e disarmante, poi, si è osservato che, proprio nella logica del *metus*, come emergente dalla giurisprudenza (*in primis*, costituzionale), ai fini della decorrenza della prescrizione dovrebbe essere considerato rilevante il “timore di essere licenziati”, e non anche il “timore di soccombere in giudizio”: sicché non dovrebbero rilevare «le difficoltà probatorie che incontra il lavoratore che contesti il suo licenziamento perché “odioso”», non derivando esse «dalla disciplina dei licenziamenti e dalla ridotta efficacia delle sanzioni previste per la loro illegittimità», bensì «dalle regole del processo» (M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, 2018, n. 1, I, p. 20).

2.3. Analoga dialettica si registra in dottrina (in generale, e con riferimento a entrambe le riforme, si veda almeno C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 2017, p. 726 ss.; nonché gli atti del convegno *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 «versione Fornero»*, in *ADL*, 2017, n. 4-5, I, p. 843 ss., con interventi di Mainardi, Ponterio, Cester, Amoroso, Gragnoli e Carinci).

E così, alla tesi secondo cui il novellato art. 18 continuerebbe «a tutelare il lavoratore in modo tale da consentire la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro», essendo anche la norma novellata «pur sempre idonea a consentire al lavoratore di esercitare i propri diritti, senza temere di essere licenziato» (A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, n. 2, I, p. 454; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, n. 3, I, pp. 621 ss.; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 st. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *MGL*, 2012, n. 10, p. 751 ss.; F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *RIDL*, 2013, n. 4, I, p. 880 ss.), si contrappone la valutazione (addirittura recepita nella manualistica) secondo cui «non è più sostenibile il decorso della prescrizione dei crediti retributivi durante il rapporto, poiché non è più garantita la stabilità di questo» (A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam, 2015, p. 916. Si veda pure, *inter alios*, C. ROMEO, *op. cit.*, p. 116, V. MAIO, *Ancora su stabilità e metus dopo le recenti riforme dei licenziamenti ed una prima sentenza*, *cit.*, p. 559 ss., e, con riferimento anche al *Jobs Act*, M. MEUCCI, *La prescrizione dei crediti retributivi dopo le leggi limitative della cd. stabilità reale*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, n. 2).

Gli argomenti utilizzati a conferma di tale decadimento protettivo sono anch'essi inerenti all'arretramento della tutela reale, che, per i sostenitori della seconda tesi, sarebbe idoneo a “destabilizzare” il rapporto di lavoro in misura

tale da resuscitare il famigerato *metus*; benché vada osservato che non sempre il giudizio in merito alla asserita destabilizzazione dei rapporti di lavoro appare cristallino.

Non lo è, per esempio, quando si afferma che sarebbe stato bandito dal licenziamento disciplinare il controllo di proporzionalità: ché invece – come s'è già precisato – tale controllo resta a presidio della giustificatezza del licenziamento, sia pur dando luogo, la sproporzionatezza (che è il caso più frequente di [ille-gittimità per] ingiustificatezza), alla sola sanzione indennitaria.

Così come non lo è, o lo è solo in parte – e lo si è pure già notato – allorché si osserva che il *Jobs Act* avrebbe invertito «il consueto riparto dell'onere della prova a tutto svantaggio del prestatore di lavoro» (V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, cit., p. 554 ss.).

3. Ci sembra di poter dire che non solo le decisioni giurisprudenziali, ma in qualche misura la stessa dottrina, che si sono occupate del tema in oggetto a ridosso delle riforme del 2012 e del 2015, esibiscono un comprensibile (soprattutto da parte della giurisprudenza) *self-restraint* rispetto ai termini generali in cui la questione fu posta dalla Consulta e dalla Suprema Corte a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta.

