

ORONZO MAZZOTTA

Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: attualità di un dibattito antico

Sommario: Il tema e i valori in gioco. - 2. L'intreccio delle fonti. - 3. Alla ricerca di un'idea di stabilità.

1. Il tema e i valori in gioco

Il tema della prescrizione dei crediti di lavoro interseca questioni di fondo del diritto del lavoro: la posizione di debolezza contrattuale del lavoratore; la ricaduta di tale debolezza sulla disciplina del rapporto; le connessioni fra debolezza e regime dei licenziamenti; la *ratio* sottesa a principi giuridici che, a partire da tale debolezza, costruiscono un diritto speciale e differenziato rispetto al diritto privato; l'inderogabilità delle norme e la parziale indisponibilità dei diritti e via esemplificando.

L'archetipo della nostra discussione – la sentenza n. 63 del 1966 della Corte costituzionale – si colloca entro uno scenario regolativo assai lontano dal nostro. In quello scenario c'è un diritto del lavoro che anche in materia di prescrizione è in gran parte tributario del codice di diritto privato, basato sulla equidistanza dei contraenti ed il regime prescrizione è solo un epifenomeno di un fenomeno più ampio e pervasivo.

Contro quella struttura concettuale si muoveranno le critiche di una parte della cultura giuslavoristica, che cercherà di valorizzare al massimo quei pochi strumenti interni al codice borghese, riletti alla luce della nuova Carta costituzionale, per superare le più evidenti storture ai danni del lavoro dipendente¹.

Di molte di queste storture si farà carico nel volgere del decennio degli anni sessanta il legislatore.

Di una delle più rilevanti, quella appunto che riguarda la prescrizione, si farà carico la Corte costituzionale.

È ben noto che l'istituto della prescrizione ha a che fare con la certezza del diritto, un pilastro della teoria giuridica, che è a sua volta a presidio della libera circolazione delle merci e dei beni. Sappiamo bene che anche molti dei discorsi giuridici contemporanei riprendono le feroci critiche degli anni sessanta nei confronti della certezza del diritto e manifestano di nuovo un crescente

¹ Penso agli studi pionieristici di M.S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *RGL*, 1948, 7; C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, I, 153; U. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955; C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958.

fastidio nei confronti di questo Moloch, posto a suggello e fondamento del giuspositivismo.

È interessante constatare che due autorevoli ex presidenti della Corte Suprema (Guido Vidiri e Federico Roselli) hanno espresso, in tempi abbastanza recenti, opinioni radicalmente lontane fra loro rispetto al tema della prescrizione, ragionandone proprio a partire dalla certezza del diritto.

Guido Vidiri², nel contesto di un discorso fortemente critico nei confronti della debordante creatività della Corte costituzionale, ritiene che tutte le difficoltà insite nel dover distillare concetti vaghi come “stabilità del rapporto di lavoro”, “adeguata stabilità”, “tutela reale o obbligatoria”, etc. abbiano prodotto l’effetto di un diritto a formazione giurisprudenziale, sostanzialmente sostitutivo dell’inerzia del legislatore. Si tratterebbe però a suo avviso di una grave lesione inferta proprio alla certezza del diritto a fronte della quale auspica e ritiene possibile sul piano interpretativo un ritorno al sistema codicistico anteriore alla sentenza della Consulta del 1966.

Dall’altra parte Federico Roselli³ – sia pure all’interno di un discorso di più ampio respiro – cerca di allargare lo sguardo sia all’ordinamento europeo che agli ordinamenti di altri paesi. Ed in questo ambito pone in luce «la necessità di rinunciare a una meccanica certezza legale e di affidare alla

² V.: G. VIDIRI, *La prescrizione nel diritto del lavoro e la Corte costituzionale prima e dopo la legge Fornero ed il jobs act*, in *Corr. Giur.*, 2019, n. 5, p. 639 ss.

³ Cfr: F. ROSELLI, *Nomofilachia della Corte Edu, con particolare riguardo alla prescrizione estintiva*, in *QG*, 2019, numero speciale su *La Corte di Strasburgo*, p. 403 ss. (il brano citato nel testo è a p. 404). In tema v. anche: A. GUARNERI, *L’exordium praescriptionis*, in *RDC*, 2013, 1130.

discrezionalità del giudice questioni risolvibili solo con riguardo alle mutevoli caratteristiche del caso concreto, come avviene ad esempio in tema di decorrenza del termine, in cui si preferisce la mobilità o variabilità del *dies a quo*»⁴.

In tale concezione sulle esigenze di certezza prevalgono le esigenze di giustizia così che l'interesse del debitore alla liberazione dal vincolo recede «entro un tempo non tanto lungo da deteriorare anche i mezzi di difesa in giudizio e da generare l'affidamento nel sopravvenuto disinteresse della controparte». In compenso su tale esigenza prevale quella, più morale che strettamente giuridica, di non imporre pregiudizialmente l'estinzione del diritto ad un titolare che non abbia potuto conoscerne l'esistenza⁵.

