

Prescrizione dei crediti di lavoro

La prescrizione nel diritto del lavoro e la Corte costituzionale prima e dopo la legge Fornero ed il *jobs act*

di Guido Vidiri

L'Autore nel suo saggio ha ricostruito la tortuosa procedura che ha portato al riconoscimento della sospensione dei crediti di lavoro. Nel ricordare che a tale innovazione si è giunti attraverso una giurisprudenza costituzionale iniziata con la sentenza n. 63 del 1966 di contenuto "creativo", poi seguita da altre sentenze che ne hanno interpretato o modificato il contenuto, l'Autore dichiara di volere condividere, senza riserva alcuna, l'autorevole dottrina che ha rimarcato come non spetti al giudice costituzionale né la responsabilità né il potere di fare o riformare le leggi, dal momento che "nello Stato di diritto la Corte, garante della costituzionalità delle leggi, non può non dare l'esempio del rispetto delle sue attribuzioni". Sulla base di tali ragioni ritiene infatti - in un diritto del lavoro mutato di recente anche nella disciplina dei licenziamenti in relazione alla quale si è formata la summenzionata giurisprudenza - di privilegiare, tra le altre numerose soluzioni prospettate, quella di assoggettare il regime della prescrizione per i crediti di lavoro alle generali regole codicistiche anche perché il volere perpetuare la disciplina precedente sulla base del c.d. "diritto vivente" significa occultare "permanenti apriorismi ideologici" essendo innegabile che il "diritto vivente" non ha né la natura né la forza vincolante di una "fonte di diritto" e, pertanto, non può sopravvivere allorché vengano a mancare le esigenze che ne hanno giustificato la "nascita".

1. Il tempo nel diritto

Il tempo, che nel suo succedersi è inarrestabile e che condiziona sotto variabili spesso imprevedibili il nostro essere tanto da rappresentare una fonte di riflessioni filosofiche (1), è anche oggetto di una scienza pratica quale quella giuridica, deputata a regolamentare alcune fattispecie fondamentali di

diritto civile che, pure essendo distinte tra loro, hanno in comune proprio il tempo come elemento condizionante la loro specifica disciplina (2).

È stato a tale riguardo evidenziato come il decorso del tempo possa servire all'acquisto di un diritto soggettivo nel caso dell'istituto dell'usucapione (conosciuto anche come *prescrizione acquisitiva*) oppure

(1) Per compiute riflessioni della filosofia contemporanea sulla temporalità come condizione esistenziale ed essenza antropologica cfr. M. Heidegger, per il quale tra le tre dimensioni del tempo, passato, presente e futuro quella fondamentale è il futuro, perché in essa è implicito non solo il passato come sua condizione per essere progettato e pensato, ma anche il presente perché necessariamente coinvolto nel rapporto tra presente e futuro, sicché ognuna delle tre dimensioni non ha significato se non rispetto all'altra, cioè a qualcosa al di "fuori di sé" che però le attribuisce una propria dimensione contenutistica (cfr. *amplius Sein und Zeit*, che leggesi tradotto in italiano ad opera di P. Chioldi in *Essere e tempo*, Torino, 1978).

(2) Sull'assunto che la scienza giuridica è una scienza pratica e non una scienza pura, come ad esempio la teologia cfr. Benedetto

Croce, *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, Bari, 1909, cui *adde* - con specifico riferimento al rapporto tra diritto ed economia - la recente ristampa della *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, nella Collana *Civiltà del diritto*, diretta da F. Mercadante, Milano, 2016, in cui il filosofo dopo avere negato l'assorbimento del diritto nell'etica per essere il diritto *amorale* evidenzia poi indubbi elementi identitari nel suddetto rapporto per essere l'amoralità rinvenibile pure nell'economia, come emerge dall'*uomo economico* "cavato non dalle leggi dello spirito" ma dalla generalizzazione del carattere utilitaristico del popolo inglese, che ha tanto contribuito alla formazione della scienza economica (cfr. al riguardo *Riduzione*, cit., 39-42).

alla perdita di tale diritto come nei casi di due altri istituti, quali la *prescrizione estintiva* e la *decadenza*, la cui disciplina si differenzia in ragione della loro diversa natura e *ratio* (3).

Non è questa la sede per esaminare le numerose tematiche di istituti da sempre oggetto di attenzione della dottrina e della giurisprudenza con posizioni non di rado contrastanti. Il che rende non agevole il compito di coloro che intendono procedere ad ulteriori riflessioni sulla prescrizione estintiva, le cui problematiche, nell'attraversare molti settori del diritto civile, attestano sul versante applicativo una crescente incertezza nella materia giuslavoristica, che più di altre abbisogna di approdi dottrinari e giurisprudenziali affidabili in ragione delle negative ricadute in termini socio-economici ricollegabili a tale incertezza.

In un ordinamento per sua natura complesso come quello dell'Unione europea, la cui fragilità è in buona misura addebitabile alla mancanza di una Costituzione e di codici comuni vincolanti tutti i Paesi ad essa aderenti (4), si sono negli ultimi anni nel diritto

del lavoro moltiplicati i dibattiti sulle diverse normative aventi ad oggetto il licenziamento.

Anche per tali motivi non si è giunti a dare soluzioni soddisfacenti alle questioni connesse o complementari riguardanti le innovazioni sulla cessazione del rapporto lavorativo derivanti dalla l. 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. *legge Fornero*) e da ultimo dal D.L. 12 luglio 2018, n. 87 (c.d. *decreto dignità* conv. in L. 9 agosto 2018, n. 96). In particolare si è puntualmente rimarcato come non si rinvenga, pur a distanza di tempo dalle suddette innovazioni, una compiuta riflessione avente ad oggetto gli effetti della giurisprudenza costituzionale per quanto attiene alla mancata decorrenza, durante l'intero svolgimento delle prestazioni dei lavoratori, della prescrizione dei loro crediti, sia nel caso di rapporti assistiti da "*adeguata stabilità*", e sia in presenza del *metus* (ovvero del timore) del lavoratore di essere licenziato a seguito della "*rilevanza*" riconosciuta alla sua "*situazione psicologica*". Tematiche queste che - riferibili per i *dicta* del giudice delle leggi ai lavoratori del pubblico impiego ed a quelli assistiti da una "*adeguata stabilità*" (5) nonché

(3) Osservano A. Torrente - P. Schelesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, 211. che per quanto attiene alla perdita che all'acquisto di diritti l'ordinamento tende a far coincidere la situazione di fatto con quella di diritto.

In generale sulla sterminata dottrina in materia di prescrizione estintiva e di decadenza, istituti ambedue connessi con il decorso del tempo, cfr. per tutti: D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, vol. I, Torino, 1962, 262-288; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1957, 178-205 cui *adde* sempre tra i molti in tempi più recenti e per quanto rileva nel presente saggio: M. Gerardo - A. Mutarelli, *Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali*, Torino 2015; V. Roppo, *Diritto privato*, Torino, 2010, 97-105; F. Roselli, In *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*. Libro VI, tomo III, Milano, 2005, sub artt. 2934-2969, 1616-2088; A. Trabucchi (a cura di), *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, 236-241; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 109-118; B. Grasso, *Prescrizione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 56-75.

(4) V. Scalisi, *Fonti-Teoria-Metodo* Milano, 2014, 435-436, ha ricordato come A. Trabucchi, estensore del primo codice di diritto comunitario, ritenesse che l'Europa, come comunità di vita fatta di relazioni tra popoli, avrebbe dovuto avere un diritto suo proprio per essere l'idea stessa di Europa inconcepibile senza una reale unificazione, senza una salda unità del diritto dei popoli europei e soprattutto senza una uniforme normativa dei rapporti interpretati. L'Autore ha poi contestualmente evidenziato che l'Europa è stata concepita dai suoi fondatori non come comunità di mercato ma in un senso più alto, secondo il motto cioè di uno dei suoi fondatori, Jean Monnet, per il quale l'Europa non doveva servire "a coalizzare Stati, ma ad unire uomini".

(5) La sentenza della Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63, nel contribuire a dare un preciso e compiuto assetto alla prescrizione estintiva nel diritto del lavoro, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2048, n. 4, c.c. (in tema di prescrizione breve di cinque anni), e degli artt. 2955, n. 2 e 2956, n. 1, c.c. (in tema di prescrizioni presuntive di un anno e di tre anni). limitatamente "alla parte in cui consentono che la prestazione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro". A tale pronuncia la Corte è pervenuta richiamando, a giustificazione della

sospensione del termine prescrizione, la sussistenza di ostacoli, quale la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per timore del licenziamento. Ed infatti, si è detto, che decorrendo la prescrizione durante il rapporto si produce "proprio quell'effetto che l'art. 36 della Costituzione ha inteso precludere vietando qualsiasi tipo di rinuncia: anche quella che in particolari situazioni può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto, e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione".

Avverso detta sentenza (che si legge in *Foro it.*, 1966, I, 985, ed in *Giur. cost.*, 1966, 942) sono state avanzate sostanziali riserve osservandosi al riguardo che, avendo l'ordinanza di remissione investito le sole norme sulle prescrizioni dei crediti salariali il giudice delle leggi, invece di prendere in esame dette norme, aveva fatto riferimento all'art. 2935 c.c. che prevede la decorrenza del termine dal momento in cui il diritto può essere fatto valere (così F. Bianchi D'Urso, *Appunti in tema di prescrizione dei diritti del lavoratore*, in *Dir. giur.*, 1975, 21). La Corte aveva così con tale sentenza condizionato il proprio risultato interpretativo ad una ben determinata situazione di fatto basandosi su di una *ratio* politica più che su risultati tecnico-formali, con la conseguenza che una volta mutato l'originario contesto normativo con la disciplina dei licenziamenti ex L. 15 luglio 1966, n. 604 e L. 20 maggio 1970, n. 300 era stato possibile ridimensionare l'asserito impedimento alla decorrenza della prescrizione, dal momento che in molti casi viene meno quel timore del licenziamento, che potrebbe indurre il lavoratore a rinunciare a far valere i propri diritti in costanza del rapporto.

Nello specifico con la sent. 20 novembre 1969, n. 143 (in *Foro it.*, 1969, I, 3017) la Corte ha affermato la non estensibilità della "regola" della non decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto di pubblico impiego in forza delle particolari garanzie riconosciute al lavoratore (cfr. B. Grasso, *Prescrizione cit.*, 75-76). Principio questo poi ribadito con la successiva decisione del 2 dicembre 1972, n. 174 (in *Mass. Giur. lav.*, 1972, 565, con nota di G. Cassandro, *Sentenze parziali di accoglimento e interpretazione autentica della Corte Costituzionale*), in un susseguirsi di provvedimenti che hanno infine portato ad affermare che "*la Corte fece nel 1966 una norma che nel 1972 essa ha ridimensionato*" nell'ambito di una specifica vicenda della giurisprudenza

a quelli che versano, come detto, in uno specifico stato "di situazione psicologica" - hanno provocato ampie aree di incertezza in ragione dell'enunciazione di principi giuridici declinati in formule o in parole vaghe e generiche, che per la loro indecifrabilità rendono possibili letture variabili del dato normativo (6).