Avendo sia il giudice delle leggi che quello di legittimità circoscritto, infine, la decorrenza *iure communi* della prescrizione dei crediti retributivi alle sole ipotesi in cui il rapporto di lavoro non sia assistito da “stabilità” – paradigmaticamente (ma non esclusivamente) identificata nella “tutela reale” positivamente introdotta nel 1970 dallo Statuto dei lavoratori –, gli odierni giudici di merito, lungi dal rimettere in discussione quell'assetto, si sono limitati a valutare se per effetto della “legge Fornero” e/o del *Jobs Act* – che hanno confinato il rimedio “reale” ai soli casi di nullità e di ingiustificatezza “qualificata” del licenziamento (A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *q. Rivista*, 2012, n. 3, p. 621 ss.) –, il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro sia stato privato dell'originario carattere di generalità, così riattualizzandosi quella situazione di “paura del licenziamento” (c.d. *metus*) idonea, secondo le Alte Corti, a inibire l'esercizio dei diritti retributivi in costanza del rapporto di lavoro, e quindi a produrre l'estinzione di quei diritti per effetto di una sorta di rinuncia inerziale, equiparata *quoad effectum* alla rinuncia negoziale.

La (fragile) base teorico-costituzionale di tale costruito stava nella affermata irrinunciabilità del diritto alla retribuzione, desunta (in via indiretta) «dall'ultimo comma dello stesso art. 36, che stabilisce l'irrinunciabilità del diritto alle ferie e al riposo settimanale». Muovendo da tale premessa, e con la precisazione che l'irrinunciabilità del diritto è cosa diversa e meno ampia della indisponibilità (da cui conseguirebbe l'imprescrittibilità del diritto *ex art. 2934 c.c.*), la Corte ha concluso che il lavoratore «può esser indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per

il timore del licenziamento; cosicché la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia».

In verità, chi più approfonditamente ha analizzato la tesi della equiparazione tra rinuncia e inerzia (A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, cit.), ha guardato agli effetti e non alla fattispecie: ché se davvero la Corte avesse operato detta equiparazione sul piano della fattispecie, nessun rilievo avrebbe potuto ascrivere al *metus*.

Invero, la fattispecie "inerziale" cui la Consulta ricollega l'effetto estintivo analogo a quello della rinuncia, non si identifica con quest'ultima, ma risulta dalla sommatoria di due elementi del tutto estranei al negozio abdicativo, quali il non esercizio del diritto, e la situazione psicologica che va sotto il nome di *metus*.

Orbene, una volta imboccata la strada impervia dell'equiparazione tra estinzione negoziale del diritto – asseritamente nulla – ed estinzione inerziale del diritto – ovviamente non passibile di nullità, salvo che non si tratti di rinuncia tacita –, la Corte costituzionale, onde addivenire alla voluta (tale sorta di "precomprensione" fu "confessata", com'è noto, dal relatore di quella sentenza: si veda, tra gli altri, G. PERA, *op. cit.*, p. 221) conseguenza della imprescrittibilità in costanza di rapporto di lavoro, fu costretta ad avallare un assai discutibile corollario – che è da considerarsi come la ragione ultima (o meglio, prima) di tutti i successivi avviticchiamenti correttivi e interpretativi –, e cioè l'affermazione secondo cui l'inerzia nell'esercizio del diritto alla retribuzione non può provocare la sua estinzione in tutti i casi in cui l'inerzia non sia espressione di libertà ma di *metus*, ossia della paura di essere licenziati senza adeguate tutele, a causa della rivendicazione del diritto. «La prescrizione» – afferma la Corte – «decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia».

Dunque, a ben vedere, il giudice delle leggi operò una ardita equiparazione tra la fenomenologia giuridica della rinuncia negoziale invalida e quella che si potrebbe definire "rinuncia inerziale": come la rinuncia negoziale è invalida se impugnata entro un certo termine dopo la cessazione del rapporto di lavoro, così la rinuncia inerziale non produce effetto in costanza di rapporto di lavoro (si veda, pure, R. FABOZZI, *L'assenza di certezze in tema di prescrizione dei crediti retributivi*, in *MGL*, 2018, p. 12).