Come si vede si tratta di due concezioni che più distanti non potrebbero essere. Quella descritta da ultima infatti si allontana dal positivismo legalistico per sposare l'idea del giudizio equitativo e di una valutazione per principi più che per fattispecie, in ragione della circostanza che sulle ragioni della certezza devono prevalere le ragioni della giustizia.

⁴ L'A. (v. p. 405) richiama le riforme dei codici francese e tedesco del 2001 e 2008 che hanno modificato l'istituto della prescrizione rendendolo più coerente con l'attuale contenuto del diritto soggettivo e/o con un nuovo bilanciamento di interessi del debitore e del creditore. La modifica della durata dei termini di prescrizione avrebbe, in tale logica, la funzione di «renderli più aderenti all'attuale contenuto sostanziale del diritto soggettivo, oppure con un nuovo bilanciamento di interessi, del debitore e del creditore, quanto alla fissazione dell'*exordium praescriptionis*». Secondo Roselli si tratta di scelte legislative ispirate all'ordinamento europeo che garantisce l'effettività attraverso l'enucleazione di direttive e principi.

⁵ Cfr.: F. ROSELLI, *op. cit.*, p. 404. Più in generale v. anche P. VITUCCI-F. ROSELLI, *La prescrizione*, Tomo I, artt. 2934-2940, in *Commentario del codice civile* fondato da P. SCHLESINGER e dir. da F. D. BUSNELLI, Milano, 2012, II edizione a cura di F. ROSELLI,

La discussione ci porterebbe lontano e qui non possiamo di certo affrontarla⁶. Basti pensare che le declinanti fortune della certezza del diritto, oltre che alle ragioni esposte, sono anche da ascrivere allo scetticismo contemporaneo verso ogni sicurezza e/o oggettività della scienza a favore di una sorta di fallibilismo o decostruzionismo, alla cui stregua anche «l'errore è entrato a far parte della struttura della conoscenza»⁷. Viceversa, nella storia delle idee giuridiche, la certezza del diritto aveva la funzione, proprio attraverso l'invenzione della fattispecie, di esorcizzare l'imprevedibilità delle scelte del giudice⁸.

Certo quello della certezza del diritto non può essere considerato un dogma o addirittura un mito, sul cui altare sacrificare valori preminenti in un determinato momento storico, ma solo un attributo dell'ordinamento valutabile secondo mutevoli intenzioni di politica del diritto⁹.

Resta però la necessità di sfuggire alla duplice tentazione sia della retorica che dell'anti-retorica. Non vi è dubbio che l'opera di pulizia concettuale cui si sono applicati vari giuristi negli anni sessanta e settanta intorno all'idea della certezza del diritto come fondamento dello stato di diritto e la sua storicizzazione come conseguenza delle strutture socio-politiche borghesi, ha condotto ad una salutare revisione di incrostazioni teoriche non più

⁶ Me ne sono occupato in O. MAZZOTTA, *Nel laboratorio del giuslavorista*, in *Labor*, 2017, p. 5 ss., cui rinvio.

⁷ G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *RTDPC*, 2015, p. 1105.

⁸ Cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *RTDPC*, 2015, p. 1124, cui si rinvia per ampi riferimenti.

⁹ Come riteneva S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche nella riforma del diritto civile*, in *RDComm*, 1967, I, pp. 83 ss.

compatibili con la specificità dell'ordinamento post-costituzionale.

Resta però fuori discussione che la certezza del diritto non è solo un feticcio simbolico a suggello di una visione ormai superata delle dinamiche giuridiche, ma attiene ai fondamenti stessi della convivenza, a tal punto da presentarsi come «un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto e che a togliere di mezzo la certezza non si libera l'umanità da una nociva illusione, ma la si priva letteralmente del sussidio e del rimedio del diritto»¹⁰.

Per converso ridurre l'attività dell'interpretare alla giustizia del caso singolo, oltretutto affidata ad un giudizio equitativo¹¹, non si pone solo in conflitto con l'art. 12 delle pre-leggi¹², ma anche e soprattutto con i principi di eguaglianza e legalità¹³, che hanno la specifica funzione di assicurare l'uniformità nell'applicazione della legge.

Ecco allora che il tema (o come si direbbe oggi la sfida) consiste nel riuscire a coniugare quel tanto di affidabilità dell'ordinamento consegnata all'istituto della

¹⁰ È il pensiero di NORBERTO BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1964, 150 s. Per LUIGI MENGONI (*Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, 11 ss.) l'ordinamento deve assicurare, se non la certezza del diritto, quanto meno «un grado di tollerabile incertezza» (qui 53).

¹¹ È la posizione propria degli ermeneutici ossessionati dal caso concreto; per tutti v.: G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2° ed., Bologna, Il Mulino, 1988.