Da qualche anno a seguito delle riforme apportate sui licenziamenti sia dalla L. 28 giugno 2012, n. 92 che dal successivo Jobs Act si è ripreso, per quanto attiene alla regolamentazione della prescrizione nel diritto del lavoro, un antico, difficile e travagliato dibattito, che ha fatto consolidare nel tempo - al di là di alcune voci dissonanti - nella dottrina e nella giurisprudenza di legittimità un pressoché definitivo assestamento sui principi enunciati dalla Corte costituzionale.

Da tali principi, con la necessaria cautela, autorevole dottrina ha preso in tempi recenti le distanze. E ciò lo si è fatto sulla base della ragione fondante che gli enunciati giurisprudenziali hanno continuato a limitare - pur a fronte di un modificato contesto socio-economico - il potere discrezionale del legislatore ordinario in applicazione di sentenze del giudice costituzionale spesso di contenuto "manipolativo", "additivo", "correttivo" o in altri termini "creativo". Motivi questi che inducono, per quanto si dirà nel presente scritto, a privilegiare il ritorno al regime prescizionale codicistico, perché alle pronunzie del giudice delle leggi, che non trovano pieno supporto nei generali principi dell'Unione Europea, non può riconoscersi la forza cogente propria di una fonte normativa. Dal che consegue che dette pronunzie,

non possono nella materia scrutinata, avere alcun effetto innovativo capace di vanificare o limitare la portata delle leggi ordinarie (7).

2. La prescrizione dei crediti di lavoro e la certezza del diritto

Attualmente il diritto del lavoro si configura come un diritto pesantemente condizionato dalle perduranti e difficili condizioni socio-economiche del paese, che occultate ed esorcizzate con enfasi e con accenti retorici attraverso leggi sovente di difficile lettura, vengono ugualmente reclamizzate da settori della dottrina e della magistratura parimenti autoreferenziali.

Circostanze queste che portano ad individuare un antidoto a tutto ciò nel recupero del principio della certezza del diritto, deputato a proteggere oggi più di ieri il lavoratore che nella generalità dei casi ha, per la debolezza in cui versa, la necessità di programmare in tempi brevi il proprio futuro.

Tutti i descritti problemi non possono evidentemente trovare soluzione nello spazio del presente saggio, che è invece sede adeguata per rimarcare che i giudici del lavoro, tenuti a svolgere le loro funzioni a tutela di interessi a copertura costituzionale devono, anche nell'esame dell'istituto della prescrizione, agire rifuggendo dal desiderio di acquisire visibilità, popolarità e facili consensi con le proprie decisioni, e devono essere ed apparire nella loro attività quotidiana "terzi" ed "imparziali" (8), consapevoli che il principio della certezza del diritto - non di rado offuscato da una giurisprudenza "anarchica",

costituzionale che "costituisce un capitolo nuovo che arricchisce quello già ampio e tormentato della giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale" (cfr. *amplius* sul punto G. Pera, *Diritto del lavoro*, cit., 579).

(6) Osserva puntualmente M. Persiani, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.* 2016, I, 8, che il riferimento alla "situazione psicologica" del lavoratore comporta l'esercizio di una sorta di discrezionalità legislativa in quanto presuppone non solo l'accertamento, ma soprattutto la valutazione di un elemento deducibile soltanto dall'esperienza. Assunto questo da condividere perché con la "creazione" di una nuova norma la sentenza n. 63 del 1966 ha favorito il sorgere di un soggettivismo giurisprudenziale anche attraverso sentenze "variabili", a sorpresa, e per l'effetto "poco credibili ed affidabili".

(7) In uno studio di diritto comparato contenente anche indagini sulle Corti Supreme statunitensi, canadese e israeliana - con considerazioni ritenute dallo stesso Autore estensibili anche ai Paesi dell'Occidente - Robert H. Bork (celebre avvocato, professore di diritto costituzionale alla Yale University) nel suo libro (*Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Macerata, 2004) ha ricordato che nella visione classica dello Stato di diritto, i giudici devono essere attivi nell'applicare la legge e passivi nel crearla, lasciando al corpo legislativo l'onere di parametrare dinamicamente con la norma di legge le esigenze della società e di tradurre in principi quelli che sono i nuovi valori. L'Autore ha poi rimarcato che il

crescente attivismo dei giudici costituzionali è una minaccia non per il merito delle sentenze manipolative, ma per il fatto in sé di costituire un'appropriazione indebita e incontrollabile di un potere che non compete loro (cfr. sul punto la Prefazione al libro citato di Sirena Sileoni., spec. pagine XX-XXI).

Per di più Robert H. Bork, ha specificamente denunciato detto attivismo giudiziario ritenendolo "una realtà tanto dilagante quanto irragionevole" (*op. cit.*, 69); ed ha individuato poi, con riferimento all'ordinamento statunitense, possibili antidoti all'attivismo della Corte Suprema, criticata per non essersi mai degnata di fornire una spiegazione alla prassi di usare la Costituzione per alterarne e ribaltarne il significato, e per essersi invece limitata unicamente a far notare di ritenersi sempre libera di oltrepassare il confine tracciato dai padri costituenti (*op. cit.*, 72-77).

(8) Per un diverso modello del giudice del lavoro che oltre ad avere trovato condivisione in settori della magistratura e della dottrina giuslavoristica, ha avuto riscontro pure in parte della cittadinanza ed in alcuni martellanti *mass-media* vedi R. Rivero - C. Ponterio (Coordinatori del Gruppo giudici del lavoro di Magistratura Democratica). *Quale giudice del lavoro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 720-722, che hanno ricordato come la storica corrente dell'Associazione Nazionale Magistrati, cui hanno aderito, abbia sempre agito "rivendicando il carattere indefettibilmente politico della giurisdizione e ponendosi come obbiettivo quello di contribuire all'opera di invernamento della Costituzione, in particolare dell'art. 3, comma 2°"; ed hanno poi aggiunto che in realtà MD ha

“a sorpresa” e “ballerina” - costituisce passaggio obbligato per garantire una effettiva uguaglianza a tutti i cittadini di fronte alla legge (9).

In questa ottica risultano opportune - al fine di dare ordine espositivo e chiarezza contenutistica all'iter argomentativo che si intraprende - alcune brevi puntualizzazioni sulla natura e finalità della prescrizione estintiva.

3. La prescrizione dei diritti tra interesse privato ed interesse della collettività

È stato sostenuto che al mancato esercizio protratto per un tempo stabilito dalla legge viene ricollegata dall'ordinamento (salvo eccezioni) la negativa conseguenza della perdita del diritto stesso quale sanzione per l'inerzia prolungata (10). Si è precisato al riguardo che più che sull'esigenza di certezza dei rapporti giuridici o dell'adeguamento della situazione di diritto alla situazione di fatto, lo scopo della prescrizione è quello sanzionatorio, che colpisce l'inattività del titolare del diritto in quanto frutto di negligenza o comunque di disinteresse del titolare del diritto (11).

sempre e soltanto pensato di agire come “un intellettuale collettivo” e lo stesso hanno fatto i giudici iscritti alla corrente allo scopo di promuovere sensibilità comuni e un comune atteggiamento culturale di fronte alla interpretazione della legge e della Costituzione e di fronte al ruolo della giurisdizione “attraverso un confronto delle idee che partendo dai problemi della realtà, della politica, del sociale, arrivasse al diritto ed alla giurisdizione”. Contro tale figura di giudice del lavoro - volto a rivendicare con un presuntuoso orgoglio un *rassicurante monopolio della interpretazione sia delle leggi e sia della Costituzione* - rivolge una garbata ma decisa e penetrante critica R. Del Punta, *Il giudice e la Costituzione: una replica ai giudici del lavoro di Magistratura democratica*, ivi, 723-727, per avere i giudici di MD dichiarato di intendere il proprio ruolo come rivolto all'inveramento della Costituzione sull'onda di un “costituzionalismo emancipante” del quale vedono l'emblema “in particolare” nell'art. 3, comma 2, Cost.; ed inoltre per non avere tenuto nel dovuto conto che il giudice non può limitarsi ad un onnicomprensivo riferimento ai valori della Costituzione, dovendo farsi garante del *complesso dei valori* incarnati, nelle vari stagioni, dall'ordinamento giuridico, a partire da quelli espressi dalla legislazione ordinaria (ovviamente sin quando non vengano ritenuti in contrasto con i principi della Costituzione).

(9) In dottrina è stato più volte ribadito che la *ratio essendi* della funzione di monofilachia è strettamente correlata al principio dell'art. 3 Cost. in quanto l'uniforme interpretazione della legge si traduce in una garanzia di effettiva uguaglianza - o meglio di non irragionevole disparità in casi simili - di trattamento dei cittadini di fronte alla legge (cfr. *ex plurimis*: G. Vidiri, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, a cura di G. Ianniruberto - U. Morcavallo, Milano, 2007, 20-25; L. Montesano - G. Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova 2001, 1848-1850; S. Senese, *Funzioni di legittimità e ruolo della monofilachia*, in *Foro it.* 1987, V, 264). Per di più non può dubitarsi sulla circolarità di effetti dell'esercizio della funzione monofilattica della Cassazione sia sul versante della riduzione del contenzioso, e quindi della ragionevole durata del processo, e sia su quello del perseguimento di un diritto più certo che si traduce in una maggiore affidabilità per il cittadino di norme

Ma in dottrina si è sostenuto anche che la giustificazione della prescrizione è duplice ed infatti: da una parte si è detto che l'istituto in esame ha *lo scopo di garantire la certezza delle situazioni e dei rapporti giuridici* perché, a fronte della persistente inazione del titolare del diritto, la parte passiva del rapporto, è portata ad agire come se il diritto non esistesse più, ed anche perché una pretesa fatta valere a lunghissima distanza di tempo disturberebbe *i nuovi programmi formulati sul ragionevole presupposto che quella vecchia posizione sia ormai cancellata*; dall'altra parte invece si è obiettato che la ragione del suddetto istituto si individua *nel favore per l'uso produttivo delle risorse dal momento che un diritto non esercitato è una risorsa economica comunque non valorizzata come si dovrebbe dal titolare* (12).