Senonché, ad essere inesatta era già la premessa principale del ragionamento, secondo cui l'art. 36 Cost. prescriverebbe la non rinunciabilità della retribuzione: e ciò, non certo perché dall'art. 36 non possa trarsi un principio di inderogabilità del diritto alla retribuzione equa, ma perché detto principio attiene, appunto, alla inderogabilità della norma (*in casu*, costituzionale), e non alla asserita irrinunciabilità (del diritto); irrinunciabilità che indubbiamente non sussiste, essendo i crediti retributivi (tutti, compresi quelli relativi all'equa retribuzione) rinunciabili in presenza delle condizioni e dei presupposti stabiliti

dall'art. 2113 c.c. (su questi temi, si vedano le articolate riflessioni di A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, cit., p. 189 ss. e p. 194 ss., e la messa a punto di M. MAGNANI, voce *Disposizione dei diritti*, in *DDPComm*, 1990, vol. V, p. 51).

Come stabilire, allora, una analogia, sia pure solo *quoad effectum*, tra l'invalidità di un atto negoziale diretto a produrre l'estinzione del diritto, e la neutralizzazione dell'inerzia nell'esercizio del diritto al fine di impedirne l'estinzione per prescrizione?

E infine come, e perché, attribuire rilevanza al *metus* collegato all'esistenza di una certa disciplina limitativa dei licenziamenti, ai fini dell'estinzione per prescrizione, e non invece ai fini dell'estinzione per rinuncia?

Questi sono ancora oggi gli interrogativi fondamentali che restano irrisolti, avendo il giudice costituzionale escluso che il diritto alla retribuzione fosse un diritto indisponibile e imprescrittibile, ed essendosi limitato a considerarlo come un diritto irrinunciabile finché il rapporto di lavoro non si estingue, mercé l'equiparazione della rinuncia *ex art. 2113 c.c.*, all'inerzia che caratterizza la prescrizione (M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 5); e avendo, conseguentemente, aderito all'«opinione dominante che [...] riteneva i crediti del prestatore compresi, ancorché non espressamente nominati, nella previsione dell'art. 2948, n. 4, c.c. e perciò sottoposti al decorso della prescrizione breve» (E. GHERA, *op. cit.*, p. 4 ss.).

Le considerazioni di fondo che le sommarie riflessioni che precedono ci sollecitano sono tre, attinenti, in via gradatamente più distante dall'impostazione tratteggiata, a) alla asserita idoneità delle riforme del 2012/2015 a destabilizzare la protezione contro i licenziamenti illegittimi, al punto tale da determinare il ripristino della regola generale dell'imprescrittibilità dei crediti retributivi in costanza di rapporto di lavoro (privato), b) al tema del *metus*, c) alle diverse e alternative prospettive che potrebbero aprirsi, in materia di prescrizione dei diritti dei lavoratori, per via di esegesi giurisprudenziale o costituzionale, ovvero per via legislativa.

4. La prima considerazione, collocandosi, in parte, nella medesima prospettiva endo-sistemica assunta dalla giurisprudenza sopra richiamata, intende, in primo luogo, mettere in dubbio la plausibilità teorica della misurabilità del *metus* in funzione del grado di protezione offerto dalla disciplina sanzionatoria dei licenziamenti illegittimi; e di default, supportare la tesi secondo cui il riassetto normativo del 2012-2015 non avrebbe comportato il risorgere del *metus*.

In effetti, è nostra convinzione che la valutazione in merito a quale sia il grado di "stabilità" del rapporto di lavoro idoneo a paralizzare il decorso della prescrizione (o se si vuole, quale sia il grado di "de-stabilizzazione" del rapporto di lavoro idoneo a riabilitare il decorso della prescrizione), sia di ordine politico, e non tecnico.