¹² Nella prospettiva di PAOLO GROSSI (*Il giudice civile. Un interprete?* in *RTDPC*, 2016, p. 1141) aperta al pluralismo delle fonti, «sa di vecchiume – in quanto emblema di una visione autoritaria e riduttiva – il letto costrittivo in cui all'articolo 12 delle ... “preleggi” vuole collocare l'interpretazione/applicazione».

¹³ V.: R. GUASTINI, *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, in *LD*, 2014, p. 233 ss. ed altresì CHIASSONI, *L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del «metodo tradizionale»*, in *DLRI*, 2008, p. 553 ss.

prescrizione, con le complesse intersezioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza ordinaria innescate dalla originaria decisione della Consulta del 1966.

2. L'intreccio delle fonti

Ogni questione giuridica ha un suo *focus*. Per ritrovarne il bandolo è indispensabile una sintetica ricostruzione del quadro al cui interno si inserisce.

Il punto di partenza – ma forse anche di arrivo – della discussione è la storica sentenza 10 giugno 1966, n. 63 della Corte costituzionale, che, come è arcinoto, introdusse il principio della non decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro in costanza di rapporto.

Essa – per quanto qui interessa – ha una duplice valenza ablativa e costruttiva. Da una parte ha annullato una disposizione *implicita* nell'art. 2948, n. 4 (nonché negli artt. 2955, n. 2 e 2956, n. 1) che consentiva il decorso della prescrizione in costanza di rapporto così come dall'altra ne ha introdotto una nuova che sancisce positivamente la regola della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro.

La sentenza è ovviamente relevantissima in relazione ai suoi sviluppi futuri in ragione della *motivazione* posta a base della sua scelta. E questa motivazione si radica sulla circostanza secondo cui al lavoratore si frappongono “ostacoli materiali”, fatti consistere nella sua “situazione psicologica”, che gli impediscono di far valere il diritto al salario per la medesima ragione che può indurlo a rinunciare

a tale diritto. E qui evidentemente rileva il parallelismo che la Corte prefigura con l'art. 2113 cod. civ.

Tale ostacolo viene rinvenuto per l'appunto nel «timore del licenziamento»¹⁴.

Abbiamo così un assetto formale della decisione della Consulta in cui al dispositivo che sposta il termine di decorrenza della prescrizione al momento della cessazione del rapporto di lavoro fa da presupposto ineludibile la condizione di debolezza generata dal timore del recesso datoriale.

È probabilmente vero che ove, secondo i principi, l'interprete avesse dovuto far capo al solo dispositivo della sentenza avrebbe potuto restare impregiudicata la questione se, al suo interno, «il collegamento tra il principio di imprescrittibilità dei diritti e la debolezza contrattuale del lavoratore sia da ricondursi soltanto al timore del licenziamento, e non piuttosto all'asimmetria di potere necessariamente inerente alla subordinazione come vincolo tecnico-funzionale connaturato al rapporto e, indirettamente, allo stato di dipendenza economica o sottoprotezione sociale»¹⁵.

Ed in effetti gli immediati sviluppi della decisione del '66 con la sentenza successiva 29 aprile 1971, n. 86¹⁶

¹⁴ M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, 2018, p. 3 ss. dubita anche che il mero "timore" possa essere alla base della mancata rivendicazione: si tratterebbe di un sentimento soggettivo e mutevole, quasi sempre irrilevante per il diritto. Altri (v. fra i tanti ad es. V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, pp. 545 ss., qui p. 564) sottolineano come il timore non riguardi solo il licenziamento ma molti altri aspetti del rapporto.

¹⁵ Così E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte costituzionale*, in *RIDL*, 2008, I, qui p. 13.

¹⁶ V.la in *GCost.*, 1971, p. 989.

lasciavano aperta la questione, restringendo l'ambito di estensione della decisione del '66 ai soli dipendenti da datori di lavoro privati, per i quali soltanto avrebbe rilevato «quel timore del licenziamento che possa indurre il lavoratore alla rinuncia ai propri diritti», ipotesi questa esclusa rispetto al rapporto di pubblico impiego (così come regolato all'epoca).

Senonché la successiva sentenza n. 174 del 1972¹⁷ chiude il cerchio sul piano sostanziale, aggiorna la precedente ed apre alla valutazione concreta della “resistenza” del rapporto di lavoro rispetto alla vicenda del licenziamento. La Corte qui valorizza proprio e decisamente il “fondamento giuridico” della declaratoria di illegittimità delle disposizioni incriminate e, nel ribadire che esso ha a che fare con il timore del licenziamento, ne esclude la ricorrenza in tutti i casi in cui il rapporto di lavoro risponda ai crismi della stabilità, che dotano il rapporto medesimo di «una particolare forma di resistenza».