Da molti studiosi inoltre la *ratio* della prescrizione già in passato si è fatta coincidere nella sola esigenza della certezza in *termini sociali* a che un diritto venga esercitato entro un tempo determinato, notevolmente lungo, dovendosi in caso contrario il diritto considerare rinunciato dal titolare (13). Ed a conforto di tale tesi si è aggiunto come una delle ragioni maggiormente qualificanti l'istituto in esame è la

maggiormente resistenti nel tempo, anche se ogni legge, lungi dal rimanere immutabile, vive fin quando vive la società che deve regolare (così : G. Vidiri, *Il giudizio di Cassazione*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani - F. Carinci, IX, *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di A. Vallebona, Padova 2011, 526-530, e più di recente: G. Vidiri, *La certezza del diritto tra “positivismo giuridico” e “giusnaturalismo”*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2016, Vol. 93, n. 4, 511-544).

(10) Più in generale sull'istituto della prescrizione cfr. F. Gazzoni, *Manuale*, cit., 109-110, secondo il quale il riferimento operato dalla legge alla estinzione del diritto per prescrizione non appare del tutto proprio perché se si verificasse effettivamente l'estinzione del diritto non si comprenderebbe più la regola posta dall'art. 2940 c.c., secondo cui non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto. Ed invero se il diritto (di credito) più non esistesse il pagamento sarebbe non più dovuto perché è regola del nostro ordinamento che il pagamento dell'indebito ammette la restituzione. Ed allora dovrebbe ipotizzarsi che, a seguito della prescrizione, nascerebbe in capo al debitore una obbligazione naturale *ex art. 2034 c.c.* con conseguente *soluti retentio* in caso di spontaneo adempimento. E che la prescrizione non estingue il diritto viene comprovato - evidenza ancora l'Autore - dall'art. 2937 c.c., che ne prevede la rinunziabilità solo “quando la prescrizione è compiuta”, essendo evidente che non avrebbe alcun senso una rinunzia ad un diritto già estinto (*op. cit.* 111).

(11) In tali termini cfr. R. Caponi, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 721, che evidenzia come lo scopo sanzionatorio si riflette di fatto sulle questioni in tema di impedimento e di interruzione della prescrizione.

(12) Così V. Oppo, *Diritto privato* cit., 97-98, che osserva al riguardo come il mancato esercizio di un diritto è una risorsa economica non valorizzata dal titolare, che si impedisce al debitore di valorizzare.

(13) Cfr. sul punto C. Scarpello - G. Azzariti, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja

considerazione che se sorge contestazione, riesce estremamente difficile, quando sia decorso un notevole lasso di tempo, la dimostrazione del termine iniziale e finale della prescrizione, al fine di accertare il momento di estinzione del diritto che si intende fare valere in giudizio (14).

In termini riassuntivi può affermarsi dunque che seppure sotto diversi profili la prescrizione trova il suo presupposto fondante nella certezza del diritto - che da una parte minoritaria della dottrina si è voluta ricollegare all'interesse privato del debitore (15).

Comunque al di là delle giustificazioni fornite è indubbio però che nella realtà fattuale le ragioni addotte a fondamento della prescrizione finiscano come spesso avviene per variare "secondo i tempi e secondo le concezioni dei dottori" (16).

Al di fuori di quanto statuito dall'art. 2934, comma 2, c.c. si estinguono per prescrizione tutti i diritti assoluti e relativi, patrimoniali e non patrimoniali, reali e di credito ed i diritti a copertura costituzionale (17). Sono inoltre assoggettati a prescrizione anche i diritti potestativi nonché l'azione giudiziaria (art. 24 Cost.,

2907 c.c., 99 c.p.c.) che costituisce un diritto soggettivo di natura potestativa (18).

È pacifico inoltre che alla regolazione della prescrizione non è estraneo neanche il fine di soddisfare esigenze della collettività che devono ravvisarsi nel buon funzionamento del sistema giuridico-economico (19), e nel perseguimento di una finalità sociale, quale quella della stabilità dei rapporti giuridici, che tocca pur essa l'interesse generale (20).

Opinioni queste che per fare tutte riferimento, diretto o indiretto, ad un interesse di carattere generale accreditano l'indirizzo che individua, mediante l'intera normativa codicistica sulla prescrizione (Titolo V, capo I), il fondamento dell'istituto in esame nel principio della certezza del diritto e della sua stabilità ed affidabilità.

Infine, come è stato già osservato, l'esigenza della certezza del diritto si evidenzia soprattutto in momenti - come quelli delle "rivoluzioni industriali" e delle "produzioni di massa" - in cui in sede ordinamentale risultano necessari "interventi legislativi valoriali chiari", volti ad agevolare un giusto equilibrio tra i poteri dello Stato, come passaggio ineludibile per

- G. Branca, libro VI, *Tutela dei diritti* (artt. 2910-2969), Bologna-Roma, 1977, 203; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1957, 183, per il quale il presupposto della prescrizione e del suo effetto è un contegno di inattività del titolare del diritto che, di regola, è dovuto a *negligenza* o a *incuria*, ossia a *fatto volontario* (*dormientibus iura non succurunt*), sicché l'esercizio del diritto va considerato come un onere cui il titolare deve sottostare se vuole impedire l'effetto, a lui sfavorevole, dell'estinzione del diritto medesimo. In termini analoghi D. Barbero, *Sistema del diritto privato*, cit., 269, secondo cui scopo della prescrizione è la certezza dei rapporti giuridici, che sarebbe compromessa da un lungo stato di inattività.

(14) In tali esatti termini: A. Torrente - P. Schlesinger, *Manuale*, cit., 212, che al riguardo si chiedono: chi conserva a distanza di tempo le ricevute per provare che un pagamento è stato effettuato?

(15) Cfr. al riguardo: B. Grasso, *Prescrizione* cit., 57, che risolve in tal modo il problema del fondamento dell'istituto della prescrizione attribuendogli la natura di mezzo di tutela dell'interesse privato alla liberazione del vincolo obbligatorio cui *adde* dello stesso Autore: *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1970, 870 ss.

(16) In tali sensi cfr. A. Trabucchi, *Istituzioni* cit., 236-237. Per una chiara, esauriente e ragionata sintesi dei vari indirizzi dottrinari e giurisprudenziali sul fondamento della prescrizione e sulla sua diversità con la decadenza vedi di recente tra i molti: F. Putaturo Donati, *Decadenza e posizione del lavoratore*, Napoli, 2018, 17-25; M. Gerardo - A. Mutarelli, *Prescrizione e decadenza* cit., 10-13.

(17) Cfr. in tali sensi sull'oggetto della prescrizione: M. Gerardo - A. Mutarelli, *Prescrizione* cit., 13-14.

(18) Così M. Gerardo - A. Mutarelli, *Prescrizione* cit., 14, nonché ivi gli Autori citati in nota 43, e cioè: R. Ferrucci, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario al codice civile*, a cura di L. Bigliazzi Geri - F. D. Busnelli - R. Ferrucci, Libro VI, Tomo IV, Torino 1964, 387; C.M. Bianca, *La proprietà*, Milano 1999, 42-43, il quale ritiene che l'azione è uno specifico rimedio processuale predisposto a tutela del diritto soggettivo violato o contestato, rientrante

nella categoria dei diritti potestativi (giudiziali) e che vi è autonomia del diritto di azione rispetto al diritto soggettivo.

Per la dottrina che reputa soggetti a prescrizione non solo i diritti in senso stretto ma anche taluni diritti potestativi e lo stesso potere di impugnativa o azione cfr.: V. Andrioli, *Lezioni di diritto processuali civili*, vol. I, Napoli 1973, 21, ed ancora A. Torrente - P. Schlesinger, *Manuale*, cit., 214, che dopo avere affermato che sono soggette a prescrizioni *talune azioni* giudiziarie ricordano tra queste l'azione di annullamento ex art. 1442 c.c. e l'azione per far valere i vizi del bene acquistato ex art. 1495, comma 5, c.c.

Per un completo esame delle azioni e dei diritti non soggetti alla prescrizione perché indisponibili o perché dichiarati tale della legge cfr. ancora: M. Gerardo - A. Mutarelli, *Prescrizione* cit., 29-48, ed in precedenza per una dettagliata e motivata indicazione delle numerose fattispecie di imprescrittibilità (art. 2934, capv., c.c.) vedi F. Messineo, *Manuale*, cit., 182-183.

(19) Così V. Roppo, *Diritto privato* cit., 101, che rimarca come l'esigenza di un buon funzionamento del sistema ordinamentale spieghi l'inderogabilità della disciplina legale della prescrizione (art. 2936 c.c.) in ragione della quale non è ammessa né la modifica dei termini di durata della prescrizione anche se concordata tra le parti e né la *rinuncia preventiva* alla prescrizione, cioè la rinuncia fatta dalla parte passiva quando la prescrizione non è ancora maturata (art. 2937, comma 2, c.c.).

(20) Cfr. sul punto: V. Tedeschi, *Decadenza (dir. e proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, 782-783, secondo cui la *ratio* comune tra la prescrizione e decadenza consiste in un interesse preventivo - d'ordine pubblico o solo privato - a che un dato atto, se compiuto, venga posto in essere entro il termine stabilito. A tale interesse - sulla base dell'elemento funzionale - si coordina, quale mezzo a fine, la decadenza statuendosi, in via accessoria e preventiva, che, se l'atto non sia compiuto tempestivamente, l'effetto estintivo "si ricollega, anziché alla non attività, in genere nella sua durata, ad una non attività, specifica, entro il termine stabilito". Nella prescrizione "la non attività ha rilievo" invece "a causa delle conseguenze stesse, economico-sociali, del suo perdurare, talché l'istituto si pone come difesa del presente di fronte al passato".

raggiungere, attraverso riferimenti affidabili anche in termini di tenuta temporale, le auspicte da tutti finalità economiche (21).

4. La prescrizione nel diritto del lavoro e i "permanenti apriorismi ideologici" nella giurisprudenza e nella dottrina

Nel caso di mancato intervento del legislatore o dei giudici costituzionali è ragionevole prevedere che molto probabilmente nella materia scrutinata finirà per prevalere l'indirizzo che patrocina la generale ed automatica applicazione nella regolamentazione della prescrizione - pur dopo le novelle del 2012 e del 2015 sul licenziamento - del regime speciale "creato" dai giudici costituzionali, con le sentenze n. 63 del 1966, n. 143 del 1969 e n. 276 del 1974 (22); regime che ha trovato per molti anni un pressoché integrale riscontro nella giurisprudenza di legittimità (23).

Previsione probabilmente condivisa da chi ha evidenziato come la dottrina favorevole alla non decorrenza della prescrizione durante il corso del rapporto di lavoro sia stata pesantemente condizionata da un

"evidente apriorismo ideologico" (24), e da chi ha lamentato a tale riguardo che in sede giurisprudenziale sia stato fatto riferimento, a sostegno di tale soluzione, ad un *obiter dictum* contenuto nella sent. n. 63 del 1966 con il richiamare il *metus*, cioè la "situazione psicologica" del lavoratore, reputato come un moderno "*capite deminutus*" sempre bisognoso, anzitutto, di essere difeso anche "contro la sua propria debolezza" (25).