Non esiste una nozione astratta o di teoria generale, di “stabilità” contrapposta alla “instabilità” (una delle trattazioni dottrinali più impegnate sulla questione è quella di M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980); esiste invece, anche nell’esperienza comparata, una pluralità (potenziale e attuale) di discipline protettive contro i licenziamenti illegittimi, nel cui ambito, non solo è dubbio che possa tracciarsi una netta biforcazione concettuale tra tutela obbligatorio-indennitaria e tutela reale (tanto più che anche quest’ultima si scontra col dato di realtà dell’ineseguibilità coatta degli obblighi di fare, con la conseguente monetizzazione del posto di lavoro, già realisticamente riconosciuta dalla l. n. 108/1990 (M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 18), ma nemmeno sussiste uniformità di tutele all’interno degli idealizzati poli sanzionatori: potendo darsi in astratto, ed essendosi date in concreto, reintegrazioni c.d. “di diritto comune” e “di diritto speciale”, reintegrazioni irrinunciabili o assolute e reintegrazioni opzionali o relative, reintegrazioni cumulabili o meno col pieno risarcimento di diritto comune, reintegrazioni “piene” o “semipiene”, ecc.; così come indennità di importo oscillante (dopo l’intervento della Corte costituzionale del 2018, addirittura) tra 2,5 e ben 36 mensilità.

In un simile quadro ordinamentale, potrebbe semmai avere senso valorizzare la c.d. “efficacia dissuasiva” della sanzione, anche e soprattutto quando questa abbia natura indennitaria: ponendosi così, sia pure con diversa e anzi opposta angolazione, sulla scia di C. cost. n. 194/2018 (sulla quale si veda, in senso critico, A. TURSI, *Note critiche a Corte Costituzionale n. 194/2018*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2019, n. 1). Né, atteso l’opposto risultato di politica del diritto scaturito da quella sentenza, si tratterebbe di conseguenza paradossale: non sussistendo alcuna ragione per escludere che anche le sentenze della Corte costituzionale, come gli atti normativi del legislatore, possano produrre effetti “preterintenzionali”.

Un chiaro accenno in tal senso si rinviene in App. Milano n. 35/2019, laddove si osserva come, accanto alla tutela reintegratoria piena per il licenziamento ritorsivo, sopravvivano alle riforme del 2012 e del 2015 tutele assai significative avverso il licenziamento ingiustificato, che proprio la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto dotate di efficacia dissuasiva. «Tale efficacia» – è stato giustamente osservato in dottrina – «non può non essere letta, dal lato del lavoratore, come serio antidoto al timore del licenziamento» (G. PACCHIANA PARAVICINI, *La decorrenza della prescrizione e le tutele da licenziamento illegittimo: finché riforma non ci separi ?*, in *RIDL*, 2020, n. 2, II, pp. 279-280); specie – aggiungiamo noi – ove si consideri che la ritenuta scarsa dissuasività delle originarie tutele “crescenti” (e “crescenti” in base alla sola anzianità di servizio) ha indotto la Corte a riscriverle in senso più garantista.

Ci sia però consentito nutrire qualche dubbio circa l’opportunità (ammesso che possa porsi in concreto: lasciamo su questo la parola ai costituzionalisti) di af-

fidare (nuovamente) alla Corte costituzionale un giudizio squisitamente politico, com'è quello su quale debba considerarsi la "vera stabilità" dei rapporti di lavoro; su quale sia, cioè, la "stabilità" capace di degradare la disciplina della prescrizione – per sua natura ispirata all'esigenza della certezza del diritto – a regola strutturalmente e permanentemente esposta alle variazioni incessanti dei sistemi di *employment protection*.

Ciò sarebbe tanto più vero, poi, qualora si concordasse – come noi riteniamo – sul fatto che non sia più plausibile, oggi – se mai lo sia stato –, fare della c.d. "tutela reale" il confine netto tra i rapporti "stabili" e quelli "instabili", rispettivamente pervi o impervi alla decorrenza della prescrizione; e che, simmetricamente, non possa più sostenersi, a tal fine, una alternativa secca tra la c.d. "tutela indennitaria" e quella "reintegratoria".