Ma non è tutto: la Corte va oltre perché delinea altresì il *profilo specifico* di tale forza di resistenza: è stabile – essa dice – un rapporto per la cui risoluzione il datore è onerato di provare l'esistenza di tassative causali giustificative e che prefigurino, in caso di declaratoria di illegittimità del recesso, gli appositi rimedi giurisdizionali diretti alla ricostituzione del rapporto.

Quest'ultimo passaggio è di particolare interesse. Si parla di ricostituzione *non di un nuovo rapporto, ma proprio di quello illegittimamente risolto*, secondo una tecnica che

¹⁷ V. la in *FI*, 1973, I, c. 22.

appaia l'illegittimità ad una vera e propria nullità di diritto comune¹⁸.

In sostanza con la sentenza del 1972 si completa l'*iter* argomentativo e sostanzialmente creativo della Corte e viene definitivamente introdotta nell'ordinamento una "norma non scritta"¹⁹ che esclude solo i rapporti stabili dal differimento della prescrizione

Sappiamo bene che intorno alla sentenza del '72 si aprì all'epoca una discussione che ha riguardato soprattutto due temi. In primo luogo quello dell'esistenza di un potere della Corte di reinserire nel circuito normativo una disposizione che essa stessa aveva cancellato dall'ordinamento o meglio del potere di «estrarre dalla medesima disposizione una o più nuove norme capaci di modificare, o addirittura cancellare, gli effetti delle proprie anteriori decisioni di accoglimento»²⁰.

In secondo luogo il tema, altamente spinoso, ma cruciale per l'esito complessivo della discussione, dei rapporti intercorrenti fra dispositivo e motivazione: un dispositivo che predicava *tout court* il differimento della decorrenza della prescrizione al momento della cessazione del rapporto ed una motivazione che giustificava tale assunto alla luce della posizione di debolezza innescata dal timore della perdita del posto di lavoro.

I critici della sentenza del '72 e della successiva decisione delle Sezioni Unite del 1976 ponevano in particolare l'accento sull'errore metodologico

¹⁸ V. sul punto se vuoi: O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in LD, 2007, p. 537 ss.

¹⁹ L'espressione è di Edoardo GHERA, *op. cit.*, p. 15.

²⁰ Così ancora E. GHERA, *op. cit.*, p. 17.

dell'operazione consistente nel «modificare e ... ridurre una *regula iuris* introdotta nel nostro sistema ... attraverso il riferimento alla motivazione o meglio alla *ratio* che di quella *regula* ha accompagnato l'introduzione»²¹. E la critica si avvaleva del parallelismo fra decisione della Corte e norma di legge, ambedue interpretabili sì alla luce, nell'un caso, della motivazione e, nell'altro, dei lavori preparatori, ma senza poterne ridurre o rivedere la portata «sulla base dell'affermazione che quelle motivazioni o quella *ratio* hanno perso di *attualità* per effetto di fatti o situazioni sopravvenuti»²².

In questo amplissimo dibattito si è anche levata alta una voce di grande autorevolezza²³ che ha stigmatizzato con parole molto dure la disinvoltura istituzionale manifestata dalla Consulta. Per Luigi Mengoni infatti alla Corte costituzionale «non appartiene il potere di creare nuove norme». La sentenza del '66 – secondo l'illustre autore – ha solo creato una lacuna sul *dies a quo* della prescrizione, ma tale lacuna non potrebbe essere colmata da interventi estemporanei del giudice ordinario, sulla base delle circostanze del caso concreto e «improntate dallo stesso *topos* fondamentale della sentenza n. 63/66».

Sarebbe però ingeneroso col senno di poi passare al vaglio di una critica stringente queste ed altre posizioni che insinuavano più di un dubbio sulla tecnica procedimentale

²¹ A. DI MAJO, *Decadenza, prescrizione e giurisprudenza costituzionale*, in *RGL*, 1976, II, p. 296. Per altri commenti alla sentenza v. infra nota (35).

²² V. ancora A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 297.

²³ Mi riferisco a L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 11 ss., qui p. 54, nota 118.

adottata dalla Corte. E questo perché in primo luogo la Cassazione nella sua composizione più autorevole²⁴ nel 1976 ha fatto propria l'idea secondo cui il discrimine ai fini della decorrenza della prescrizione dovesse passare per il tramite della "stabilità" del rapporto²⁵. E ciò ha fatto stabilendo un'importante regolazione di confini fra sé e la Consulta (o, se si vuole, fra l'ordine giudiziario ordinario ed il giudice delle leggi), dichiarando senza infingimenti che «stante l'indisponibilità e la definitività degli effetti delle sentenze dichiarative di illegittimità legislative (...) la Corte costituzionale non è in grado né di vincolare gli organi giurisdizionali con interpretazioni "autentiche" dei propri anteriori giudizi, né di far rivivere disposizioni delle quali essa, dichiarandole illegittime, ha provocato l'eliminazione dall'ordinamento. Ma la corte può, e chiunque sia chiamato ad applicare la legge deve tenerne conto, precisare il proprio pensiero altre volte espresso o colmare eventuali precedenti omissioni».