Gli indicati indirizzi dottrinari che hanno cristallizzato la regolamentazione della prescrizione dei crediti del lavoratore sui *dicta* della giurisprudenza costituzionale inducono a riflessioni a largo raggio perché evocano il pensiero di chi intorno agli anni ottanta del secolo scorso nel commentare l'art. 41 Cost. - considerato il "nesso necessario di collegamento" tra le diverse disposizioni della "Costituzione economica" - ha ricordato come di detto articolo sia mancata una chiave di lettura unitaria perché "su di esso si è esercitata quella che è stata la tentazione dominante della nostra cultura giuridica", e cioè "di leggere la Costituzione con la chiave della ideologia" (26).

(21) Sul presupposto che nella impossibilità di sopprimere l'incertezza, debba fissarsi fino a quale soglia essa possa salire per non compromettere l'intero assetto ordinamentale cfr.: G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, in *Lezioni magistrali*, Collana diretta da F. De Sanctis - F. Fichera, n. 13, Napoli, 2006, 75-76, che sottolinea sul punto come l'individuazione di tale soglia riguardi: la responsabilità dei giuristi tutti che debbono cooperare perché le leggi siano meno oscure, meno volatili, meno fragili, e perché l'interpretazione sia più solida, meno avventata, meno volatile anche essa. Responsabilità che riguarda pure gli avvocati "perché premano per il mutamento, solo se orientato a migliorare l'identificazione e l'applicazione dei diritti fondamentali, a rimuovere le cause della loro violazione ed a costruire un sistema giuridico che non dimentichi gli interessi deboli".

(22) Di recente: M. Persiani, *Situazione psicologica* cit., 11-12, dopo avere premesso che le sentenze dei giudici costituzionali per essere "manipolative" o meglio "creative" hanno determinato, con riguardo alla decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro, "la produzione di una norma non scritta", ha poi evidenziato che l'orientamento della giurisprudenza costituzionale e dei giudici di legittimità trova una giustificazione in valutazioni di merito condizionate da considerazioni di esigenze sociali e da orientamenti ideologici. Valutazioni queste che non possono però essere determinanti allorché si tratti di interpretare e, a maggior ragione, di applicare le leggi perché i "giudici ordinari e, a maggior ragione, la dottrina non hanno il potere di modificare le scelte accolte dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità".

(23) Cfr. *ex plurimis* Cass. 17 ottobre 1974, n. 2913, in *Foro it.*, I, 2972, con nota di A. Proto-Pisani, *Sulla condizione di contraente più debole, propria del lavoratore*; Cass., SS.UU., 12 aprile 1976, n. 1268, in *Mass. Giur. lav.*, 1976, 586, con nota di G. Pera, *Ancora sulla decorrenza della prescrizione per i diritti dei lavoratori*; Cass. 25 marzo 1987, n. 2930.

Per precisazioni di indubbia utilità nella materia scrutinata che ha visto l'intervento di numerose decisioni dei giudici della legge cfr. - con specifico riferimento ai limiti interpretativi che il giudice ordinario incontra in relazione al contenuto delle decisioni della Corte

cost., SS.UU., 16 dicembre 2013, n. 27986 (in *Foro it.*, 2014, I, 1871, con nota di R. Brogi, *Privilegio, agenzia, società di capitali, crediti di provvigioni*) per la statuizione che a fronte di una sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale il vincolo per ogni giudice ordinario è soltanto negativo per consistere nell'imperativo di non applicare la norma ritenuta non conforme al parametro costituzionale evocato e scrutinato dalla Corte stessa, non potendosi ledere la libertà dei giudici di interpretare ed applicare la legge (ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cost.). Ne consegue che neanche la funzione nomofilattica attribuita alla Corte di Cassazione dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario può precludere al giudice la possibilità di seguire nel processo "terze interpretazioni" ritenute compatibili con la Costituzione stessa, oppure di sollevare la questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione sulla base della interpretazione rifiutata dalla Corte Costituzionale, sempre che evochi parametri costituzionali diversi da quelli precedentemente indicati e scrutinati. Negli stessi termini cfr. Cass. 26 febbraio 2014, n. 4592.

(24) Cfr. al riguardo F. Santoni, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 893, il quale osserva infatti che coloro che prospettano la sopravvenuta inutilizzabilità del termine di prescrizione durante il corso dei rapporti di lavoro ormai non garantiti dalla stabilità del rapporto di lavoro, finiscono per fornire una risposta scarsamente approfondita, se non viziata da un evidente apriorismo ideologico, così come avviene per l'indirizzo volto ad equiparare il mutamento di tutela del lavoro ed il complessivo arretramento della posizione contrattuale dei lavoratori nelle imprese di dimensione medio-grande, in quanto private delle precedenti tutele.

(25) Cfr. sul punto e sulle riserve mosse alla giurisprudenza con riferimento alla valutazione fatta sui sospetti di illegittimità costituzionale del regime di prescrizione dei crediti del lavoratore: A. Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, 239 ss.

(26) Così F. Galgano, in F. Galgano - S. Rodotà, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca (artt. 41-44), *Rapporti economici*, Tomo II, sub art. 41, Bologna-Roma, 1982, 40, che ha anche rimarcato come l'art. 41 sia stato considerato anche "la

Né può al riguardo sottacersi, seppure sotto altro versante, che sull'art. 3 Cost. - richiamato più volte dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale nel disegnare la regolamentazione dell'istituto della prescrizione - vi sia stata una *manipolazione politico culturale*, che ha occultato per decenni il riferimento che la norma in esame fa non soltanto all'uguaglianza ma anche alla libertà, senza che siano state indicate chiavi certe per dirimere eventuali conflitti tra questi due diritti ambedue costituzionalmente tutelati (27). Il che ha portato a rendere abituale e consolidata una lettura ideologica anche del suddetto art. 3 Cost. che ha visto nel tempo tradire o ed affievolire lentamente e gradualmente il "suo alto contenuto valoriale" (28).

5. La Corte costituzionale e la prescrizione dei crediti di lavoro: l'apporto "creativo" della giurisprudenza e la formazione del diritto del lavoro

Le precedenti riflessioni sulla prescrizione e sui diversi e talvolta contrapposti indirizzi dottrinari e giurisprudenziali che hanno individuato nell'oggetto dell'istituto della prescrizione gli interessi da tutelare, e nella certezza del diritto il principio da salvaguardare in ragione della natura stessa di tali interessi, sono al tempo stesso altro passaggio obbligato per comprendere le ragioni che nella materia giuslavoristica hanno se non vanificato del tutto il suddetto principio lo hanno quanto meno offuscato a seguito di risposte giudiziarie insufficienti.

Non può infatti negarsi, per quanto è attestato dalla realtà fattuale, che gli approdi giurisprudenziali e dottrinari sulle molteplici problematiche correlate alla prescrizione sono l'effetto di decisioni supportate da opzioni motivazionali spesso divergenti e da una crescente ed impropria acquisizione di potere da parte

del giudice delle leggi volta a supplire una inerzia del legislatore, deputato istituzionalmente a supplire i vuoti normativi e a dare risposte adeguate alle esigenze espresse da un contesto socio-economico in continua evoluzione.

Ciò premesso, l'intento del presente scritto è comune a tutti i coloro che, nel riconoscere al diritto in primo luogo una funzione pratica ritengono di avere, per l'esperienza e la professionalità acquisite nel tempo, la capacità di avanzare riserve e critiche anche severe sulle sentenze della Corte costituzionale per quanto attiene alla legittimità sul versante della durata temporale delle norme da essa scrutinate e conseguentemente anche sul principio della certezza del diritto. Principio divenuto nell'ordinamento dell'Unione Europea una regola generale ostativa a che la discrezionalità del giudice possa estendersi sino a legittimare la "creatività" (29).

Un *excursus* che voglia indicare dettagliatamente i diversi interventi del giudice costituzionale che hanno portato ad una giurisprudenza sul tema in discussione, causa di numerose incertezze a livello applicativo, deve partire proprio dall'esame della sentenza 10 giugno 1966, n. 63 che - nel regolare la decorrenza della prescrizione e la sua sospensione in tema di diritti del lavoratore - è stata definita l'unica "modifica sostanziale e rilevante al diritto generale e comune della prescrizione civile" (30), per costituire "l'esempio di maggiore peso e, in ogni caso, il più eclatante apporto creativo della giurisprudenza della Corte alla formazione del diritto del lavoro" (31).

Affermazioni queste che sono da collocare all'interno di in quadro dottrinario che all'epoca della citata sentenza è stato severamente critico. Da più parti è stato infatti ribadito che non spetta al giudice costituzionale né la responsabilità né il potere di fare o

strada maestra" per la costruzione del socialismo ponendosi "l'accento anziché sul sistema della libertà sul governo pubblico dell'economia", e finendosi in tal modo "con il ridefinire la stessa libertà economica e con il convertirla da diritto di libertà in funzione sociale, come tale sottoposta addirittura al sindacato giudiziario dell'eccesso di potere".

(27) Cfr. in questi termini R. Del Punta, *Il giudice e la Costituzione*, cit., 725.

(28) R. Del Punta, *op. loc. cit.*, evidenzia puntualmente che, nel contrasto tra diritto all'uguaglianza e diritto alla libertà si deve trovare un giusto equilibrio nel caso in cui detto contrasto si configuri. Compito questo di non agevole risoluzione per il giurista perché si incrocia - come evidenzia l'Autore - con la filosofia politica e sociale anche contemporanea che continua ad interrogarsi su cosa sia l'uguaglianza.

Assunto questo che induce anche ad evidenziare che l'interprete e soprattutto il giudice devono rifuggire dalle posizioni di tanta e trasversale cultura giuridica che continua a guardare come ad un mantra all'art. 3 Cost. attraverso una declinazione ideologica privilegiante sempre e comunque l'uguaglianza, nell'assoluta

non curanza dell'insegnamento della storia attestante che dove vi è "troppa uguaglianza" vi è "poca libertà" e, viceversa, dove vi è "troppa libertà" vi è "poca uguaglianza".

(29) Proprio con riferimento al processo di assestamento e razionalizzazione del diritto giurisprudenziale in materia di prescrizione dei diritti dei lavoratori e dopo un approfondito ed esaustivo esame delle sentenze dei giudici delle leggi che a tale assestamento sono giunti (tra le altre Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63; Corte cost. 21 dicembre 1972, n. 174 e Corte cost. 1° giugno 1979, nn. 40-45) è stato osservato in senso critico da E. Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, 30, che tale procedimento è rimasto a mezza strada in conseguenza della scelta politica di lasciare in vita la disciplina dettata dalla Corte, per sua natura capace di modificare le leggi esistenti ma sprovvista del potere di legiferare con autonomia di giudizio politico.