4.1. S'è già ricordato come la fattispecie cui la sentenza costituzionale del 1966 ricollegò un effetto estintivo analogo a quello della rinuncia, fosse di natura inerziale e non abdicativa: essa constava, in effetti, di due elementi, quali il non esercizio del diritto, e la situazione psicologica che va sotto il nome di *metus*; e non a caso fu definita (da E. GHERA, *op. cit.*, p. 15), come una *inventio* del giudice delle leggi.

Una *inventio* che, recentemente, è stata focalizzata sotto due distinti profili: l'aver «aggiunto un caso di sospensione della prescrizione a quelli già previsti dall'art. 2941 cod. civ.»; e l'aver, nel contempo, stabilito «una vera e propria presunzione assoluta che, come tale, non ammette prova contraria» (M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 8).

Orbene, se l'inerenza del *metus* alla carenza di "stabilità reale" del rapporto di lavoro va stigmatizzata sotto il profilo oggettivo, dubbi ancora più marcati solleva la dimensione inevitabilmente soggettiva del *metus*, se è vero che esso consiste, nelle parole della Corte costituzionale e della massima giurisprudenziale tralatizia, nella "paura di essere licenziati" senza adeguate tutele, a causa della rivendicazione del diritto.

Il fatto è che – come chiosa ancora Persiani – il timore non può assurgere a «situazione socialmente tipica [...] idonea a costituire la giustificazione di una regola che sia di generale applicazione e, al tempo, stesso, situazione determinante del comportamento di tutti i lavoratori» (M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 16).

Non v'è da stupirsi, allora, se il *metus*, così inteso – inteso, cioè, come effetto psicologico di una situazione di scarsa protezione normativa –, conduce a conseguenze contraddittorie e controintuitive nel campo della libera recedibilità, o in quello dei rapporti a termine, poiché in tali casi il *metus* sarebbe escluso, rispettivamente, dalla stessa ordinaria recedibilità *ad nutum* (Trib. Varese 8 aprile 2011: «il fatto che il rapporto di lavoro domestico non presenti alcuna tutela reintegratoria costituendo anzi uno dei rarissimi casi in cui il recesso del datore di lavoro non deve essere giustificato [oltre che ai prestatori di lavoro domestico il regime di libera recedibilità si applica ai dirigenti ed agli sportivi

professionisti], non impedisce che la prescrizione dei crediti retributivi decorra anche in pendenza di rapporto»); e, nei rapporti a termine, dalla stessa loro «fisiologica temporaneità», che esclude possa «sussistere alcun timore circa l'interruzione degli stessi» (C. cost. n. 143/1969; Cass., sez. un., n. 575/2003, in *NGCC*, 2004, n. 2, I, p. 184 ss., con nota di Lombardo).

Non basta.

La lettura consolidata postula la necessità di «verificare il concreto atteggiarsi dal rapporto di lavoro» in relazione all'effettiva esistenza della situazione psicologica di *metus* del lavoratore; donde consegue che nei casi di potenziale riqualificazione (oggettiva o soggettiva) del rapporto, o di «stabilità fluttuante» in funzione del numero degli occupati, a generare il *metus* sarebbe la stessa incertezza circa il regime applicabile (la natura formalmente autonoma ma sostanzialmente subordinata del rapporto, piuttosto che la titolarità del rapporto in capo al datore reale in luogo di quello apparente, piuttosto che le dimensioni occupazionali dell'impresa (E. FIATA, *Prescrizione e stabilità del rapporto di lavoro dopo le riforme sul regime sanzionatorio dei licenziamenti*, in *VTDL*, 2018, n. 2, p. 608).

Ecco allora che, a ben vedere, il *metus* assume una duplice valenza: non solo psicologica, ma anche cognitiva, fondandosi esso sulla conoscenza, o meno, della disciplina applicabile al rapporto di lavoro; così asseverandosi l'opinione secondo cui anche l'ignoranza attuale della disciplina che sarà concretamente applicabile al futuro ed eventuale licenziamento illegittimo, determinata dalla frammentazione delle fattispecie sanzionatorie prodotta dalle riforme del 2012 e del 2015, sarebbe sufficiente a inibire il decorso della prescrizione (A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 61).