In secondo luogo e soprattutto a chiudere il cerchio della *querelle* è finalmente intervenuta la Consulta stessa che, con una serie di decisioni del 1979²⁶, ha escluso recisamente che la discussione potesse nuovamente condurre

²⁴ Il riferimento obbligato è a Cass., Sez. Un., 12 aprile 1976, n. 1268, in *FI*, 1976, I, c. 915.

²⁵ Ricordo ai più giovani lettori che il problema della "stabilità" del rapporto di lavoro era, in passato, anche al centro della questione dell'obbligo di versamento dei contributi per l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria, dal momento che la legge (v. l'art. 40, n. 2 del r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827) esonerava da tale obbligo le aziende private quando ai propri dipendenti fosse «garantita la stabilità d'impiego». Sul tema si era sviluppata una copiosa giurisprudenza che ragionava in parallelo a quella formatasi sulla decorrenza della prescrizione.

²⁶ V. Corte cost., 1° giugno 1979, nn. 40 e 41, in *FI*, 1979, I, c. 1648.

ad una questione di costituzionalità. La giustificazione è semplice ed all'un tempo ingegnosa: se anche si volesse ammettere, pensa e dice la Corte, «che il dispositivo della sentenza 63/1966 debba leggersi avulso dalla motivazione, la norma di diritto, che sorge dal connubio tra le tre disposizioni, dichiarate parzialmente illegittime, e il dispositivo, non può reputarsi di grado superiore alla legislazione, che l'ha seguita, e tale da esimere gli operatori pratici, che a vari livelli sono chiamati ad intenderla e ad applicarla, dal coglierne in tutto o in parte la incompatibilità a stregua dei criteri dettati nell'art. 12 disp. prel. cod. civ.».

In buona sostanza la Corte ci spiega che l'insieme costituito dal dispositivo e dalla motivazione della sentenza del 1966 e dalle norme giudicate costituzionalmente illegittime costituisce una nuova disposizione-fonte normativa affidata al potere interpretativo del giudice ordinario, il quale solo, può coglierne le eventuali incompatibilità rispetto alla “legislazione sopravvenuta”, alla luce del requisito, ritenuto ormai ineludibile, della stabilità del rapporto di lavoro²⁷.

Insomma le sentenze del 1979²⁸ non si sono limitate a riconfermare la precedente giurisprudenza ma hanno anche riconosciuto che la sentenza del '66 ha modificato l'ordinamento «introducendo una norma di diritto equiparata alla legge e, come tale, dotata di efficacia abrogativa delle

²⁷ Secondo M. PERSIANI (*op. cit.*, p. 8) la Corte costituzionale avrebbe introdotto nell'ordinamento un nuovo caso di sospensione della prescrizione integrando quelli previsti dall'art. 2941 cod. civ. e stabilendo una presunzione assoluta che non ammetterebbe prova contraria.

²⁸ E v. anche Corte cost. 10 febbraio 1981, n. 13, in *FI*, 1981, I, c. 609, con oss. di O. MAZZOTTA.

disposizioni codicistiche dichiarate parzialmente illegittime»²⁹.

Le sentenze successive invece non hanno avuto efficacia normativa, ma hanno affidato c.d. diritto vivente giurisprudenziale l'interpretazione del complesso edificio eretto. In pratica la stessa Corte costituzionale ha lasciato al giudice ordinario e segnatamente alla Cassazione il compito di procedere ad interpretare il complesso sistema normativo derivante dalle descritte intersezioni. E ciò perché come abbiamo visto, secondo la Consulta, la fonte *extra ordinem* delle proprie sentenze combinate con il diritto vivente non può avere una forza di resistenza maggiore del diritto sopravvenuto successivamente.

Di qui un punto fermo per la nostra discussione: la norma introdotta dalla sentenza Corte costituzionale nel 1966 è frutto della combinazione fra dispositivo (abrogativo e creativo) e motivazione. Ed è la motivazione, con il suo rinvio al *metus* causato dal licenziamento, che può e deve essere confrontata con la "legislazione sopravvenuta", in punto di stabilità del rapporto.

3. Alla ricerca di un'idea di stabilità

L'esame della articolata fonte atipica appena descritta ci consegna quindi un interrogativo che è, per le ragioni esposte, ineludibile: quale margine residua alla giurisprudenza ordinaria a fronte di un diritto sopravvenuto che modifica l'assetto dell'ordinamento in punto di stabilità

²⁹ Così: E. GHERA, *op. cit.*, p. 19.

del rapporto, secondo una chiave nuova e diversa rispetto a quella cristallizzata nel 1970 con l'art. 18 dello statuto dei lavoratori?