(30) Così P. Vitucci, *La prescrizione in Commentario Schlesinger*, Milano, 1990, 6-7.

(31) In tali termini E. Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore*, cit., 3.

riformare le leggi perché “il nostro ordinamento non conosce un governo dei giudici” e perché “nello Stato di diritto, la Corte, garante della costituzionalità delle leggi, non può non dare l'esempio del rispetto delle sue attribuzioni” (32).

E che vi fosse stato con la sent. n. 63 del 1966 l'esercizio di un potere non spettante alla Corte è evidente solo che si pensi che - attraverso una motivazione in alcuni passaggi giuridicamente disinvoltata e di non compiuta motivazione - si è attuata per quanto attiene i crediti del lavoratore una *manipolazione* del contenuto delle norme codicistiche sulla prescrizione breve (art. 2948, n. 4, c.c.) e sulle prescrizioni presuntive (artt. 2955, n. 2 e 2956, n. 1, c.c.). Ed a tale risultato si è giunti proprio “creando” una nuova categoria di diritti garantiti dall'art. 36 Cost., ritenuti dotati di una specifica e maggiore resistenza agli effetti estintivi della prescrizione sul presupposto assiomatico che “se il diritto alle prestazioni salariali può prescriversi, non tutto il regime della prescrizione è compatibile con la speciale garanzia che deriva dall'art. 36 della Costituzione”. Per di più nella motivazione della sentenza del giudice costituzionale si rinviene anche un *obiter dictum*, che in quanto tale non essendo conferente con il contenuto precettivo di cui al dispositivo, non avrebbe dovuto condizionare, come invece è di fatto avvenuto, i successivi interventi della stessa giurisprudenza costituzionale e di quella ordinaria (33). In altri termini la sentenza n. 63 è stata causa non secondaria della involuzione della successiva giurisprudenza che, chiamata in numerose occasioni a saggiare la costituzionalità della disciplina della decorrenza della prescrizione, ha scelto di valorizzare

su tutte le altre la generica argomentazione riferita alla particolare *situazione psicologica* del lavoratore che teme di essere licenziato, richiamata nel ricordato *obiter dictum*. Scelta, che ritenuta più persuasiva ed efficace tra tutte le altre possibili per le sue ricadute a livello socio-economico, ha poi costituito nel tempo l'asse portante di altre decisioni “additive” “manipolative” e cioè anche esse “creative” in termini più o meno accentuati (34).

In tale ottica va dunque esaminata anche la decisione n. 174 del 1972 con la quale la stessa Corte costituzionale ha dato vita rispetto alla precedente decisione n. 63 del 1966, ad una netta inversione interpretativa sulla normativa codicistica, confermando il collegamento tra impedimento alla prescrizione ed il *metus* del lavoratore, ma nello stesso tempo accogliendo con una decisione di fatto anche essa creativa “l'opinione autorevolmente avanzata in dottrina secondo cui, introducendo il rimedio della reintegrazione nel posto di lavoro, il legislatore avrebbe eliminato il presupposto della non decorrenza della prescrizione” (35).

Anche la sentenza n. 174 del 1972 non si è sottratta a severe critiche, evidenziandosi al riguardo che essa ha enunciato una *nuova norma non scritta* muovendo dalla ritenuta analogia tra rapporto di impiego pubblico e rapporti privati di lavoro (dopo la stabilizzazione introdotta dalla legge 30 maggio 1970, n. 300) per poi dichiarare - sul presupposto del collegamento tra decorrenza immediata della prescrizione e forza di resistenza a fronte dei poteri datoriali - “non applicabile alla categoria dei rapporti stabili la norma che dispone il differimento della prescrizione breve e presuntiva alla cessazione del rapporto” (36).

(32) Cfr. al riguardo F. Santoro-Passarelli, *Riflessione sulla prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1971, I, 12-14, che rafforza il suo giudizio critico evidenziando che contrariamente a quanto statuito dalla sentenza n. 63 del 1966 il giudice costituzionale non poteva dichiarare l'illegittimità degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1 del codice civile limitatamente alla parte in cui consentono “che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro”, in quanto le cause di sospensione che il legislatore identifica in determinati rapporti tra le parti (art. 2941 c.c.) o in determinate condizioni del titolare del diritto (art. 2942 c.c.), per essere tassative, non potevano in alcun modo essere estese ai crediti del lavoratore scaturenti dal suo rapporto.

In una distinta ottica la sentenza n. 63 del 1966 è stata ritenuta una sentenza *rivoluzionaria* e *correttiva* perché con il dare particolare rilevanza alla posizione di debolezza del lavoratore in costanza di rapporto al fine di fare iniziare il decorso della prescrizione dei crediti del lavoratore solo dal momento della cessazione del rapporto è venuta a modificare la situazione precedente con gravi implicazioni anche rispetto al passato (con la possibilità di rivendicare cose derivanti da attività prestate in concreto molti anni innanzi), riproponendo in tal modo il problema gravemente dibattuto della “efficacia retroattiva” delle sentenze di accoglimento della Corte. Cfr. al riguardo G. Pera, *Diritto del lavoro*, Padova, 1996, 577, ed in sensi severamente critici in precedenza

anche G. Stanziani, *Prescrizione e rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 1109 nonché C. Chiola, *il nuovo dies a quo sulla prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Giur. cost.*, 1966, 945 ss.

(33) Rivela M. Persiani, *Situazione psicologica di timore* cit., 5, nt. 9, che il relatore della sentenza n. 63 del 1966, ebbe cura di riferire la storia interna di quella decisione (Giuseppe Branca, in *Foro it.*, 1970, I, 24 ss.) ricordando che, per raggiungere la maggioranza necessaria, considerato il suo orientamento contrario ad inserire nella motivazione della decisione l'*obiter dictum* che faceva riferimento al *metus* del lavoratore, dovette “*trangugiare*” il riferimento alla instabilità del rapporto di lavoro, anche se riuscì ad evitare che quel riferimento risultasse anche dal dispositivo.

(34) È evidente l'opportunità dell'esame, pur dopo la sentenza n. 63 del 1966, della evoluzione giurisprudenziale ad opera delle successive pronunzie della Corte costituzionale al fine di prendere contezza di quali siano gli effetti sul sistema codicistico di detta evoluzione in una ottica di una ordinata risistemazione della normativa sulla prescrizione nel diritto del lavoro.

(35) Così E. Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore*, cit., 15-16 e nota n. 26, nella quale viene fatto espresso riferimento al saggio di F. Santoro-Passarelli, *Riflessioni sulla prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1971, I, 10 ss. e spec. 14-15.

(36) In questi termini cfr. E. Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore*, cit., 15, secondo cui questo nuovo enunciato

Nonostante le già ricordate numerose e corrosive critiche, i principi enunciati dal giudice costituzionale con la sentenza n. 174 del 1972 - riferibili alla prescrizione del diritto alla retribuzione nei rapporti di lavoro c.d. stabili - si sono ugualmente consolidati entrando da subito nel c.d. "diritto vivente" (37).

Ed ad ulteriore sostegno delle considerazioni critiche in precedenza svolte ed al di là della opportuna sottolineatura delle ulteriori obiezioni di peso da muoversi alla giurisprudenza in precedenza citata (38) e prescindendo pure dall'importanza assunta da sei successivi interventi del giudice costituzionale del 1 giugno 1979, con le decisioni n. 40-45 (39), è tuttavia utile più in generale evidenziare il succedersi fantasmagorico, in tema di prescrizione dei

diritti del lavoratore, di indirizzi dottrinari e giurisprudenziali che sono stati per molto tempo una fonte continua di incertezze scaturenti da percorsi argomentativi lacunosi e da regole spesso sovrapponibili tra loro, che tali incertezze hanno accresciuto. Più specificamente non può sottacersi che l'ostacolo al raggiungimento di approdi giurisprudenziali affidabili è in buona misura dipeso dalla difficoltà di circoscrivere l'ambito contenutistico di formule generiche quali "stabilità del rapporto di lavoro", "adeguata stabilità", "tutela reale o obbligatoria", "metus o situazione psicologica" che, divenute di uso comune nei provvedimenti dei giudici, hanno avuto l'effetto che si arrivasse, con riferimento alla prescrizione dei diritti del lavoratore, ad un "diritto a formazione giurisprudenziale" (40).

normativo, allo stesso modo di quello già prodotto dal dispositivo della sentenza n. 63, "è una creazione della Corte. Si dovrebbe dire una *inventio*, se è vero che nella sua attività *manipolativa* la Corte rinviene nei principi della Costituzione, ai quali è vincolata, le norme che sostituiscono quelle dichiarate illegittime.

Lo stesso Autore ha criticato severamente anche la sentenza n. 174 sotto altro versante osservando - dopo avere lasciato da parte le censure rivolte al contenuto precettivo e ideologico della suddetta decisione - che *le critiche più forti* si collocano indubbiamente *sul piano formale della teoria delle fonti* perché si concentrano sulla possibilità che la Corte, "attraverso una successiva e ulteriore manipolazione interpretativa del testo normogeno" precedentemente dichiarato illegittimo, possa estrarre dalla medesima disposizione una o più nuove norme capaci, di modificare o addirittura cancellare gli effetti delle proprie anteriori decisioni di accoglimento, facendo così nel caso in esame rivivere la norma già cancellata dall'ordinamento con la sentenza n. 63/1966 (op. cit., 17). In tali sensi anche G. Pera, *Prescrizione nel diritto del lavoro*, in *Dig. Disc. priv., Sez. comm.*, XI, Torino 1995, 215 e spec. 222-223.

Le descritte censure fanno emergere un rilevante problema attinente alla teoria delle fonti normative, suscettibile di provocare negative ricadute sul generale assetto ordinamentale in quanto un eccessivo e permanente accrescimento dei poteri della Corte sino a sfociare in sentenze creative finisce per trasformare il giudice costituzionale da "giudice garante della legittimità" delle singole norme giuridiche in "Giudice sovrano", legittimato come tale a creare di volta in volta *ad libitum* e senza nessun controllo esterno nuove norme a seguito dell'annullamento di precedenti decisioni della stessa Corte con il conseguente pericolo di provocare in tal modo un irrisolvibile cortocircuito istituzionale (per utili riferimenti all'accentuato attivismo dei Giudici costituzionali in altri Paesi e per i suoi effetti ritenuti negativi per i Paesi dell'Occidente cfr. R. H. Bork. *Il giudice sovrano*, cit., 211-218).

(37) Al riguardo cfr. F. Santoni, *La decorrenza della prescrizione* cit., 886 nt. 18, che ha ricordato come la decisione sul carattere vincolante e precettivo della soluzione data dalla Corte costituzionale sia stata poi rimessa ai giudici ordinari ed alla Corte di Cassazione la quale, alla stregua del diritto vivente, ha talvolta incluso nel concetto di stabilità le garanzie previste dal regime di tutela obbligatoria ex art. 8 l. n. 604/1966.

(38) Cfr. per un esauriente quadro delle critiche mosse da più parti alle sentenze n. 63 del 1966 e 174 del 1972 A. Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, 172 ss.

(39) Per la rilevanza delle sentenze del 1° giugno 1979 (che leggesi in *Giur. cost.*, 1978, 330) cfr. E. Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore* cit., 19 e nt. 35, il quale rileva che esse non si sono limitate soltanto a confermare la precedente giurisprudenza

della Corte ma hanno anche riconosciuto che la disciplina legale è stata modificata dalla sentenza n. 63, che con il dispositivo di accoglimento ha integrato il contenuto dell'art. 2935 c.c., introducendo una norma di diritto equiparata alla legge.

Contrariamente poi a quanto ritenuto da autorevole dottrina secondo cui seguendo il ragionamento della Corte si deve escludere che la sentenza n. 63 abbia soltanto creato una lacuna di previsione in ordine al *dies a quo* della prescrizione, l'Autore sostiene che "la negazione peraltro incidentale, dell'efficacia normativa della sentenza di accoglimento non toglie fondamento alla conclusione che ricorrere, in una materia come la prescrizione, alla tecnica della c.d. clausola generale è una mostruosità (o quanto meno è controproducente al fine della certezza del diritto)".

(40) Non può sottacersi che ampliare eccessivamente il potere discrezionale dei giudici attraverso leggi dal contenuto difficilmente circoscrivibile - analogamente a quanto avviene per le c.d. clausole generali - può tradursi in una delega ai giudici di un potere che essi non hanno con il conseguente pericolo che la giurisprudenza divenga, attraverso l'esercizio di una attività creativa, di fatto un "diritto vivente" considerato quindi a tutti gli effetti come "nuova fonte di diritto" perché destinata a supplire non solo l'assenza di leggi ma anche soltanto a riempirne i vuoti, A titolo puramente esemplificativo del potere creativo del giudice - in mancanza di norme chiare e specifiche o in presenza di disposizioni generiche ed incomplete con riferimento alla prescrizione di crediti retributivi cfr. nella giurisprudenza di legittimità in materia di dirigenti tra le altre: Cass. 10 marzo 2010, n. 5809, secondo cui "per il dipendente che abbia chiesto il riconoscimento della qualifica di dirigente, incompatibile con la stabilità reale, la prescrizione non decorre purché si tratti di riconoscimento di una dirigenza apicale e non invece di fonte contrattuale (c.d. 'pseudo-dirigenza') per la quale permangono le garanzie di legge contro il licenziamento illegittimo"; Cass. 23 giugno 2003, n. 9968, che invece, con una diversa soluzione, ha affermato che la stabilità nel rapporto di lavoro "può essere assicurata al dirigente da specifiche pattuizioni dei singoli contratti collettivi di diritto comune che prevedano limitazioni alla facoltà di recesso del datore di lavoro, essendo però sempre l'interpretazione delle suddette pattuizioni riservata in ogni caso al giudice di merito". Espressione ancora più significativa del potere creativo del giudice nel valutare la nozione di *stabilità del posto di lavoro* correlata al *metus* del lavoratore è la giurisprudenza di legittimità sul lavoro carcerario cfr. sul punto: Cass. 11 febbraio 2015, n. 269, secondo cui in tale lavoro "il termine di prescrizione dei diritti del lavoratore non decorre durante lo svolgimento del rapporto in sé privo di stabilità poiché, nei confronti del prestatore è configurabile una situazione di 'metus' che, pur non identificandosi

Da ultimo per completezza argomentativa è utile ricordare anche che in uno studio risalente nel tempo ma con riflessioni tuttora utili per la risoluzione di rilevanti problematiche nella materia in esame, è stato rimarcato come a seguito della sentenza n. 63 del 1966 e di quelle successive si sia rinnovato l'interrogativo sull'ampliamento dei tradizionali confini del rapporto di lavoro subordinato e sulla estensione degli effetti delle declaratorie di incostituzionalità attraverso una equiparazione sul versante delle tutele tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, con l'inclusione in uno stesso apparato garantistico del diritto di ciascun lavoratore al riconoscimento della temporanea non decorrenza della prescrizione nel corso del suo rapporto lavorativo.

A fronte di tale domanda è stato però in risposta obiettato che una equiparazione *tout court* tra due rapporti di diversa natura non può poggiare, come pure è stato sostenuto da una parte della dottrina, né su argomentazioni letterali perché il termine "retribuzione" è riconducibile al compenso percepito dal prestatore subordinato e non già da quello

autonomo (41) - né tanto meno sull'interpretazione estensiva dell'art. 36 Cost. (42). Assume invece rilievo a conforto della opposta tesi restrittiva la considerazione che l'oggetto della disciplina del secondo e terzo comma del citato art. 36 Cost. (l'orario di lavoro, il riposo settimanale, le ferie) costituisce materia *tipica ed esclusiva* del lavoro subordinato tanto da essere assunta (in particolare attraverso le ferie retribuite e l'orario di lavoro), quale elemento di rilevazione sintomatico della sussistenza del lavoro dipendente (43).

6. La Corte costituzionale e la prescrizione tra *eterni incertezze* dottrinarie e giurisprudenziali

La descrizione del lungo percorso della scienza giuridica giuslavoristica sulla prescrizione in materia di lavoro che abbisognava, per quanto sinora detto, di leggi chiare e di agevole comprensione e di risposte giurisprudenziali affidabili, ha visto invece - è bene ribadirlo - intaccato il principio della certezza del

necessariamente in un timore di rappresaglie da parte del datore di lavoro, è riconducibile alla circostanza che la configurazione sostanziale e la tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dall'attività lavorativa del detenuto possano non coincidere con quelli che contrassegnano il lavoro libero, attesa la necessità di preservare le modalità essenziali di esecuzione della pena e le corrispondenti esigenze organizzative dell'amministrazione penitenziaria. Ne consegue peraltro che la sospensione della prescrizione permane solo fino alla cessazione del lavoro in quanto, in assenza di specifiche disposizioni, non può estendersi all'intero periodo di detenzione". *Contra* invece, e cioè per l'estensione della prescrizione sino all'esito finale della detenzione cfr. tra le altre Cass. 26 aprile 2007, n. 9969, e successivamente Cass. 22 ottobre 2007, n. 22077, con nota di M. Vitale, *Un passo indietro della Corte di Cassazione nell'assimilazione tra lavoro libero e lavoro penitenziario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 454.

È sempre in tema Cass. 26 aprile 2007, n. 9969, che ha ritenuto possibile per il lavoro del detenuto il verificarsi di un *metus* con caratteri comuni a quelli del lavoro nautico, marittimo od aereo e quindi con uguali effetti sospensivi dalla prescrizione.

In dottrina al riguardo vedi per analoghe riflessioni sulle difformità applicative del *metus*: M. Persiani, *Situazione psicologia del timore* cit., 13 nt. 32 cui *adde* invece con riferimento ai limiti della funzione giudiziaria nei rapporti con gli altri poteri dello Stato e sul necessario bilanciamento tra gli stessi: M. Luciani, *Interpretazione conforme e Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IX, Milano 2016, 391 ss.

(41) Attribuisce a tal fine una decisiva importanza alla volontà del Costituente di avere utilizzato nell'art. 36 Cost. solo la parola lavoratore senza "distinguere fra lavoratore subordinato e lavoratore autonomo: Lega, *Principi costituzionali in tema di compenso del lavoro autonomo*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 343. *Contra* invece sul punto A. Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro* cit., 221 che evidenzia invece la neutralità della utilizzazione nell'art. 36 Cost. del termine "lavoratore" senza ulteriori aggettivazioni rammentando che in nessuna disposizione della Carta costituzionale appare esplicitamente la qualificazione di "subordinato" o di "autonomo".

(42) Cfr. per l'applicazione ai diritti derivanti dalla prestazione di lavoro parasubordinato delle norme (art. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e

2956, n. 1, c.c.) e dei noti principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in materia della prescrizione dei crediti retributivi sulla base della limitata "forza contrattuale" e della "dipendenza economico - sociale" del lavoratore parasubordinato rispetto al committente - elementi questi costitutivi anche della *ratio* dell'art. 2113 c.c. - vedi: G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, Milano 1979, 23 ss. e 99 s. ed in precedenza G. Giacobbe, *Lavoro autonomo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 431 ss.

Contra invece per la dottrina maggioritaria *ex plurimis*: F. Santoro-Passarelli, *Opera*, (*contratto di*), in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, 175; L. Riva Sanseverino, *Lavoro autonomo*, in *Commentario al Codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1963, 175; ed in epoca meno risalente A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da L. Mengoni, Milano 2006, 269, secondo cui i rapporti di lavoro autonomo nella forma della libera gestione delle energie lavorative non offrono congrui dati di riferimento per l'applicazione dei requisiti qualificanti ed imprescindibili del corrispettivo *ex art. 36 Cost.*, mentre non è altrettanto pacifico che nel rapporto subordinato la retribuzione - sia pure corretta in senso "sociale" - si ponga come elemento per sé idoneo a qualificare il tipo. E così in giurisprudenza tra le altre: Cass. 28 giugno 2017, n. 16213; Cass. 30 dicembre 2011, n. 30590 nonché Cass. 7 aprile 1987, n. 3400, che riconosce carattere eccezionale all'estensione delle norme del lavoro subordinato al lavoro autonomo nonché l'applicazione ad esso del rito del lavoro.

(43) Cfr. al riguardo *amplius* A. Maresca: *La prescrizione dei crediti di lavoro*, cit., 213-223, che - dopo avere premesso che il problema dell'individuazione dei diritti temporaneamente imprescrittibili può prospettarsi solo con riferimento al lavoro subordinato e dopo avere poi ammesso che solo in astratto possono realisticamente estendersi al lavoro parasubordinato alcune delle garanzie proprie del lavoro subordinato, in considerazione della debolezza in cui versano tali prestatori d'opera nei confronti del committente - ritiene però che ogni estensione normativa è di fatto impedita dal tenore letterale del primo comma dell'art. 36 della Costituzione con conseguente inapplicabilità alla parasubordinazione anche dei principi dettati dalla sentenza n. 63 del 1996 del giudice delle leggi.

diritto, ad opera dei numerosi interventi della Corte costituzionale.

Il Giudice delle leggi - chiamato istituzionalmente a controllare la legittimità delle leggi - ed a dare risposte alle eccezioni di non manifesta infondatezza delle stesse - attraverso *sentenze interpretative* di accoglimento o di rigetto (entrando nel merito della decisione) o di *inammissibilità* - è invece intervenuto nella materia in esame per la prima volta con la sentenza n. 63 del 1966 avente carattere chiaramente "creativo", seguita poi, è bene sottolinearlo ancora una volta, da altre decisioni che sono state definite, nel linguaggio dei costituzionalisti, "manipolative" "additive", e che per il loro contenuto possono a ragione essere incluse nella generale ed onnicomprensiva categoria delle sentenze "creative" in ragione del loro contenuto (44). Le influenze delle summenzionate sentenze anche sulla giurisprudenza di legittimità e conseguentemente sulla stessa formazione del "diritto vivente", ha prodotto nella regolamentazione del mercato del lavoro effetti di efficacia precaria. Ed infatti la tenuta dei principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità deve ora misurarsi con un diritto del lavoro radicalmente mutato a seguito della crescita esponenziale di nuove forme di lavoro autonomo e di un lavoro subordinato non più considerato istituto centrale nel mondo del lavoro come nel passato.

Il che impone la ricerca anche di un nuovo equilibrio tra due diritti - ambedue a copertura costituzionale - e cioè il diritto del lavoro e il diritto alla libertà di impresa, che non passi più attraverso letture del dato normativo condizionate dalla ideologia o da rigide opzioni socio-economiche o di altra natura.

Nello specifico, nell'esame delle problematiche sui fattori condizionanti la decorrenza della prescrizione

deve ora darsi il dovuto rilievo alle tutele capaci di garantire efficacemente i diritti fondamentali del lavoratore a prescindere dalla tipologia negoziale che lo lega alla controparte. Condizione questa da coordinarsi però con le esigenze di una postmodernità che porta a ridimensionare i precedenti riferimenti normativi e giurisprudenziali, la cui validità si è data invece per lungo tempo per scontata per una colpevole inerzia del legislatore oppure per rigide opzioni culturali. Ragioni che talvolta hanno celato la volontà di perpetuare posizioni del potere acquisito in un assetto ordinamentale che ha mostrato sotto molti aspetti l'incapacità dei recenti legislatori di comprendere il nuovo e nello stesso tempo di riaccreditare "il diritto del lavoro" come diritto valoriale" (45).

7. Un utile ritorno al tempo passato: un percorso a ritroso dalla giurisprudenza costituzionale sulla prescrizione dei crediti di lavoro sino all'applicazione delle generali norme codicistiche (artt. 2946-2963)

È stato detto che la *giurisprudenza manipolativa* della prescrizione si è sviluppata in un contesto sociale e giuridico storicamente datato e che la non decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto di lavoro non è più in primo piano nella scala delle istanze sociali del diritto del lavoro. In tale ottica si è poi aggiunto che l'esigenza di rimuovere con un intervento legislativo le incertezze derivanti dalla giurisprudenza non è stata soddisfatta per il sostanziale disinteresse delle parti sociali, che hanno trovato preferibile e sostanzialmente adeguata l'attuale disciplina in luogo di una riforma normativa (46).

A fronte degli innegabili e radicali mutamenti normativi sulla tutela c.d. reale del posto di lavoro -

(44) Il sintetico assunto di cui al testo sulla classificazione delle pronunzie della Corte costituzionale può essere reputato atto di presunzione ma è atto comunque scusabile perché è proprio di chi non si è mai "autocertificato" unico vero interprete della Costituzione e soprattutto dell'art. 3 della Carta come hanno invece fatto i firmatari dello scritto *Quale giudice del lavoro?*, già citati nella nota n. 8.

Alla stregua di tale precisazione non può dunque considerarsi un "imperdonabile azzardo" la critica di chi ritiene che la classificazione delle pronunzie della Corte Costituzionale debba aggiornarsi includendovi i provvedimenti "declamatori" o "didascalici" (cfr. sentenza Corte Cost. n. 194 del 2018, pubblicata in *Lavoro.Diritto. Europa* n. 1 del 2019, con nota di G. VIDIRI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 2018 tra certezza del diritto ed ordinamento complesso. Tanto rumore per nulla*) o quelli interlocutori "a futura memoria" o "di incostituzionalità prospettata", attraverso i quali si assegna al legislatore un termine affinché si provveda a legiferare per evitare un successivo intervento della stessa Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost., ord. 16 novembre 2018 n. 217, Pres. Lattanzi, Rel. Modugno). In dottrina in senso critico a tale

ordinanza cfr. A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere per lo meno per ora (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta on line* 26 ottobre 2018 e, successivamente, Id., *Venuta alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 217 del 2018 sul caso Cappato)*, cui adde più di recente E. BILLOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*, in questa *Rivista*, 2019, 4, 463).

(45) Su un equilibrato bilanciamento tra diritti a copertura costituzionale in fattispecie di loro contrapposizione cfr. sia per quanto attiene al diritto del lavoro che al diritto penale cfr.: G. Vidiri, *Il trasferimento d'azienda: un istituto sempre in bilico tra libertà d'impresa (art. 41 Cost.) e diritto al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.)*, in questa *Rivista*, 2018, 7, 965 ss. nonché Id., *Il caso Contrada tra (in) certezza del diritto e (in)giusto processo*, *ivi*, 2018, 3, 389 ss.

(46) Cfr. per tale opinione E. Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore*, cit., 27-28, che osserva puntualmente che la disciplina stabilita dalla Corte costituzionale comporta un elevato tasso di incertezza per effetto del collegamento del *dies a quo* ad un

divenuta sanzione residuale rispetto alle soluzioni di carattere indennitario regolate dai decreti del 2012 e 2015 - il dibattito sulla incidenza di tali mutamenti sulla decorrenza dei termini prescrizionali si è arricchito con nuove riflessioni in ordine soprattutto alla “stabilità” nel posto di lavoro ed al “metus” del licenziamento, che hanno sinora costituito i parametri mediante i quali si è graduato l'apparato di garanzie dei diritti del lavoratore.

La riforma del sistema sanzionatorio ha fatto così emergere una diversità di indirizzi

Si è infatti patrocinata l'opinione di generalizzare il differimento della prescrizione alla cessazione del rapporto lavorativo in tal modo ripristinando di fatto, nonostante un quadro normativo radicalmente mutato, le premesse sulle quali si fondava la sentenza n. 63 del 1966 (47); e nella stessa direzione si è poi ribadita la tesi fondata anche essa sulla persistenza del precedente regime prescrizionale con l'espressa specificazione però di una sua diversificazione a seguito di un sistema sanzionatorio per così dire “plurale”, in cui ad una area del lavoro dipendente dove la protezione rimane comunque più penetrante si rinviene un differente e meno stringente regime di stabilità obbligatoria (48).

Sulla problematica in esame si è formato anche un diverso orientamento che - dopo avere pur esso richiamato la riduzione della stabilità nel posto di lavoro conseguente alle riforme della disciplina dei licenziamenti del 2012 e del 2015 - ha sostenuto la generalizzazione della deroga al regime comune della

prescrizione dei crediti di lavoro introdotta dalla giurisprudenza costituzionale con una serie di decisioni di cui si è denunciata da più parti la creatività. Da qui una soluzione la cui ragione è stata a sua volta individuata nella considerazione che le nuove misure sanzionatorie previste dalle recenti leggi in tema di licenziamenti illegittimi non possono non essere considerate, pur nella loro diversità, idonee a garantire in modo adeguato il lavoratore anche perché stabilire quali sono le funzioni che le sanzioni devono assolvere è di esclusiva competenza del legislatore, la cui discrezionalità è, se mai, limitata esclusivamente per le sanzioni penali (secondo comma dell'art. 27 Cost.) (49).

Da ultimo si è anche rilevato che attualmente per effetto della evoluzione giurisprudenziale i termini prescrizionali non decorrono in costanza di rapporto soltanto con riferimento ai rapporti rientranti nella la c.d. tutela obbligatoria ed entro la sfera di rilevanza del recesso *ad nutum*. Conclusione questa che però va misurata con il nuovo assetto della tutela reale risultante dalla riforma Monti (L. n. 92 del 2012) dal momento che la tutela più forte è stata ristretta ad un'area *residualissima* per cui si dovrebbe ritornare alla originaria regola sancita dalla Corte costituzionale del 1966 e ritenere che la prescrizione non possa decorrere in costanza di lavoro neanche rispetto ai datori di lavoro che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori (50). Corollario finale delle riflessioni seguite alla lettura di numerosi contributi dottrinari in materia portano in

presupposto - quello della stabilità del rapporto - per sua natura variabile nel tempo per essere la questione di stabilità fluttuante in dipendenza della dimensione numerica delle unità produttive e dell'impresa oppure in taluni casi relativi a vicende soggettive del lavoratore (riconoscimento della qualifica dirigenziale o raggiungimento dell'età pensionabile); oppure infine nei casi di stipulazione di successivi contratti a termine, poi dichiarati nulli o comunque convertiti in contratti a tempo indeterminato. In tutti questi casi infatti la prescrizione decorrerà dalla sentenza dichiarativa della nullità del termine e della c.d. conversione o trasformazione del rapporto.

Proprio per eliminare le incertezze tuttora riscontrabili sulla prescrizione dei diritti del lavoratore si è auspicato un intervento legislativo da A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 454-455, il quale evidenzia al riguardo che sarebbe quanto mai opportuno - anziché attendere il pronunciamento della giurisprudenza sulla decorrenza della prescrizione con i tempi lunghi a ciò necessari - che il legislatore fornisca direttamente la soluzione a tale problema, che più degli altri merita certezza essendo questa la finalità che la prescrizione deve perseguire.

(47) Per tale opinione S. Mattone, *La marginalità della stabilità del posto di lavoro e la prescrizione dei crediti dei lavoratori*, in *La legge n. 92 del 2012: una analisi ragionata*, a cura di F. Amato - R. Sanlorenzo, Milano, 2013, 236 ss., che a sostegno della sua tesi equipara il mutamento del regime di tutela del posto di lavoro ed il complessivo arretramento della posizione contrattuale dei

lavoratori nelle imprese di dimensioni medio-grande in quanto privati delle tutele in precedenza ad essi assicurate.

(48) In questi termini cfr. F. Santoni, *La decorrenza della prescrizione*, cit., 898.

(49) Così M. Persiani, *Situazione psicologica di timore*, cit., 23-24, che - dopo avere ricordato che sia il decreto del 2012 che quello del 2015, pur avendo ridotto l'ambito della “tutela reale”, hanno inasprito le sanzioni risarcitorie previste dalla legge n. 604 del 1966 - ribadisce che è di esclusiva competenza del legislatore determinare, nella sua discrezionalità, la misura “giusta” dell'indennità minima da licenziamento illegittimo.

In generale sulla congruità del sistema risarcitorio in quanto dissuasivo e, al tempo stesso, congruo rispetto al danno subito dal lavoratore cfr. di recente Corte cost. n. 194 del 2018, che leggesi in *LAVORODIRITTEUROPA* n. 1 del 2019, con note di P. Ichino - F. Roselli - A. Tursi - A. Perulli - G. Orlandini - M. Chiodi - G. Vidiri - A. Del Re - R. Cosio - M. Persiani.

(50) Così O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2017, 649, il quale aggiunge a quanto riportato nel testo che le conclusioni prese con riferimento alla riforma Monti a più forte ragione valgono con riferimento alla prescrizione dei diritti dei lavoratori assoggettati al regime del c.d. contratto a tutele crescenti, nel cui ambito la protezione nei confronti dei licenziamenti illegittimi è prevalentemente a carattere indennitario. Coerentemente l'Autore ritiene che anche nei rapporti non garantiti dalla stabilità il termine prescrizionale ordinario decennale, ovviamente ai diritti cui esso è applicabile, non decorre in costanza del rapporto di lavoro.

conclusione ad affermare che il “diritto vivente” che ha recepito una giurisprudenza costituzionale creativa - iniziata con la sentenza n. 63 del 1966 e proseguita con numerose altre decisioni - non può sopravvivere allorché si sia in presenza di radicali mutamenti legislativi e socio-economici che ne rendono inapplicabili le regole per la loro intervenuta incompatibilità con il rinnovato assetto ordinamentale.

Al riguardo è opportuno ribadire che al c.d. “diritto vivente” non può assegnarsi la forza semantica di “fonte di diritto” non potendo sopravvivere allorché siano venute meno le esigenze che ne avevano determinato la nascita.

Per di più sul punto è ugualmente opportuno riaffermare che un iperattivismo della Corte Costituzionale, attraverso un non meditato approccio ermeneutico della norma oggetto del suo giudizio, può tradursi nella “creazione” di “nuove norme” (51), che finiscono per incidere negativamente sia sui giudici ordinari sia sul legislatore in termini limitativi dei suoi poteri discrezionali (52), con il pericolo ulteriore che una appropriazione da parte della Corte di competenze non proprie - ed in assenza di un ordine prestabilito tra fonti normative diverse in un ordinamento complesso come quello dell’UE - può nel tempo arrivare sinanche ad alterare gli equilibri tra poteri dello Stato (53).

Sulle altre pur possibili opzioni è pertanto da privilegiare la scelta favorevole al ritorno - per quanto riguarda la regolamentazione della prescrizione in materia lavoristica - ad un passato anteriore alla stessa “sentenza creativa” n. 63 del 1966, con la conseguenziale applicazione. anche per i diritti dei lavoratori, delle comuni regole codicistiche degli artt. 2946-2963 c.c.

Disciplina questa che - per essere stata per lungo tempo reputata del tutto inadeguata ad una efficace tutela dei diritti del lavoratore - ha visto, nella colpevole inerzia del legislatore, un interventismo sostitutivo della giurisprudenza dei giudici delle leggi e di quelli di legittimità, fonte inesauribile di incertezze nella declinazione sia dell’istituto della prescrizione dei diritti del lavoratore e sia dell’intero settore giuslavoristico.

È poi innegabile che nella materia in esame la certezza del diritto può essere più agevolmente garantita mediante l’applicazione delle generali regole codicistiche, sulle quali si sono raggiunti approdi dottrinari e giurisprudenziali affidabili perché, sperimentati per lungo tempo, si sono poi tradotti in principi in buona misura consolidati.

Nello specifico le suddette regole risultano adeguate a garantire in maniera efficiente i diritti del lavoratore anche perché con le leggi 15 luglio 1966, n. 604 e 20 maggio 1970, n. 300 la stabilità nel posto di lavoro è stata sostituita da un sistema sanzionatorio pur esso idoneo - in un contesto del mercato del lavoro radicalmente mutato - a dissuadere da illegittime condotte il datore di lavoro e, dall’altro, a compensare in maniera congrua il lavoratore dai danni subiti dal licenziamento, attraverso un nuovo equilibrio tra diritto alla libertà di impresa e diritto al lavoro, ambedue a copertura costituzionale.

A tale assunto fornisce un decisivo supporto il nuovo assetto delle relazioni industriali che in linea con le fonti normative dell’UE, è rivolto a flessibilizzare la gestione delle imprese anche in uscita ed a privilegiare, tra il diritto all’esercizio libero dell’impresa ed il diritto al lavoro, il primo diritto sul secondo a condizione però che vengano salvaguardati in ogni caso la

(51) Sui pericoli scaturenti dagli eccessi della giurisprudenza costituzionale in sede di interpretazione conforme cfr. M. Luciani, *Interpretazione conforme e Costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann. IX, Milano, 2016, 472-473, il quale - dopo avere evidenziato come un non corretto approccio ermeneutico della Corte Costituzionale con la norma oggetto del giudizio può determinare la rottura fra legalità legale e la legalità costituzionale - ricorda poi “come la vicenda storica del nostro ordinamento ha sovrapposto la seconda alla prima senza - però - determinarne la sostituzione. Il destino della legalità legale è di essere modellata da quella costituzionale senza esaurirsi in essa, mentre l’abbandono del testo legislativo determina esattamente questo effetto”.

(52) Cfr. al riguardo M. Luciani, *Interpretazione conforme* cit., 471, che - nell’evidenziare che gli eccessi dell’interpretazione conforme da parte della Corte Costituzionale alterino anche i rapporti dei giudici comuni con il legislatore - concorda poi con Zagrebelsky quando osserva che un eccesso di attivismo del giudice costituzionale determina il pericolo dell’“atrofizzazione della politica per saturazione giuridica” con effetti di ritorno sulla stessa legittimazione della Corte. Lo stesso si dovrebbe pur dire quando la saturazione è determinata da un iperattivismo dei giudici comuni, oltretutto se indotto da quello costituzionale perché gli

effetti delegittimanti finiscono per coinvolgere a tappeto gli uni, gli altri e - ovviamente - il legislatore.

Per considerazioni sulla interpretazione delle norme della Costituzione dal contenuto generico e sul labile confine tra sentenze manipolative ed additive e sentenze di fatto creative della Corte Costituzionale, cause tutte non ultime di un diritto sempre più incerto vedi: G. Vidiri, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 2018: tra certezza del diritto ed ordinamento complesso (tanto rumore per nulla)*, cit., 16-17, che ritiene doveroso comunque di fare pieno affidamento sui pronunziati dei “giudici delle leggi”, che come è più degli altri giudici devono - nello svolgimento delle loro funzioni e nel rispetto del disposto del comma 2 dell’art. 111 Cost. - essere ma anche apparire “terzi ed indipendenti”, con il rifuggire quindi da pregiudizi, da rigide posizioni culturali e soprattutto da opinioni socio-politiche.

(53) Rimarca M. Luciani, *Interpretazione conforme* cit., 473 che “il canone dell’interpretazione conforme, concepito per generare armonia tra ordinamenti diversi o tra diverse sfere di legalità e per consentire una profonda cooperazione tra distinte istanze giurisprudenziali, può mancare il bersaglio e diventare un elemento di turbamento e distorsione degli equilibri già formati”.

dignità, il decoro e la sicurezza del lavoratore, e che l'esercizio dei poteri imprenditoriali risulti funzionalizzato ad accrescere o migliorare la produttività aziendale con consequenziali effetti positivi sulla stessa occupazione (54). Finalità da perseguire in

un quadro istituzionale che lasci al solo legislatore il compito di regolare la politica economica del Paese anche in termini progettuali, senza farne terreno privilegiato di statuizioni *creative* "del giudice ordinario" o del "giudice delle leggi" (55).

(54) Cfr. Sul rapporto tra libertà di impresa e diritto al lavoro e sul giusto equilibrio tra i due contrapposti diritti vedi ancora da ultimo: G. Vidiri, *Il licenziamento per motivi economici ed il "repechage" nel diritto del lavoro che cambia*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, I, 42 ss.

(55) È da indovino prevedere quale sarà nel futuro la disciplina legale sulla prescrizione dei crediti di lavoro ma è rasserenante almeno sperare che il percorso verso una nuova regolamentazione sia rispettoso del principio della certezza del diritto e non sia reso impervio da una giurisprudenza che - con disinvolti approcci ermeneutici e clausole divenute di fatto di stile (ad es.: interpretazione della norma costituzionalmente orientata) o da provvedimenti della Corte costituzionale, il cui tasso di "creatività" continui a crescere sino a sfociare in ordinanze interlocutorie che possono rientrare in una "nuova", "peculiare" e "mai sperimentata sinora" categoria di "provvedimenti a creatività futura". Destinati questi ultimi come tali ad incidere negativamente sul principio della "ragionevole durata del giudizio" di costituzionalità, condizionando contemporaneamente come si è detto i poteri del legislatore.

Né per giustificare questa nuova tecnica decisoria può farsi riferimento all'ordinamento del Canada - come ha fatto l'ordinanza ora indicata - stante le specifiche competenze e la natura dei controlli di legalità devoluti alla Corte di detto Paese (cfr. al riguardo sul tema: M. Luciani, *Interpretazione conforme* cit., 471, che evidenzia la diversità del modello tedesco rispetto a quello italiano cui *adde* - per una diversità contenutistica di altro natura del nostro Paese proprio con riferimento al Canada - vedi per una ampia

puntualizzazione di tale diversità: R. H. Bork, *Il giudice sovrano*, cit., 79-120).

Ed infine per una critica sotto altro versante - per avere ad oggetto la tenuta del principio della certezza del diritto - a fronte del pericolo scaturente da un perdurante soggettivismo giurisprudenziale - è stato osservato da E. Ghera, *La prescrizione dei diritti dei lavoratori*, cit., 30, che il rimettere volta per volta l'accertamento delle cause impeditive della decorrenza della prescrizione "è qualcosa di anomalo rispetto alla funzione propria di un istituto che, al fine di impedire l'insorgenza delle liti, utilizza il decorso del tempo per adeguare la situazione di diritto a quella di fatto e per garantire, in questo modo, la certezza dei rapporti intersoggettivi".

Per la tesi invece che si sia giunti all'eclissi della certezza del diritto su cui la dottrina del positivismo è stata da sempre basata, vedi gli studi intensi di N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, 44-45, per il quale nel momento stesso in cui il principio di ragionevolezza entra quale criterio principe nell'istrumentario del giurista sovvertendone il tradizionale schema argomentativo si "finisce inevitabilmente per radicare le giuridicità ad un criterio sempre variabile, di accettabilità sociale".

Non può in contrario però sottacersi che proprio "la variabilità delle regole giuridiche" ricollegata ad una nozione di "accettabilità sociale", soggettivamente declinabile, porta ad accreditare, soprattutto in periodi storici in cui cresce l'incertezza, riferimenti giurisprudenziali e dottrinari capaci di indicare regole e principi che fungano da rassicurati ed affidabili approdi per il futuro anche per la loro tenuta temporale.