La tesi è ora accolta da App. Milano n. 1352/2021, dove si legge che per effetto del novellato testo dell'art. 18 della l. n. 300/1970 «il prestatore di lavoro si trova in una situazione soggettiva di incertezza circa la tutela (reintegratoria o indennitaria) applicabile nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, accertabile solo *ex post* nell'ipotesi di contestazione giudiziale del recesso datoriale».

Senonché, a voler prendere sul serio e fino in fondo la teoria del *metus* inteso (non solo) come timore del licenziamento (ma anche) come ignoranza soggettiva *ex ante* del regime di tutela applicabile, dovrebbe pervenirsi alla sorprendente conclusione che trattasi di *quaestio facti* non deducibile in Cassazione; a meno che il Suprema Corte non invochi una sorta di tipicità socio-normativa del *metus*, da intendersi come inerenza strutturale del regime di stabilità del rapporto di lavoro, contraddicendo però allora – se non c'inganniamo – la già ricordata affermazione per cui «la decorrenza o meno della prescrizione nel corso del rapporto di lavoro va verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del medesimo in relazione all'effettiva esistenza di una situazione psicologica di “metus” del lavoratore».

Sempre che la Corte di legittimità non ritenga di confrontarsi direttamente con la Consulta e con le sezioni unite (in particolare, con Cass., sez. un., n. 1268/1976), sottoponendo a critica il fragile ma consolidato costrutto del *metus*. A ogni modo, ci pare che l'interpretazione "situazionale" del *metus* induca a rimeditare il quadro normativo scaturente dalle sentenze costituzionali del 1966 e 1974, e delle sezioni unite della Cassazione del 1976, anche sotto il profilo della sua coerenza interna.

Ci sembra infatti – e riprendiamo un precedente spunto – che la lettura del *metus* come timore di essere licenziati per aver esercitato (o tentato di esercitare) un diritto dovrebbe condurre pianamente a riconoscere che detto *metus* trova il suo antidoto nella nullità (sanzionata da reintegrazione) del licenziamento per motivo illecito, ex art. 1345 c.c., da sempre e anche dopo il *Jobs Act*, nonostante i dubbi instillati da un lettura eccessivamente formalistica dell'ellittico comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 (si veda F. MARINELLI, *op. cit.*, p. 85; M. BASILICO, *Licenziamento nullo*, in L. DI PAOLA (a cura di), *Il licenziamento*, Giuffrè, 2019, p. 123. Ivi una esaustiva analisi delle fattispecie di licenziamento "odiose").

4.2. Se i rilievi che precedono appaiono fondati, oltre a porsi un problema esegetico (sulla capacità adattiva della giurisprudenza in questa materia, si veda P. POZZAGLIA, *Il decorso della prescrizione dei crediti retributivi dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *MGL*, 2015, n. 11, p. 755) – risolvibile a nostro avviso adottando una interpretazione recessiva del *metus*, in attesa di una sua auspicabile liquidazione –, si pone l'opportunità di immaginare soluzioni legislative.

Non sembra, tuttavia, probabile, che un'iniziativa riformatrice possa muovere, oggi, dalla ri-valorizzazione della funzione di ordine pubblico della prescrizione (in tal senso, G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 st. lav.: problemi sostanziali e processuali*, cit.): per quanto sensato, tale approccio sarebbe destinato a non superare l'obiezione che i valori costituzionali della persona non cedono di fronte alla certezza del diritto.