Intanto va esclusa una suggestione che potrebbe derivare dalla sequenza descritta che volesse far leva su una verifica caso per caso del grado di resistenza del singolo rapporto, utilizzando quali parametri, ad es. l'andamento contenzioso dell'impresa o l'esistenza di un codice etico rigoroso. Certo nelle sentenze della Consulta si parla di *metus*, certo si adopera un linguaggio che guarda ad un fatto e che si interroga sulla posizione psicologica del singolo; ma non possiamo ritenere che la relativa valutazione possa ridursi ad una *quaestio facti* demandata allo scrutinio del singolo giudice nella singola controversia.

Torna qui davvero persuasiva la critica di Luigi Mengoni³⁰ che stigmatizzava come “mostruoso” un sistema nel quale la decorrenza della prescrizione possa essere affidata ad una sorta di clausola generale, mutabile e mutevole. Anche a non essere giuspositivisti convinti è difficile negare fondamento a questa opinione. Davvero ricadremmo negli eccessi di un diritto libero di matrice giurisprudenziale, di un diritto basato sull'equità del caso singolo, con buona pace, come abbiamo detto prima, di una valutazione omogenea di casi conformi.

Il che ci consente di escludere che possa trattarsi di una verifica casistica per ripiegare piuttosto sulla ricerca di *un dato ordinamentale*. Il che significa che la norma che risulta dalla descritta combinazione è immodificabile ma

³⁰ V. L. MENGONI, *op. loc. cit.*

interpretabile e si tratta di chiedersi quali margini di interpretazione residuano al giudice ordinario di fronte al tema della stabilità del rapporto di lavoro.

E siamo arrivati al cuore della nostra discussione: la riforma dei licenziamenti del 2012 e, più ancora, quella del 2015 hanno spostato gli equilibri su cui si reggeva la stabilità prefigurata nel 1970?

Non siamo i soli né i primi che si sono posti questo interrogativo; l'interrogativo si è posto subito all'indomani dell'entrata in vigore della riforma Monti (legge n. 92 del 2012) ed ancor di più dopo l'entrata in vigore del contratto a tutele crescenti (d.lgs. n. 23 del 2015) e mi pare che la gran parte dell'opinione si sia orientata a ritenere che il nuovo assetto ordinamentale si allontani molto dall'idea di stabilità sposata dalla Corte di Cassazione nel 1976 e successivamente reiterata nel tempo. E ciò per ambedue le riforme³¹.

³¹ Fra i tanti autori che ritengono che dopo la riforma del 2012 ed ancor più dopo quella del 2015 la prescrizione non possa decorrere in costanza di rapporto v.: A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, p. 61 s.; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 st. lav.*, in M. CINELLI – G. FERRARO – O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, p. 243; S. MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in *GI*, 2013, p. 884 ss. In senso contrario v.: A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 stat. lav.*, in *RIDL*, 2012, I, p. 454; F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la l. n. 92/2012*, in *RIDL*, 2013, I, p. 881 ss.

Per più ampi riferimenti v. comunque: V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, rispettivamente p. 551, nota (12) e 554 nota (18). Anche MAIO è annoverabile fra gli autori che escludono che oggi la prescrizione possa decorrere in costanza di rapporto. Dello stesso A. v. altresì: *Ancora su stabilità e metus dopo le recenti riforme dei licenziamenti ed una prima sentenza*, in *ADL*, 2016, p.560 ss.

È sufficiente enumerare gli argomenti spesi a favore della permanente stabilità dei rapporti cui si applica il nuovo art. 18 dello statuto per coglierne l'intrinseca debolezza.

Secondo una prospettiva molto generale³² le innovazioni legislative del 2012 e del 2015 possono essere accomunate perché «contengono discipline somiglianti perché ispirate alla medesima politica del diritto, onde diversa è soltanto l'intensità con la quale è impoverita la tutela reale e ridotta la tutela risarcitoria». Si tratta di una posizione che cerca di spostare il punto focale della discussione sulla insindacabilità della volontà politica del legislatore diretta a destabilizzare la tradizionale politica protettiva del contraente debole all'interno del rapporto, per transitare verso una dimensione in cui l'attenuazione delle tutele dovrebbe ottenere in contropartita un allargamento della base occupazionale.

Rispetto a tale scelta politica di fondo ai giudici sarebbe precluso ogni intervento, potendosi al massimo sollevare una questione di costituzionalità per così dire difensiva dell'assetto costruito dal più recente legislatore in palese conflitto con le scelte ormai politicamente superate degli anni settanta³³.

Si tratta di una prospettiva il cui limite è però – mi pare – quello di rovesciare i termini del problema. Non sono le nuove scelte di politica del diritto che possono essere

³² Alludo a M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 11.

³³ Così ancora M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 12, che sottolinea come un mero ritorno alla regola sancita nel '66 dalla Corte costituzionale comporterebbe l'attribuzione ai giudici ordinari di un potere creativo, per di più colorato dall'ideologia ed in contrasto con le linee di politica del diritto avallate dal più recente legislatore.

considerate il parametro di una “nuova” stabilità, ma è vero proprio il contrario. E cioè che è il più recente assetto a dover fare necessariamente i conti con la nozione di stabilità consolidata dalla giurisprudenza³⁴. E questa operazione deve essere compiuta analizzando la nuova disciplina in materia di licenziamenti, senza poter allargare lo sguardo alle nuove linee di politica legislativa in materia di lavoro ed occupazione.

È poi davvero curioso che tra i fautori dell’idea secondo cui anche il sistema attuale assicurerebbe la stabilità del rapporto venga valorizzata la critica “da sinistra” all’art. 18 vecchio testo, che riconosceva il carattere illusorio o immaginario della reintegrazione, in ragione della sua sostanziale incoercibilità in quanto obbligazione di fare³⁵.

L’argomento viene utilizzato per sostenere che in fondo una sostanziale monetizzazione del licenziamento illegittimo era enucleabile anche nel vecchio sistema al pari del nuovo³⁶.

³⁴ Secondo V. NUZZO (*La prescrizione dei crediti di lavoro e il timore del licenziamento dopo la legge Fornero*, in *RIDL*, 2016, II, p. 112 ss.), anch’essa favorevole alla tesi della non decorrenza, gioca un ruolo nella instabilità del nuovo assetto non tanto la riduzione dell’area della tutela reale, quanto le incertezze interpretative che accentuerebbero l’“instabilità putativa” del lavoratore.

³⁵ V. fra i tanti: U. ROMAGNOLI, *La stabilità immaginaria del rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1980, p. 387; M. D’ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, p. 1 ss.; ID., *La stabilità del posto di lavoro tra realtà e mito (in margine ad alcune contraddizioni nella giurisprudenza della Cassazione)*, in *RGL*, 1976, II, p. 309; V. ANDRIOLI, «Stabilità» del posto di lavoro e norme sui licenziamenti individuali, *ibid.*, p. 271.

³⁶ Così: F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione etc.*, cit. p. 881 ss. L’A. valorizza inoltre, quali elementi di una nuova concezione della stabilità, sia la previsione di un rito speciale in materia di licenziamento (rito, come è noto, in via di soppressione) nonché il complessivo contesto normativo ben diverso da quello degli anni sessanta.

Mi pare sia superfluo replicare che un conto è la scelta, affidata alla mera volontà del lavoratore, di optare per una monetizzazione della reintegrazione, ben altro conto è costruire un sistema ordinamentale che è giuridicamente fondato sulla prevalenza della monetizzazione della sanzione nei confronti del recesso datoriale.

Si dice poi che le ipotesi più insidiose ed odiose di licenziamento, quelle riconducibili a fattori di discriminazione o ritorsione, sono assistite dalla tutela reale forte sia nell'art. 18 che nella riforma del 2015. Di qui un segnale di attenzione del legislatore verso la posizione di debolezza del lavoratore.

Si tratta di un argomento che prova troppo se è vero, come è vero, che quel tipo di protezione è (era) assicurato anche ai lavoratori cui non è applicabile l'art. 18 (compresi i dirigenti), per i profili di discriminazione e dalla disciplina di diritto comune, quanto al licenziamento ritorsivo. E comunque si tratta di una protezione che preesiste alle riforme del 2012 e 2015.

Senza dire che il ricorso ai rimedi di diritto comune, con tutte le limitazioni probatorie che vi sono connesse (si pensi all'onere della prova circa l'*esclusività* del motivo illecito al fine di dimostrare la ritorsività del recesso) non appare limpidamente tranquillizzante e tale da rimuovere il *metus* che ancora costituisce il fulcro del ragionamento delle alte Corti³⁷.

D'altra parte che l'archetipo della nostra discussione – la sentenza della Consulta del 1966 – intendesse alludere,

³⁷ In questo senso cfr. anche: V. MAIO, *Stabilità e prescrizione etc.*, cit., p. 554

riferendosi al *metus* del lavoratore, al licenziamento ritorsivo è solo un'opinione³⁸ e per di più infondata. Basti considerare in primo luogo che la ritorsività del licenziamento non compare in alcuna parte del ragionamento della sentenza del 1966, ragionamento tutto calibrato sul principio di libera recedibilità, cardine del sistema codicistico.

A ciò si aggiunga che il licenziamento intimato al solo scopo di reagire ad un'azione in giudizio era già perseguibile, al momento in cui la Consulta scrive, per il tramite dell'art. 1345 cod. civ., disposizione cui del resto si fa riferimento ancora oggi.

Anche l'argomento dedotto dalla residua, formale permanenza del diritto alla reintegrazione (“attenuata”) in alternativa alla tutela economica sia nel licenziamento intimato per ragioni soggettive che in quello intimato per ragioni oggettive non è particolarmente irresistibile.

Intanto occorre considerare che per i licenziamenti economici la reintegrazione è limitata oggi necessariamente (a seguito dell'intervento della Corte costituzionale) alle sole ipotesi di manifesta insussistenza della giustificazione, cioè ai licenziamenti palesemente ed anzi smaccatamente illegittimi, al limite della frode. Quanto poi alle ragioni soggettive è ben noto che la mancanza di proporzionalità, ed anche di immediatezza, alla stregua dell'interpretazione corrente, danno luogo solo alla tutela indennitaria e che la reintegrazione attenuata è prevista, oltre all'ipotesi di insussistenza del fatto, solo nel caso in cui alla mancanza del

³⁸ V. G. PACCHIANA PARRAVICINI, *La decorrenza della prescrizione e le tutele da licenziamento illegittimo: finché riforma non ci separi?* in *RIDL*, 2020, I, p. 272.

lavoratore il contratto collettivo colleghi una sanzione conservativa.

Ma anche rispetto a quest'ultima previsione una parte della giurisprudenza di legittimità è orientata a dare una lettura restrittiva del concetto di “condotte punibili con sanzioni conservative”, rinvenendolo solo e soltanto nel caso in cui i contraenti collettivi abbiano individuato la fattispecie concreta cui collegare una specifica sanzione conservativa ed applicando solo in tali situazioni la tutela reintegratoria attenuata. In tutti gli altri casi si applicherebbe solo la tutela indennitaria³⁹.

Si tratta di una conclusione che restringe di molto l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria, se si considera che gran parte dei contratti collettivi omette di tipizzare specificamente i comportamenti passibili di sanzione conservativa.

Tutti gli argomenti appena ricordati vanno poi ovviamente estesi, con maggiore convinzione, al contratto a tutele crescenti la cui chiave di lettura in termini di politica del diritto è esplicitamente diretta a collegare al recesso ingiustificato solo una tutela economica, per le mille ragioni che conosciamo.

Insomma mi pare di non esprimere una critica aprioristicamente faziosa se ritengo che siamo ben lontani dalla nozione di stabilità così come elaborata e fissata dalle alte Corti negli anni settanta.

Acquisito quanto sopra ci si può ulteriormente porre, per completezza o per puro amore di ipotesi, un ultimo

³⁹ V. fra le altre: Cass., 31839/2019. Il tema è comunque all'esame delle Sezioni Unite della Corte a seguito dell'ordinanza 27 maggio 2021, n. 14777.

quesito. Una volta preso atto che il presupposto del differimento della decorrenza della prescrizione giace nella condizione di timore per un illegittimo licenziamento e che tale timore deve escludersi se l'ordinamento assicura la stabilità, alla giurisprudenza a noi contemporanea sarebbe preclusa la possibilità di modificare in senso evolutivo il concetto di stabilità? In sostanza l'idea di "stabilità" può essere enucleata oltre che dalla disciplina dei licenziamenti anche dalla complessiva temperie al cui interno tale disciplina si inserisce?

Nell'esaminare criticamente la prospettiva qui avversata abbiamo ricordato che, secondo qualcuno⁴⁰, occorrerebbe, da una parte, prendere atto della nuova volontà legislativa maturata nell'ultimo ventennio che ha modificato lo sguardo ed il punto di vista del diritto del lavoro, transitato dall'attenzione verso la posizione del contraente debole alla valorizzazione dell'impresa come fonte di ricchezza ed occupazione. Così come occorrerebbe dall'altra valorizzare il complesso sistema socio-economico al cui interno si inserisce oggi il rapporto di lavoro, radicalmente mutato rispetto alla temperie degli anni sessanta e settanta del secolo scorso.

In questa luce potrebbe essere considerato stabile un rapporto perché, ad es., vi è un efficiente sistema di ammortizzatori sociali oppure perché in caso di perdita del posto di lavoro è funzionante e ben oliato il sistema di collocamento o ricollocamento, etc.

⁴⁰ Per tale posizione v. in particolare gli scritti di M. PERSIANI e F. SANTONI, menzionati *retro*.

Ora, a parte la considerazione che un allargamento della prospettiva fino a ricomprendere non solo la disciplina del licenziamento, ma addirittura l'intero sistema del diritto del lavoro può prestarsi a discussioni molto colorate dall'ideologia, resta, a mio avviso, fermo che, anche allargando la prospettiva ricognitiva, la conclusione non può che condurre ad escludere un'attenuazione del *metus*, venendo in evidenza semmai un'evidente accentuazione.

Non credo sia necessario ricordare la evidente precarizzazione dell'occupazione, con il ricorso a forme sempre più flessibili e meno stabili di attività lavorative. Così come è altrettanto evidente l'ulteriore accentuazione dello squilibrio di potere all'interno del rapporto, con la nuova e meno garantista disciplina della modifica delle mansioni e – perché no? – anche l'evidente arretramento della rappresentanza sindacale.