È dubbio che possa suonare persuasivo alle orecchie dei più, oggi, il giudizio di coesistenzialità dell'istituto della prescrizione, allo Stato di diritto, imperante tra i più autorevoli commentatori dei codici ottocenteschi (M. TROPLONG, *De la prescription ou Commentaire du titre XX di Livre III du Code Napoléon*, Hingray, 1857, p. 19; G. PUGLIESE, *La prescrizione nel diritto civile italiano. Parte seconda*, in *Trattato della prescrizione estintiva*, Unione Tipografico-Editrice, 1892, p. 1); ché anzi, oggi, almeno con riferimento alla prescrizione estintiva dei crediti retributivi, la valutazione tardo romana/giustiniana della prescrizione estintiva come *impium praesidium* troverebbe più spazio rispetto a quella romano-classica di *finis sollicitudinis ac periculi litium* (Cicerone), o addirittura di *patrona generis humani* (Cassiodoro) (per questi riferimenti, si veda S. CENTOFANTI, *op. cit.*, p. 15).

Coglie ancora più in profondità l'essenza della prescrizione, Francesco Santoro-Passarelli, che osserva come la prescrizione nasca in risposta all'esigenza di adeguamento alla situazione di fatto della situazione di diritto che risulta compromessa dall'inerzia del titolare: il rapporto tra diritto e fatto verrebbe sovvertito ove non si desse estinzione del diritto per mancato esercizio (F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1986, p. 113 ss.).

Il punto è che la disciplina della prescrizione dei diritti dei lavoratori (non necessariamente e solo di quelli retributivi) andrebbe riscritta, correggendone i difetti teorici e tecnici sopra evidenziati, e operandone una equilibrata rimodulazione, idonea a impedire inaccettabili arretramenti di tutela, ma nel contempo a garantire le esigenze di certezza insite nell'istituto.

Ponendosi nella prospettiva della possibile graduazione o rimodulazione delle complessive tutele lavoristiche, sarebbe ragionevole ridefinire la presunta specialità "costituzionale" della prescrizione dei crediti di lavoro, tenendo conto che, oggi, la più profonda ragione di debolezza del lavoratore è situata sul versante della discontinuità dell'occupazione, più che su quello della mancata applicazione dei minimi salariali, e che pertanto «la non decorrenza della prescrizione – come garanzia conservativa dei crediti a fronte dell'inadempimento datoriale e, in definitiva, come tutela rafforzata del diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente – non è più in primo piano nella scala delle istanze sociali giuridificate dal diritto del lavoro» (E. GHERA, *op. cit.*, ripreso da E. FIATA, *op. cit.*).

Assumendo come *ratio* della tutela la condizione oggettiva e social-tipica della subordinazione, e non quella soggettiva e contingente del soggetto timoroso di essere illegittimamente licenziato senza certezza di reintegra; e abbandonando la logica della equiparazione ad una rinuncia al credito retributivo; si profilebbe l'opportunità di declinare la riforma in termini di sospensione (in senso tecnico) dei termini di prescrizione inerenti a rapporti di lavoro, operando sull'art. 2942 c.c.

L'esigenza di preservare la certezza del diritto (nel senso di "conoscibilità" della norma e "prevedibilità" dei suoi effetti) sarebbe soddisfatta grazie allo scollegamento della disciplina della prescrizione lavoristica dal regime di stabilità dei rapporti di lavoro.

L'esigenza di rispettare la funzione essenziale dell'istituto della prescrizione, o se si vuole, di non comprimere eccessivamente le esigenze di flessibilità dei datori di lavoro, invece, potrebbe trovare utili spunti di risposta in risalenti ma ancora attuali proposte legislative, riprese nel 1985 dal Cnel, che avevano ipotizzato, a fronte della generalizzata sospensione della prescrizione lavoristica per tutti i diritti dei lavoratori (e non solo per quelli retributivi), la drastica abbreviazione (a un anno) del relativo termine di prescrizione (sulle cennate proposte legislative della VII Legislatura, e sulle *Osservazioni e proposte sulla*

*revisione della legislazione sul rapporto di lavoro del Cnel del 5 giugno 1985, si veda A. MUNDO, *Luci ed ombre del disegno di legge sulla prescrizione dei diritti dei lavoratori*, in *DL*, 1977, n. 6, I, p. 427 ss.)*

Armando Tursi
Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano