



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale

Tesi di Laurea

Prescrizione e Decadenza nel Diritto del Lavoro

Relatore:

Prof. Edoardo Ghera

Correlatore:

Prof. Giuseppe Santoro Passarelli

Laureanda:

Milena Talarico

Matr. 494601

Anno Accademico 2008-2009

Indice

Introduzione.....	p. 1
-------------------	------

Capitolo I

La prescrizione: disciplina codicistica

1. La prescrizione estintiva nel C.C. del 1942: oggetto dell'istituto.....	p. 6
1.1 Efficacia estintiva della prescrizione.....	p. 7
1.2 Il fondamento della prescrizione.....	p. 8
2. Portata applicativa della prescrizione: categorie di diritti imprescrittibili.....	p. 10
2.1 Gli <i>iura status</i>	p. 11
2.2 Il diritto di proprietà.....	p. 12
2.3 La petizione di eredità.....	p. 13
2.4 Ulteriori ipotesi di imprescrittibilità.....	p. 13
3. Decorrenza della prescrizione.....	p. 14
3.1 Decorrenza e <i>iura in re aliena</i>	p. 15
3.2. Diritti di credito.....	p. 16
3.3 Decorrenza del termine nell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale.....	p. 16
4. Inderogabilità della disciplina codicistica.....	p. 17
5. Rinuncia alla prescrizione.....	p. 19
6. Operatività della prescrizione.....	p. 20
7. Opponibilità della prescrizione da parte dei terzi.....	p. 23
8. Pagamento del debito prescritto.....	p. 24
9. La sospensione della prescrizione.....	p. 25
9.1 Rapporto con l'interruzione e tassatività.....	p. 26
9.2 Le ipotesi di sospensione.....	p. 27
10. L'interruzione della prescrizione.....	p. 28
10.1 Interruzione giudiziale e stragiudiziale.....	p. 30

11. Prescrizione ordinaria e prescrizioni brevi.....	p. 31
12. Le prescrizioni presuntive: caratteristiche generali.....	p. 33
12.1 Regime giuridico delle prescrizioni presuntive.....	p. 35
13. La decadenza: nozione e fondamento. Il rapporto con la prescrizione..	p. 38
13.1 La disciplina della decadenza.....	p. 40
13.2 Decadenza ed autonomia privata.....	p. 41

Capitolo II

La prescrizione dei diritti dei lavoratori: i crediti retributivi e la questione della decorrenza.

1. La prescrittibilità dei diritti dei lavoratori.....	p. 43
2. Decorrenza della prescrizione: la sentenza della Corte Costituzionale 10 giugno 1966, n.63.....	p. 45
2.1 Segue. La <i>ratio</i> della sentenza.....	p. 47
2.2 Segue. Le reazioni critiche della dottrina.....	p. 49
2.3 Il problema della classificazione.....	p. 52
3. Le pronunce della Corte Costituzionale successive al 1966: “l’attività di erosione”.....	p. 54
3.1 Decorrenza della prescrizione e stabilità del rapporto: il secondo profilo della “erosione”.....	p. 55
3.2 La sentenza della Corte Costituzionale 21 dicembre 1972, n.174.....	p. 57
3.3 Segue. Le reazioni critiche della dottrina.....	p. 58
3.4 Segue. La Corte di Cassazione e la giurisprudenza di merito....	p. 60
4. Decorrenza della prescrizione e parasubordinazione.....	p. 62
5. L’onere della prova della stabilità del rapporto di lavoro.....	p. 65
6. Prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti di fatto: accertamento della stabilità.....	p. 66
7. L’ipotesi dei rapporti di lavoro a termine: gli altalenanti indirizzi della Corte di Cassazione.....	p. 68

7.1 Segue. Le posizioni della dottrina.....	p. 70
7.2 Segue. L'intervento delle Sezioni Unite: la sentenza 16 gennaio 2003, n.575.....	p. 71
7.3 La decorrenza della prescrizione nell'ipotesi di successione di contratti a termine illegittimi.....	p. 73
8 . La prescrizione del t.f.r. nel caso di fallimento del datore: l'operatività del Fondo di garanzia.....	p. 75
9. Prescrizioni presuntive e crediti retributivi.....	p. 76

Capitolo III

Rassegna sulla prescrizione dei diversi crediti di lavoro

1. La prescrizione decennale nel rapporto di lavoro: decorrenza e fattispecie controverse.....	p. 80
1.2 L'ambito di applicazione: il diritto all'equo premio.....	p. 83
1.2.1 Diritto al risarcimento del danno da inadempienza contrattuale del datore: il mancato godimento del riposo settimanale.....	p. 86
1.2.2. Segue. Diritto al risarcimento dei danni da omissione contributiva.....	p. 87
1.2.3. Segue. Diritto al risarcimento del danno da violazione dell'obbligo di sicurezza.....	p. 90
1.2.4 Segue. L'ipotesi della prescrizione decennale dei diritti dei datori di lavoro.....	p. 92
1.2.5 La prescrizione del diritto alla qualifica	p. 93
2. La prescrizione dei contributi previdenziali: la l.8 agosto 1995, n.335; le pronunce della Corte di Cassazione e i problemi di diritto transitorio.....	p. 96
2.1 Gli interventi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia di prescrizione contributiva.....	p. 98
2.2 La prescrizione dei contributi previdenziali dei liberi professionisti.....	p. 101

2.3 L'eccezione di prescrizione dei crediti contributivi.....	p 103
2.4 La denuncia del lavoratore nella disciplina sulla prescrizione dei contributi: funzione e natura.....	p. 104
2.5 La denuncia del lavoratore: il silenzio del legislatore e i profili di incostituzionalità.....	p. 106
2.6 Pagamento all'ente apparente e riflessi sulla prescrizione.....	p. 107
3. Diritto alle prestazioni previdenziali: infortunio e malattia professionale.....	p.108
3.1 Il <i>dies a quo</i> della prescrizione dell'indennità da infortunio e malattia professionale.....	p. 110
4. L'indennità di malattia e di maternità.....	p. 113
5. L'ipotesi del lavoro nautico.....	p. 116
5.1 Ancora sul personale di volo: la sentenza della Corte Costituzionale 7 novembre 2006, n.354.....	p. 118
5.2 Le critiche alla sentenza della Corte Costituzionale 7 novembre 2006, n.354.....	p. 120
5.3 La prescrizione presuntiva nel diritto della navigazione.....	p. 121
6. La prescrizione nel rapporto di pubblico impiego.....	p. 123

Capitolo IV

Decadenza legale e convenzionale nel diritto del lavoro

1. Aspetti generali.....	p. 126
2. L'opzione per la prosecuzione del servizio.....	p. 126
3. L'impugnazione di rinunce e transazioni.....	p. 129
3.1 Ancora sulla decadenza ex art.2113c.c.: aspetti processualistici ed effetti dell'avvenuta impugnazione.....	p. 130
4. Ancora sulla decadenza legale: le controversie in materia di prestazioni pensionistiche.....	p. 132
5. L'impugnazione del licenziamento.....	p. 133

5.1 L'impugnazione stragiudiziale e l'ipotesi del telegramma per dettatura telefonica.....	p. 135
5.2 L'impugnazione giudiziale.....	p. 136
5.3 La decadenza dall'impugnazione del licenziamento: effetti sulle azioni risarcitorie.....	p. 137
5.4 Proposte di riforma della disciplina sull'impugnazione del licenziamento.....	p. 139
6. La decadenza convenzionale.....	p. 141
Bibliografia.....	p. 142

Introduzione

La variabile temporale assume importanza fondamentale in ogni tipo di rapporto e soprattutto nell'ambito di quelli di lavoro (principalmente di natura subordinata) dove il decorso del tempo, in connessione all'inerzia o alla necessità di compimento di un atto entro un preciso limite temporale, determina per i lavoratori la perdita (od il mancato acquisto secondo alcuni¹, nel caso della decadenza) di tutta una serie di diritti, retributivi e non, ad essi attribuiti per previsione di legge o di accordi collettivi: è questa la problematica dei fenomeni estintivi legati all'operatività della prescrizione e della decadenza nel diritto del lavoro.

Prima però di procedere ad illustrare brevemente la portata dei summenzionati istituti in ambito lavoristico, non si può prescindere dal ricordare che la disciplina in base alla quale essi operano trova il suo fondamento in quella prevista in ambito civilistico per effetto delle statuizioni di cui agli artt. 2934 -2963 c.c. (in materia di prescrizione estintiva e presuntiva) e dagli artt. 2964-2969 c.c.(in materia di decadenza).

Ed è proprio dalla sollevata questione di legittimità costituzionale degli artt.2948 , n.4 e 5 e degli art.2955 e 2956 c.c., rispetto agli artt.2, 3, e 36 della Cost. che è sorta una delle questioni più dibattute ed interessanti, legate all'applicabilità della prescrizione estintiva e presuntiva nel sistema dei rapporti di lavoro subordinato.

La Corte Costituzionale è intervenuta in proposito, con l'ormai storica sentenza n.63 del 1966, con la quale non solo ha fugato ogni precedente dubbio dottrinario² relativo alla prescrittibilità dei diritti dei lavoratori che siano costituzionalmente garantiti, ma ha altresì sancito, dichiarando la parziale illegittimità degli articoli sottoposti al suo vaglio, il principio del differimento del decorso del computo del termine prescrizioneale quinquennale (nonché del termine di prescrizione presuntiva annuale e triennale) dei crediti retributivi a partire dalla cessazione del rapporto di lavoro.

A detta della Corte, ciò si è reso necessario per evitare il prodursi, nel corso del rapporto, di effetti del tutto simili a quelli delle rinunce, espressamente vietate dalla legge, in considerazione della sussistenza del vero e proprio timore di incorrere nel licenziamento che avrebbe potuto indurre i lavoratori subordinati a non esercitare i propri diritti in

1 A.Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p.244.

2 A.Di Majo, *Decadenza, prescrizione e giurisprudenza costituzionale* , in *Riv. giur.lav.*, 1976, II p.290.

costanza di rapporto.

Si è trattata di una pronuncia, qualificata come creativa³ (del tipo lessicalmente additivo volto a creare una riduzione normativa), che ha suscitato parecchie reazioni critiche in ambito dottrinario: c'è chi⁴ l'ha considerata *inutiliter data*, a causa del mancato rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; chi⁵ ha ritenuto che la pronuncia avrebbe in realtà quale oggetto non le disposizioni previste nell'ordinanza di rinvio, bensì la previsione di cui all'art.2935 c.c. in tema di decorrenza della prescrizione, e chi⁶ poi non ha comunque mancato di evidenziare anche gli aspetti positivi della pronuncia quale strumento garantistico in favore dei lavoratori subordinati nei confronti della minaccia di licenziamento, nonché degli altri provvedimenti vessatori e ritorsivi nei quali si può estrinsecare la supremazia datoriale.

Ma ciò che è ancora più importante rilevare è la successiva attività di “erosione” che la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha posto in essere con riferimento al principio di differimento del decorso prescrizione affermato nella pronuncia n.63 del 1966, erosione passata attraverso l'esclusione dal campo di applicazione del suddetto principio dei rapporti di pubblico impiego e culminata nella sentenza n.174 del 1972, per mezzo della quale si è affermata la bipartizione nel regime della prescrizione breve, nonché della prescrizione presuntiva dei diritti dei lavoratori, derivandone che il decorso della prescrizione opera alla cessazione del rapporto di lavoro solamente per i lavoratori esclusi dall'ambito della tutela reale contro il licenziamento illegittimo ex art.18 St.lav.

A partire dalla sentenza n.174 del 1972, la nozione di stabilità del rapporto, quale condizione per la determinazione del decorso prescrizione quinquennale in costanza di rapporto, ha assunto rilevanza primaria tanto da rendere necessario l'intervento della Corte di Cassazione per l'individuazione del soggetto del rapporto gravato dall'onere provare la stabilità in sede processuale nel caso di sollevata eccezione di prescrizione.

In proposito le pronunce giurisprudenziali si sono susseguite copiose e con andamento altalenante quanto alla possibilità di addossare l'onere della prova di stabilità rispettivamente al datore di lavoro o al lavoratore, ma sembrano ormai essersi assestate, dopo la lunga querelle, nel riferire il suddetto onere integralmente al datore di lavoro, chiamato dunque a dimostrare le dimensioni occupazionali dell'unità produttiva.

3 E.Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv.giur.lav.*, 2008, I, p.7

4 L.Spagnuolo Vigorita, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano,1976, p.17 e ss.

5 A.Sermonti, *Alla ricerca di un precetto costituzionale e di una disposizione che lo violi(sulla decorrenza di prescrizioni di crediti di lavoro)*, in *Mass.Giur.lav.*, 1966, p.137 .

6 S.Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Perugia, 1987, p.68.

Altrettanto importanti, quanto alla definizione dell'ambito di applicazione del principio di differimento del decorso prescrizione individuato dalla sentenza n.63 del 1966, sono poi le pronunce della Corte di Cassazione relative ai rapporti di lavoro a termine, tra tutte la pronuncia delle SS.UU. della Cassazione n.575 del 16 gennaio 2003 nella quale si è affermato che: riguardo all'ipotesi di successione di contratti legittimi tra le medesime parti, la prescrizione iniziata a decorrere alla cessazione di un singolo rapporto prosegue regolarmente anche nel corso del successivo rapporto, ritenendosi che all'intrinseca precarietà propria dei rapporti a termine, non si riconnette alcuno stato di *metus* tale da giustificare il differimento del decorso prescrizione; quanto all'ipotesi invece di successione di contratti illegittimi opera una conversione dei diversi contratti in un unico rapporto a tempo indeterminato e dunque, sebbene per effetto di una *fictio iuris*, si delineano i presupposti (*metus* ed esistenza di un unico rapporto a tempo indeterminato), che portano ad escludere la decorrenza della prescrizione fino alla cessazione del rapporto lavorativo.

Se dunque per i crediti retributivi, dovendosi tra questi ricomprendere anche quelli da lavoro straordinario, per festività non domenicali, nonché le indennità di fine rapporto, opera la prescrizione breve quinquennale, con le conseguenti implicazioni in tema di decorrenza dei termini in costanza o meno di rapporto, per i diritti dei lavoratori che invece esulano dalla garanzia costituzionale di cui all'art.36, opera la prescrizione decennale, con decorrenza dal momento in cui il diritto può esser fatto valere, nel rispetto della regola generale di cui all'art.2935 c.c.

Tra le ipotesi di diritti dei prestatori di lavoro soggetti alla prescrizione decennale possiamo annoverare: il diritto all'equo premio, quale prestazione straordinaria di carattere indennitario corrisposta in riferimento al conseguimento di risultato inventivo altrettanto straordinario non rientrante nell'attività dovuta dal prestatore; il diritto al risarcimento dei danni derivanti da responsabilità contrattuale del datore, in quanto frutto della violazione di una specifica ed indisponibile obbligazione imposta dalla legge, quali ad esempio il diritto al risarcimento per mancato godimento del riposo settimanale quale violazione degli artt.36 Cost. e 2109 c.c., nonché il diritto al risarcimento da omissione contributiva per violazione degli artt. 1 e 3 del R.D.L. n.636/1939 e l'art.2115 c.c., ed infine l'ipotesi di risarcimento dei danni da violazione dell'obbligo di sicurezza ex art.2087 c.c.

È altresì soggetto al termine decennale il diritto alla qualifica superiore, di cui dopo i lunghi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali viene ormai riconosciuta l'autonoma rilevanza quale diritto a sé stante.

Per effetto invece della c.d. riforma Dini (l. n. 335 del 1995) è stato ridotto a cinque anni, a decorrere dal 1 gennaio 1996, il termine precedentemente decennale di prescrizione dei contributi del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e delle altre gestioni pensionistiche obbligatorie, accomunandolo così a quello già quinquennale di tutte le altre contribuzioni di previdenza ed assistenza obbligatoria, facendo salvi ad ogni modo i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti.

Si tratta di una previsione legislativa alquanto oscura ed infelice⁷ che ha destato non pochi problemi interpretativi soprattutto quanto alla individuazione della possibile portata retroattiva della nuova disciplina.

A tal proposito le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute, a distanza di ben tredici anni dall'approvazione della suddetta legge, con la sentenza n. 6173 del 2008, riconoscendo la portata retroattiva dei più brevi termini di prescrizione previsti dal legislatore e giustificando tale retroattività alla luce dell'applicabilità del disposto di cui all'art.252 disp.att. Cod.Civ.,ciò non senza rilievi critici da parte della dottrina.

Termini prescrizionali diversi sia da quelli decennali ex art.2946 che da quelli quinquennali si hanno poi: nelle ipotesi del diritto alla corresponsione dell'indennità di malattia a carico dell'Ente previdenziale cioè per i trattamenti non privatistici, assoggettato infatti, a norma dell'ultimo comma dell'art.6, L.11 gennaio 1943, n.138, al più breve termine di prescrizione annuale, nonché nell'ipotesi del diritto al conseguimento delle prestazioni previdenziali temporanee o permanenti a carico dell'Inail, per il caso in cui il lavoratore subisca un infortunio nello svolgimento dell'attività di lavoro o contragga una malattia professionale. Tale diritto, secondo la formulazione dell'art.112 del d.P.R., 30 giugno 1965, n.1124, si prescrive nel termine di tre anni dal giorno dell'infortunio o da quello di manifestazione della malattia.

Particolare è poi l'ipotesi del lavoro nautico (di mare e di aria) per il quale gli articoli 373 e 937 del codice della navigazione si configurano come autonomo microcosmo nel disciplinare compiutamente l'istituto della prescrizione in riferimento a tale particolare categoria di lavoratori, prevedendo l'operatività di un termine biennale, con decorrenza dal giorno dello sbarco nel luogo di arruolamento o nel luogo di assunzione.

Si tratta di un termine da riferirsi a tutti i crediti e le indennità derivanti dal contratto⁸,

7 In tal senso L.Montuschi, *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali (un profilo singolare della riforma pensionistica)*, in *Arg.dir.lav.*, 1996, p.35 ss; P.Boer, *Ridotti a cinque anni i termini di prescrizione dei contributi alle gestioni pensionistiche*, in *Tut.lav.*, 1995, p.357 ss.

8 Cfr. A.Vallebona, *La prescrizione dei crediti dei naviganti: la questione non è chiusa*, in *Giur.Cost.*, 2006, p.3742 ss

nonché ai diritti di risarcimento per i danni derivanti dalla violazione, da parte del datore, dell'art. 2087 c.c.

Infine non possiamo non evidenziare anche la rilevanza delle ipotesi decadenziali nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato; l'istituto della decadenza opera per la verità nel diritto del lavoro in maniera più rigorosa rispetto alla prescrizione, sia quanto a numero ridotto di diritti che va a coinvolgere, sia quanto a brevità dei termini previsti.

In particolare tra le ipotesi di decorrenza legale di maggior rilievo possiamo ricordare il termine semestrale per l'impugnazione delle rinunce e transazioni ex art.2113 c.c., operante a decorrere dalla cessazione del rapporto di lavoro o dalla data di stipulazione della rinuncia (o transazione) se successiva alla medesima cessazione, nonché il termine di sessanta giorni di cui all'art.6 della l. n.604/1966, fissato ai fini dell'impugnazione del licenziamento illegittimo.

Impugnazione che deve necessariamente risultare da atto scritto e che può configurarsi sia come giudiziale, attraverso il ricorso introduttivo del giudizio, che in via stragiudiziale, riconoscendosi in proposito, attraverso recenti interventi della Corte di Cassazione, la possibilità di ricorrere anche ad un telegramma per dettatura telefonica ai fini dell'esternazione della volontà di impugnazione da parte del prestatore.

Per un'analisi più approfondita delle tematiche brevemente indicate rimandiamo al contenuto dei capitoli di questo elaborato.

Capitolo I

La prescrizione: disciplina civilistica

1. La prescrizione estintiva nel C.C. del 1942: oggetto dell'istituto

“Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge”, così recita, icasticamente, il primo comma dell'art.2934 in apertura del capo I, titolo V del Libro VI del Codice Civile, dedicato alla disciplina dell'istituto della prescrizione.

Dal tenore letterale di tale disposizione sembra dunque potersi individuare quale oggetto della prescrizione estintiva il “diritto” in sé; il legislatore ha tentato di porre fine ad una annosa disputa che vedeva contrapposti due orientamenti differenti a sostegno, l'uno, della ravvisabilità dell'oggetto della prescrizione nel “diritto”, l'altro nella “azione”⁹ concessa dall'ordinamento a sua tutela.

Quest'ultima tesi, sostenuta nello stesso codice del 1865 attraverso la formulazione di cui all'art 2135 c.c., era essenzialmente frutto di un retaggio romanistico; nel diritto romano, infatti, con la *longi temporis praescriptio*, il convenuto lungi dal far valere una propria situazione giuridica sostanziale, mirava semplicemente ad ottenere il rigetto della domanda dell'attore attraverso lo strumento processuale della *exceptio* che ne paralizzava l'iniziativa processuale. L'*exceptio* annullava gli effetti dell'*actio* e tutto restava nell'ambito del processo¹⁰.

Sebbene sembri ormai potersi riconoscere, con buona pace della dottrina, che oggetto della prescrizione siano i diritti (da intendersi in senso ampio, come generalità di situazioni giuridiche attive), non altrettanto pacifico è il significato da doversi attribuire all'efficacia estintiva della prescrizione, come indicata nell'art 2934 C.C. .

9 In tal senso si sono successivamente espressi: D.Barbero, *Sistema del diritto privato*, a cura di A.Liserre e G.Floridia, Torino, 1988, vol I, pag 264 ss.. Per l'Autore infatti la incoercibilità del diritto successivamente alla prescrizione dell'azione , dunque la sopravvivenza di un'obbligazione naturale; G.Panza, *Contributo allo studio della prescrizione* , Napoli, 1984.

10 Cfr.G.Panza, cit., p.232.

1.1 Efficacia estintiva della prescrizione

La perentoria affermazione della norma contenuta nell'art.2934 c.c. indurrebbe a pensare che l'efficacia estintiva della prescrizione sia eguale a quella dell'adempimento e delle altre cause di estinzione previste dalla legge e che determinano l'irrevocabile annientamento delle situazioni giuridiche che ad esse risultano sottoposte.

A ben vedere però, l'efficacia della prescrizione presenta alcune peculiarità che impediscono la sua riconducibilità allo schema estintivo dell'obbligazione: prendendo in considerazione infatti l'ipotesi di mancato adempimento della prescrizione con successivo pagamento da parte del debitore, si noterà che la disciplina codicistica prevede, attraverso la norma di cui all'art 2940, la regolarità nonché irripetibilità (si parla dunque di obbligazione naturale) del pagamento effettuato; contrariamente, nella disciplina prevista per l'estinzione da adempimento si avrebbe, nel caso di specie, cioè di pagamento successivo all'estinzione, un'ipotesi di indebito e il *solvens* potrebbe rivalersi mediante la *condictio indebiti*.

Se poi si passa a considerare i diritti reali prescritti, si noterà come questi non essendo suscettibili di pagamento non sono sottoposti alla previsione di cui all'art 2940; tuttavia operando il disposto dell'art 2938 c.c., continuano a manifestare il loro valore giuridico fintanto che il convenuto non abbia adempito la prescrizione, più esplicitamente, i titolari di diritti reali di godimento prescritti potranno continuare ad esercitare le facoltà loro spettanti e si tratterà di un esercizio pienamente legittimo se il controinteressato non si oppone.

Il compimento della prescrizione lascia sopravvivere nel diritto colpito, un'apprezzabile entità giuridica assoggettata alla condizione sospensiva rappresentata dall'atto con cui l'interessato adempisce la prescrizione.

Il diritto prescritto si configura dunque come un'entità dogmaticamente anomala poiché assoggettata alla volontà del controinteressato, cosa che non avrebbe assolutamente ragione d'essere se la prescrizione realizzasse effettivamente l'effetto estintivo proclamato¹¹.

Il diritto prescritto non si estingue ma perde la sua forza, nel senso che, qualora si agisse in giudizio e il convenuto adempisse l'intervenuta prescrizione verrebbe bloccata l'iniziativa giurisdizionale, diversamente in caso di mancata opposizione, il diritto potrà esser fatto valere ad ogni effetto.

La prescrizione opera dunque quale mezzo di tutela per il convenuto, pur non rientrando

11 Cfr. R.Ferrucci, voce *Prescrizione estintiva (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1966, p.646.

nella generica sua difesa perché la prescrizione prescinde dal giudizio intorno al diritto ed anzi tende proprio ad escludere questo giudizio; non opera cioè sul merito della pretesa esercitata e determina pertanto solo un effetto preclusivo e non estintivo.¹²

1.2 Il fondamento della prescrizione

Passando ad esaminare il fondamento della prescrizione gli orientamenti dottrinari in proposito risultano molteplici.

Secondo alcuni¹³ la prescrizione nasce in risposta all'esigenza di adeguamento alla situazione di fatto della situazione di diritto che risulta compromessa dall'inerzia del titolare e ciò giustificerebbe il perché il diritto di proprietà non si prescrive.

Se infatti la proprietà si prescrivesse nessun soggetto passivo risulterebbe liberato e si verrebbe a creare una situazione molto particolare perché il bene si configurerebbe come *res nullius*.

Altri invece¹⁴ sostengono che il fondamento della prescrizione sia da rinvenire nella necessità di assicurare un uso produttivo delle risorse.

Un diritto che non venga utilizzato costituisce, dal lato del titolare dello stesso, una risorsa economica non valorizzata ma allo stesso tempo, proprio la perdurante sussistenza formale di tale diritto implica per la controparte l'impossibilità di utilizzo delle proprie risorse. Esempificando si può notare come, il soggetto creditore di una somma (poniamo, 1000 euro) che non agisca per ottenerla, trascurando di acquisire ed utilizzare un valore economico, allo stesso tempo impedisca al debitore di utilizzare liberamente quella stessa somma visto che il creditore potrebbe richiederla in un qualunque momento in virtù della formale titolarità del diritto.

L'unica soluzione è dunque fissare un punto, attraverso la prescrizione, a partire dal quale il creditore non può più pretendere i suoi 1000 euro.

Un diverso orientamento riconosce invece l'essenza della prescrizione più che nell'efficacia estintiva del diritto, nella liberazione del soggetto passivo, configurandola

12 F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2007, p.110; G.Panza, voce *Prescrizione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1996, p.229.

13 In tal senso si è espresso F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, pag 113 ss.

14 V. Roppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 2008, pag. 104.

come *species acquirendi*¹⁵.

Secondo tale prospettiva occorre pertanto allontanarsi dall'angolo visuale dell'art 2934 c.c., incentrato sulla perdita del diritto, per concentrarsi sulla posizione di chi si avvantaggia della prescrizione stessa.

È al convenuto che si chiede di eccepire la prescrizione ed è a lui che, previo apprezzamento delle conseguenze che ne deriverebbero, si riconosce dunque la disponibilità dell'effetto della prescrizione.

Effetto consistente essenzialmente nel fenomeno della liberazione, che viene a manifestarsi in forme diverse a seconda delle situazioni giuridiche prescrittesi: trattandosi della prescrizione di un diritto reale limitato (*ius in re aliena*, come ad esempio una servitù prediale), consisterà nella liberazione del fondo dal diritto reale limitato, con tanto di riespansione delle facoltà del *dominus*; diversamente, si manifesterà nelle forme dell'esenzione dalla pretesa esercitata, nel caso in cui invece a prescriversi sia un diritto di credito.

Dunque nel momento in cui una situazione giuridica attiva viene persa dal titolare, vi è una controparte che contemporaneamente ne trae un beneficio, riacquistando una precedente condizione di libertà.¹⁶

Perché ciò possa realizzarsi e la prescrizione operare in senso acquisitivo, l'esistenza di un rapporto giuridico nel quale si realizzi la liberazione costituisce condizione necessaria e sufficiente.

Ecco perché l'imprescrittibilità della proprietà, contrapposta alla prescrittibilità dei diritti di credito e reali su cosa altrui, comportando questi una liberazione, rispettivamente del debitore e del titolare del bene gravato.

Tuttavia tale sfaccettatura della prescrizione legata all'aspetto acquisitivo, nell'impianto codicistico attuale risulta ormai eclissata, diversamente da quanto avveniva nel codice civile del 1865 in cui la formulazione di cui all'art 2105 disciplinava congiuntamente sia la prescrizione estintiva che acquisitiva (l'usucapione), presentandola quale “mezzo con cui, col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto od è liberato da un'obbligazione”, offrendo un'immagine dell'istituto da cui era possibile ricavare l'interesse a vantaggio del quale era disposta la perdita della situazione giuridica di

15 A. Auricchio, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, pag. 33 e ss.; P. Vitucci, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), vol XX, Torino, 1998, pag 468 e ss.

16 P. Vitucci, *La prescrizione e la decadenza*, in “*Trattato di diritto privato*” diretto da P. Rescigno, Torino, 1998, p.471. Conformemente alla tesi sostenuta da: A. Auricchio, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p.57.

vantaggio, evidenziando dunque contemporaneamente i due volti della prescrizione.

2. Portata applicativa della prescrizione: categorie di diritti imprescrittibili

Per poter definire l'ambito di applicazione della prescrizione estintiva occorre analizzare l'eccezione introdotta al secondo comma dell'art 2934: “ Non sono soggetti a prescrizione i diritti indisponibili e quelli previsti dalla legge”.

Si profila così una duplice categoria di diritti imprescrittibili: accanto a quelli sottratti per loro natura alla disponibilità delle parti, si aggiungono quelli che sono imprescrittibili per espressa disposizione di legge.

Non vi è nel codice alcuna elencazione dei diritti appartenenti alla prima categoria, né il legislatore si è preoccupato di indicare le ragioni, i limiti o i caratteri dell'indisponibilità, lasciando dunque ampio campo d'azione alla dottrina in tali settori.

Di indisponibilità si è in realtà parlato secondo varie gradazioni, riconoscendola ad esempio nei diritti che non possono essere alienati o in quelli intrasmissibili *mortis causa*.

In entrambe le categorie sono però riconoscibili figure di diritti prescrivibili, basti pensare ai diritti di uso e abitazione, che pur non potendo esser alienati (art 1024 c.c.) sono prescrivibili o al diritto di usufrutto estinguibile per non uso (art 1014 c.c.) benché intrasmissibile *mortis causa*.

E allora la dottrina si è interrogata sull'effettiva ragione del legame, legislativamente posto, tra indisponibilità e prescrizione; particolarmente interessante appare in proposito la tesi¹⁷ che lega l'imprescrittibilità dei diritti indisponibili alla mancata corrispondenza, ad un interesse privato che si estingue, di un interesse privato che si avvantaggi di quella estinzione e viceversa.

Fondamento della imprescrittibilità di un diritto sarebbe dunque da rinvenirsi nella assenza di un rapporto giuridico in cui collocare il godimento di tale diritto¹⁸.

Sulla base di tale prospettiva viene dunque riconosciuta l'imprescrittibilità dei diritti c.d. personalissimi: il diritto al nome (art 6 c.c.), alla propria immagine (art 10 c.c.), all'integrità

17 In tal senso l'opera postuma di A.Auricchio: “*Appunti sulla prescrizione*”, Napoli, 1971, pag. 41 e ss.

18 In tal senso l'orientamento della maggior parte della dottrina che riconduce l'imprescrittibilità ad una situazione di indisponibilità assoluta e completa: F.Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, p.113; G. Azzariti-G.Scarpello, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario del cod. civ.*, A.Scialoja -G.Branca (a curadi), Bologna-Roma, 1964, p.205.

fisica (art 5 c.c.) ed ancora il diritto all'onore, alla vita.

Essendo connaturati alla persona umana, di essi non può ammettersi la perdita, senza che venga menomato il concetto stesso di persona. Ovviamente, come puntualizzato dalla Corte Cost., l'imprescrittibilità del diritto della personalità è da intendersi nel senso che le facoltà di cui si compone sono esercitabili per un lunghissimo periodo, non nel senso che le pretese patrimoniali derivanti di volta in volta dalla lesione di quel diritto, possano farsi valere in perpetuo. Se dunque il diritto agli alimenti è imprescrittibile, diversamente si prescriveranno in un quinquennio le singole annualità delle prestazioni alimentari¹⁹.

2.1 Gli *iura status*

Vengono altresì ritenuti imprescrittibili i cd. *iura status*, dove per *status* si intende ogni situazione che indichi il presupposto di una sfera di capacità, quindi di una serie di diritti e doveri che possono variare senza che per questo muti lo stato stesso.

La dottrina riconosce tre diversi tipi di *status*: di persona, di famiglia e di cittadinanza. Per ogni tipologia l'imprescrittibilità si ritiene fondata sulla loro non configurabilità in termini di rapporti giuridici, per cui alla loro estinzione non potrà aversi la liberazione di un altro soggetto.

A proposito dell'imprescrittibilità dello *status* è opportuno ricordare che: essa vale solo nei confronti del soggetto che ne è titolare, ciò perché lo stato è estremamente personale (per es.: il figlio o il coniuge perdono il loro stato con la morte ma mai per prescrizione); non risultano prescrittibili i rapporti che si collegano allo *status* e che possono variare senza che vari quest'ultimo; è imprescrittibile l'azione di accertamento dello *status* ma non anche le azioni dirette ad invalidare l'atto giuridico che ha determinato l'acquisizione dello stato, ad esempio l'azione volta a far dichiarare la nullità del matrimonio contratto da persona legata da precedente vincolo matrimoniale.

19 Corte Cost. 10 giugno 1966, n.63, *Rep. Foro It*, 1966, *Prescrizione in materia civile*, n. 128.

2.2 Il diritto di proprietà

È sulla base dell'ottica ricostruttiva sin qui esaminata che, nonostante il suo indiscusso carattere di disponibilità, sembra doversi riconoscere, senza incorrere in contraddizione alcuna, l'imprescrittibilità del diritto di proprietà.

Sebbene per alcuni l'imprescrittibilità della proprietà dipenda dal fatto che anche il non uso costituisca esercizio del diritto, sembra più corretto ritenere che l'imprescrittibilità del diritto di proprietà dipenda dal fatto che, a differenza dell'estinzione di un diritto personale cui segue la liberazione del soggetto passivo dal vincolo, a differenza dell'estinzione di un diritto reale su cosa altrui che determina la riespansione della proprietà in virtù dell'elasticità del dominio, la prescrizione della proprietà non consente ad alcun privato di trarne vantaggio.

La proprietà e gli altri diritti assoluti non si prescrivono, perché con riguardo ad essi non è configurabile l'aspetto caratterizzante la prescrizione, rappresentato dal riacquisto della libertà in una sfera soggettiva che ne fosse stata privata al momento del costituirsi di un rapporto giuridico²⁰.

Il rapporto giuridico, condizione della prescrizione, non può ritenersi costituito per quanto concerne i diritti assoluti, tra il titolare del diritto e la massa indeterminata dei soggetti che sono tenuti a rispettarlo.

Sorgerà un rapporto solo se un qualche individuo venga a staccarsi dalla massa per esempio per aver violato il diritto assoluto in questione o, *rectius*, per aver violato il dovere di astensione a tutti imposto dal diritto assoluto.

In tale circostanza verrà a profilarsi la prescrivibilità del diritto al risarcimento del danno, che a seguito della violazione del diritto si va ad aggiungere alle facoltà originariamente contenute nel diritto assoluto; vi entra e si prescrive solo perché prescrivendosi, il trasgressore rimarrà esonerato dall'obbligazione corrispondente.

Per meglio specificare, non entrano nel rapporto giuridico e non si prescrivono le situazioni attive dalla cui perdita neppure il trasgressore potrebbe ricavare un vantaggio.

20 Riprendendo l'analisi già svolta da A. Auricchio: P.Vitucci, *La Prescrizione*, in *Il codice civile Commentario* diretto da P. Schlesinger, 1990, p. 47 ss.

2.3 La petizione di eredità

Disciplina normativa simile a quella della proprietà in tema di azione di rivendicazione(art.948 .c.c) sembra riconoscere anche nel caso della petizione di eredità (art 533 c.c.) una situazione di imprescrittibilità. Con la petizione di eredità, l'erede chiede il riconoscimento della sua qualità ereditaria contro chiunque possiede tutti o parte dei beni ereditari a titolo di erede o senza alcun titolo, allo scopo di ottenerne la restituzione.

Risulta ancora valida l'antica regola “*semel heres semper heres*”, talché l'estinzione del titolo non gioverebbe ad alcuno; tale azione, salvi gli effetti dell'usucapione relativamente ai singoli beni, è imprescrittibile.

Ciò ovviamente non deve indurre a pensare che siano imprescrittibili i singoli diritti che costituiscono l'eredità.

2.4 Ulteriori ipotesi di imprescrittibilità.

Al di fuori dal concetto di indisponibilità, sono da ritenersi escluse dalla prescrizione le azioni dichiarative e di accertamento, nonché i cd. “diritti facoltativi”.

Quanto alle azioni di accertamento, l'imprescrittibilità deve esser riconosciuta alle sole azioni di accertamento negativo²¹, finalizzate a far valere l'inesistenza o inefficacia di un rapporto e come tali, dotate di una propria autonomia, non collegate ad un diritto dell'attore in giudizio.

Diversamente, le azioni di accertamento positivo risultano connesse al diritto cui facciano riferimento e che sia da accertare, pertanto restano in vita finché sussista il diritto medesimo.

Per il principio *in facultativis non datur praescriptio*, viene riconosciuta l'imprescrittibilità dei cd. “diritti facoltativi”, cioè delle singole facoltà comprese nel diritto: esse non hanno carattere autonomo, ma costituiscono “modi diversi di attuazione di un medesimo interesse del titolare”²², l'interesse che è posto alla base del diritto.

Del resto se una attività si configura come ‘facoltativa’, il soggetto è libero di svolgerla o

21 Si riconosce ad esempio, l'imprescrittibilità dell'azione di nullità dei contratti ex art. 1422 c.c., P.Vitucci, *Prescrizione (diritto civile)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, XXIV, 1991

22 V. Roppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 2008, p.105

non svolgerla: anche il fatto di non svolgerla si configura come modo di esercitare la facoltà.

Le facoltà non soggiacciono direttamente alla prescrizione ma, solo col diritto di cui facciano parte e di cui pertanto seguiranno le sorti.

3 Decorrenza della prescrizione

Nonostante l'irriducibile diversità strutturale delle situazioni giuridiche soggettive sottoposte alla prescrizione, il legislatore ha previsto l'applicazione di un medesimo criterio in materia di decorrenza della stessa, nel tentativo di fornire una soluzione unitaria al poliedrico problema.

La formulazione di cui all'art 2935 c.c. prevede infatti che il *dies a quo* della prescrizione sia da considerare quello in cui “ il diritto può essere fatto valere”, cioè il momento in cui, pur sussistendo tutte le condizioni per azionabilità del diritto, non viene richiesto il soddisfacimento dell'interesse tutelato che pur risulta attuale.

Condizione necessaria e sufficiente perché la prescrizione decorra è che il titolare del diritto pur potendo esercitarlo, si astenga dal farlo, determinandosi un vero e proprio contrasto tra l'occasione di reagire, che si offre a difesa dell'interesse tutelato, e il mancato sfruttamento della stessa.

Rileva, pertanto, ai fini della decorrenza della prescrizione la sola impossibilità legale di esercizio del diritto, quindi la sussistenza di cause giuridiche impeditive di ordine generale: una condizione sospensiva non ancora verificatasi o un termine non ancora scaduto; diversamente, l'impossibilità di fatto, gli ostacoli soggettivi in cui venga a trovarsi il titolare (incertezza nell'individuazione del debitore, ignoranza da parte del titolare circa l'esistenza del proprio diritto o sua inerzia nel farlo accertare nei confronti del debitore) non valgono ad impedire il decorso della prescrizione²³.

Solo nel caso di dolo da parte del debitore, la prescrizione rimarrà sospesa ai sensi dell'art.2941, n.8, c.c.

23 Cass.21 giugno 1999, n.6209, in *Rep.Foro.It.*, 1994, *Prescrizione e decadenza*, n.28;Cass. 12 marzo 1994, n.2429, in *Rep.Foro.It.*, 1994, voce *Prescrizione e decadenza*, n 12;Cass. 11dicembre 2001, n.15622, in *Rep. Foro. It.*, 2001, voce *Prescrizione e decadenza*, n.15.

3.1 Decorrenza e *iura in re aliena*

Per quanto riguarda i diritti *in re aliena*, il termine di prescrizione inizia a decorrere a partire dal giorno in cui è stato compiuto dal titolare l'ultimo atto di esercizio del diritto (artt. 970, 1014, 1026, 1073 c.c.).

Tuttavia la disciplina delle servitù prevede delle eccezioni a tale regola, in riferimento alle servitù negative, continue ed intermittenti.

L'art 1073 c. c. contempla infatti tre diverse tipologie di servitù e, se per la prima tipologia, quella delle c.d. servitù discontinue (per es. la servitù di pascolo, di passaggio), il *dies a quo* è posto nel “giorno in cui si è cessato di esercitarla”, per le altre ipotesi il sistema di decorrenza è diverso. Nel caso delle servitù negative e di quelle continue (servitù di acquedotto e di scarico, nonché quella di *divieto di erigere fabbricati*), l'utilità derivante dal diritto reale consiste in una conservazione dello stato delle cose e non in un comportamento del titolare del diritto, ecco perché, a differenza delle servitù discontinue, il *dies a quo* si collocherà nel “giorno in cui si è verificato un fatto che ne ha impedito l'esercizio” (la costruzione di un fondo; l'ostruzione degli impianti).

Infine per l'ipotesi delle servitù c.d. intermittenti, che “si esercitano ad intervalli”, stagionali o periodici (ad esempio: passare per un fondo altrui in occasione della vendemmia o solo quando piove o ancora, attingere acqua da un fondo altrui in caso di incendio) il *dies a quo* è rappresentato dal giorno in cui “la servitù si sarebbe potuta esercitare e non ne fu ripreso l'esercizio”(art 1073, 3° comma).

Ad ogni modo, nonostante l'apparente diversità, le tre formule legislative non differiscono nella sostanza; si modellano in modo difforme semplicemente nell'intento di seguire l'ampia e variegata casistica delle servitù ma in realtà rispondono al criterio di fondo fissato nell'art 2935c.c., legando la decorrenza della prescrizione al mancato soddisfacimento dell'interesse tutelato che si riveli attuale²⁴.

24 P. Vitucci, *Le disposizioni generali sulla prescrizione*, in *Trattato diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), 1998, p.486.

3.2 Diritti di credito

Nel campo dei diritti di credito, invece, l'attualità dell'interesse cui si lega il decorso della prescrizione, è segnata dall'esigibilità della prestazione.

Nel caso di debiti la cui scadenza ed esigibilità è rimessa alla mera volontà del creditore, si ritiene che la prescrizione inizi a decorrere dal momento in cui il credito sorge, poiché è sin da questo momento che il diritto può essere esercitato²⁵.

Nel caso in cui il termine per l'adempimento sia fissato in favore del creditore, che ha così facoltà di esigere la prestazione anche prima della scadenza, la prescrizione decorre solo dalla data di scadenza del termine, in pendenza del quale l'inerzia del creditore costituisce esercizio di una facoltà, come tale imprescrittibile²⁶.

Per quanto concerne le prestazioni periodiche, la dottrina²⁷ ha distinto tre diverse ipotesi: 1) nel caso in cui le prestazioni siano il corrispettivo del godimento di cose altrui, allora la prescrizione delle singole prestazioni decorre dalla scadenza fissata per la restituzione; 2) nel caso in cui si tratti invece del corrispettivo del godimento di cose fungibili da restituire nel *tantundem* (il caso del mutuo), occorre distinguere la prescrizione del diritto alla restituzione del capitale, che decorre dalla data stabilita per la restituzione, dalla prescrizione delle singole rate degli interessi che invece decorre dalla singola scadenza delle stesse; 3) nel caso, infine, di prestazioni dipendenti da un unico titolo ma prive del carattere di accessorietà, la prescrizione decorre dalla scadenza di ciascuna di esse.

3.3 Decorrenza del termine nell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale

Per quanto concerne il *dies a quo* del diritto al risarcimento del danno da illecito aquiliano (art 2947 c.c.) si ritiene lo si debba collocare nel momento in cui il danno si è verificato e non in quello, eventualmente diverso, in cui è stato posto in essere l'atto illecito.

Recenti pronunce della Corte di Cassazione²⁸ attestano, infatti, che il momento iniziale di decorrenza del termine di prescrizione vada individuato in quello in cui, a seguito

25 Cass. , 12 novembre 1970, in *Rep.Forò it.*, 1971, voce *Prescrizione e decadenza*, n.30

26 Cass. 1 aprile 1995, n. 3824, in *Rep.Forò it.*, 1995, voce *Prescrizione e decadenza*, n.20

27 In tal senso G.Azzariti-G.Scarpello: *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario al cod. civ.*, di Scialoja-Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1964, p. 226 ss.

28 Cass. , Sez III, 6 Febbraio 2004, n. 2287, *Rep.Forò it.* 2004, voce *Prescrizione e decadenza*, n.74; Cass. , 10 gennaio 2008, n. 236, *Rep.Forò it.* 2008, voce *Prescrizione e decadenza*, n.98.

dell'altrui condotta, si verifica una lesione concreta della sfera giuridica di un soggetto; più precisamente, la prescrizione decorrerà non dal momento in cui il fatto del terzo determina una modificazione che apporta un danno all'altrui diritto, ma dal momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente riconoscibile e percepibile.

Ma la giurisprudenza di Cassazione è altresì intervenuta di recente per chiarire i dubbi, in materia di decorrenza della prescrizione, nei casi di illeciti permanenti e di illeciti istantanei con effetti permanenti, ipotesi quest'ultima, di particolare rilievo in tema di danno alla persona.

Si è pertanto sancito²⁹ che, mentre nel caso dell'illecito permanente il protrarsi della condotta illecita in ogni momento della durata del danno fa sì che la prescrizione ricominci a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, diversamente nel caso di illecito istantaneo con effetti permanenti, esaurendosi la condotta illecita in un fatto unico o comunque compiuto in un contesto temporale unico, fa sì che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno cominci a decorrere con la prima manifestazione del danno, la cui permanenza nel tempo non assume dunque alcuna rilevanza ai fini dell'inizio della prescrizione.

In virtù di ciò si potrà rilevare come ad esempio nel caso di danno alla persona, le conseguenze del fatto lesivo restano, ma l'azione è esaurita.

Il diritto al risarcimento sorge, dunque, in tal caso nel momento in cui il danno si verifica con contestuale esaurimento del fatto illecito, risultando irrilevanti eventuali aggravamenti successivi delle conseguenze dannose, salvo che queste non si configurino come un semplice sviluppo del fatto causativo iniziale.

4. Inderogabilità della disciplina codicistica.

Mancando nel codice civile del 1865 una esplicita presa di posizione sul punto se la disciplina legislativa in materia di prescrizione fosse cogente o derogabile, il legislatore del 1942 è intervenuto con la formulazione dell'art.2936 c.c.

²⁹ Cass. , Sez. II, 21 Novembre 2007, n. 24258, In *Rep.Foro it.* 2007; Cass. 24 Agosto 2007, n. 17985, In *Rep. Foro it.* 2007, voce *Prescrizione e decadenza*, n.29

Il dettato della suddetta norma sancisce l'inderogabilità della disciplina legale relativa all'istituto della prescrizione, configurandosi come norma di portata generale³⁰ in quanto intesa a vietare non solo le eventuali deroghe convenzionali tendenti all'eliminazione, prolungamento o abbreviazione dei termini di prescrizione, ma ogni patto in deroga che si riferisca ad un qualsivoglia aspetto della disciplina legale della prescrizione.

Ovviamente la nullità dei patti, pur non essendo esplicitato nell'art.2936, è da riferirsi ad ogni deroga stipulata prima che la prescrizione si sia compiuta.

Nessun dubbio sussiste in merito alla piena validità di quei negozi con i quali si disponga degli effetti favorevoli della prescrizione, dopo il compimento del termine; non interferisce cioè con la norma proibitiva né il patto, né la rinuncia unilaterale successivi al compimento della prescrizione³¹.

Per quanto concerne poi la *ratio* sottesa alla previsione normativa in esame, sembra doversi ricondurre in maniera inequivoca all'esigenza di prevenire, mediante la sanzione della nullità, che un eventuale patto concluso dalle parti si configuri come vero e proprio strumento di sopraffazione della parte parte più debole del rapporto.

La sanzione di nullità tende dunque ad assicurare che ogni soggetto possa godere pienamente della tutela legislativa, senza esser indotto per un qualunque motivo a doverne subire le modificazioni, con inevitabile compressione della propria libertà³².

È ad ogni modo legittimo, non configurandosi come violazione del divieto di deroga convenzionale del regime legale della prescrizione, sancito dall'art.2936c.c., il *pactum de non petendo*.

Si tratta infatti di un accordo con cui le parti dispongono di non esigere la prestazione per un tempo determinato, incidendo dunque direttamente sull'azionabilità stessa della pretesa e determinando dunque uno spostamento del *dies a quo* della prescrizione a decorrere dalla scadenza del termine fissato nel patto stesso³³.

30 Cass.30 marzo 1955, n.934, in *Foro Padano*, 1955, p.566

31 Così P.Vitucci, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato*, P.Rescigno (diretto da), 1998, Torino, p.456.

32 Cfr. A.Auricchio, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p.40.

33 Così Cass.12 aprile 2006, n.8606, in *Rep.For. It.*, 2006, voce *Prescrizione e decadenza*, n.39

5. Rinuncia alla prescrizione.

Il compiuto decorso del termine di prescrizione, guardato dall'angolo visuale del debitore o comunque del titolare della situazione giuridica di svantaggio (per es. il proprietario di un fondo gravato da diritto reale altrui), determina l'acquisto del diritto alla liberazione dalla pretesa altrui, diritto che è però suscettibile anche di esercizio in senso negativo, nel senso cioè di una abdicazione ad esso³⁴.

È questo il caso della rinuncia alla prescrizione, il cui regime è delineato dal legislatore all'art.2937 c.c.: dal punto di vista della struttura, la rinuncia consiste in una manifestazione di volontà³⁵, si presenta infatti come un negozio giuridico unilaterale a carattere non recettizio esplicitante i suoi effetti a prescindere dall'accettazione del beneficiario; è configurabile sia in materia di rapporti obbligatori che di diritti reali limitati ed è esercitabile esclusivamente da chi può validamente disporre del diritto (alla liberazione dall'altrui pretesa), ciò in quanto l'esercizio della facoltà di rinuncia comporta una vera e propria diminuzione patrimoniale, una attenuazione delle sostanze patrimoniali, poiché il rinunciante abbandona il risultato economicamente favorevole che avrebbe ottenuto in seguito all'estinzione dell'altrui diritto³⁶.

Per la validità della rinuncia è dunque necessario che il rinunciante abbia la capacità di agire e cioè non sia né minore, né interdetto, né inabilitato.

Di regola dunque la rinuncia alla prescrizione esplica i suoi effetti esclusivamente nei riguardi di chi la compie e di colui a vantaggio del quale è compiuta, tuttavia la Corte di Cassazione³⁷, ha evidenziato la sussistenza di una deroga al principio suindicato nel caso in cui si abbia la presenza di più creditori solidali: la di rinuncia effettuata nei confronti di uno dei creditori, estende in tal caso i suoi effetti anche agli altri creditori in solido.

A norma poi del secondo comma dell'art.2937 c.c. si prevede che la rinuncia possa esser validamente espressa solo nel caso in cui il termine di prescrizione si sia già compiuto, cioè solo quando la prescrizione sia già maturata³⁸.

La rinuncia compiuta prima ancora che inizi a decorrere la prescrizione è improduttiva di ogni effetto, è cioè nulla, esattamente come nel caso in cui sia espressa in pendenza del

34 Cfr. P.Vitucci, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato-Tutela dei diritti*, P.Rescigno (diretto da), Torino, 1998, p.459.

35 P.Vitucci, voce *Prescrizione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1991, p.4

36 Così R.Ferrucci, *Prescrizione estintiva (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1966, p.648.

37 Così Cass.29 aprile 1965, n. 776, in *Rep.ForoIt.*, 1965, n.102.

38 Cfr. Cass. 15 luglio 2002, n. 10235, in *Giust.Civ.*, 2003, I, p.1597.

termine di prescrizione³⁹.

In questa seconda ipotesi però, l'atto di rinuncia, pur essendo nullo come rinuncia alla prescrizione, può valere come interruzione della prescrizione in corso, implicando infatti il riconoscimento dell'altrui diritto⁴⁰.

La rinuncia alla prescrizione inoltre non si configura come atto formale e può esser provata con ogni mezzo, ecco che quindi il soggetto che può validamente disporre del diritto (alla liberazione dalla pretesa altrui), potrà operarla sia tramite una dichiarazione esplicita che per mezzo di un comportamento concludente⁴¹, purché si tratti di un fatto assolutamente incompatibile con la volontà di valersi della causa estintiva del diritto altrui (questo il caso della c.d. rinuncia tacita).

Ne consegue che si potrà effettivamente parlare di rinuncia tacita nelle ipotesi di ricognizione di debito o di richiesta di dilazione di pagamento, non anche nel caso in cui ad esempio il debitore abbia accettato di discutere nel merito le pretese avanzate dalla controparte o ancora nel caso di pagamento parziale del debito prescritto⁴².

In tale ultima ipotesi il pagamento non rileva di per sé quale comportamento idoneo a dimostrare in maniera inequivocabile la rinuncia tacita alla prescrizione, ma va valutato nel contesto di tutte le circostanze acquisite agli atti, che abbiano preceduto, accompagnato o seguito il pagamento parziale effettuato⁴³.

6. Operatività della prescrizione.

La sola inerzia del titolare di un diritto, per il tempo stabilito dalla legge, non è di per sé sufficiente a completare la fattispecie estintiva del diritto stesso, essendo necessario in proposito un ulteriore fatto giuridico, espressivo della volontà del soggetto interessato di avvalersi della prescrizione compiuta⁴⁴: la prospettazione in giudizio della relativa

39 In tal senso A.Auricchio, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p.79

40 Così G.Azzariti-G.Scarpello, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario al codice civile*, Scialoja -Branca (a cura di), Roma, 1969, p.234.

41 Cfr. Cass.15 luglio 2002, n. 10235, in *Giust.civ.*, 2003, I, p.1597; Cass. 6 settembre 1994, n.7683, in *Foro It.*, 1996, I, n.243.

42 Si veda F.Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p.111

43 Cfr. Cass.7 gennaio 1994, n.94, in *Giust.It.*, 1994, I, p.1160; nello stesso senso Cass. 16 febbraio 2001, n.2267, in *Rep.Foro It.*, 2001, voce *Prescrizione e decadenza*, n.50.

44 Cfr. A.Torrente, P.Schlesinger, *L'influenza del tempo sulle vicende giuridiche*, in *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, p.208.

eccezione.

Ecco che infatti, in ossequio alla formulazione di cui all'art.2938 c.c., la prescrizione non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, cioè di propria iniziativa, ma deve invece, essere rigorosamente eccepita dalla parte, divenendo così oggetto di una questione preliminare di merito.

L'operatività della prescrizione presuppone pertanto che essa sia fatta valere dal debitore attraverso la proposizione di un'eccezione (in senso stretto), la mancanza della quale rileverebbe come rinuncia all'effetto estintivo proprio della prescrizione, e quindi come comportamento espressivo della inequivoca volontà di adempiere⁴⁵.

Per la proposizione dell'eccezione di prescrizione non è richiesta l'adozione di alcuna forma particolare⁴⁶, è dunque escluso il ricorso a termini e formule rituali, tuttavia sussiste per la parte che se ne avvalga, l'onere di tipizzarla secondo una delle ipotesi prescrizionali previste dalla legge, ciascuna delle quali presuppone distinte situazioni di fatto⁴⁷.

Conseguentemente, ove venga sollevata un'eccezione con specifico riferimento alle norme sulla prescrizione presuntiva, non può ritenersi compresa nella medesima eccezione anche quella di prescrizione estintiva, stante l'incompatibilità logica tra i due istituti: uno fondato sulla presunzione di pagamento, l'altro sull'inerzia del titolare del diritto nel chiederne l'attuazione.

Dunque l'eccezione di prescrizione presuntiva non contiene implicitamente quella di presunzione estintiva, onde, rigettata la prima, il giudice non può rilevare d'ufficio l'eventuale maturazione della seconda⁴⁸.

Nell'ipotesi in cui poi la parte si sia limitata a sollevare genericamente l'eccezione di prescrizione, senza alcun riferimento normativo preciso, il giudice deve ritenere come opposta la sola prescrizione estintiva, non potendo assolutamente prendere in considerazione le prescrizioni presuntive eventualmente verificatesi⁴⁹.

Dunque il giudice nel rispetto sia del principio di cui all'art.2938 c.c., sia del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, non può che attenersi alla tipologia di prescrizione eccepita dalla parte. Tuttavia nell'ipotesi in cui si sia sollevata l'eccezione di

45 Così P.Lai, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario al codice civile*, Milano, 2008, p.461

46 Cfr. M.R.Cimma, *Prescrizione e decadenza*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1996,p.245.

47 In tal senso: Cass. 22 marzo 1989, in *Rep.Foro it.*, 1989, voce *Prescrizione e decadenza*, n.12

48 Cfr. Cass.16 dicembre 1981, n. 6674, in *Giur.it.*, 1982, I, p.1208.

49 Così Cass. 28 agosto 1998, n. 8561, in *Rep.Foro It.*, 1998, voce *Ingiunzione*, n.98.

prescrizione estintiva la Corte di Cassazione ha sancito⁵⁰, discostandosi dal suo precedente orientamento⁵¹, la possibilità di applicare un termine prescrizionale diverso da quello invocato dalla parte, nel caso di errato riferimento di legge, essendo una *quaestio iuris* quella concernente l'identificazione del diritto e del relativo termine prescrizionale, cioè essendo compito del giudice la qualificazione giuridica dei fatti⁵².

Quanto alla proponibilità dell'eccezione di prescrizione, anteriormente alla L.26 novembre 1990, n. 353 era ammissibile per la prima volta anche in grado d'appello; oggi invece, in considerazione del testo vigente dell'art.344 c.p.c. risulta vietata la possibilità di porre nella suindicata fase processuale nuove eccezioni che non siano rilevabili anche d'ufficio⁵³. È invece rimasto invariato il principio per cui non è possibile proporre l'eccezione di prescrizione per la prima volta in Cassazione, in considerazione del fatto che tale eccezione prevede accertamenti di fatto che sono del tutto preclusi in sede di legittimità⁵⁴.

È altresì da prospettarsi in giudizio mediante eccezione, l'interruzione della prescrizione, nel tentativo di paralizzare l'eccezione di prescrizione sollevata dall'altra parte, sulla base di un fatto cui la legge ricollega immediatamente efficacia interruttiva ex artt.2943 e 2944 c.c.

A differenza però, dell'eccezione di prescrizione che si configura come eccezione in senso stretto (come tale rilevabile solo dalle parti), la controeccezione di interruzione della prescrizione si profila come eccezione in senso lato.

In tal senso la Corte di Cassazione, mutando il suo precedente orientamento⁵⁵, si è di recente più volte pronunciata⁵⁶, riconoscendo la rilevabilità anche d'ufficio da parte del giudice in ogni stato e grado del processo della eccezione di interruzione, purché detto potere venga esercitato sulla base di prove ed allegazioni, incluse quelle documentali, ritualmente acquisite al processo.

50 Cass. 22 giugno 2007, n. 14576, in *Rep.For. It.*, 2007, voce *Prescrizione e decadenza*, n.18.

51 Cfr. Cass. SS.UU., 19 novembre 1998, n.11720, in *Gazzetta giur.*,1998, fasc.45, p.52.

52 Si è così espressa: Cass.30 gennaio 2002, n.1225, in *Foro It.*, 2003, I, p.577.

53 Così Cass.1 febbraio 2000, n. 1074, in *Rep.For. It.*, 2000, voce *Appello civile*, n.73.

54 Cfr. Cass.14 dicembre 1993, n.12304, in *Giust.civ.*, 1994, I, p.2563; Cass.26 marzo 2003, n.4457, in *Giust. civ.*, 2003, I, p.1774.

55 Cass.SS.UU. 3 febbraio 1998, n.1099, in *Mass.giur.lav.*, 1998, p.297.

56 Così Cass. SS.UU. 27 luglio 2005, n.15661, in *Rep.For. It.*, voce *Prescrizione e decadenza*, n.59; Cass.13 giugno 2007, n.13783, in *Rep.For. It.*, 2007, voce *Prescrizione e decadenza*, n.61; Cass.16 aprile 2007, n.9053, in *Rep.For. It.*, 2007, voce *Assicurazione*, n.144.

7. Opponibilità della prescrizione da parte dei terzi.

In considerazione del fatto che, l'eventuale esercizio da parte del debitore della rinuncia ex art.2937 c.c. o anche il mancato eccepimento della prescrizione ex art.2938 c.c. potrebbe arrecare un vero e proprio pregiudizio per i terzi, il legislatore ha accordato a questi ultimi una tutela preferenziale.

A norma dell'art.2939 c.c. possono pertanto opporre la prescrizione i creditori del prescrivente, nonché i soggetti che, legati alla parte inerte o rinunziante da un rapporto giuridico, traggono un vantaggio proprio dalla prescrizione: è questo il caso ad esempio del garante (fideiussore o terzo datore), interessato ad eccepire la prescrizione del credito garantito; del venditore tenuto a garantire dall'evizione, interessato ad eccepire la prescrizione dei diritti vantati contro l'acquirente sulla cosa venduta⁵⁷.

Il legislatore ha dunque legittimato i creditori e i terzi, nei limiti dei propri interessi, ad interferire nelle scelte del prescrivente, sovrapponendo la propria volontà di eccepire.

Tuttavia è bene rammentare che tale legittimazione trova spazio esclusivamente nel caso in cui l'interesse dei terzi sia leso nell'ambito di un giudizio instaurato contro il prescrivente, non essendo la norma di cui all'art.2939 c.c. dettata per l'ipotesi in cui la rinuncia o l'inerzia si siano manifestate in sede stragiudiziale.

La legittimazione accordata ai terzi veicola infatti esclusivamente attraverso lo strumento processuale dell'intervento volontario, ne consegue che il giudicato formatosi tra le parti, mentre non ostacola il pagamento spontaneo, pregiudica invece l'interesse dei terzi.

Infine, è bene ricordare che la dottrina⁵⁸ pur considerando l'opposizione della prescrizione ad opera dei terzi come finalizzata alla conservazione della garanzia patrimoniale, ha però escluso che si possa ricondurre alla disciplina dell'azione surrogatoria; pur sussistendo elementi comuni, come ad esempio l'inerzia del debitore nell'esercizio di azioni che gli spettano verso terzi, tuttavia sussistono molte differenze, principalmente quanto ad individuazione dei soggetti legittimati ad intervenire nei rapporti fra altri: il solo creditore nell'azione surrogatoria, tutti i terzi interessati, in relazione alla previsione di cui all'art.2939 c.c.

57 Cfr.P.Vitucci, voce *Prescrizione*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991, p.5.

58 Così P.Vitucci, *cit.*, p.5 ed in senso conforme G.Panza, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984.

8. Pagamento del debito prescritto

A norma dell'art.2940 c.c. si sancisce l'irripetibilità di quanto spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto.

Si prevede quindi che, quando il debitore abbia pagato una certa somma a titolo di adempimento di un'obbligazione già prescritta, pur sussistendo tutti i presupposti per eccepire la prescrizione stessa, questi non può pretendere la restituzione di quanto pagato adducendo come motivazione proprio l'avvenuta prescrizione.

La disposizione suindicata non avrebbe alcun senso nel caso in cui il pagamento si accompagnasse ad una precisa volontà di rinunciare all'estinzione del debito: si avrebbe in tal caso infatti un'ipotesi di rinuncia tacita ex art.2937c.c.; nel caso in esame invece, il pagamento non si accompagna alla consapevolezza della compiuta prescrizione, ed è pertanto effettuato senza l'intenzione specifica di rinunciare alla prescrizione⁵⁹.

Ad ogni modo, perché possa operare il principio dell'irripetibilità sancito dall'art.2940 c.c. è fondamentale che il debitore abbia provveduto ad un adempimento spontaneo, con ciò intendendosi in dottrina un adempimento effettuato senza alcuna coazione fisica o morale od anche, secondo una diversa qualificazione, un adempimento non avvenuto in via esecutiva.

Anche la giurisprudenza è intervenuta in merito, rilevando che la spontaneità consiste in un'autonoma iniziativa dell'adempiente, senza cioè alcuna influente situazione di necessità.

Il tema della spontaneità dell'adempimento ha poi portato la dottrina a soffermarsi sull'ipotesi del pagamento di un debito prescritto ad opera di un soggetto incapace: l'orientamento prevalente⁶⁰ ritiene che, mancandone l'esplicita richiesta nella formulazione di cui all'art.2940 c.c., l'eventuale mancanza della capacità di disporre non determina l'inapplicabilità del principio di irripetibilità, essendo rilevante dunque la sola spontaneità del pagamento effettuato; diversamente invece altra parte della dottrina⁶¹ ha ritenuto ripetoibile il pagamento effettuato dal soggetto incapace.

Infine bisogna rammentare che, diversamente dall'art.2937 c.c. applicabile sia in materia di rapporti obbligatori che di diritti reali limitati, l'atto solutorio ex art.2940 c.c. trova applicazione esclusivamente con riferimento ai primi, poiché la disposizione codicistica

59 Cfr. B.Grasso, voce *Prescrizione*, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, 1986, p.67; P.Lai, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario al codice civile*, P.Cendon (a cura di)

60 Così P.Vitucci, *La prescrizione e la decadenza*, in *Il Codice civile- Commentario*, P.Schlesinger (diretto da), Milano, 1990, p.244.

61 In tal senso B.Grasso, voce *Prescrizione*, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, 1986, p.66.

non si attaglia ai diritti reali⁶².

9. La sospensione della prescrizione

Il decorso del termine prescrizionale trova una soluzione di continuità nei casi in cui venga ad operare una delle ipotesi di sospensione previste dal legislatore agli artt. 2941 e 2942 c.c. .

Le cause di sospensione della prescrizione si pongono in evidenza quali situazioni di fatto aventi come comune denominatore la maggiore difficoltà, materiale o anche solo morale, ovvero l'impossibilità di esercizio di un diritto da parte del suo titolare.

Il verificarsi di tali situazioni, giustificando l'inerzia del titolare del diritto, determina la posticipazione del soddisfacimento delle esigenze pubblicistiche di certezza dei rapporti giuridici, nonché della realizzazione dell'interesse a favore di chi si avvantaggerà della prescrizione (rilevanza privatistica della prescrizione in termini di liberazione dall'obbligazione o riespansione del diritto reale)⁶³ .

Sarà solo con la cessazione della causa di sospensione, infatti, che riprenderà a correre il termine di prescrizione dal punto di progressione già raggiunto al verificarsi della causa stessa, risultando complessivamente prolungato di un periodo eguale a quello in cui ha avuto effetto quest'ultima.

La dottrina distingue le cause di sospensione, operanti sin dal momento iniziale di decorrenza della prescrizione, dalle cause impeditive della prescrizione: nelle cause impeditive ricorre una impossibilità giuridica di far valere il diritto stesso, mentre nelle cause di sospensione si ravvisano impossibilità di mero fatto ad esercitare il diritto.

Da ciò discende l'irrilevabilità d'ufficio delle cause di sospensione e la necessità che esse vengano eccepite e provate dalla parte che intende giovarsene; salvo i casi in cui riguardi tutti i soggetti indistintamente e per un periodo astrattamente considerato, in virtù di una espressa previsione legislativa che muti la situazione di fatto in situazione di diritto: ciò è disposto, per esempio, in concomitanza di calamità naturali o eventi bellici⁶⁴.

62 Cfr. P.Vitucci, voce *Prescrizione* , in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma, 1991, p.10

63 A.Iannaccone, *La prescrizione*, in *Il cod. civ. comm.* Diretto da P. Schlesinger, 1999, pag. 12, Milano.

64 Vitucci, voce *Prescrizione*, in *Enc. Giur.* , XXIV, Roma, 1991, pag. 11.

9.1 Rapporto con l'interruzione e tassatività.

Per quanto attiene ai rapporti tra atti interruttivi e sospensivi, le posizioni della dottrina risultano articolate.

Da alcuni si sostiene l'impossibilità del compimento di atti interruttivi durante il periodo di sospensione, tali da provocare una nuova decorrenza del periodo di prescrizione⁶⁵; altra parte della dottrina⁶⁶, di avviso contrario, sostiene che nulla vieti al titolare del diritto di optare per l'interruzione della prescrizione anche in presenza di una causa di sospensione.

In tal caso, l'atto interruttivo risulterà privo di effettivo rilievo pratico se compiuto nel momento in cui, pur sussistendo una causa di sospensione, il termine non aveva ancora iniziato a decorrere, e ciò dipenderà non dalla operatività della sospensione ma, più semplicemente dal fatto che non vi era nulla da interrompere.

Diversamente, ove la prescrizione fosse già in corso al sopravvenire della causa sospensiva, il compimento dell'atto interruttivo produrrà l'inizio di un nuovo termine di prescrizione con decorso dal giorno di cessazione dell'effetto sospensivo.

In dottrina si discute inoltre circa la natura tassativa o meno dei casi di sospensione previsti dalla legge.

L'orientamento dominante⁶⁷, concordemente alla giurisprudenza⁶⁸, sostiene l'eccezionalità e dunque la tassatività delle ipotesi di sospensione della prescrizione, fondando il proprio convincimento sul fatto che, trattandosi di speciali giustificazioni di fatto, sono affatto insuscettibili di estensione analogica.

Minoritaria ed ormai isolata l'opinione che nega la tassatività della sospensione argomentando dall'esistenza di altre fattispecie sospensive eteronome rispetto a quelle di cui agli artt 2941 e 2942 c.c.⁶⁹

65 Così, secondo: Roselli-Vitucci, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato dir. Priv.* Diretto da P. Rescigno, II,1985, pag412, Torino.

66 P.De Lise- L.Cossu, "Mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale-Tutela giurisdizionale dei diritti-Prescrizione e decadenza, in *Commentario al codice civile* di V. De Martino, Roma, 1981, pag. 466. In giurisprudenza: App. Trieste 16 marzo 1961, DPA, 1961,269; App. Bari 23 gennaio 1976, in *Giur. it.* 1976, I, 2, 717.

67 P.Vitucci, voce *Prescrizione*,cit., p. 11.

68 In tal senso le seguenti pronunce: Corte Cost. 3 dicembre 1987, n. 458, in *Giur. Cost.*, 1987, I, 3021;Cass 4 ottobre 1996, n. 8716, in *Rep.Foro.It.*, 1996, Fallimento, n.367; Cass 13 dicembre 1995, n. 12754, in *Rep. ForoI t.*1996, voce *Prescrizione de decadenza*, n. 52; Cass. 28 settembre 1994, n. 7898, in *Rep.ForoIt*,1995, voce *Prescrizione e decadenza*, n.40; Cass.Sez.Un. n. 575 2003, in *NuovaGiur.Civ.Comm.*, 04, I, p.177

69 G.Panza, *Prescrizione e decadenza*, in *Digesto delle discipline privatistiche-Sez. Civile*, XIV,Torino, 1996, p.234. L'orientamento dell'Autore è ritenuto assolutamente non condivisibile da A.Iannaccone, *La Prescrizione*, in *Il cod. civ. Commentato*, P.Schlesinger (diretto da), 1999, p.20, sostenendo infatti che, per quanto sia indubbia l'esistenza di altre disposizioni di legge che vanno ad aggiungere altre cause sospensive a

Il legislatore civile, al di fuori della ipotesi previste negli articoli in commento, disciplina infatti in altri luoghi l'istituto della sospensione; basti pensare all'ipotesi di cui all'art 2952 c.c. per i diritti derivanti da contratto di assicurazione o all'art 168 della legge fallimentare, che prevede la sospensione della prescrizione per il tempo intercorrente fra la presentazione del ricorso di ammissione al concordato preventivo e la sentenza di omologazione.

Ciò tuttavia sembra doversi sempre considerare quale sintomo della tipicità legale che l'ordinamento intende assicurare con riferimento alle ipotesi di sospensione, scongiurando pertanto possibili applicazioni analogiche.

9.2 Le ipotesi di sospensione

Le specifiche ipotesi di sospensione risultanti dagli artt. 2941 e 2942 c.c. risultano raggruppabili in due distinte categorie, a seconda che si fondino su particolari e specifici rapporti fra le parti (titolare del diritto e soggetto contro cui il diritto dovrebbe esser fatto valere) o siano invece strettamente dipendenti dalla particolare condizione di impossibilità del titolare del diritto.

Prendendo in considerazione l'art.2941, troviamo in esso contenuta l'elencazione di ben otto ipotesi di sospensione, di cui le prime sei si configurano come bilaterali, in quanto l'effetto sospensivo può andare a vantaggio di entrambe le parti del rapporto; diversamente le ultime due ipotesi, riferite all'azione di responsabilità contro gli amministratori della persona giuridica e al doloso occultamento del debito, prevedono la realizzazione dell'effetto sospensivo a vantaggio di una sola delle parti.

Si configurano dunque quali cause di sospensione della prescrizione: lo stato di coniugio; la cura (legale o giudiziale) di un interessato altrui, sia nei rapporti che vedono una delle parti incapace di agire (escluso il caso dell'incapace naturale⁷⁰), sia nelle ipotesi di amministrazione di beni altrui(essa opera pertanto per gli immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, per i curatori di eredità giacenti, per gli amministratori giudiziali nominati dal tribunale nei casi di gravi irregolarità nel funzionamento delle

quelle degli artt.2941 e 2942 c.c. , ciò non valga ad escluderne la tipicità legale che, anzi, “ trova conferma nella loro speciale e rinnovata previsione da parte del legislatore”.

⁷⁰ Così è stato espressamente sancito con la seguente pronuncia: Cass. 6 maggio 1975, n. 1751, Foro It., 1976, I, 153.

società per azioni⁷¹); il rapporto tra l'erede e l'eredità accettata col beneficio dell'inventario , per il periodo di tempo che intercorre tra l'accettazione e la liquidazione del patrimonio.

Ma le principali innovazioni apportate dal legislatore del '42 in tema di sospensione del termine prescrizione sono riferite ai casi di sospensione unilaterale (art.2941 n.7 e 8 , c.c.), in favore della sola persona giuridica ,ai fini dell'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori⁷² e in favore favore del creditore nel caso di doloso occultamento del debito da parte del debitore. In tale ultima ipotesi la prescrizione rimane sospesa fino alla semplice scoperta del dolo da parte del creditore, senza che sia necessario alcun accertamento giudiziario relativamente all'occultamento.

Diversamente dalle cause di sospensione di cui all'art 2941 c.c., fondate su particolari rapporti tra le parti e operative limitatamente ai diritti di queste, le cause previste dall'art.2942 c.c. dipendono, invece, da una particolare condizione in cui versa il titolare del diritto ed operano *erga omnes*, investendo ogni diritto del soggetto.

La fattispecie di cui al n. 1) fa riferimento al minore non emancipato e gli interdetti , per i quali la sospensione opera finché siano privi di tutela, e fino a sei mesi dopo la nomina del tutore; Il n.2) prende invece in considerazione l'eventualità di circostanze belliche, nel corso delle quali rimangono sospesi i diritti di militari in servizio e del personale ad essi equiparato.

Si tratta, pertanto di ipotesi con cui il legislatore ha cercato di offrire empiricamente tutela a soggetti che non potrebbero provvedere affatto, o comunque, non con la necessaria efficacia, alla tutela dei propri interessi.

10. L'interruzione della prescrizione.

Nell'analizzare l'istituto della interruzione, innegabile è il riscontro di una diversità di fondamento rispetto alla sospensione. Se quest'ultima si caratterizza per una situazione di inerzia del titolare, che viene però ad esser giustificata, nella interruzione l'inerzia viene invece a mancare o perché il diritto è stato esercitato o perché è stato riconosciuto dall'altra

71 G.Azzariti-G.Scarpello, op. cit. , p. 248

72 A.Iannaccone, "La Prescrizione" , in *Il Codice Civile-Commentario*, P. Schlesinger (diretto da),Milano, 1999, pag 27 considera l'ipotesi di cui al n. 7) quale specificazione derogatoria rispetto al n. 6) dell'art 2941 c.c. dove si dispone, invece, la sospensione bilaterale per il caso di amministrazione legale o giudiziale di beni altrui , escludendo così implicitamente la fonte negoziale.

parte.⁷³

Ciò implica che, l'interruzione, facendo venir meno l'inerzia, toglie ogni rilevanza al periodo prescrizione eventualmente già trascorso: dal verificarsi del fatto interruttivo decorrerà un nuovo periodo di prescrizione (art.2945 c.c.).

Inoltre, mentre la sospensione funziona *ope legis*, cioè anche nell'inerzia o nell'ignoranza del beneficiario, le cause di interruzione richiedono sempre l'intervento attuale del soggetto, sia questi il titolare del diritto, o, nell'ipotesi di riconoscimento del diritto, lo stesso interessato alla sua estinzione⁷⁴.

Dottrina e giurisprudenza⁷⁵ concordano nel ritenere che le ipotesi interruttive siano, non solo di portata generale e pertanto riferibili ad ogni tipo di prescrizione, (comprese quelle brevi o previste da leggi speciali), ma soprattutto tassative e pertanto insuscettibili di applicazione in via analogica⁷⁶.

Le cause interruttive, ad ogni modo, da chiunque siano esercitate (titolare o terzo beneficiario dell'estinzione), si configurano come atti particolari, compiuti in sostituzione del normale esercizio del diritto.

A questo proposito, mentre una parte della dottrina⁷⁷ ha riconosciuto all'esercizio del diritto la natura di causa naturale di interruzione della prescrizione, altra dottrina⁷⁸ ha contestato tale visione prospettando una diversità di cause nonostante un'apparente analogia di effetti tra esercizio del diritto e cause di interruzione.

Si è infatti sostenuto che, l'atto di esercizio del diritto presuppone una situazione di normale vitalità del diritto, al contrario, il mezzo sostitutivo richiede una situazione in via di logoramento che possa implicare effetti distruttivi, onde evitare i quali appare opportuno un atto difensivo del titolare o un intervento del soggetto che abbia interesse al compimento della prescrizione.

Dunque le cause di interruzione si configurano, secondo tale prospettiva come atti necessari all'arresto di un processo degenerativo che rischia di compromettere l'esistenza stessa del diritto.

Dal canto loro, quanti hanno riconosciuto all'esercizio del diritto la funzione di causa interruttiva naturale, lo hanno fatto soprattutto con l'intento di riconoscere una precisa

73 A.Torrente-P.Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 2007, p.211

74 R.Ferrucci, *Prescrizione estintiva (diritto civile)*, in *Noviss.DI*, XIII, Torino, 1966, p.650.

75 Cass.24 novembre 1980, n.6244, *Rep.Giust.Civ.*,1980, *Prescrizione e decadenza in materia civile*, n.41; Cass. 29 maggio 1998, n.5302, in *RepForoIt.*, 1998,*Prescrizione e decadenza*, n.85

76 Cass., Sez III, 16 gennaio 2006, n.726, in *Rep.ForoIt.*, 2006, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 44.

77 G. Azzariti-G.Scarpello, *Della prescrizione e della decadenza*, in A.Scialoja- G.Branca (a cura di) *Comm.Cod.Civ.,Tutela dei diritti*, Bologna-Roma, 1964, p. 264

78 R.Ferrucci, *op.cit.*, p.650

causa interruttiva alla categoria dei diritti reali *in re aliena*.

Esercitabili con il solo fatto materiale del titolare, senza bisogno della cooperazione di un altro soggetto, consentirebbero la configurazione di una situazione di interruzione del corso prescrizione solo per effetto dei normali atti di esercizio del diritto.

Ma anche tale giustificazione è stata oggetto di critiche⁷⁹, ritenendosi infatti che, dal momento che gli *iura in re aliena* prevedono un *facere* in contrapposizione ad *un pati* del proprietario, rendono possibile e necessario l'esercizio di atti interruttivi solo nel caso in cui sia intervenuto un ostacolo all'esercizio del diritto, ci si trovi cioè in presenza di un dato patologico del rapporto obbligatorio, consistente nel mancato adempimento da parte dell'obbligato .

10.1. Interruzione giudiziale e stragiudiziale

Gli atti interruttivi posti in essere dal titolare del diritto possono avere natura giudiziale o stragiudiziale (art 2943 c.c.).

Nel primo caso la prescrizione risulterà interrotta per effetto della notificazione dell'atto con cui si instaura un giudizio di cognizione (atto di citazione o ricorso), ovvero conservativo o esecutivo.

La domanda giudiziale per poter esplicare effetto interruttivo dovrà esser proposta dal titolare del diritto della cui prescrizione si tratta, deve aver ad oggetto la tutela di quel diritto e deve esser proposta nei confronti del soggetto passivo del diritto stesso.

L'espressione “domanda giudiziale” deve inoltre esser intesa in senso non strettamente formale, potendosi pertanto riferire anche ad ogni pretesa avanzata, in qualunque forma, dinanzi al giudice da parte del titolare del diritto⁸⁰.

L'interruzione stragiudiziale si realizza invece, a norma dell'art 2943, co 3, c.c., attraverso l'atto di costituzione in mora.

Si tratta dell'atto di cui all'art.1219 c.c., atto scritto, ma senza peculiarità di forma, con cui il creditore manifesti al debitore la volontà di ottenere il soddisfacimento del proprio

79 R.Ferrucci, *op.cit*, p.650

80 F.Roselli e P.Vitucci, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P.Rescigno, II, Torino, 1998, p.535.

diritto⁸¹.

A differenza della domanda giudiziale che dispiega la sua efficacia interruttiva in relazione a qualunque diritto soggettivo, la costituzione in mora può esplicare la sua efficacia limitatamente ai diritti di obbligazione, restandone esclusi sia i diritti reali che quelli potestativi: ciò perché postula l'esistenza di un debitore cui il creditore si rivolga per l'adempimento.

Infine, a norma dell'art.2944 c.c. viene riconosciuta efficacia interruttiva al riconoscimento del diritto da parte di colui contro il quale si dovrebbe far valere il diritto.

Si tratta di un atto non formale, a cui parte della dottrina ha riconosciuto la natura di vero e proprio negozio giuridico⁸², anche se sembra doversi escludere in virtù di un carattere unilaterale e non bilaterale dell'atto di riconoscimento⁸³.

L'atto di riconoscimento non necessariamente deve esser rappresentato da una dichiarazione esplicita, potendosi infatti configurare anche come un qualsivoglia fatto che manifesti la consapevolezza dell'esistenza del diritto quindi del proprio debito e riveli il caratteri della volontarietà.⁸⁴

11. Prescrizione ordinaria e prescrizioni brevi

Il termine di prescrizione ordinario, precedentemente stabilito in trenta anni, è stato ridotto ad un terzo dall'art 2946 del c.c. del 1942.

Il termine decennale⁸⁵ si applica a tutti i diritti per i quali la legge non disponga diversamente.

Il legislatore fissa, infatti, termini più lunghi, in relazione alla particolare natura di determinati diritti, quali gli *iura in re aliena* o l'ipoteca, ma anche termini più brevi che trovano la loro disciplina non solo nel Capo del Codice dedicato alla prescrizione, ma anche in altre disposizioni, oltre che dello stesso Codice, anche del Codice della Navigazione (prescrizione biennale per i crediti dei naviganti) e di diverse leggi ordinarie. È quinquennale il termine per i diritti alle annualità di rendite o di pensioni alimentari

81 Cass, Sez II, 4 maggio 2006, n.10270, in *Rep.ForoIt.*, 2006, voce *Prescrizione e decadenza*, n.60

82 G.Azzariti e G.Scarpello, *op cit.*, p.266

83 R.Ferrucci, *op. cit.*, p.651.

84 Cass. 18 novembre 1998, n.11637, in *Rep.ForoIt.*, 1998, voce *Prescrizione e decadenza*, n.92; Cass. 1 giugno 1991, n.6203, in *Rep.Giust.Civ.*, 1991, *Prescrizione e decadenza in materia civile*, n.7.

85 Cass. 25 luglio 2000, n.9727, in *Giust.Civ.*, 2001, I, p. 188

ovvero per il corrispettivo di locazioni ovvero ancora per gli interessi e tutto ciò che deve corrispondersi ad anno o in termini più brevi, nonché per le indennità spettanti per la cessazione del rapporto di lavoro (art.2948 c.c.) .

Anche il diritto al risarcimento del danno da illecito extracontrattuale si prescrive in cinque anni (art.2947, co.1, c.c.), o, se prodotto dalla circolazione di veicoli di ogni genere, in due anni.

Nel caso in cui l'atto illecito sia considerato dalla legge come reato, il diritto si prescrive (art 2947, co.3 c.c.) nel termine di prescrizione del reato, se superiore a cinque anni, ovvero in un quinquennio, se inferiore; il termine dell'azione civile decorre dalla data di consumazione del reato e non assumono alcun rilievo le eventuali cause di interruzione o sospensione della prescrizione relative al reato, essendo ontologicamente diversi l'illecito penale e quello civile⁸⁶.

Qualora il reato dovesse esser perseguibile a querela, e questa non sia stata proposta , si applicherà la prescrizione biennale ex art. 2947, con decorrenza dalla scadenza del termine previsto per la presentazione della querela.⁸⁷

Se il reato si è estinto per causa diversa dalla prescrizione (per es. amnistia o morte) o nel caso in cui nel giudizio penale sia intervenuta sentenza irrevocabile, il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque o due anni dalla data di estinzione del reato o dalla irrevocabilità della sentenza.

Tra le prescrizioni brevi ne esistono anche di annuali: in materia di trasporto, spedizione , mediazione⁸⁸ e in materia di assicurazione (artt. 2959, 2951, 2052 c.c.).

Di particolare rilievo è, per i casi di prescrizione breve, la disposizione contenuta nell'art. 2953 c.c., in base alla quale sono comunque da sottoporre a prescrizione decennale i diritti per i quali si prevede prescrizione più breve, se, riguardo ad essi sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato, dal momento che l'esecuzione segue il normale termine decennale.

Sul piano processuale notiamo è possibile notare l'esistenza di azioni imprescrittibili (azione di nullità ex art 1422 c.c., azione di petizione di eredità ex art 533, co.2, c.c.), azioni prescrivibili in un quinquennio (azione di annullamento ex art 1442 c.c.) o in un anno (azione di rescissione ex art 1449 c.c.) .

Più in generale, le azioni di accertamento negativo sono imprescrittibili, poiché volte a far

86 Cass. 29 marzo 1990, n. 2585, in *Rep.ForoIt* 1990, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 11

87 Cass.Sez.Un. 10 aprile 2002, n. 5121, in *Foro it*, 2002, I, 2402

88 Cass. 13 novembre 2002, n. 15936, in *Giust. civ*, 2003, I, 2442; Corte Cost. 30 marzo 1995, n. 365, in *Giust. Civ.* 1995, I, 2612.

valere l'inesistenza o l'inefficacia di un rapporto, presentano una propria legittimità, non collegata ad un diritto dell'attore in giudizio; diversamente le azioni di accertamento positivo, per esempio aventi ad oggetto il riconoscimento di una certa qualifica superiore o anzianità di servizio, perdurano finché è in vita il diritto cui facciano riferimento e che sia cioè da accertare.

12. Prescrizioni presuntive: caratteristiche generali

Gli artt 2954-2961 c.c. si occupano della disciplina delle prescrizione presuntive, diverse dalle prescrizioni brevi in quanto non comportano l'estinzione del diritto, ma fanno semplicemente presumere che si sia verificato un evento estintivo del debito.

Trattasi di presunzione legale, *iuris tantum*⁸⁹, operante anche qualora il debitore affermi di aver estinto l'obbligazione con strumenti diversi dal pagamento, quali la delegazione accettata dallo stesso debitore, la compensazione, la *datio in solutum*, la remissione.

La terminologia adottata dal legislatore è apparsa impropria a gran parte della dottrina, secondo la quale sarebbe stato meglio denominare l'istituto: "estinzione presuntiva", in quanto oggetto della presunzione non è certamente la prescrizione, bensì il pagamento (e tutte le cause estintive del rapporto obbligatorio ad esso equiparabili).

La prescrizione presuntiva costituisce un ibrido organismo⁹⁰, nel quale si mescolano i due elementi della prescrizione e della presunzione con prevalenza ora dell'uno ora dell'altro.

Ancorché fondata su una presunzione, la prescrizione presuntiva è cosa ben diversa dalla presunzione stessa e, a differenza di questa, non è un mezzo di prova, ma va ad incidere direttamente sul diritto sostanziale, limitandone la protezione giuridica.

Il che implica una maggiore vicinanza alla prescrizione ordinaria, anche se evidenti sono le diversità sostanziali e funzionali della prescrizione presuntiva rispetto a quella propriamente detta⁹¹; da ciò un netto contrasto tra dottrina e giurisprudenza quanto alla

89 Evidenziando la singolare natura di tale presunzione, parte della dottrina, anziché di presunzione *iuris tantum*, preferisce parlare di prescrizione mista, considerate le rilevanti limitazioni relative alla prova contraria, che in definitiva si riduce al deferimento del giuramento e all'ammissione giudiziale. Questa tesi sostenuta da B.Grasso, voce *Prescrizione (dir.priv.)*, in *Enc. Del dir.*, XXXV, Varese, 1986, p.74.

90 E.Minervini, *La prescrizione*, in *Il codice civ. Comm.*, diretto da P.Schlesinger, Milano, 1999. p315, riportando un'espressione di G.Pugliese.

91 A.Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, cit., pag. 62. Di "Sostanziale diversità teleologica e quindi anche funzionale" parla S.Centofanti, "*Prescrizione e lavoro subordinato*", Perugia, 1987, pag. 173.

possibilità di concorso tra le due figure: categoricamente esclusa dalla giurisprudenza⁹² (in quanto la prescrizione presuntiva mira ad impedire che si paghi una seconda volta, mentre la prescrizione ordinaria viene eccepita per non adempiere all'obbligazione); sostenuta dalla dottrina⁹³, in quanto proprio la differenza tra le due figure, fa sì che decorrano contemporaneamente subendo le stesse vicende in relazione alla sospensione ed alla interruzione e nel caso in cui per una qualche causa la prescrizione presuntiva non possa operare, si potrà sempre far valere quella estintiva.

In realtà la prescrizione presuntiva presenta con quella ordinaria almeno due punti in comune: a) il fatto di essere ricollegata, nel suo effetto giuridico, al decorso del tempo; b) l'esser disciplinata, in linea di massima, e salve le norme specifiche che la regolano, dalle norme sulla prescrizione ordinaria, sempre che queste non contrastino con le sue caratteristiche.

Sebbene la più autorevole dottrina⁹⁴ concordi nel ritenere tassativa l'indicazione dei rapporti obbligati soggetti a prescrizione presuntiva, fortemente discusso è invece l'elemento dell'"oralità" quale presupposto essenziale della prescrizione, nel senso che questa troverebbe il suo fondamento esclusivamente nella particolarità di alcune obbligazioni della vita quotidiana, dove si suole soddisfare il debito prontamente e senza formalità scritte.

Parte della dottrina⁹⁵, invocando il brocardo *ubi lex voluit dixit*, sostiene che la disciplina sulle prescrizioni presuntive sia applicabile anche quando il credito è provato da documentazione: se il legislatore avesse voluto accogliere la tesi della necessaria oralità del debito, lo avrebbe sancito espressamente.

Diversamente altra dottrina, argomentando dalla formulazione dell'art 2141 del Codice Civile del 1865 che statuiva l'interruzione della prescrizione presuntiva nel caso di riconoscimento del debito prescritto, rileva come la forma documentale delle obbligazioni non sia stata affatto presa in considerazione dal legislatore del 1942 e dunque la disciplina in oggetto sia da applicarsi esclusivamente a rapporti caratterizzantesi per il tratto della "oralità" del debito; ad avvalorare tale orientamento, i numerosi interventi della Corte di

92 Cass. 9 gennaio 1967, n. 88, in *Rep.ForoIt.*, 1967, n.87; Cass. 5 dicembre 1985, n. 6120, in *Rep.ForoIt.*, 1985, voce *Prescrizione e decadenza*, n.113; Cass., Sez II, 18 maggio 2001, n. 6850, in *Rep.ForoIt.*, 2001, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 113.

93 B.Grasso, *Prescrizione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Varese,1986. In senso contrario G. Azzariti-G. Scarpello, op.cit., pag286.

94 A. Oregno, *Le prescrizioni presuntive e i crediti del prestatore di lavoro*, Milano, 1968, p.17.; A.Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, p. 63.

95 E. Minervini, *La prescrizione*, in *Il codice civile. Commentario*, P. Schlesinger (diretto da), 1999, pag. 317; Miranda, *Le prescrizioni presuntive nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2001, pag. 5.

Cassazione, che ha sostenuto che la prescrizione presuntiva non possa operare quando il rapporto di credito è provato da atto scritto o meglio, scaturisce da un contratto stipulato per iscritto in cui si sia pattuito il differimento

o la rateizzazione del pagamento⁹⁶.

Ad ogni modo, benché la necessaria oralità del debito non sia espressamente contemplata dal legislatore per l'applicabilità della presunzione presuntiva, sembra doversi sostenere che esse trovano il loro fondamento nella peculiarità di rapporti della vita quotidiana che danno luogo a debiti (solitamente pecuniari) da estinguersi contestualmente all'esecuzione della controprestazione o comunque in termini molto brevi e senza rilascio di alcuna quietanza.

12.1 Regime giuridico delle prescrizioni presuntive

Alla prescrizione presuntiva si applicano, in quanto non derogate dalle norme particolari (artt. 2957, 2958, 2959 e 2960 c.c.), dipendenti dalle sue specifiche caratteristiche, tutte le regole di carattere generale che il legislatore ha dettato in tema di prescrizione propriamente detta.

Certamente inapplicabile è l'art 2934 dal momento che solo i diritti tassativamente indicati dal legislatore sono assoggettati alla prescrizione presuntiva in ipotesi di inerzia del titolare.

Quanto all'operatività della prescrizione presuntiva è sicuramente pacifico che il giudice non possa rilevarla d'ufficio.

Rilevano, pertanto la statuizioni degli artt 2937 e 2938 c.c. e, in mancanza di una espressa previsione che riservi l'opposizione di tale prescrizione al solo debitore, trova altresì applicazione l'art. 2939.

I terzi interessati, creditori o no (ad esempio il fideiussore), sono legittimati ad opporre la prescrizione presuntiva nelle ipotesi di mancata opposizione nonché di rinuncia da parte del debitore alla prescrizione presuntiva⁹⁷.

L'eccezione di prescrizione presuntiva non opera incondizionatamente, sia perché il

96 Cass. 13 giugno 1997, n. 5356, in *Rep. Foro It.* 1997; Cass., Sez II, 3 febbraio 1995, n. 1304, in *Rep. Foro It.* 1995, voce *Prescrizione e decadenza*, n.83;

97 Cass. 16 novembre 1971, n. 3284, in *Giust. Civ.* 1972, I, 36; Trib. Roma 11 maggio 1963, in *Foro it.*, 1964, I, 1498.

creditore può deferire giuramento, sia perché, indipendentemente e prima ancora di tale attività del creditore, il giudice è tenuto a rigettare l'eccezione se l'opponente ha “comunque ammesso in giudizio” l'avvenuta estinzione dell'obbligazione.

Il termine “ammissioni” adoperato dal legislatore è da intendersi in senso lato ed atecnico, realizzandosi quando, con una dichiarazione espressa o tacita (derivante dal comportamento processuale), il debitore fornisce, volontariamente o no, la prova che la presunzione di estinzione posta dalla legge è invece contraddetta dalla realtà.

Le ammissioni possono esser compiute tanto dalla parte quanto dal suo difensore. Nel primo caso, dottrina⁹⁸ e giurisprudenza⁹⁹ sono solite parlare di confessioni giudiziali spontanee.

Del pari, è incompatibile con la prescrizione presuntiva la contestazione dell'ammontare del credito, come nel caso in cui si sostenga di aver estinto un'obbligazione mediante il pagamento di una somma di importo inferiore rispetto a quella per cui si controverte, negando così parzialmente l'originaria esistenza del credito¹⁰⁰.

Quando il creditore non possa avvalersi della disposizione di cui all'art. 2959 c.c. o il debitore non abbia rinunciato alla prescrizione, l'unico mezzo per vincere la presunzione di prescrizione è il giuramento decisorio.

Mentre il debitore, eccependo la prescrizione presuntiva dovrà limitarsi a dimostrare il decorso del termine previsto dalla legge, il creditore, dovrà invece dimostrare che il suo diritto non è stato soddisfatto.

Tale prova gli è data solo attraverso lo strumento del giuramento decisorio, deferibile solo dalla parte e mai dal giudice, limitandosi quest'ultimo ad accertare che il giuramento sia stato effettivamente prestato.

L'oggetto del giuramento è fissato dalla stessa formula dell'art. 2060 c.c. : “se si è verificata l'estinzione del debito”. Pertanto, il debitore non può esser chiamato a giurare su una formula che specifichi una particolare modalità di estinzione¹⁰¹.

Il giuramento acquista carattere diverso a seconda dei soggetti cui venga deferito: trattandosi del debitore originario, si parlerà di giuramento *de veritate*, avente cioè per oggetto la verità del fatto di cui si controverte.

Nel caso in cui invece il giuramento sia deferito al coniuge del superstite, agli eredi, ai

98 Cfr. ad esempio A. Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, pag 198; V. Roppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 2008, pag 133.

99 Cass. 29 gennaio 1983, n. 828, in *Rep. Foro It.*, 1983, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 143.

100 Cass. Civ. SezII, 7 aprile 2005, n.7277, in *Nuova Giur.civ.comm.*, 2006, vol I, p. 402

101 Roselli – P.Vitucci, *La prescrizione e la decadenza*, cit., 1998, pag. 587.

loro rappresentanti legali, si parlerà di giuramento *de scientia*; tali soggetti sono chiamati a giurare esclusivamente della conoscenza o mancata conoscenza dell'estinzione del debito.

Parte della dottrina ¹⁰² ritiene l'elencazione contenuta nell'art. 2960, 2° comma, c.c., non tassativa, per cui tale norma può esser applicata a tutti i soggetti diversi dal debitore che abbiano interesse ad eccepire la prescrizione presuntiva .

I soggetti possono anche ignorare se il debito sia stato estinto: nel giuramento *de scientia* la dichiarazione di ignorare i fatti non comporta rifiuto di giurare, bensì giuramento in senso negativo, per cui la lite va decisa in senso favorevole al giurante. Ciò contrariamente a quanto accade per il giuramento *de veritate*, in cui un'eventuale simile dichiarazione verrebbe rilevata come rifiuto di prestare giuramento.

Trovano, infine, sicura applicazione le norme di cui agli artt 2941 e 2942 c.c. in tema di sospensione della prescrizione, nonché la disciplina dell'interruzione prevista dagli artt.2943-2945 c.c. ed in tema di decorrenza della prescrizione presuntiva l'art. 2957 c.c., primo comma, pone una norma di carattere generale ispirata al principio consacrato nell'art. 2935 c.c.; prevedendosi, infatti, che il termine della prescrizione presuntiva inizi a decorrere dalla scadenza della retribuzione periodica o dal compimento della prestazione cioè dal giorno in cui il diritto può esser fatto valere.

Il secondo comma dell'art. 2957 c.c. detta, tuttavia, una disposizione speciale: per quanto concerne le competenze degli avvocati e dei procuratori legali si stabilisce che il termine di prescrizione decorra dalla decisione della lite, dalla conciliazione delle parti o dalla revoca del mandato.

Quanto alla durata del termine di prescrizione presuntiva, è possibile distinguere:

- 1) ipotesi di prescrizione semestrale (art 2954 c.c.) in riferimento ai diritti di credito di osti , albergatori e di coloro che, senza il requisito della professionalità, offrano alloggio con o senza pensione;
- 2) ipotesi di prescrizione annuale (art.2955 c.c.) per le retribuzioni di insegnanti privati che svolgano attività per un periodo inferiore al mese, per le retribuzioni dei lavoratori subordinati¹⁰³ che si debbano loro corrispondere a periodo inferiore al mese, nonché

102 Tale è l'orientamento di Roselli-P.Vitucci, *La prescrizione e la decadenza*, cit., 1998, p. 473; A. Maresca, *La tutela dei crediti di lavoro*, cit., p. 529; E.Minervini, *La prescrizione*, cit., p. 382. In particolar modo secondo A.Maresca e E.Minervini il carattere tassativo dell'elenco di cui all'art. 2960 c.c. porterebbe a conseguenze inaccettabili, comportando l'impossibilità per gli altri soggetti interessati di sottostare al giuramento *de scientia*, con conseguente trasformazione della prescrizione presuntiva in prescrizione estintiva.

103 La previsione di cui all'art 2955 , n.2, c.c. , rileva, insieme a quella di cui all'art. 2956, n.1, c.c. , in

per i compensi ufficiali giudiziari ed i diritti di credito di commercianti e farmacisti per attività di vendita effettuata nei confronti di privati consumatori.

- 3) Ipotesi di prescrizione triennale (art. 2956 c.c.) per retribuzioni dei prestatori di lavoro che siano corrisposte a periodi superiori al mese di tempo, compensi di professionisti e notai ed infine per i diritti di credito di insegnanti privati che abbiano impartito lezioni per un periodo superiore al mese.

13. La Decadenza: nozione e fondamento. Il rapporto con la prescrizione

Finalizzata alla realizzazione della certezza dei rapporti giuridici, la decadenza, al pari della prescrizione prevede l'estinzione di una situazione giuridica di vantaggio, dovuta al mancato esercizio della stessa entro un certo termine.

Da quando nel 1942 per la prima volta fu inserita nel codice civile la sua disciplina (artt. 2964-2969 c.c.), molteplici si sono succeduti gli orientamenti dottrinari, nel tentativo di offrire una chiara identificazione della decadenza soprattutto nel rapporto con la prescrizione.

In un primo momento ci fu chi sostenne l'irragionevolezza di una contrapposizione tra i due istituti, essendo questi caratterizzati da una identità non solo di causa (l'inerzia), ma anche di effetto (perdita della posizione giuridica) ¹⁰⁴.

Diversamente, altre posizioni teoriche hanno sostenuto la necessità di operare un preciso distinguo riferendosi per esempio alla diversità di situazioni giuridiche colpite: se la prescrizione determina l'estinzione di un diritto soggettivo, la decadenza provoca l'estinzione di un potere. ¹⁰⁵

Sulla base di un criterio distintivo teleologico-formale, ossia relativo alla mera efficacia giuridica, c'è chi ha ritenuto che, mentre alla prescrizione si ricollega l'estinzione di un diritto già acquisito, la decadenza, invece, ne impedirebbe l'acquisto. ¹⁰⁶

In contrapposizione a quest'ultimo orientamento c'è chi invece ha rilevato che nel solo caso della decadenza, l'inerzia è sanzionata con la perdita del diritto, viceversa, il diritto

quanto oggetto di pronuncia di incostituzionalità (Corte Cost, 10 giugno 1966, n.63) per il mancato differimento del decorso della prescrizione al momento della cessazione del rapporto di lavoro

104 È questa la tesi di P. Saraceno, *Della decadenza*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1943, p.1032, riportata da G.Alpa in *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2008, p.1203.

105 S.Romano, *Decadenza*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p.46

106 A.Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p.244

prescritto non si estingue ma perde soltanto la sua forza.¹⁰⁷

Infine, un criterio teleologico-sostanziale, distintivo delle finalità dei due istituti riconosce l'esigenza di garantire la stabilità dei rapporti giuridici e di una certa celerità nel compimento di determinati atti, rispettivamente per prescrizione e decadenza. Pertanto se nella prescrizione il trascorrere del tempo determina l'estinzione del diritto per la negligenza, vera o presunta del soggetto che trascura di esercitarlo, abbandonandolo; nella decadenza, il decorso del tempo, quindi, la mancata tempestività nel compimento dell'atto, in difetto del quale l'esercizio del diritto è definitivamente precluso, rileva in via obiettiva, senza alcuna considerazione alla situazione soggettiva del titolare¹⁰⁸.

Sostanzialmente conforme a quest'ultima impostazione, è apparso nel corso del tempo l'orientamento della giurisprudenza, specie della Suprema Corte. Quest'ultima ha pertanto osservato che, nello stabilire in concreto se un termine legislativamente posto, sia di prescrizione o decadenza bisogna non soltanto far riferimento alla espressa definizione della legge, ma anche e soprattutto alla finalità che essa persegue: nella prescrizione, quella di ritenere abbandonato il diritto per via dell'inerzia protrattasi nel tempo e, nella decadenza, la necessità di compimento di un atto entro un certo tempo (a prescindere dalle circostanze soggettive od obiettive che abbiano determinato l'inutile decorso del tempo)¹⁰⁹. Nello stesso ordine di idee la Suprema Corte si è successivamente espressa¹¹⁰ affermando, in via generale, la irrilevanza della non esplicita qualificazione come di decadenza del termine legale o convenzionale imposto per il compimento di un atto, in quanto la lettura decadenziale del termine può risultare anche implicitamente, purché in modo chiaro ed univoco con riferimento allo scopo perseguito e alla funzione che il termine è destinato ad assolvere.

107 F.Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p.117

108 A.Torrente, *Manuale di diritto privato*, 18° ed., a cura di P.Schlesinger, Milano, 2007, p.215.

109 Cass.SS.UU., 21 agosto 1972, n.2690, in *Giust. Civ.*, 1972, I, 1930, con orientamento conforme a precedenti pronunce: Cass.civ. 12 giugno 1963, n. 1568, in *Rass.Avv.Stato*, 1963, 193; Cass.civ. 2 settembre 1970, n. 1401, in *Foro. it.*, 1971, I, 1328

110 Cass. civ. 27 febbraio 1975, n. 789, in *Mass. Giust.civ.*, 1975, 360; Cass. civ. 9 febbraio 1979, n. 896, in *Mass. Giust. Civ.*, 1979, 391; Cass. Civ. 8 gennaio 1981, n. 187, in *Mass.Giust.civ.*, 1981, 68.

13.1 La disciplina della decadenza

La disciplina dettata dal legislatore in materia di decadenza esclude, a norma dell'art 2964 c.c., l'applicabilità delle norme previste in tema di interruzione della prescrizione.

Del resto parlare di interruzione della decadenza non ha alcun senso: il compimento di un atto determina l'esercizio del diritto e dunque il venire meno della ragion d'essere del termine decadenziale.¹¹¹

Non si applicano neppure le norme relative alla sospensione della prescrizione, salvo che sia diversamente disposto. Operano, infatti, quali deroghe al principio suesposto le norme contenute negli artt. 245 e 489 c.c. che rispettivamente prevedono la sospensione del termine decadenziale per proporre l'azione di disconoscimento della paternità, per il tempo in cui perduri una situazione di interdizione del soggetto, e nell'altro caso si esclude per minori, interdetti ed inabilitati, la decadenza dal beneficio dell'inventario fino ad un anno dal raggiungimento della maggiore età o dalla cessazione dello stato di interdizione o inabilitazione.

A parte ciò, sembra doversi riconoscere l'applicabilità in via analogica delle norme previste per la prescrizione.

È ad esempio applicabile la norma di cui all'art 2963,co.3, c.c. in base alla quale l'eventuale scadenza del termine in un giorno festivo deve esser prorogata al successivo giorno non festivo.¹¹²

Si applicano inoltre, per espressa previsione dell'art 2967 c.c. , le disposizioni sulla prescrizione nel caso in cui, a norma dell'art 2966 c.c., la decadenza sia stata impedita per esercizio del diritto o, trattandosi di termine decadenziale convenzionale in materia di diritti disponibili, dal riconoscimento del diritto ad opera della persona contro la quale il diritto stesso dovrebbe farsi valere.

La decadenza è rilevata su eccezione di parte, ma può esserlo anche d'ufficio (art.2969 c.c.), ogniqualvolta sia stabilita dalla legge in materia sottratta alla disponibilità delle parti, come ad esempio quella tributaria e dunque non solo per i diritti indisponibili¹¹³ .

Qualora la decadenza non sia stata fatta valere dalle parti, potrà comunque esser opposta da creditori o da chiunque vi abbia interessa (come previsto per la prescrizione, art. 2939 c.c.) .

111 G.E.Napoli, *Decadenza*, in *Il Diritto- Enc.giur. Il sole 24 ore*, Milano, 2007

112 Cass. 13 agosto 2004,n.15832, in *Rep.Forolt.*, 2004, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 48.

113 F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli,2006. In giurisprudenza: Cass. 12 maggio 1992, n. 5620, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2359.

13.2 Decadenza ed autonomia privata

A differenziare ulteriormente l'istituto in esame dalla prescrizione è la possibilità, riservata alla volontà delle parti, di stabilire contrattualmente termini di decadenza relativamente all'esercizio di un certo diritto (si tratta della cd. decadenza convenzionale), modificando la disciplina legale della decadenza o rinunciandovi¹¹⁴, anche tacitamente¹¹⁵. Tale possibilità incontra però un preciso limite, rappresentato dalla disponibilità della materia oggetto della pattuizione; prescrive infatti l'art. 2968 c.c. che non è possibile modificare la disciplina della decadenza né rinunciarvi, se questa è stabilita dalla legge in materia sottratta alla disponibilità delle parti.

La previsione normativa suesposta viene pertanto considerata in aperto contrasto con l'inderogabilità delle norme sulla prescrizione, sancita dall'art.2936 c.c., che non prevede eccezioni di sorta: di fatto pattuendo un termine decadenziale si elude l'applicazione della disciplina sulla prescrizione.¹¹⁶

Se è pur vero che le decadenze stabilite contrattualmente si pongono essenzialmente al servizio di un interesse di parte più che generale, non è da sottovalutare la possibilità di una loro trasformazione in vero e proprio strumento di sopraffazione della parte più debole del rapporto¹¹⁷; il codice civile prevede pertanto un primo limite sostanziale all'apposizione di termini decadenziali, nell'eccessiva gravosità: prescrive infatti l'art. 2965c.c. che si abbia la nullità di ogni patto che renda eccessivamente difficile ad una della parti l'esercizio del diritto.

Ai fini della valutazione sull'eccessiva difficoltà di esercizio di un diritto non è sufficiente riferirsi alla maggiore o minore brevità del termine entro cui deve esser compiuto l'atto necessario alla salvaguardia del diritto, ma sarà necessario procedere ad una attenta comparazione con la situazione personale del soggetto e la natura dell'attività che è a quest'ultimo richiesta.¹¹⁸

Un ulteriore limite è poi sancito dall'art. 1341 comma 2, c.c., in cui viene prescritta l'inefficacia di ogni clausola che preveda una decadenza, a favore del solo predisponente ed a carico dell'altra parte, salvo che sussista una specifica approvazione scritta della

114 Secondo Cass.24 luglio 1969, n. 2798, in *Giur. it.*, 1970, I, p.26, la rinuncia alla decadenza può anche essere preventiva.

115 Per un esempio di rinuncia all'eccezione della decadenza *per facta concludentia*, Cass.24aprile 1998, n.4219 in *Rep.Foroit.*,1998, voce *Vendita*, n. 65

116 G. E. Napoli, voce *Decadenza*, in *Il Diritto- Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, vol. IV, Milano, 2007, p. 665.

117 P. Vitucci, *Prescrizione e decadenza in Istituzioni di diritto privato*, Bessone, Torino, 2007, p.1176.

118 G. Molfese, *Prescrizione e decadenza in materia civile*, Milano, 2005, p.495.

decadenza in questione.

In tema poi di contratti tra professionisti e consumatori, il Codice di consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, art 33, comma 2, let.t.) prevede che una siffatta clausola posta esclusivamente a carico del consumatore sia da presumersi vessatoria fino a prova contraria.

Termini di decadenza possono esser in verità fissati anche dal giudice (cd. decadenza giudiziale), purché ciò avvenga su istanza delle parti che vi si siano rivolte nell'interesse al superamento di una situazione di incertezza. Tipico è il caso dell'*actio interrogatoria*, in seguito alla quale il giudice fissa, ad esempio, il termine per l'accettazione dell'eredità nel caso di cui all'art 481 c.c. .

Capitolo II

La prescrizione dei diritti dei lavoratori: i crediti retributivi e la questione della decorrenza.

1. La prescrittibilità dei diritti dei lavoratori.

L'applicabilità dell'istituto prescrizionale in campo lavoristico, particolarmente dibattuta, ha condotto la dottrina ad attestarsi essenzialmente su due antitetici orientamenti.

Da un lato vi è chi¹¹⁹ ha sostenuto l'imprescrittibilità dei diritti dei lavoratori, facendo leva sulla assoluta indisponibilità che contraddistinguerebbe i diritti costituzionalmente tutelati; dall'altra (e questo è l'orientamento maggioritario) vi è chi¹²⁰, in considerazione del fatto che l'indisponibilità prevista all'art. 2934 c.c., quale requisito essenziale dell'imprescrittibilità di un diritto, si debba configurare come assoluta, ha ritenuto al contrario prescrittibili i diritti dei lavoratori in quanto solo relativamente irrinunciabili ed intransigibili ex artt.36 Cost e 2113 c.c.

L'art 36 Cost. riconosce infatti al lavoratore il diritto ad una retribuzione che sia equa e sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa e prevede altresì l'irrinunciabilità del diritto al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite. In collegamento a tale tutela costituzionale opera quindi l'art. 2113 c.c. che sancisce l'invalidità delle rinunce e delle transazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore derivanti da norme inderogabili ma ne prevede l'impugnabilità esclusivamente entro il termine di decadenza di sei mesi dalla cessazione del rapporto o dalla data della transazione (o della rinuncia) se successiva alla cessazione stessa.

Quanto al regime prescrizionale cui sono dunque da sottoporre i diritti dei lavoratori è necessario effettuare un distinguo tra i vari diritti.

Sono soggetti al termine di prescrizione quinquennale, secondo l'indicazione di cui all'art.2948 , n.4, c.c. la retribuzione ordinaria nonché tutti i crediti di lavoro per i quali

119 In tal senso: A.Di Majo, *Decadenza, prescrizione e giurisprudenza costituzionale* , in *Riv. giur. lav.*, 1976, II p.290

120 Cfr. A.Aranguren, *Tutela dei diritti dei lavoratori*, 1981, Padova, p.249; G. Azzariti -G.Scarpello, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario al codice civile*,A. Scialoja e G.Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1964, p.207.

l'adempimento da parte del datore si realizzi a scadenze periodiche, rilevando dunque più che la natura retributiva, la modalità di soddisfazione del credito del lavoratore¹²¹.

La Corte di Cassazione¹²² ha comunque avuto modo di puntualizzare che nella previsione di cui all'art.2948,n.4, c.c. sia da ricomprendere anche la retribuzione per il lavoro straordinario, stante il suo carattere di accessorietà e ciò a prescindere dalla periodicità o meno della prestazione stessa, nonché le retribuzioni per festività nazionali non coincidenti con la domenica, ed infine ogni credito che pur non trovando riscontro in una precisa prestazione di lavoro, si configuri come adempimento di obbligazioni che sono imposte al datore di lavoro da leggi o convenzioni e che trovano origine e titolo nel contratto di lavoro (si pensi ad esempio ad indennità di trasferimento o di trasferta).

Sempre a regime quinquennale di prescrizione soggiacciono poi le indennità spettanti al lavoratore per la cessazione del rapporto in virtù della loro natura retributiva e i crediti del lavoratore per interessi e rivalutazione monetaria, in quanto essi integrano un'obbligazione accessoria che partecipa della natura di quella principale.

In riferimento alla prescrizione del trattamento di fine rapporto è ad ogni modo necessario specificare che il *dies a quo* della prescrizione non potrà che fissarsi alla cessazione del rapporto di lavoro; solo allora il lavoratore potrà pretendere la corresponsione del trattamento previsto dall'art.2120 c.c. e, conseguentemente far valere il credito nei confronti del datore di lavoro, a nulla rilevando dunque sul fronte della decorrenza l'eventuale corresponsione di anticipi del Tfr nel corso del rapporto di lavoro¹²³.

Quanto invece ai crediti per interessi e rivalutazione monetaria sono da menzionare i contrasti sorti in dottrina relativamente all'applicabilità del principio di non decorrenza della prescrizione sancito con la sentenza della Corte Costituzionale n.63del 1966; da un lato c'è chi¹²⁴ lo ha ritenuto inapplicabile in considerazione del fatto che l'ordinanza di rinvio al giudice costituzionale non si riferiva alla prescrizione delle prestazioni accessorie del credito retributivo (né per quanto concerne gli interessi legali, né tantomeno la rivalutazione) e che pertanto la pronuncia della Corte ha coinvolto solo la seconda parte dell'art 2948, n.4 c.c. (relativa a quanto deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi) e non anche la prima.

121 Questa la visione di S.Ciucciovino, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, G.SantoroPassarelli (a cura di), Milano, 2009, p.1101

122 Cass.10 novembre 2004, n.21377, in *Mass .giur .lav.*, 2005, p.201

123 Cfr. Cass.20 ottobre 2004, n. 20516, in *Not.giur.lav.*, 2005, p.240

124 In tal senso A.Maresca, *Crediti di lavoro, interessi e rivalutazione, prescrizione* (nota a Pret. Roma 23.12.1983), in *Dir.lav.*, 1985, II, p.9 .

Dall'altra c'è chi¹²⁵ ha sostenuto che, tenendo conto del fatto che in materia di lavoro gli interessi non si pongono su un piano diverso da quello dei crediti retributivi e che anche per il danno da svalutazione monetaria è indubbia l'attrattiva nella struttura e nella disciplina del credito retributivo, non possono che valere le medesime cause di impedimento al decorso della prescrizione previste per quest'ultimo.

Ed in effetti la Corte di Cassazione è intervenuta sostenendo che il credito del lavoratore per interessi e rivalutazione monetaria soggiace al medesimo regime prescrizione, quindi anche in materia di decorrenza, del credito principale cui accede¹²⁶.

Controversa poi, è apparsa l'applicabilità del termine quinquennale con riguardo all'indennità sostitutiva delle ferie e dei riposi settimanali non goduti: mentre un primo orientamento¹²⁷ giurisprudenziale ha riconosciuto a tale indennità carattere retributivo, ritenendo applicabile la previsione di cui all'art.2948 c.c. e quindi l'operatività della prescrizione quinquennale; diversamente pronunce più recenti¹²⁸, che configurano l'orientamento prevalente del Supremo Collegio¹²⁹, qualificano tale indennità come risarcitoria, in quanto diretta ad attribuire equo ristoro al lavoratore per i danni psico-fisici patiti in conseguenza di un inadempimento del datore, sottraendola pertanto al regime prescrizione quinquennale ed assoggettandola alla prescrizione ordinaria decennale, decorrente in costanza di rapporto di lavoro.

2. Decorrenza della prescrizione: La sentenza della Corte Costituzionale 10 Giugno 1966, n.63.

In tema di applicabilità della prescrizione estintiva (e presuntiva) ai crediti retributivi dei lavoratori, ha assunto particolare rilievo, sia in ambito dottrinario che giurisprudenziale la problematica del decorso della prescrizione. Fondamentale a riguardo, o, ancor meglio, quasi rivoluzionaria, è apparsa la sentenza 10 giugno 1966 n.63, pronunciata dalla Corte in seguito ad ordinanza di rinvio del Tribunale di Ancona relativamente

125 Cfr. S.Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Perugia, 1987, p.116.

126 Si veda Cass. 9 novembre 1988, n.6046, in *Rep.For. It.*, 1988, voce *Lavoro (rapporto)*, n.564.

127 Cass.16 febbraio 1989, n.927, in *Riv.giur.lav.*, 1989, II, p.261; Cass. 15 luglio 1988, n.4674, in *Foro it.* 1988, voce *Prescrizione e decadenza*, n.13.

128 Cass.2 agosto 2000, n.10173, in *Foro it.*, 2000, 339; Cass.22 gennaio 2004, n.1135, in *Foro it.*, 2004, voce *Lavoro*, 1268.

129 Come indicato da M.Miscione, *Il rapporto di lavoro subordinato. Garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in *Diritto del lavoro: commentario*, F.Carinci (diretto da), Torino, 2007, p.730.

all'incostituzionalità delle norme di cui agli artt. 2948 n.4, 2955 n.2 e 3956 n.1 c.c. (inerenti al regime prescrizione estintivo e presuntivo del diritto alle prestazioni salariali dei lavoratori dipendenti), in riferimento agli artt. 3, 4, 36 della Costituzione.

La Corte, così investita, ha affermato che le summenzionate norme codicistiche non fossero in contrasto con né con l'art 4 Cost.(diritto al lavoro), né con l'art 3 Cost.(uguaglianza di diritto e di fatto di tutti i cittadini) che non contengono alcun precetto relativo alla sorte delle singole prestazioni salariali; né tantomeno con l'art 2 Cost. (peraltro non menzionato nell'ordinanza di rinvio) dal momento che l'inviolabilità dei diritti dell'uomo in esso consacrata, non implica la perpetuità degli stessi o meglio, non esclude che il tempo vada a consumare le pretese patrimoniali che a tali diritti si ricollegano.

Con riferimento all'art 36, invece, la Corte ha detto che, pur configurandosi tale norma quale garanzia costituzionale di un diritto, ed in quanto tale attributiva di un maggior rilievo e vigore rispetto a quello che al diritto stesso sarebbe derivato da una norma di legge ordinaria, non ne vietava l'estinzione per il decorso del tempo, poiché l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici riguarda ogni diritto, anche quelli costituzionalmente protetti.

Veniva, pertanto, affermata la compatibilità tra protezione costituzionale di un diritto e sua estinzione per prescrizione.

Del resto la norma desumibile dall'art 36 della Cost. è relativa alla sola irrinunciabilità del diritto alle prestazioni salariali, non anche alla sua indisponibilità, requisito quest'ultimo che stando all'art 2934 c.c. costituisce il fondamento dell'imprescrittibilità di un qualsivoglia diritto.

A questo punto la Corte non avrebbe dovuto far altro che dichiarare l'infondatezza della questione di illegittimità costituzionale sollevata, invece proseguì la sua analisi per accertare che tutto il regime della prescrizione fosse compatibile con la speciale garanzia riconosciuta dall'art 36 Cost ai crediti retributivi.¹³⁰

La Corte ha rilevato dunque che, per via della particolare situazione di squilibrio contrattuale tra datore e lavoratore in costanza di rapporto, il lavoratore (ove si tratti di rapporti non dotati di quella resistenza che caratterizza il pubblico impiego) “può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per timore di licenziamento” cosicché la prescrizione decorrente in corso di rapporto finirebbe per produrre lo stesso effetto della rinuncia, che espressamente l'art 36 Cost. vieta.

130 A. Sermoniti, *Alla ricerca di un precetto costituzionale e di una disposizione che lo violi (sulla decorrenza di prescrizioni di crediti di lavoro)*, *Mass.giur.lav.* 1966 , p.134 e ss.

Pertanto la Corte, pur riconoscendo in via generale la prescrittibilità delle prestazioni retributive, concluse dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt.2948, 2055, 2956 c.c. “ limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro”.¹³¹

2.1. Segue.La *ratio* della sentenza

La motivazione che accompagna la sentenza 63/1966 si fonda su passaggi logici precisi e ben delineati.

Innanzitutto il giudice Costituzionale ha disconosciuto la corrispondenza tra tutela costituzionale di un diritto e sua imprescrittibilità: la tutela ex art.36 Cost. del diritto alla retribuzione non lo rende di per sé imprescrittibile.

Occorre, tuttavia distinguere, come opportunamente rilevato¹³², tra il diritto alla retribuzione sufficiente, che ha validità *erga omnes* alla stregua di un diritto della personalità e pertanto risulta imprescrittibile *ex lege* (ex art.2934 c.c.), ed il diritto di credito alle prestazioni salariali periodicamente dovute al prestatore di lavoro. Quest'ultimo si configura quale diritto di natura patrimoniale, non potendo quindi né esser fatto valere in perpetuo, né esser dichiarato indisponibile, dal momento che nessuna norma di rango costituzionale lo riconosce come tale.

Ciò comunque non toglie a detta della Corte, ed è questo il secondo passaggio logico, che il diritto alle prestazioni salariali sia irrinunciabile alla stregua del diritto al riposo settimanale e alle ferie, espressamente dichiarati tali dal terzo comma dell'art.36 Cost.

L'irrinunciabilità del diritto alle prestazioni salariali viene desunta a fortiori dall'ultimo comma dell'art.36 Cost.; è dunque il frutto di una congettura ricavata induttivamente.

Il relatore della sentenza, ha in diverso luogo¹³³, giustificato tale equiparazione sul piano dell'irrinunciabilità sostenendo che, attraverso la tutela del diritto al salario sufficiente, cioè del cd. minimo vitale, si persegue in realtà un obiettivo perfettamente rientrante nella tutela della 'salute' del lavoratore, che la previsione di cui all'ultimo comma dell'art.36 Cost è a sua volta diretto a tutelare.

131 Corte Cost., 10 Giugno 1966, n.63, in *Mass. Giur. Lav.*, 1966, p.133.

132 E.Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv.it.dir.lav.*, I, 2008, p.4.

133 G.Branca, *Quid adnotabis adnotatores?*, in *Foro it.*, 1970, V, p.17 e ss, sul punto p.26.

In verità la dottrina tende a sminuire tale argomentazione¹³⁴, ritenendo che avrebbe avuto una sua valenza qualora la sentenza in esame si fosse limitata a riferire l'equiparazione sul piano dell'irrinunciabilità alla sola retribuzione sufficiente; diversamente, avendo la Corte riferito l'irrinunciabilità a qualsiasi credito di natura retributiva non si può ignorare la diversità degli interessi tutelati: la garanzia delle ferie e del riposo settimanale si fonda sull'esigenza di assicurare il ripristino delle energie psico-fisiche del lavoratore ed è pertanto ricollegabile al diritto alla salute di cui all'art.32Cost; il diritto alla retribuzione è invece legato ad un interesse di natura meramente patrimoniale.

Infine, il terzo ed ultimo passaggio logico della motivazione della sentenza prevede il collegamento tra l'irrinunciabilità del diritto alla retribuzione e la temporanea imprescrittibilità di esso in costanza di rapporto di lavoro.

La prescrizione produrrebbe, infatti, lo stesso effetto abdicativo che l'art.36 Cost vieta nel momento in cui prevede la nullità di qualsiasi tipo di rinuncia ai diritti in esso contemplati. La pronuncia si configurerebbe pertanto come un tentativo di eliminazione della disarmonia esistente nel sistema che, se in costanza di rapporto tutelava il lavoratore in caso di rinuncia ad un proprio diritto (art 2113c.c.), diversamente nessuna tutela accordava nel caso di atti di disposizione indiretta quale per l'appunto il mancato esercizio del diritto nel termine prescrizione¹³⁵.

L'accostamento tra prescrizione e rinuncia non avviene tuttavia sul piano delle fattispecie legali, bensì sul piano effettuale della identità delle situazioni psicologiche che possono indurre il lavoratore a rinunciare o a non esercitare il diritto.

La *ratio* dell'intera sentenza è quindi da ricondurre all'equivalenza tra rinuncia ed inerzia del lavoratore¹³⁶; pur tuttavia non è mancata l'espressione di riserve¹³⁷ in proposito, ritenendosi non del tutto ipotizzabile un'indifferenziata equiparazione tra condizioni psicologiche: mentre nel caso dell'atto abdicativo si producono immediatamente effetti estintivi e pertanto il lavoratore non ha il tempo per valutare le conseguenze negative della propria azione, invece nel caso della prescrizione, l'estinzione richiede un atteggiamento di inerzia protratto per un certo arco di tempo, potendo quindi il lavoratore pienamente riflettere sulle conseguenze negative legate alle perdita dei propri diritti.

134 R.Scognamiglio, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, Milano, 1978, p.91 e ss.

135 L.Morlini Galantino, *La giurisprudenza costituzionale in tema di prescrizione dei crediti del lavoratore*, in *il Dir.lav.*, 1975, I, p.335.

136 E.Ghera, *op.cit.*, p.5.

137 A.Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, p.194.

2.2. Segue. Le reazioni critiche della dottrina.

Gli interrogativi suscitati in campo dottrinario e le critiche rivolte alla sentenza n.63/1966 sono stati davvero numerosi.

Innanzitutto è stata contestata la validità formale della sentenza, ritenendosi infatti che essa si configuri come *inutiliter data*, in quanto frutto della violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato¹³⁸.

La Corte si sarebbe dunque espressa andando *ultra petitum* rispetto al *thema decidendi* indicato nell'ordinanza di rinvio; essenziale diversità esisterebbe tra la questione di legittimità sollevata dall'ordinanza e la questione che la Corte analizza, non sussistendo nell'ordinanza alcun riferimento a 'tutto il regime' della prescrizione ma solo al n.4 dell'art.2948 c.c. e ad alcune prescrizioni presuntive¹³⁹.

Ma c'è chi¹⁴⁰, di avviso totalmente opposto, ha invece ritenuto la piena legittimità della pronuncia della Corte Costituzionale, che, avendo ad oggetto lo spostamento del termine di decorrenza della prescrizione, si inserisce in un *petitum* ben più ampio, relativo alla costituzionalità, nella sua globalità, della prescrizione dei crediti derivanti dal rapporto di lavoro. La questione della decorrenza rappresenta una parte del più generale problema della prescrittibilità.

Pertanto se la Corte si fosse limitata a riconoscere la prescrittibilità dei crediti del prestatore di lavoro in virtù della loro natura patrimoniale e del loro carattere di disponibilità, tralasciando di valutare la compatibilità di tutto il regime della prescrizione con la garanzia di cui all'art. 36 Cost., non si sarebbe pienamente esaurita l'indagine demandata dal giudice *a quo*, risultando omessa la valutazione sulla legittimità costituzionale dell'intero regime delle prescrizioni brevi e presuntive comprendente anche l'operatività degli effetti estintivi in corso di rapporto di lavoro.

Ulteriori critiche hanno poi evidenziato l'inesistenza, nelle disposizioni normative denunciate da giudice *a quo* e oggetto della pronuncia, del precetto effettivamente abrogato

138 Cfr. L.Spagnuolo Vigorita, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano,1976, p.17 e ss.

139 Tale macroscopica diversità viene evidenziata da A.Sermonti, *Alla ricerca di un precetto costituzionale e di una disposizione che lo violi (sulla decorrenza di prescrizioni di crediti di lavoro)*, in *Mass.Giur.Lav*,1966, p.135

140 In tal senso A.Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983,p.117.

da quest'ultima¹⁴¹.

Si è infatti ritenuto che la dichiarazione di illegittimità non avrebbe dovuto esser riferita né all'art 2948 c.4, né all'art 2955 e 2956 c.c., in quanto estranee all'indicazione del termine di decorrenza della prescrizione di cui essa si occupa.

La pronuncia di illegittimità avrebbe dovuto pertanto colpire l'art.2935¹⁴², la cui costituzionalità si sarebbe potuta ricostruire riformulandone il testo con una aggiunta come la seguente: “ La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può esser fatto valere e per i diritti alla retribuzione di prestazioni di lavoro dal giorno della cessazione del rapporto ”¹⁴³.

Ma altra parte della dottrina ha invece sostenuto che la previsione di una dichiarazione di illegittimità con riferimento all'art. 2935 c.c. avrebbe avuto una minore incisività e pregnanza.

Tale indirizzo interpretativo¹⁴⁴ sostiene che la pronuncia della Corte abbia avuto ad oggetto in realtà non il testo legislativo vero e proprio degli articoli di cui all'ordinanza di rinvio, bensì la norma, quale parte ideale che il giudice costituzionale ha estratto dal testo e che, prima che venisse pronunciata la sentenza in esame, riconosceva l'operatività della prescrizione breve e presuntiva dei crediti retributivi in costanza di rapporto di lavoro, norma che la Corte ha ritenuto incompatibile con la tutela offerta dall'art.36 della Costituzione.

L'incostituzionalità sarebbe pertanto non nel testo degli articoli impugnati, ma nella mancata enunciazione in essi di una norma operante come eccezione a quella generale che prevede l'applicazione delle regole sul decorso della prescrizione anche ai crediti di lavoro. La tecnica usata dal giudice costituzionale è stata pertanto di manipolazione, a testo invariato, delle disposizioni sottoposte ad esame¹⁴⁵.

Se la pronuncia di incostituzionalità fosse andata a colpire il testo dell'art. 2935, la conseguenza sarebbe stata quella dello spostamento del termine di ogni prescrizione estintiva, quindi anche di quella ordinaria relativa a diritti del lavoratore non coperti dalla garanzia dell'art.36 della Costituzione.

Inoltre, non incidendo direttamente sulla norma relativa ai crediti retributivi, l'intervento

141 A.Sermonti, *Alla ricerca di un precetto costituzionale e di una disposizione che lo violi (sulla decorrenza di prescrizioni di crediti di lavoro)*, in *Mass.Giur.lav.*, 1966, p.137 ed in tal senso anche

142 Tale risulta ad esempio l'opinione di S.Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Perugia, 1987, p.66

143 Il corsivo è di A.Sermonti, op.cit., p.137.

144 A.Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano,1983,p.179; E.Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, I, 2008

145 E.Ghera: cit., p.7

della Corte avrebbe avuto una minore pregnanza in quanto sarebbe rimasto localizzato alla fattispecie relativa alla decorrenza dei termini prescrizionali che ha una portata più angusta rispetto alla problematica della prescrittibilità che costituisce il presupposto logico-giuridico dell'operatività dei termini di decorrenza¹⁴⁶.

Ma le problematiche sollevate dalla sentenza n.63 /1966 non si esauriscono qui; la dottrina si è infatti interrogata sulla legittimità di un intervento della Corte in relazione ad omissioni legislative che appaiono incostituzionali e gli orientamenti, ancora una volta sono apparsi discordanti.

C'è chi ha ritenuto¹⁴⁷ assolutamente pacifica l'impossibilità della Corte di farsi giudice delle inadempienze od omissioni legislative, e chi¹⁴⁸ invece, nell'ottica di un intervento manipolativo a testo invariato, ha impostato diversamente i termini del problema, riconoscendo che la Corte non sia intervenuta a creare una nuova disposizione da inserire sul piano normativo, bensì si sia limitata ad incidere con efficacia riduttiva sulla norma fino all'epoca operante in tema di prescrittibilità dei diritti del lavoratore in costanza di rapporto.

Ad ogni modo, oltre alle prese di posizione in negativo su aspetti formali e sostanziali della pronuncia della Corte n.63 cit., è interessante esaminare come la dottrina¹⁴⁹ si sia anche espressa evidenziando gli aspetti positivi da essa prodotti: larghe classi di lavoratori hanno infatti visto nella sentenza un valido aiuto ai fini di una riappropriazione dei propri diritti oltre che della possibilità di instaurazione di un confronto personale con il datore di lavoro su basi paritarie e pertanto, più equilibrate, durante tutto l'arco di durata del rapporto di lavoro; inoltre il carattere di generalità della pronuncia, relativa ad ogni *species* di lavoro subordinato ha reso più diffuso tra i lavoratori il processo di riacquisizione della propria sicurezza e dignità umana, ancor prima che dei propri diritti patrimoniali.

Si è dunque sottolineato l'aspetto fortemente garantistico¹⁵⁰ della pronuncia della Corte, operante in favore dei lavoratori subordinati sia come strumento di tutela nei confronti della minaccia di licenziamento, nonché degli altri provvedimenti vessatori e ritorsivi nei quali si può estrinsecare la supremazia datoriale, sia come mezzo per la lotta all'inefficacia

146 A.Maresca, op.cit., p.180.

147 In tal senso G.Pera, *Ancora sulla prescrizione per i diritti dei lavoratori*, in *Mass.giur.lav.*, 1976, p.587; L.M.Galantino, *La giurisprudenza costituzionale in tema di prescrizione dei crediti del lavoratore*, in *il Dir. lav.*, I, 1976.

148 A.Maresca, op.cit., p.1825, p.334.

149 Le considerazioni sui riflessi sociali della sentenza n.63/1966 sono espresse da S.Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Perugia, 1987, p.68.

150 In tal senso E.Ghera, *Sulla prescrizione dei diritti patrimoniali nel pubblico impiego*, *Giur.Cost.*, 1971, p.1014.

della tutela giudiziaria in costanza di rapporto.

C'è infatti chi¹⁵¹ ha ricollegato il principio della prescrizione differenziata non tanto alla istituzionale debolezza socio-economica o contrattuale del prestatore, quanto alla carenza di una tutela giurisdizionale differita che, prima dell'introduzione del rito speciale, precludeva l'immediato controllo su provvedimenti datoriali immediatamente esecutivi.

2.3. Il problema della classificazione

Oltre che per le numerose critiche formal-contenutistiche sollevate e per la questione dell'operatività in relazione alle situazioni pregresse, la sentenza n. 63 del 1966 si è problematicamente posta in rilievo anche sotto il profilo della sua classificazione tipologica.

È da escludersi¹⁵² per tale pronuncia, la natura di sentenza di accoglimento totale o parziale, dal momento che queste hanno l'effetto di provocare la caducazione della disposizione denunciata, nella sua interezza o con riferimento ad una sua particolare articolazione.

Non sembra neppure potersi ricondurre all'ambito delle cosiddette sentenze interpretative di accoglimento o di rigetto, dal momento che esse presuppongono una pluralità o alternatività di soluzioni interpretative riferibili al testo normativo oggetto di impugnazione¹⁵³, cosa che nel caso esaminato non sussiste.

Si è in proposito rilevato¹⁵⁴ che la situazione di diritto (anteriore) su cui la sentenza andò ad incidere era chiarissima, senza spazio alcuno per diverse interpretazioni, prevedendo infatti la prescrittibilità dei diritti dei lavoratori con decorrenza dall'esigibilità degli stessi.

Tuttavia in dottrina non sono mancati orientamenti di avviso contrario¹⁵⁵, che hanno

151 Questo il pensiero di G.Giugni, *La dottrina giuslavoristica del 1983*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1984, p.925.

152 In tal senso A.Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, p.185; di avviso contrario L. Spagnuolo Vigorita, *La prescrizione dei diritti dei lavoratori*, Milano, 1976, p.17 e S.Centofanti, op.cit., p.96

153 Tale è l'orientamento di A.Maresca, op.cit., p.186; L.Spagnuolo Vigorita, op.cit., pp.17-18, il quale afferma " la sentenza n. 63/1966 nn ha niente delle sentenze interpretative". In senso adesivo anche F.Mazziotti, *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in Scognamiglio (diretto da), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, p.267

154 G. Pera, *Prescrizione e diritti dei lavoratori (posizione e delimitazione di una norma nella giurisprudenza costituzionale)*, in *Mass.Giur.Lav.*, 1973, p.316.

155 È questa la visione di A.Di Majo, *Tradizione codicistica e norme costituzionali nella prescrizione*

strenuamente sostenuto la natura interpretativa della sentenza in analisi; l'attività interpretativa della Corte sarebbe, infatti, da ricondurre al combinato disposto degli artt.2948 n.4, 2955 n.2 e 2956, più l'art.2935 c.c. enunciante il principio generale, la *regula aurea*, cui vanno agganciate le singole disposizioni in tema di prescrizione.

A giustificazione di tale teoria, l'idea che il legislatore del 1942 avrebbe fissato per mezzo dell'art. 2935 c.c. una regola generale, determinativa del *dies a quo* della prescrizione nonché diretta a qualificare come inerzia il comportamento omissivo, suscettibile di arricchimenti.

Il legislatore avrebbe cioè posto uno strumento giuridico volto a superare il principio di tipicità quanto a cause di impedimento della prescrizione.

Sembra tuttavia, ormai consolidata l'idea che la sentenza n.63/1966 sia da collocare nell'alveo delle pronunce “creative” o “additive”¹⁵⁶, cioè di quelle pronunce che pongono al posto della vecchia, una nuova disposizione, che può differire dalla prima o perché ne elimina le parti che risultano incompatibili con la costituzione, o perché la integrano, salvandola da una censura di incostituzionalità e contestualmente riparando ad una omissione del legislatore.

In particolar modo, tra le varie sottocategorie in cui la dottrina ha suddiviso le cd. sentenze creative¹⁵⁷, la sentenza in esame sembra doversi inserire tra quelle lessicalmente additive volte ad operare riduzioni normative, il che consente di superare l'apparente contrasto tra l'opinione di chi soleva identificarla come “riduttiva-creativa”¹⁵⁸ e di chi, invece, la qualificava come “creativa-aggiuntiva”¹⁵⁹. È pertanto da rilevare come la pronuncia della Corte si configuri quale intervento su un'omissione, su una non espressione, cioè su caratteri del testo con funzione normogena e passibili di censura, la legittimità dei quale si lega alla loro efficacia riduttiva, cioè alla mancata produzione di effetti normativi ulteriori rispetto a quelli individuabili sulla base del testo originario¹⁶⁰.

dei diritti del lavoratore, in *Riv.Giur.Lav*, 1975, vol. I, pp. 442 e ss. Sul punto p. 445 e 449.

156 G.Tamburrino, *Nuove considerazioni sulla prescrizione dei diritti dei lavoratori e sulla decorrenza nel corso del rapporto di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1976, pp.191 e ss; A.Maresca, op.cit., p.187; E.Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, p.7

157 C.Lavagna, *Sulle sentenze “additive” della Corte Costituzionale*, in *Giur.it.*, 1969, IV, p.,149, distingue tra: sentenze lessicalmente riduttive volte ad operare una addizione normativa; sentenze lessicalmente additive volte ad operare addizioni normative; sentenze lessicalmente riduttive volte ad operare riduzioni normative ed infine sentenze lessicalmente additive volte ad operare riduzioni normative.

158 G. Pera, *Prescrizione e diritti dei lavoratori (posizione e delimitazione di una norma nella giurisprudenza costituzionale)*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1973, p.312 e sul punto p.316.

159 A.Maresca, *Note in tema di prescrizione dei crediti derivanti dal rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1975, II,505, e, sul punto, p.508.

160 Così C.Lavagna, op. cit., p.150.

3. Le pronunce della Corte Costituzionale successive al 1966: l'attività di “erosione”

Le pronunce della Corte Costituzionale intervenute successivamente alla n.63 del 1966 hanno ulteriormente modificato il regime della decorrenza della prescrizione applicabile ai crediti retributivi dei lavoratori.

In proposito c'è chi¹⁶¹ ha parlato di una vera e propria attività di “erosione” operata dal giudice costituzionale sul suo precedente pronunciamento, erosione che si realizza con l'individuazione, da un lato, dei diritti del prestatore di lavoro in relazione ai quali opera l'impedimento ad decorso della prescrizione in costanza di rapporto, dall'altra, delle tipologie di rapporti di lavoro che provocano tale impedimento al decorso.

Per quanto attiene al primo profilo non si può che partire dalla sentenza n.39 del 1969¹⁶² con la quale la Corte costituzionale ha respinto l'eccezione di incostituzionalità dell'art 10, comma 2 e 3 del r.d. 8 gennaio 1931 n.148 relativamente al rapporto di lavoro del cosiddetti autoferrotranvieri.

La questione in esame riguardava in verità i termini di presentazione del reclamo gerarchico da far precedere alla domanda giudiziale nell'ipotesi di controversie attinenti a diritti non esclusivamente patrimoniali. La Corte, in raffronto con i termini previsti per il caso di controversie su diritti patrimoniali, ne ha approfittato per effettuare un distinguo in relazione alla decorrenza dei termini prescrizionali.

In considerazione del fatto che la tutela offerta dall'art.36 della Costituzione, cui si ricollega il differimento del decorso della prescrizione alla cessazione del rapporto di lavoro, è da riferirsi al solo diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente, il giudice costituzionale ha affermato che i diritti a carattere non esclusivamente patrimoniale (e la loro azionabilità giurisdizionale) sono esclusi da questa disciplina e cioè dall'applicazione degli artt.2948, 2955 e 2956, così come modificati dalla sentenza n.63/1966.

Successivamente la Corte Costituzionale si è pronunciata confermando il suo orientamento in tema di applicabilità della tutela dell'art.36 ai soli diritti retributivi, attraverso la

161 F. Mazziotti, *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori*, op.cit., p.276.

162 Corte cost. , 21marzo 1969, n. 39, in *Mass.giur.lav.*, 1969, p.15

sentenza n. 10 del 28 gennaio 1970¹⁶³.

In questo caso ha dichiarato infondata, in riferimento agli artt. 3, 33, 38 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art 4, 5° comma del r.d. 17 agosto 1935, n. 1765 nella parte in cui consente che il termine di decadenza per l'azione di danni da infortunio decorra in costanza di rapporto di lavoro.

La motivazione di tale sentenza afferma che, il principio espresso nella sentenza n.63 / 1966 si riferisce esclusivamente al diritto alla retribuzione quale diritto irrinunciabile, tutelato ex art.36 Cost.; pertanto il diritto al risarcimento del danno da infortunio, in quanto diritto rinunciabile non è in alcun modo riconducibile a quel tipo di tutela.

È pacifico quindi, sulla base delle diverse pronunce della Corte Costituzionale il riconoscimento dell'applicabilità alla sola area dei diritti retributivi della disciplina sul differimento della decorrenza prescrizione .

3.1. Decorrenza della prescrizione e stabilità del rapporto: il secondo profilo dell'“erosione”.

Il secondo profilo dell'attività di erosione, che la Corte ha realizzato in riferimento al principio sancito con la sentenza n.63/1966, riguarda l'individuazione delle tipologie di rapporti di lavoro cui applicare il suddetto principio.

In proposito, l'*iter* percorso dal giudice costituzionale si dipana attraverso una serie di pronunce molto discusse in dottrina, nell'ambito delle quali si è venuto evidenziando con sempre maggiore forza il legame o, *rectius*, l'interdipendenza tra la stabilità del rapporto di lavoro e decorso della prescrizione nel corso di questo.

C'è sicuramente da constatare come, al momento della pronuncia della sentenza n. 63/1966 la Corte non avesse evidenziato tale interdipendenza che invece si è iniziata a mettere a fuoco a partire dalla sentenza n.143 del 1969, ma forse, addirittura, ancor prima, attraverso la sentenza n. 39 del 1969, nell'ambito della quale venivano riconosciuti agli autoferrotranvieri una serie di vantaggi, che riducevano il pericolo che il lavoratore non fosse in grado di far valere i propri diritti per la sussistenza di uno stato di soggezione nei confronti del datore da cui si temeva di esser licenziati.

163 Corte cost., 28 gennaio 1970, n.10., in *Mass.giur.lav.*, 1970.

La *ratio* già quindi espressa in questa prima sentenza fu poi ripresa nella pronuncia n.143 del 1969 con la quale venne dichiarata infondata la questione di legittimità della norma¹⁶⁴ sulla speciale prescrizione biennale per il diritto agli stipendi e agli assegni degli impiegati dello Stato prevista dall'art.2, 1° comma, d.l. 19 febbraio 1939, n. 295.

Venne infatti testualmente ripreso l'inciso della motivazione della sentenza n.63/1966 per affermare che la forza di resistenza di cui è dotato il pubblico impiego, esclude ogni collegamento tra il timore di licenziamento e l'effetto abdicativo legato al decorso della prescrizione in corso di rapporto.

Si è però da una parte della dottrina¹⁶⁵ sostenuto che, non tutta la sentenza n.143 sia in verità andata ad incidere formalmente sul testo della sentenza n.63 del 1966, in particolar modo tale incisione non sussisterebbe nell'analisi del rapporto di impiego alle dipendenze dello Stato, mancando ogni riferimento alle norme civilistiche sulla prescrizione che quella prima pronuncia considerò operanti in violazione della Costituzione (cioè dell'art.36); diversamente, si configurerebbe in termini formalmente riduttivi della sentenza n.63 la parte che, nella pronuncia n.143/1969¹⁶⁶ si riferisce alla prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori alle dipendenze di enti pubblici minori, cioè diversi dallo Stato, stante l'applicabilità per essi dei termini di prescrizione breve di cui all'art.2948 c.c. .

Una ulteriore riduzione della portata applicativa della sentenza n.63 /1966 si ebbe poi con la n. 29 aprile 1971, n.86: in tal caso fu prospettata dai giudici di merito, in tre diversi casi, la questione di legittimità costituzionale rispetto agli artt. 3, 24 e 36 Cost. dell'art.2946 c.c. sulla prescrizione ordinaria ma la Corte evitò di pronunciarsi nel merito limitandosi a ritenere non rilevante il quesito rispetto all'ambito delle controversie per le quali era stato sollevato.

Si soffermò però in particolar modo sull'irrilevanza della questione con riferimento alle controversie nei confronti delle casse di risparmio: trattandosi di un rapporto di pubblico impiego, non era estensibile la regola della non decorrenza della prescrizione, dettata nella prima sentenza del 1966 per i soli rapporti di diritto privato. In ciò la particolarità di questa pronuncia, dal momento che, nonostante i rapporti di lavoro con gli enti pubblici economici, siano stati pacificamente riconosciuti in dottrina¹⁶⁷ come rapporti a

164 Trattasi di norma dichiarata incostituzionale con sentenza della Corte Cost. 7 aprile 1981, n.50, per contrasto con l'art.3 Cost a causa dell'eccessiva brevità del termine biennale di prescrizione previsto per i c.d. diritti retributivi dei soli impiegati statali, diversamente da quanto previsto per tutti gli altri impiegati pubblici per i quali era operante la prescrizione quinquennale ex art.2948 c.c. .

165 Vedi A.Maresca, op.cit., p.244 e 245.

166 Corte Cost. 20 novembre 1969, n.143, in *Giust.civ.*, 1969, I, 319

167 Si vedano i rilievi di E.Ghera, *Sulla prescrizione dei diritti patrimoniali del lavoratore nel pubblico*

regolamentazione privata, cioè sottoposti alla disciplina privatistica del rapporto di impresa (art.2093 c.c.) , la Corte ha negato che in riferimento a questi possa trovare applicazione il principio di non decorrenza della prescrizione in corso di rapporto.

In sostanza dunque, per la Corte, a far la differenza è esclusivamente la natura pubblica o meno del datore di lavoro¹⁶⁸.

3.2. La sentenza della Corte Costituzione 21 dicembre 1972, n.174.

Una modifica di portata generale e sostanziale al regime della prescrizione nel rapporto di lavoro, così come delineato dalla sentenza n.63/1966 è derivata dalla sentenza 12 dicembre 1972, n.174 con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art 49, c.c.n.l. 24 maggio 1949 per i dipendenti della case di cura private, dotato di efficacia *erga omnes* ai sensi dell'art.1, L.14 luglio 1959, n.741.

Pur riaffermando il principio della non decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi durante il rapporto e confermando il collegamento tra il mancato decorso prescrizione e il timore del licenziamento, la sentenza ne ha circoscritto drasticamente il campo di applicazione allargando nel contempo l'area dei rapporti caratterizzati dalla c.d. resistenza al timore del licenziamento.

A farne parte saranno non soltanto il rapporto di pubblico impiego o quello alle dipendenze di enti pubblici economici, bensì ogni rapporto privato di lavoro caratterizzato da una disciplina tale da assicurarne la stabilità e da garantire appositi rimedi giurisdizionali contro ogni sua illegittima soluzione. Dunque ogni rapporto cui sia applicabile la L.15 luglio 1966, n. 604 e l'art 18 L.20 maggio 1970, n.300; quest'ultimo operante quale necessaria integrazione della prima in considerazione del fatto che una vera stabilità non può essere assicurata se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non segua una reintegrazione nella precedente situazione giuridica fatta illegittimamente cessare¹⁶⁹.

Da un punto di vista meramente formale, è stato rilevato¹⁷⁰ come la pronuncia in esame non incida direttamente sulle norme codicistiche in tema di prescrizione, limitandosi a

impiego, *Giur.cost.*, 1971, p.989 e ss.

168 Come sottolineato da E.Ghera , *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte costituzionale*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2008, I, p.13

169 v. Corte cost.

170 Cfr. E.Ghera, *op.cit.*, p.14.

colpire l'art.49 del c.c.n.l. , tuttavia è stato lo stesso giudice costituzionale ad effettuare un espresso richiamo al principio enunciato nella motivazione della sentenza n.63 del 1966 per circoscriverne il raggio di azione, sostenendo infatti che “ è venuto meno il fondamento giuridico su cui poggiava la parziale invalidazione stabilita con la sentenza n.63/1966”¹⁷¹ per effetto delle innovazioni legislative introdotte in tema di licenziamento e reintegrazione del lavoratore.

La sentenza è, pertanto, ancora una volta, come la precedente pronuncia del 1966, espressione di una attività manipolativa della Corte, senza incisione alcuna sul testo delle norme legislative; è produttiva di una norma quindi non scritta che si fonda sulla analogia tra rapporto di pubblico impiego e rapporto privato di lavoro cui sia applicabile la disciplina prevista dallo Statuto dei lavoratori.

In conclusione, da quanto fin qui analizzato, è possibile desumere quale principale effetto della sentenza n.174, l'introduzione di un vero e proprio regime bipartito della prescrizione breve, nonché della prescrizione presuntiva dei diritti dei lavoratori, derivandone che il decorso della prescrizione opererà alla cessazione del rapporto di lavoro esclusivamente per i lavoratori esclusi dall'ambito della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rientranti invece nella c.d. tutela obbligatoria e quindi: i lavoratori al di sotto della soglia numerica di 15 addetti per unità produttiva nell'ipotesi di dipendenti di imprese (5 addetti nel caso di imprese agricole) e di 60 addetti per i dipendenti di datori che non siano imprenditori; i lavoratori rientranti nelle categorie per le quali è previsto il licenziamento *ad nutum* (lavoratori domestici, sportivi professionisti, lavoratori che abbiano diritto alla pensione di vecchiaia).

3.3 Segue. Le reazioni critiche della dottrina.

La sentenza n.174 del 1972 ha suscitato parecchie reazioni critiche in dottrina, soprattutto in considerazione della violazione dell'art. 136 della Costituzione.

Si è infatti sostenuto¹⁷² che, con la pronuncia del 1972 la Corte abbia palesato il suo non esser vincolata alla precedente pronuncia del 1966, il che non avrebbe destato alcuno

171 Così testualmente Corte.cost., 12 dicembre 1972, n.174, cit.

172 L'orientamento esposto è quello di U.Natoli, *L'art.136 della Costituzione e la Corte di Cassazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, II, p.265 e ss.

scalpore nel caso in cui quest'ultima si fosse configurata come una semplice pronuncia di "interpretazione"; trattandosi, invece, di una dichiarazione di illegittimità costituzionale, il contenuto della sentenza n.174 si configurava come un vero e proprio ripristino della regola dichiarata illegittima, in violazione quindi all'art. 136 della Costituzione nel senso indicato dalla pronuncia della stessa Corte costituzionale n. 88 del 1966.

Quest'ultima poneva il divieto *erga omnes* a che una norma dichiarata illegittima fosse assunta come criterio di qualificazione di fatti, atti o situazioni; ne conseguiva che l'art 136 Cost. sarebbe stato violato, non solo se una norma espressamente avesse dichiarato la conservazione di efficacia di una norma già dichiarata illegittima, ma anche se una legge, per il modo di provvedere su fattispecie precedenti la sua entrata in vigore, avesse perseguito e realizzato quel medesimo obiettivo.

Tale divieto, previsto *erga omnes* avrebbe dovuto essere rispettato quindi anche dalla Corte cost. che invece ha operato una grave violazione in considerazione della sua qualità di organo posto a tutela e garanzia della Costituzione stessa¹⁷³.

C'è chi¹⁷⁴ poi ha analizzato in termini diversi la sentenza n.174 pur confermando l'idea che la sua pronuncia sia indicativa del fatto che la Corte non si senta per nulla vincolata alle sue precedenti statuizioni, in special modo ove configurantesi quali interventi manipolativi a testo invariato; sarebbe questo il caso della sentenza n.63/1966 di cui è stata ridotta la portata, dando atto delle variazioni apportate all'esperienza giuridica fattuale dalle intervenute modifiche legislative.

Dall'introduzione *ex novo*, attraverso la sentenza n.63, di una norma costituzionale ad integrazione di un diritto legislativamente posto e nell'intento di un migliore adeguamento ai principi costituzionali, pur senza alcuna variazione di testi, discenderebbe, secondo tale ricostruzione dottrina, che la Corte ha operato come giudice ma soprattutto come "madre" della norma stessa; ha cioè svolto un'operazione sostanzialmente legislativa attraverso un procedimento giurisdizionale.¹⁷⁵

In qualità di "madre" della norma introdotta sarebbe consentito alla Corte determinarne l'ulteriore destino¹⁷⁶, ecco quindi in tal modo giustificata la pronuncia n.174, quale sentenza-legge riduttiva della precedente sentenza-legge n.63.

173 Ancora U.Natoli, op.cit., p.267.

174 Questo è l'orientamento espresso da G.Pera, *Prescrizione e diritti dei lavoratori (posizione e delimitazione di una norma nella giurisprudenza costituzionale)*, in *Mass.giur.lav.*, 1973, p.312 e ss.

175 G. Pera, op.cit. p.317 ; in senso adesivo L.Morlini Galantino, *La giurisprudenza costituzionale in tema di prescrizione dei crediti del lavoratore*, in *Dir.lav.*, 1975, I, p.336.

176 Così si esprime G.Pera, op.cit., p.317

Un'ulteriore prospettiva dottrina¹⁷⁷ sostiene che sia assolutamente difficile configurare la sentenza n.174 come parte di un procedimento di revisione della precedente giurisprudenza della Corte Costituzionale.

La pronuncia in esame si configurerebbe più che altro come una sensibile modifica alle prospettive *de iure condendo*, cioè come una precisa indicazione per il Parlamento, nel senso che sulla base delle precisazioni, dei limiti indicati, quest'ultimo potrà regolare il regime di prescrizione dei lavoratori tutelati dallo Statuto (L.20 maggio 1970, n.300) in maniera difforme rispetto a quanto previsto nella pronuncia n.63 del 1966, senza che la nuova normativa elaborata sia da sottoporre a dichiarazione di illegittimità costituzionale. Pertanto le statuizioni della sentenza n.174 rappresentano esclusivamente i limiti posti dalla Corte al fine di assicurare la sopravvivenza nell'ordinamento della sua precedente dichiarazione di illegittimità costituzionale con la quale si era espressa sugli artt.2948, 2955 e 2956 c.c.

Diversamente, una nuova pronuncia di illegittimità costituzionale farebbe rivivere norme o frazioni di norme già dichiarate incostituzionali e quindi avrebbe lo stesso contenuto di un atto legislativo; una nuova pronuncia in materia di prescrizione, diversa da quella del 1966 finirebbe per ridurre la tutela assicurata ai lavoratori dalle norme costituzionali e si porrebbe del tutto al di fuori dei compiti istituzionali affidati alla Corte, cioè finirebbe per essere una usurpazione del potere legislativo.

3.4. La Corte di Cassazione e la giurisprudenza di merito.

A placare, almeno in parte, il contrasto tra le varie opinioni dottrinarie relative alla pronuncia della Corte Costituzionale n.174, fu l'intervento della Corte di Cassazione con la sentenza n. 1268 del 12 aprile 1976¹⁷⁸.

Con questa sentenza la Corte di Cassazione aderì alle precedenti impostazioni della Corte Costituzionale, ritenendo dunque che, il carattere della stabilità e la decorrenza della prescrizione in corso di esso siano da riconoscere per “ ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, sia regolato da una

177 L.Ventura, *Corte costituzionale e prescrizione dei crediti di lavoro: brevi considerazioni sudi una norma di legge inesistente e su di una sentenza che l'ha dichiarata (parzialmente) costituzionale*, in *Riv.giur.lav.*, II, 1973, p.22

178 Cass. S.U., 12 aprile 1976, n.1268, in *Mass.giur.lav.*, 1976, n.190

disciplina la quale sul piano sostanziale, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale affidi al giudice il sindacato su tale circostanza e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo”.

Tale pronuncia non è comunque andata esente da critiche; la Corte di Cassazione è stata infatti tacciata¹⁷⁹ di totale incoerenza nonché insipienza nella misura in cui attraverso la sua pronuncia ha, da un lato dichiarato l'indisponibilità e la definitività degli effetti delle sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale, sostenendo che la Corte Costituzionale non possa in alcun modo vincolare gli organi giurisdizionali con le interpretazioni autentiche di propri giudizi, né far rivivere disposizioni che essa stessa ha eliminato dall'ordinamento configurandole come illegittime, ma dall'altro ha poi statuito esattamente il contrario aggiungendo che la Corte possa precisare il pensiero già espresso o colmare eventuali precedenti omissioni, come per l'appunto sarebbe avvenuto nel caso della sentenza n.174 in relazione alla precedente n.63/1966.

Successivamente nuovi interventi della Corte di Cassazione si sono resi necessari in seguito alle pronunce della Corte Costituzionale emanate nel 1979.

Il giudice costituzionale ha pronunciato ben sei sentenze¹⁸⁰ e due ordinanze tornando in tema di prescrizione, affidando al giudice della controversia individuale di lavoro il compito di verificare il modo in cui regolamenti e contratti collettivi assicurassero ai dipendenti la stabilità, nonché di annullare l'avvenuto licenziamento e procedere alla completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente.

È su quest'ultimo punto che si sono sviluppate una serie di perplessità fra i giudici di merito¹⁸¹ i quali, ritenendo insuscettibile di esecuzione in forma specifica l'obbligo di reintegrazione del lavoratore, sono giunti a negare il carattere della stabilità per i rapporti di lavoro privato, escludendo pertanto, anche la decorrenza della prescrizione in corso di questi.

La Corte di Cassazione¹⁸², allora, ferma sulla precedente pronuncia delle Sezioni unite, è intervenuta sostenendo che i giudici di merito avevano messo in risalto un elemento di fatto del tutto irrilevante rispetto alla persistenza giuridica del rapporto di lavoro,

179 Questa la critica di U.Natoli, *L'art.136 della Costituzione e la Corte di Cassazione*, in *Riv.giur.lav.*, 1976, II, p.268.

180 Corte Cost., 1 giugno 1979, nn.40,41; Corte Cost., 18 giugno 1979, nn.42, 43, 44, 45, tutte in *Riv.giur.lav.*, 1979, II, 377.

181 Trib.Genova, 29 gennaio 1980, in *Riv.giur.lav.*, 1980, II, p.101; Trib.Padova, 31 maggio 1978, in *Riv.giur.lav.*, 1978, II, p.833.

182 Cass.11 gennaio 1984, n.210, in *Mass. giur.lav.*, 1984, 66; Cass, S.U. 13 febbraio 1984, n.1073, in *Or.giur.lav.*, 1984, 950.

comunque assicurata attraverso l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro emesso dal giudice.

Infatti si configura¹⁸³ sempre e comunque per effetto della sentenza di reintegrazione, un diritto soggettivo alla continuazione del rapporto lavorativo, ripristinato dalla data del licenziamento senza che peraltro si configuri soluzione di continuità della sua persistenza giuridica.

Pertanto, il datore di lavoro è tenuto a pagare comunque le retribuzioni dovute al lavoratore in virtù del ripristinato originario rapporto di lavoro: quand'anche il datore dovesse omettere di comunicare in concreto al prestatore l'invito a riprendere servizio, il rapporto di lavoro manterrà la sua giuridica esistenza con il conseguente obbligo di corrispondere al dipendente le retribuzioni, finché non divenga operativa un'ulteriore specifica causa di risoluzione del rapporto.

Dunque, nonostante i rilievi critici suindicati, non si pare revocabile in dubbio il principio affermato dall'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale: il termine di prescrizione decorre in costanza di rapporto di lavoro dotato di stabilità, una stabilità correlata alla particolare tutela offerta contro il licenziamento, cioè alla sindacabilità da parte del giudice sui motivi di recesso e all'eventuale conseguente pronuncia dell'ordine di reintegrazione.

4. Decorrenza della prescrizione e parasubordinazione

Perplessità sono sorte in merito all'applicabilità della disciplina del differimento della decorrenza della prescrizione alla cessazione del rapporto di lavoro, quanto ai crediti retributivi dei lavoratori parasubordinati; ciò essenzialmente in connessione al problema della qualificazione giuridica stessa dei rapporti parasubordinati (come di natura autonoma o subordinata) e, più in generale, della identificazione del quadro normativo ad essi applicabile.

Se la questione è ormai pacifica in giurisprudenza, essendo la Suprema Corte¹⁸⁴ più volte intervenuta ad affermare la sostanziale equiparazione al rapporto di lavoro autonomo,

183 Cass. S.U., 28 aprile 1975, n.1618, in *Mass.giur.lav.*, 1976, 46.

184 Cass.3 luglio 2001, n.13323, in *Riv.it.dir.lav.*, 2002, I, p.266; Cass.16gennaio 1999, in *Mass.giur.lav.*, 1999; Cass.21 gennaio 1998, n.531, in *Ragiusan*, 1998, 256.

diversamente in dottrina sussiste qualche contrasto: nonostante la maggior parte degli autori sostenga la natura autonoma¹⁸⁵ del rapporto, non manca una differente interpretazione¹⁸⁶ volta a sottolineare la presenza, nell'ambito del lavoro parasubordinato, di elementi di vera e propria contiguità con il lavoro subordinato, soprattutto in ragione della condizione di debolezza contrattuale e di soggezione socio-economica che caratterizza il prestatore di lavoro.

Dalla ricomprensione del rapporto parasubordinato nell'ambito del lavoro autonomo dovrebbe discendere, ad ogni modo, la completa negazione delle tutele garantite al lavoro subordinato: così dottrina e la giurisprudenza si sono affrettate in più occasioni a sottolineare che, nonostante l'estensione anche ai rapporti di lavoro parasubordinati della normativa processuale ex art.409, terzo comma, c.p.c. non se ne determina alcun mutamento della natura, restando sempre e comunque una specie del lavoro autonomo.

Ma, altri orientamenti dottrinari e giurisprudenziali, hanno ritenuto possibile l'estensione anche al piano sostanziale, della tutela del lavoratore subordinato già in parte riconosciuta al lavoratore parasubordinato attraverso l'applicabilità della disciplina processuale.

L'opinione prevalente ritiene pertanto applicabili a queste fattispecie di lavoro anche la disciplina della rivalutazione dei crediti ex art.429, terzo comma, c.p.c., nonché quella delle rinunce e delle transazioni prevista dall'art.2113 c.c..

Da questi rilievi è possibile notare come sia diventato sempre più forte l'esigenza di individuare in concreto il prospetto normativo e dunque l'ambito delle tutele proprie del lavoro subordinato applicabili ai rapporti parasubordinati, a tal punto che, in dottrina c'è chi¹⁸⁷ ha addirittura parlato di una vera e propria impossibilità logica di escludere dalla tutela costituzionale di cui agli artt.35 e ss Cost. i rapporti di collaborazione autonoma a carattere continuativo.

Ed è proprio al problema della riconducibilità all'art. 36 Cost. che si lega essenzialmente la questione della applicabilità del principio di differimento del decorso della prescrizione in materia di rapporti parasubordinati.

La dottrina è apparsa sul punto divisa: da una parte c'è chi¹⁸⁸ ha sostenuto che, pur non

185 M.Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione (riflessioni sulla portata sistematica dell'art.409, n.3 c.p.c.)*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1984, I, 537 ss.; M.V.Ballestrero, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Dir.Lav.*, 1987, p.63 ss.

186 G. Ferraro, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1998, p.436; G.Grieco, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro*, Napoli,1983, p.90 ss.

187 P. Ichino, *Il Contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo (diretto da), Milano, 2000, p.28.

188 Di questa opinione S.Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Napoli,1987, pp.161-164; A.Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, pp.218-223

avendo il costituente fatto espresso riferimento al lavoratore subordinato o autonomo nella formulazione dell'art. 36 Cost., tuttavia la disciplina dettata nel secondo e terzo comma del suddetto articolo si configura come esclusiva del rapporto di lavoro subordinato.

Pertanto, dalla non riconducibilità del lavoro parasubordinato (data la sua configurazione come *species* del più ampio *genus* del lavoro autonomo) all'ambito di applicazione dell'art. 36 Cost, discende la non applicabilità del regime di differimento della prescrizione di cui alla sentenza n.63 del 1966, stante lo stretto legame esistente tra questa pronuncia e la previsione contenuta nell'art.36 Cost.

Diversamente, altra parte della dottrina¹⁸⁹ si è spinta a sostenere l'applicabilità al rapporto di lavoro parasubordinato dei principi della giurisprudenza costituzionale in tema di decorrenza della prescrizione dalla cessazione del rapporto stesso, sul rilievo della soggezione economica del prestatore di lavoro parasubordinato, cioè in considerazione della sua situazione di debolezza contrattuale e perciò di non resistenza del rapporto.

Tale ricostruzione viene giustificata¹⁹⁰ alla luce della motivazione stessa della sentenza n. 63 del 1966 che, non si è riferita esplicitamente al rapporto di lavoro subordinato, ma al tipo di stabilità che assiste il rapporto, per individuare la linea di discriminazione tra i casi cui si applica lo slittamento del termine di prescrizione e i casi in cui la deroga non ha invece ragione di essere disposta.

Spostando così l'accento sulla questione della stabilità o meno del rapporto, la posizione del lavoratore parasubordinato non potrebbe che configurare in pieno un'ipotesi di deroga al principio della decorrenza prescrizione in corso di rapporto, stante la sua configurazione di soggetto debole, confermata anche dall'applicabilità dell'art.2113 cc..

Ad ogni modo, nonostante i susseguenti orientamenti dottrinari, la giurisprudenza prevalente¹⁹¹ è ferma nel considerare applicabile il principio di differimento del decorso della prescrizione al solo ambito del rapporto di lavoro subordinato e non anche al rapporto parasubordinato (*species* del lavoro autonomo) che pertanto resta soggetto alla regola generale di decorrenza della prescrizione nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro.

189 In tal senso P.Sandulli, *Lavoro autonomo e parasubordinazione*, in *Trattato di diritto privato*, P.Rescigno (diretto da), XV, Torino, 1986, p.1419; G.Santoro Passarelli, *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1979, p.118

190 A.V.D'Oronzo, *Lavoro parasubordinato e decorrenza del termine di prescrizione dei crediti*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2002, p.266

191 Cass.sez.lav., 3 luglio 2001, n.13323, in *Riv.it.dir.lav.*, 2002, I, p.266; Cass.21 gennaio 1998, n.531, in *Mass.giur.lav.*, 1998, p.148; Cass.13 aprile 1995, n.4221, in *Mass.giur.lav.*, 1995, p.152.

5. L'onere della prova della stabilità del rapporto di lavoro.

L'effetto principale della pronuncia n.174 è stato l'instaurazione di un regime bipartito nella decorrenza della prescrizione breve e presuntiva dei diritti dei lavoratori: in costanza di rapporto o a far data dalla cessazione dello stesso, e ciò sul dato della applicabilità o meno del regime di tutela reale nei confronti del licenziamento.

Pertanto particolare rilievo ha assunto dal momento di quella pronuncia, la prova sulla stabilità del rapporto lavorativo, da presentarsi in sede processuale nel caso di sollevata eccezione di prescrizione. In proposito le pronunce giurisprudenziali si sono susseguite copiose e con andamento altalenante quanto alla possibilità di addossare l'onere della prova di stabilità rispettivamente al datore di lavoro o al lavoratore.

Sebbene alla fine degli anni '80 la Corte di Cassazione sembrò risolvere in via definitiva la questione addossando l'onere sul lavoratore¹⁹², in realtà la querelle è continuata anche negli anni successivi, ed infatti se in molte occasioni¹⁹³ si è verificato uno scostamento dall'orientamento delle Sezioni Unite, sostenendosi che l'onere di provare le circostanze di fatto che determinano il requisito della stabilità grava, ai sensi dell'art.2697, comma 2, c.c., sulla parte che propone l'eccezione, quindi sul datore di lavoro, debitore del credito retributivo, in altrettante pronunce quell'orientamento è stato riconfermato¹⁹⁴.

Di recente le Sezioni Unite sono tornate ad occuparsi (sentenza n.141 del 2006) dell'onere della prova ai fini dell'applicabilità dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori, attribuendolo integralmente al datore di lavoro che, dovrà quindi dimostrare la sussistenza delle dimensioni occupazionali dell'unità produttiva.

A tal proposito la Suprema Corte ha ritenuto possibile dare prova del requisito dimensionale attraverso l'ordine di esibizione del libro matricola a carico del datore¹⁹⁵, consentendo poi anche di superare le risultanze del libro matricola per mezzo delle prove testimoniali e precisando che nel calcolo non si debba aritmeticamente e rigidamente attenere al momento del licenziamento, ma si devono tenere in considerazione i dati

192 Cass.S.U.4 marzo 1988, n. 2249, in *Lavoro e prev.oggi*, 1989, p.620.

193 Cass.6 agosto 2002, n.11793, in *Lav.giur.*, 2003, p.82, Cass. 17 maggio 2002, n. 7227, in *NGL*, 2002, p.470; Cass. 18 luglio 1998, n.6441, in *Not.giur.lav*, 1998, p.635; Cass. 19 luglio 1995, n. 7848, in *Not.giur.lav*, 1995, p.923.

194 Cass. 1 settembre 2003, n.12747, in *Dir.Lav.*, 2004, p.155; Cass.22 novembre 1999, n.13584, *Riv.it.dir.lav.*, 2000, II, p.633.

195 Cass. 6 febbraio 2003, n.1747, in *Riv.crit.dir.lav.*, 2004, I, p.155

strutturali nonché organizzativi dell'azienda¹⁹⁶.

Comunque, in difetto di prova della stabilità del rapporto di lavoro, le Sezioni Unite hanno sancito che la prescrizione estintiva quinquennale dei crediti periodici annuali o ad intervalli inferiori, decorre solo dallo scioglimento del rapporto¹⁹⁷.

6. Prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti di fatto: accertamento della stabilità .

Un contratto di lavoro concluso in violazione di legge è nullo. Tuttavia tale nullità non dispiega i suoi effetti relativamente al periodo in cui il rapporto abbia avuto effettivamente esecuzione, così che a norma dell'art. 2126 c.c. il prestatore di lavoro avrà diritto al trattamento economico e normativo corrispondente alle mansioni concretamente svolte, anche in mancanza del relativo *status* professionale.

Da ciò la necessità di intervento della Corte di Cassazione¹⁹⁸ relativamente al problema della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi riconosciuti in materia di rapporti di fatto.

Ad avviso dei giudici di legittimità è da applicarsi ai casi in esame il principio contenuto nell'art.2948 c.c. (così come modificato dal giudice costituzionale), per cui la prescrizione rimane sospesa durante l'esecuzione di un rapporto non assistito da garanzie di stabilità.

Il rapporto di fatto derivante da violazione di legge delinea infatti una situazione di soggezione per il prestatore, esposto al potere del datore di determinare in qualsiasi momento la cessazione del rapporto di lavoro (*rectius*, di rifiutare di fatto la prestazione), del tutto assimilabile a quella del lavoratore soggetto al potere di recesso datoriale in costanza di un rapporto di lavoro perfettamente stabile ma non assistito da garanzie di stabilità.

La nullità del vincolo in violazione di legge esclude dunque la stabilità del rapporto perché, per quanto incompatibile con il licenziamento, determina per il prestatore una

196 Cass. 8 maggio 2001, n.6421, in *Riv.it.dir.lav.*, 2002, p.129.

197 Cass.S.U. 29 gennaio 2001, n.38, in *Foro it.*, 2001, I, 845 e in *Riv.critica dir.lav.*, 2001, p.165

198 Ad esempio: Cass.12 novembre 2007, n. 23472, in *Riv.it.dir.lav.*, 2008, p.550;Cass.23 aprile 2002, n.5934, in *Not.giur.lav.*, 2002, p.678; Cass.20 maggio 2002, n.7310, in *Not.giur.lav.*, 2002, p.635, in relazione a prestazioni giornalistiche di fatto in cui la nullità dei contratti dipende dalla violazione dell'art.45 L. 3 febbraio 1963, n. 69, essendo le prestazioni svolte da soggetti non iscritti all'albo dei giornalisti professionisti.

situazione di soggezione socio-economica cui non può non ricollegarsi il differimento del termine prescrizione dei crediti retributivi.

La Suprema Corte ha rilevato pertanto che, del tutto incostituzionale (in relazione all'art.36 Cost) sarebbe procedere ad un'interpretazione differenziata tra il *metus* del lavoratore di fronte al potere di recesso del datore e la situazione del prestatore di fatto, sottoposto alla più assoluta libertà del datore di rifiutare la sua prestazione¹⁹⁹.

Le pronunce in materia di rapporti di fatto si configurano inoltre come emblematiche del più recente orientamento del Supremo Collegio in materia di accertamento della stabilità di un qualsivoglia rapporto di lavoro (e della conseguente disciplina sul decorso della prescrizione applicabile)²⁰⁰.

In proposito la Cassazione ha infatti puntualizzato che il requisito della stabilità da cui dipende la decorrenza del termine quinquennale di prescrizione in costanza di rapporto, vada verificata avendo riguardo al concreto atteggiarsi del rapporto medesimo ed alla configurazione che di esso ne danno le parti nel corso dell'effettivo svolgimento, dipendendo solo da ciò la rilevabilità di una effettiva situazione psicologica di *metus* del lavoratore, tale da impedirgli di esercitare i propri diritti nei confronti del datore.

Dunque, secondo la Corte ai fini della qualificazione di un rapporto come stabile o no, non costituisce elemento decisivo: né la volontà delle parti, che può trovare espressione anche nell'utilizzo di un preciso *nomen iuris* per definire il rapporto; né tantomeno la normativa garantistica che il giudice eventualmente *ex post* dovesse riconoscere applicabile con effetto retroattivo al lavoratore; l'unica cosa davvero rilevante è la configurazione del comportamento tenuto nello svolgimento del rapporto di lavoro.

A questo proposito pertanto, un eventuale modificazione della qualificazione di un rapporto per effetto di un negozio novativo, rileverà sul piano della stabilità da riconoscersi o meno al rapporto novato, solo se, trattandosi ad esempio di passaggio da rapporto subordinato a rapporto autonomo, alla volontà delle parti si accompagni un effettivo mutamento nello svolgimento delle prestazioni lavorative, *in primis*, venga meno l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro (elemento distintivo della subordinazione)²⁰¹.

Non sono, tuttavia, mancate pronunce, ad ogni modo isolate, in cui la Suprema Corte ha al

199 Così si è espressa la Cass.12 novembre 2007, n.23472, in *Arg.dir.lav.*, 2008, p.1166.

200 Per una breve analisi in proposito: S.Ciucciovino, *La prescrizione dei diritti nel rapporto di lavoro*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, G.SantoroPassarelli (a cura di), Milano, 2009, p.1108.

201 Così Cass.20 maggio 2002, n.7310, in *Not.giur.lav.*, 2002, p.635.

contrario affermato che la stabilità del rapporto dovrebbe essere verificata con riferimento alla disciplina legale che il lavoratore avrebbe potuto far valere e non a quella di fatto applicata illegittimamente.²⁰²

7. L'ipotesi dei rapporti di lavoro a termine: altalenanti indirizzi della Corte di Cassazione.

Particolarmente interessante in tema di decorrenza della prescrizione dei crediti del lavoratore, appare l'ipotesi di successivi rapporti a termine conclusi in momenti successivi tra le medesime parti, cioè rapporti che il lavoratore concluda con il medesimo datore.

Inizialmente la Corte di Cassazione è intervenuta in argomento²⁰³ sostenendo che, in ipotesi di regolare e legittima novazione e quindi successione di distinti rapporti di lavoro alle dipendenze dello stesso datore, la prescrizione dei crediti afferenti ad uno dei rapporti a termine non può validamente decorrere se la sua scadenza si verifica nel corso di un successivo rapporto.

La prescrizione dovrà quindi decorrere interamente dalla fine del rapporto corrente.

La Cassazione ha ancorato tale sua affermazione alla sentenza della Corte Costituzionale n.63 del 10 giugno 1966 di cui ha attuato una vera e propria interpretazione estensiva, ritenendo che la stessa motivazione impeditiva della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto, cioè il *metus* del lavoratore, si possa applicare al caso in cui la prescrizione, iniziata a decorrere, sia poi scaduta in un rapporto successivo.

Riproponendosi infatti lo *status subiectionis* del lavoratore, riviverebbe l'esigenza di posticipare il decorso della prescrizione alla conclusione del nuovo rapporto.

Ma l'orientamento della Suprema Corte non è stato sempre coerente all'impostazione suesposta (sentenza 14 novembre 1978, n.6107); già con la sentenza 12 giugno 1978, n. 3059, la Cassazione pronunciandosi in materia prestazioni lavorative stagionali alle dipendenze dello stesso datore aveva sostenuto che il principio di non decorrenza della prescrizione avrebbe potuto trovare applicazione solo nel caso in cui le prestazioni fossero risultate inserite in un unico rapporto di lavoro, in cui, per la sussistenza di un vero e proprio vincolo obbligatorio tra le parti, anche negli intervalli non lavorativi si fosse

202 Cass.14 maggio 1991, n. 5344, in *Mass.giur.lav.*, 1991, p.442.

203 Cass.19 dicembre 1978, n.6107, in *Mass.giur.lav.*, 1979, p.395, con nota di B.Brattoli

configurata una situazione di *metus*; diversamente, qualora le prestazioni avessero dato luogo a tanti distinti rapporti lavorativi, alla fine di ognuno di essi sarebbe iniziato il decorso del termine prescrizionale.

In verità la sentenza n.3059 nulla diceva in tema di “scadenza” della prescrizione, ma l'impostazione in essa contenuta ha poi influenzato la successiva pronuncia n. 5937²⁰⁴ nella quale si è stabilito che, il principio di non decorrenza della prescrizione non si possa applicare al caso di rapporti plurimi stagionali, ciascuno dei quali si sia esaurito col compimento dell'attività lavorativa per cui era stato instaurato; nel caso in cui quindi, conclusosi un rapporto, si verifichi una riassunzione ad esempio a distanza di due o tre anni, nessuna variazione subirà il decorso prescrizionale (già iniziato) relativo al primo rapporto: la prescrizione dei diritti derivanti dal rapporto precedente ormai cessato continuerà a decorrere nel successivo rapporto ed avrà fine nel termine indicato dalla legge.

L'eventuale e successivo rapporto, legittimamente distinto dal precedente, non costituirà quindi causa interruttiva di una prescrizione di diritti ad esso completamente estranei.

È facile dunque notare come nel corso degli anni la Corte di Cassazione abbia assunto posizioni a dir poco altalenanti in tema di applicabilità del principio di differimento in materia di effetti prescrizionali derivanti da rinnovo di contratti a termine, anche se, nel complesso le diverse pronunce sembrano potersi essenzialmente ricondurre a due grandi filoni interpretativi: da una parte quello formalista, dall'altro quello garantista²⁰⁵.

Secondo l'ipotesi formalista²⁰⁶ ogni rapporto a termine è stato considerato come autonomo ed a sé stante ed in quanto tale privo di ripercussione alcuna sul decorso prescrizionale relativo ad un eventuale precedente contratto.

Secondo il filone garantista²⁰⁷, all'opposto, si è ritenuto di potersi giustificare, nel susseguirsi di rapporti con lo stesso datore, l'applicabilità della tutela data dalla sospensione dei termini prescrizionali, sul rilievo della sussistenza della situazione di soggezione psicologica relativamente al rinnovo dell'obbligo lavorativo.

204 Cass.14 novembre 1979, n.5937, in *Mass.giur.lav.*, 1980, p. 255, con nota di B.Brattoli.

205 La bipartizione è indicata da B.Grandi, *Prescrizione e rapporti a termine*, in *Dir.lav.*, 2004, p.258.

206 In questo senso si vedano: Cass.2 luglio1999, n.6852 in *Giur.it.Mass.*, 1999, p.804; Cass. 16 dicembre 1995, n.12872, in *Giur.it.Mass.*, 1995, p.1322; Cass. 9 maggio 1995, n. 5033, in *Giust. Civ.* 1996, I, 3015.

207 In questo senso si vedano: Cass.10 aprile 2000, n. 437, in *Giur.it.Mass.*, 2000, p.437;Cass. 15 dicembre 1997, n. 12665, in *Riv.it.dir.lav.*,1998, II, p.546; Cass. 22 febbraio 1995, n. 2020, in *Mass.Giur.lav.*, 1995, p.231;

7.1 Segue. Le posizioni della dottrina

Agli altalenanti indirizzi della Corte di Cassazione in tema di decorrenza della prescrizione nei contratti a termine, si è accompagnata una variegata congerie di opinioni dottrinarie sul tema.

C'è chi²⁰⁸ per esempio, ha ritenuto perfettamente applicabile il principio contenuto nella sentenza n.63 del 1966 sul rilievo che, il giudice costituzionale con la sua pronuncia non si sarebbe limitato a differire alla cessazione del rapporto *il dies a quo* la prescrizione inizia a decorrere, ma avrebbe affermato un principio molto più incisivo, rappresentato dalla assoluta incompatibilità tra decorso della prescrizione e pendenza di un qualsivoglia rapporto di lavoro.

In tale ottica, se quindi il decorso della prescrizione è impedito (a causa del *metus* del lavoratore) in costanza di un rapporto privo di stabilità reale, analogo effetto si dovrebbe verificare quando, pur essendo iniziata a decorrere, la prescrizione venga a scadere nel corso di un nuovo rapporto instaurato tra le medesime parti.

All'interno di questo orientamento vi è, però, chi ritiene non del tutto irrilevante ai fini del decorso della prescrizione il tempo intercorrente tra i diversi rapporti a termine, configurandosi l'instaurazione del successivo rapporto secondo alcuni come causa di sospensione,²⁰⁹ di interruzione secondo altri²¹⁰; nel primo caso vengono dunque considerati cumulabili gli intervalli intercorrenti tra un rapporto a termine e il successivo; nel secondo, il termine riprenderà a decorrere *ex novo* dalla cessazione dell'ultimo dei contratti della serie.

Altra parte della dottrina²¹¹ si è al contrario espressa ritenendo del tutto inapplicabile all'ipotesi di successione di contratti a termine, il principio di non decorrenza previsto dalla sentenza n.63 del 1966.

Quel che rileva è solamente la sussistenza di una effettiva soluzione di continuità fra l'uno e l'altro rapporto, per modo che ciascuno di essi abbia una propria autonomia e la

208 In tal senso si è espresso A.Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, p.307.

209 È questa la tesi di M. Buoncristiano, *Ancora in tema di prescrizione dei crediti di lavoro*, in Riv.dir.civ., 1997, II, p.11

210 Questa la visione di F.Santorò Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p.117.

211 In tal senso: A.Aranguren, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1981, pp.2855 e 286; B.Brattoli, *Decorrenza della prescrizione dei crediti del lavoratore nell'ipotesi di successivi rapporti con lo stesso datore di lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 1979, p.396; Id., *Ancora sulla decorrenza della prescrizione dei crediti del lavoratore nell'ipotesi di successivi rapporti con lo stesso datore di lavoro*, *ivi*, 1980, p.256.

prescrizione iniziata a decorrere alla cessazione di un singolo rapporto prosegue regolarmente anche nel corso del successivo.

Si è infatti criticato l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con la pronuncia n.6107, ritenendo che, l'idea dell'inutilità del periodo intercorrente fra successivi rapporti a termine, ai fini del decorso del quinquennio, non abbia alcun senso tanto più che la configurazione del nuovo rapporto lavorativo quale causa di interruzione della prescrizione è totalmente al di fuori delle previsioni legislative in tema, è completamente avulso dal nostro ordinamento²¹².

Ciò non basta, perché si è altresì criticata la sentenza n.6107, in considerazione del fatto che tale scelta configurerebbe un eccessivo discostamento dalla decisione assunta in una materia affine, cioè quella del decorso del termine decadenziale di cui all'art.2113 nell'ipotesi di legittima e sostanziale novazione di contratti a termine. A riguardo, infatti la Corte si era espressa sostenendo che il termine di sei mesi “decorrerà dal momento di estinzione del primo rapporto e non dalla data di estinzione del rapporto nato dall'immediata riassunzione”²¹³.

7.2. Segue. L'intervento delle Sezioni Unite: la sentenza 16 gennaio 2003, n.575.

Sposando il filone interpretativo legato alla soluzione formalista²¹⁴, le Sezioni Unite sono intervenute a risolvere la delicata questione della decorrenza del termine prescrizione dei crediti retributivi nella successione legittima di una pluralità di contratti a termine, con la pronuncia del 16 gennaio 2003, n. 575²¹⁵.

Attraverso tale sentenza si è infatti escluso seccamente qualsiasi impedimento alla decorrenza della prescrizione, distinguendosi con chiarezza la posizione del lavoratore a tempo indeterminato instabile, caratterizzata dal timore del licenziamento e pertanto soggetta al principio introdotto con la sentenza n. 63 del 1966, dalla posizione del lavoratore a termine, caratterizzata dall'originaria consapevolezza del pattuito termine di durata del rapporto e pertanto lungi dall'esser sottoposta ad alcun *metus*.

212 Questa la critica di B.Brattoli, cit., p.396, in commento alla sentenza della Corte di Cass.19 dicembre 1978, n.6107.

213 Cfr. Cass.24 marzo 1960, n.616, in *Foro it.*, 1961, I, 113.

214 Sulla distinzione tra orientamento giurisprudenziale formalista e garantista si veda: B.Grandi, *Prescrizione e rapporti a termine*, in *Dir.Lav.*, 2004, p.257 ss.

215 Cass.SS.UU., 16 gennaio 2003, n. 375, in *Giur.it.*, 2004, III, p.2082

A conforto delle proprie ragioni, le SS.UU. hanno richiamato un precedente del Giudice della legge (Corte Cost., 20 novembre 1969, n.143) che aveva evidenziato una diversità tra le situazioni fattuali dei lavoratori a tempo determinato e di quelli a tempo indeterminato, chiarendo che: le assunzioni temporanee hanno un carattere precario e la rinnovazione del rapporto non ha un carattere di normalità ma è una mera eventualità; costituendo di contro la non rinnovazione, un evento inerente la natura stessa del rapporto a tal punto che la sua previsione non può determinare nel lavoratore il timore che invece al licenziamento è riconducibile nel caso di lavoro a tempo indeterminato.

Il timore della mancata rinnovazione non è affatto equiparabile al timore del licenziamento che, avendo a differenza della prima, un carattere incerto, genera una situazione di vera soggezione psicologica nei confronti del datore²¹⁶.

Pertanto a detta della Corte di Cassazione è dall'intrinseca precarietà, cui non si riconnette alcuno stato di *metus*, che innanzitutto discende la ratio giustificatrice della diversa disciplina, in tema di prescrizione dei crediti retributivi, accordata ai lavoratori assunti a tempo determinati.

Le ulteriori argomentazioni addotte²¹⁷ a sostegno della tesi esposta nella suindicata sentenza sono legate al concetto di tassatività delle cause di sospensione e alla particolare tutela giurisdizionale accordata ai lavoratori a termine.

Quanto alla prima argomentazione la Cassazione ha sostenuto che, il fatto di ritenere che la rinnovazione di un contratto a termine possa integrare un'ipotesi di sospensione della prescrizione contribuirebbe ad intaccare il principio di tassatività delle cause di sospensione.

Nel nostro ordinamento non esiste infatti alcuna norma giuridica che impedisca il decorso dei termini prescrizionali dei diritti retributivi in pendenza di un successivo rapporto di lavoro e sarebbe del tutto impossibile ricondurre tale ipotesi in quelle di sospensione della prescrizione per i rapporti tra le parti (ex art.2941c.c.) o per condizioni del titolare (ex art.2942c.c.) .

Infine, le SS.UU. hanno argomentato il principio di decorrenza della prescrizione nella successione legittima di rapporti a termine sulla base delle garanzie riconosciute nel rapporto a termine sia sotto il profilo del licenziamento che della possibile prosecuzione del rapporto *de quo*.

216 Cfr. C.Lombardo, *La decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi nella successione di contratti a termine legittimi*, in *Nuova Giur.civ.comm.*, 2004, I, p.177 ss.

217 Per un'analisi delle argomentazioni della sentenza n.6107, si veda :

Nell'ipotesi di ingiustificata risoluzione *ante tempus*, viene infatti accordato al lavoratore un risarcimento del danno pari alla retribuzione che sarebbe stata percepita fino alla scadenza del contratto; quanto alla possibilità di rinnovazione, invece, il lavoratore è ulteriormente garantito dalla previsione di un diritto di precedenza nelle successive assunzioni presso la stessa azienda; diritto che, seppure abolito ex art.10, comma 9, d.lgs. 6.9.2001, n.368, viene tuttora riconosciuto, tramite l'intervento dell'autonomia collettiva, ai lavoratori a termine stagionali ed a quelli assunti per le "punte" di attività²¹⁸.

Sulla base di tutte queste prerogative, non ci sarebbero motivi, secondo la Cassazione, per individuare la necessità di un ulteriore sostegno (quale potrebbe essere il principio di non decorrenza introdotto con la sentenza n.63 del 1966), a favore della debolezza socio-economica del lavoratore a termine²¹⁹.

7.3. Segue. La decorrenza della prescrizione nell'ipotesi di successione di contratti a termine illegittimi.

Le Sezioni Unite della Cassazione non si sono limitate, attraverso la sentenza n. 575 del 16 gennaio 2003, a prendere in considerazione la questione della prescrizione in riferimento alla successione di contratti a termine legittimi, ma sono intervenute altresì in tema di successione di contratti a termine in sé e per sé illegittimi o che comunque, pur singolarmente legittimi, vengano a risultare collegati, nella loro pluralità, dall'intento fraudolento di eludere disposizioni di legge sul contratto a termine.

In questi casi si opera una conversione dei diversi contratti in un unico rapporto a tempo indeterminato per effetto della sentenza pronunciata a seguito dell'azione di nullità esperita dal lavoratore ex art.1419 c.c., dunque si viene ad instaurare *ope legis* una situazione in cui le parti saranno reciprocamente vincolate in un rapporto lavorativo senza limiti di tempo.

Ne consegue che, sebbene per *fictio iuris*, si delineano i presupposti (*metus* ed esistenza di un unico rapporto a tempo indeterminato), che portano ad escludere la decorrenza della prescrizione fino alla cessazione del rapporto lavorativo; cessazione che funge quindi da

218 Cfr. C.Lombardo, *La decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi nella successione di contratti a termine legittimi*, in *Nuova Giur.civ.comm.*, 2004, I., p.187; B.Piccinini, *Dies a quo nell'ipotesi di prescrizione di crediti retributivi inerenti una pluralità di contratti a termine, legittimi ed efficaci*, in *Giur.it.*, 2004, III, p.2082

219 Cfr. B.Grandi, *op.cit.*, p.263;

dies a quo per il decorso del termine di prescrizione, potendo infatti il lavoratore da questo momento far valere ex art.2935 c.c. i propri diritti senza alcun condizionamento psicologico²²⁰

Le conclusioni a cui le Sezioni Unite sono giunte attraverso la sentenza in esame nonostante la puntualità delle motivazioni espresse, non sono andate esenti da critiche.

Non è apparsa²²¹ conforme al vero, infatti, la rilevazione di una situazione di *metus* per il solo lavoratore che stipuli una serie di contratti a termine legittimi, non anche per lavoratore che conclude contratti a tempo determinato illegittimi o in frode alla legge.

In realtà sarebbe più corretto affermare che in entrambe le fattispecie, il timore della mancata reiterazione dei contratti a termine, accomuni i lavoratori.

Inoltre, negare la situazione di *metus* per il lavoratore che concluda contratti a termine legittimi, sulla base della sussistenza di un'adeguata tutela contro le condotte illegittime del datore, sembra contrastare con la realtà fattuale: bene più forte è la tutela di cui gode un lavoratore assunto con contratto a termine illegittimo, potendo quest'ultimo far valere in ogni momento l'azione di nullità parziale del contratto ed ottenere una piena reintegra nel posto di lavoro, nonché un integrale risarcimento dei danni subiti.

Si è infine evidenziato come la Corte sia stata poco coerente nel suo ragionamento affermando che, nonostante la *fictio iuris* con cui si riconosca carattere di rapporto a tempo indeterminato alla successione di contratti a termine in frode, qualora il rapporto così nato sia soggetto a tutela reale, si applicherà in ogni caso il principio di non decorrenza della prescrizione stante il *metus* del lavoratore da apprezzarsi sulla base della realtà fattuale e non sulla qualificazione attribuita *ex post* dal giudice²²².

220 A.Vallebona, *Prescrizione della retribuzione e successione di contratti a termine*, in *Dir.lav.*, 2003, p.3 ss.

221 Le opinioni di seguito riportate sono di M.Canal, *La prescrizione dei crediti retributivi nella successione di rapporti di lavoro a termine*, in *D&L – Riv.crit.dir.lav.*, 2007, II, pp.769-770.

222 Cass.12 novembre 2007, n.23472, in *Mass.giur.lav.*, 2007, p.242; Cass.23 aprile 2002, n.5934, in *Not.giur.lav.*, 2002, 678.

8. La prescrizione del T.f.r. nel caso di fallimento del datore: l'operatività del Fondo di garanzia.

In attuazione della direttiva del Consiglio 80/97CEE, adottata per assicurare, attraverso l'intervento di appositi organismi, il pagamento dei crediti retributivi, non pagati, dei lavoratori subordinati, il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento l'art.2 della l.29 maggio 1982, n.297 prevedendo, a tutela del credito del prestatore avente ad oggetto il T.f.r. e dei crediti di lavoro relativi agli ultimi tre mesi di rapporto, l'operatività del Fondo di Garanzia gestito dall'Inps in caso di insolvenza o comunque di incapacienza del patrimonio del datore di lavoro.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione si è trovata più volte ad intervenire in merito alla definizione della natura del credito vantato dai prestatori nei confronti del Fondo suddetto ed alla conseguente identificazione del momento di decorrenza del termine prescizionale.

Nelle pronunce più recenti²²³ il giudice di legittimità ha asserito che il diritto del lavoratore di ottenere dall'Inps la corresponsione del t.f.r., stante l'insolvenza del datore, ha la natura di diritto di credito ad una prestazione previdenziale: diritto del tutto autonomo e distinto dal credito vantato nei confronti del datore e che, in ragione di ciò, non si perfeziona con la cessazione del rapporto di lavoro, bensì al verificarsi dei presupposti che il legislatore ha espressamente previsto nel citato art.2 L.297/82, cioè l'insolvenza del datore di lavoro e la verifica dell'esistenza e la misura del credito in sede di ammissione al passivo.

Ne consegue che, solo dal momento del verificarsi di tali circostanze, il lavoratore può presentare domanda all'ente previdenziale per ottenere la corresponsione del T.f.r. e solo da tale momento si avrà la decorrenza il termine di prescrizione del diritto del lavoratore nei confronti del Fondo di garanzia, decorrenza distinta da quella nei confronti del datore di lavoro fallito, sicché la prescrizione eventualmente verificatasi nei confronti di quest'ultimo è assolutamente irrilevante per il Fondo²²⁴.

Dunque secondo questa ricostruzione giurisprudenziale il diritto alla prestazione del Fondo non nasce in forza del rapporto di lavoro, bensì del distinto rapporto assicurativo-previdenziale: l'obbligazione retributiva a carico del datore configura solo il presupposto del sorgere del sorgere della distinta obbligazione previdenziale, condizionata alla

223 In tal senso Cass.19 dicembre 2005, n.27917, in *Riv.crit.dir.lav.*, 2006, p.627; Cass.26 febbraio 2004, n. 3939, in *Riv.it.dir.lav.*, 2005, II., p161.

224 Cfr. D. Mosca, *Fallimento del datore di lavoro e decorrenza della prescrizione del diritto del lavoratore al t.f.r. nei confronti del fondo di garanzia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2005, II, p.161 ss.

sussistenza dei requisiti previsti dal legislatore, dal verificarsi dei quali decorre la prescrizione.

In precedenza la Corte di Cassazione²²⁵ ha assunto tutt'altro atteggiamento a riguardo sostenendo che, le prestazioni del Fondo hanno natura retributiva, essendo in tutto e per tutto sostitutive di quelle che avrebbe dovuto erogare il datore di lavoro insolvente.

Infatti secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, la disciplina dell'art.2 della legge n.297/82 determina *ex lege* l'accollo in capo al Fondo di garanzia dell'originario debito retributivo del fallito, un accollo che non comporta la liberazione del debitore originario (il datore), di modo che i due soggetti risultano obbligati in solido.

In sostanza a detta della Corte di Cassazione²²⁶ l'accollo del debito relativo alla corresponsione del t.f.r. non muta, rendendola previdenziale, l'originaria natura del credito in questione che resta assoggettato in ogni circostanza alla disciplina prevista per i crediti di capitale.

Di conseguenza, nell'eventualità del fallimento del datore, la domanda di ammissione al passivo genererà sino alla chiusura della procedura fallimentare l'interruzione della prescrizione e solo da quel momento inizierà di nuovo a decorrere il termine quinquennale ex art.2948, n. 5 c.c.²²⁷.

9. Prescrizioni presuntive e crediti retributivi.

Il principio del differimento del decorso della prescrizione dei crediti retributivi a far data dalla cessazione del rapporto di lavoro, è stato introdotto dalla sentenza della Corte Costituzionale n.63 del 1966, non solo con riferimento alla prescrizione estintiva, bensì anche alle prescrizioni presuntive di cui agli artt.2955, n.2 c.c. e 2956, n.1 c.c.

Alla luce di questa pronuncia si è pertanto sollevata in dottrina la questione relativa alla effettiva compatibilità della prescrizione presuntiva, con i crediti retributivi dei lavoratori subordinati.

Si è così ritenuto²²⁸ che non avesse alcuna ragion d'essere l'applicabilità delle prescrizioni

225 In tal senso: Cass. 18 aprile 2001, n.5658, in *Riv.it.dir.lav.* 2002, p.643.

226 Cfr. Cass. 26 settembre 2002, n. 13988, in *Not.giur.lav.*, 2003, p.632.

227 Cfr. S.Muggia, *Breve rassegna sulla prescrizione dei crediti di lavoro in specifiche ipotesi*, in *Riv.crit.dir.lav.*, 2006, p.1159.

228 In tal senso L. Bigliazzi Geri, *Retribuzione e prescrizione*, in *Riv.giur.lav.*, 1966, p.377; F.Mazziotti:

presuntive ai crediti suddetti in considerazione del fatto che questo tipo di prescrizione opera solo per crediti scaturenti da rapporti di vita quotidiana, generalmente non regolati per iscritto e soddisfatti immediatamente senza rilascio di quietanza, dunque del tutto diversi dai crediti che scaturiscono da rapporti di lavoro per i quali, alla luce della l.4 /1953, il datore di lavoro è obbligato al momento della corresponsione della retribuzione, a consegnare al prestatore il prospetto di paga che funge da ricevuta del pagamento.

Ancora, a sostegno dell'incompatibilità delle prescrizioni presuntive con i crediti retributivi, si è rilevato che, la *ratio* che sorregge questo tipo di prescrizione fosse quella di garantire al soggetto obbligato certezza in ordine al proprio rapporto debitorio, circostanza che sarebbe stata del tutto vanificata dal differimento, previsto dalla summenzionata sentenza della Corte Costituzionale, del momento di decorrenza del termine di prescrizione alla cessazione del rapporto di lavoro.

Dunque lo spostamento del *dies a quo* della prescrizione avrebbe caducato la funzione stessa dell'istituto con conseguente sua tacita abrogazione²²⁹.

Successivamente, quando per effetto della sentenza n.174 del 1972, il principio del differimento del decorso prescrizione alla cessazione del rapporto di lavoro è stato riconosciuto limitatamente ai rapporti privi dei connotati della stabilità reale, la dottrina²³⁰ ha continuato ad esprimere le proprie perplessità in merito all'applicabilità delle prescrizioni presuntive ai crediti retributivi derivanti da questi rapporti.

Si è pertanto rilevata²³¹ una vera e propria contraddizione nell'applicazione delle prescrizioni presuntive ai crediti retributivi, tenuto conto della *ratio* sottesa all'istituto: applicare la prescrizione presuntiva a notevole distanza di tempo dal momento in cui il credito è sorto significa snaturare la prescrizione presuntiva e la sua finalità di surrogazione della quietanza di pagamento entro certi limiti temporali, per trasformarla in una vera e propria prescrizione estintiva, il che è per di più apparso illegittimo stante la tassatività delle ipotesi di prescrizione abbreviata.

Nonostante però una piena condivisione delle premesse critiche già elaborate dopo la pronuncia n.63 del 1966, la dottrina non ha condiviso le conclusioni cui quelle critiche avevano condotto e così ha continuato a ritenere applicabili, in quanto parte del nostro ordinamento positivo, le prescrizioni di cui agli artt.2955 e 2956 c.c., nella formulazione

La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale, in Scognamiglio (diretto da), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, p.268.

229 Così C.Stanzani, *Prescrizione e rapporto di lavoro*, in *Riv. Trim.dir.proc.civ.*, 1967, p.1109.

230 A. Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, p.195 ss; S.Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Perugia, 1987, p.173 ss.

231 Cfr. A.Maresca, cit., p.202.

emendata dalla pronuncia n.63 del 1966.

Allo stesso modo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, salvo rare pronunce in senso contrario²³², si è espressa nel senso della piena applicabilità delle prescrizioni presuntive (sia quella annuale che triennale) ai crediti di lavoro²³³.

A questo proposito è necessario evidenziare che i crediti di lavoro, per poter essere assoggettati alle prescrizioni presuntive, devono esser dotati di due requisiti: natura retributiva e carattere di periodicità²³⁴.

Quanto al primo requisito, indispensabile è quindi la riconducibilità degli emolumenti alla nozione di retribuzione, una nozione, in verità, non desumibile né dall'art.2099 c.c. (relativo alle forme retributive), né dall'art.36 Cost (relativo al solo principio di nozione giusta e sufficiente), ma che tuttavia, alla luce anche della novella dell'art.2120 c.c., introdotta (con l'art.1 della L.29 maggio 1982 n.297) ai fini del calcolo del T.f.r., è sicuramente oggi riferibile a tutti gli emolumenti, corrisposti a titolo non occasionale dal datore di lavoro, in dipendenza del rapporto di lavoro, comprese le prestazioni in natura, con la sola esclusione di quanto corrisposto a titolo di rimborso spese e a titolo risarcitorio. Quanto al secondo elemento, cioè la periodicità, è sufficiente prendere in considerazione la modalità temporale di corresponsione degli emolumenti secondo l'astratta previsione della normativa di legge o contrattuale, in correlazione ad una prestazione lavorativa che si ripete nel tempo.

Si hanno pertanto per i crediti retributivi periodicità mensili o plurimensili cui si ricollegano rispettivamente prescrizioni presuntive annuali o triennali; il primo caso è ad esempio quello della retribuzione mensile, comprendente quanto corrisposto al prestatore, sia negli elementi fissi (paga base) che in quelli legati a specifiche modalità di svolgimento delle prestazioni (lavoro notturno, straordinario, festivo), in relazione alle ore di lavoro effettivamente svolte, ovvero quanto corrisposto in adempimento di obblighi di legge o di contratto, in una serie di ipotesi in cui la prestazione non viene effettivamente fornita (malattia, infortunio, gravidanza).

Sono invece assoggettati a prescrizione presuntiva triennale, tutti i compensi retributivi a periodicità plurimensile, come ad esempio la tredicesima mensilità, la quattordicesima e tutte le altre mensilità supplementari, il premio di produzione e di rendimento ed in ogni caso tutto quello che viene corrisposto annualmente.

232 Si veda: Cass. 18 febbraio 1991, n. 1703, in *Mass.giust.civ.*, 1991, II, p.784.

233 Così Cass.3 ottobre 1998, n.9825, in *Riv.it.dir.lav.*, 1999, II, p.682.

234 Cfr.B.Miranda, *Le prescrizioni presuntive nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2001, p.49 ss.

Diversamente, non sono assoggettati ad alcuna prescrizione presuntiva i compensi retributivi corrisposti *una tantum*, in quanto privi delle caratteristiche della periodicità: il premio di anzianità, di nuzialità, di natalità, l'indennità di trasferimento, l'equo premio corrisposto nell'ipotesi di invenzione d'azienda, il T.f.r.

Con riferimento al trattamento di fine rapporto però, l'eventuale previsione della corresponsione annuale degli accantonamenti fa sì che la prestazione assuma le caratteristiche di periodicità annuale legittimanti l'applicabilità della prescrizione presuntiva triennale, decorrente durante il rapporto di lavoro o dalla cessazione dello stesso, a seconda che sussista o meno la stabilità del posto di lavoro²³⁵.

235 Così B.Miranda, cit., p.60.

Capitolo III

Rassegna sulla prescrizione dei diversi crediti di lavoro.

1. La prescrizione decennale nel rapporto di lavoro: decorrenza e fattispecie controverse.

Il fatto che la Corte Costituzionale, attraverso la sentenza n.63 del 1966, si sia pronunciata dichiarando l'incostituzionalità della sola prescrizione estintiva quinquennale e presuntiva relativamente al decorso in costanza di rapporto di lavoro, ha messo in risalto il problema della decorrenza della prescrizione decennale ex art.2946 c.c..

La questione è stata sollevata per la prima volta dal Tribunale di Roma con ordinanza del 14 febbraio 1969²³⁶ in riferimento alla legittimità del decorso della prescrizione decennale in pendenza di rapporto e, dunque, dell'applicabilità di tale prescrizione ai crediti del lavoratore subordinato.

Poco tempo dopo, la stessa questione è stata sollevata dal Tribunale di Firenze, con ordinanza del 16 marzo 1969, in riferimento all'operatività della prescrizione decennale in materia di risarcimento di danni derivanti da omissione contributiva, ed infine anche dalla Corte di Cassazione, ma in riferimento al diritto alla qualifica.

La Corte Costituzionale ha dunque risposto con la sentenza 29 aprile 1971, n. 86, dichiarando l'inammissibilità, in riferimento alle questioni sollevate dai giudici *a quo*, della questione di illegittimità costituzionale dell'art.2946, rispetto agli artt.3, 24, 36 della Costituzione.

La pronuncia di sola inammissibilità e non invece di infondatezza della questione è stata accolta non senza rilievi critici dalla dottrina dove si è persino parlato di un tentativo da parte del giudice costituzionale di “lasciarsi la porta aperta ad una eventuale e successiva dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art.2946 c.c.”²³⁷.

Ma la Corte non ha tardato a pronunciarsi nel senso di una vera e propria infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nell'art.2946 c.c. e lo ha

236 Cfr. Trib.Roma, ord.14 febbraio 1969, in *Riv.giur.lav.*, 1969, II, 242.

237 Il virgolettato ripropone il pensiero di E.Ghera, *Sulla prescrizione dei diritti patrimoniali nel pubblico impiego*, in *Giur.cost.* 1971, p.989.

fatto con le sentenze n. 40 e 41 del 1° giugno 1979: trattandosi ancora una volta di pronunce correlate a diritti non patrimoniali per i quali era stata sollevata la questione, la Corte ha avuto modo di precisare che, il principio di non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro si applica solo nel caso di crediti per retribuzione o indennità di fine rapporto, non anche nel caso di diritti che esulano dalla garanzia costituzionale di cui all'art.36, per i quali opera la prescrizione decennale con decorrenza dal momento in cui il diritto può esser fatto valere, nel rispetto della regola generale di cui all'art.2935 c.c.²³⁸.

In considerazione di queste pronunce appare dunque chiaro che la diversificazione tra prescrizione ordinaria decennale e prescrizione breve quinquennale non dipende da questioni afferenti il funzionamento o gli effetti dell'istituto, quanto semplicemente dal diverso campo di applicazione degli articoli 2948 c.c. e 2946 c.c.: l'uno concernente i crediti retributivi, l'altro i diritti del lavoratore di diversa natura.

A questo proposito è importante sottolineare che, contrariamente a quanto sostenuto in passato²³⁹, l'ambito di applicazione della prescrizione decennale non riguarda più né l'indennità di trasferimento, né l'indennità di trasferta o di lavoro straordinario, in considerazione della loro natura retributiva, mentre, pur avendo in comune con questi ultimi l'assenza del carattere di periodicità, è sottoposto a prescrizione decennale il premio di invenzione, che si configura come prestazione straordinaria di carattere indennitario corrisposta per una prestazione altrettanto straordinaria in quanto costituita dal risultato inventivo non rientrante nell'attività dovuta dal prestatore.

Controversa è apparsa inoltre negli anni la riconducibilità alla prescrizione ex art.2946 c.c. di figure quali l'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro, dell'anzianità di servizio e della ricostruzione di carriera. Ad essi in un primo momento la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva esteso il regime di prescrizione decennale, con inevitabili effetti estintivi sui conseguenti diritti retributivi, anche nell'ipotesi in cui per questi ultimi non fosse ancora decorsa la prescrizione breve o la prescrizione presuntiva. Tuttavia tale orientamento, riconosciuto dalla dottrina ormai come illogico²⁴⁰, poiché riferito a situazioni del tutto prive della natura di diritti soggettivi, è stato superato dalla giurisprudenza.

238 Cfr. per l'analisi delle sentenze sulla questione di legittimità costituzionale dell'art.2946 c.c. A.Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, pp.224-226

239 Cfr.Cass.20 gennaio 1977, n.303, in *Mass.giur.lav.*, 1979, p.218; Cass.9 aprile 1965, n.621, in *Mass.giur.lav.*, 1965, p.313. Di recente a sostegno della prescrittibilità secondo il termine quinquennale: Cass.10 novembre 2004, n.21377, in *Rep.For. it.*, 2004, voce *Prescrizione e decadenza*, n.119.

240 In tal senso B.Miranda, *Le prescrizioni presuntive nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2001, p.27

In riferimento all'accertamento del rapporto di lavoro, la Suprema Corte di Cassazione ha infatti riveduto le sue precedenti convinzioni²⁴¹, giungendo ad affermare che “ non sono soggette a prescrizione l'esistenza e la durata del rapporto di lavoro subordinato, ma i diritti che ne derivano”²⁴².

Ciò implica che il prestatore di lavoro ha sicuramente il diritto di vedere accertata e riconosciuta l'effettiva natura giuridica del proprio rapporto di lavoro, ma che tale potere di accertamento non identifica una specifica posizione giuridica, distinta dalle singole pretese creditorie del rapporto, bensì si pone come sintesi riassuntiva di queste ultime.

La posizione di lavoratore subordinato identifica uno *status* privo di rilevanza giuridica autonoma e distinta dalle singole posizioni soggettive che esprime e che pertanto sono singolarmente ed esclusivamente soggette ai termini di prescrizione ad esse propri²⁴³.

A queste affermazioni fanno eco quelle contenute nelle sentenze sull'accertamento dell'anzianità di servizio: a partire dalla pronuncia delle Sezioni Unite n.4817 del 1986, con cui si è chiarito per la prima volta che il problema della prescrizione va posto non rispetto all'anzianità di servizio in sé considerata, bensì rispetto ai singoli diritti da essa derivanti, la Corte di Cassazione ha continuato ad affermare, con orientamento costante, che l'anzianità di servizio è insuscettibile di prescrizione decennale in quanto non costituisce oggetto di un autonomo diritto ma semmai rileva come presupposto di fatto per l'attribuzione di alcuni specifici diritti soggettivi del lavoratore di natura patrimoniale e non patrimoniale (ad es. diritto ad una determinata posizione nell'azienda oppure alla retribuzione prevista per una data qualifica, o agli scatti di anzianità, o all'indennità di fine rapporto) azionabili nei confronti del datore nei termini fissati dal legislatore per ciascuno di essi²⁴⁴.

Ne consegue che ad estinguersi per inerzia del lavoratore sono soltanto i diritti correlati all'anzianità di servizio e non l'anzianità stessa che al contrario resta estranea alla fattispecie della prescrizione, pur potendo sempre essere oggetto di accertamento giudiziale²⁴⁵.

In quest'ultimo caso la domanda giudiziale, così come richiesto dall'art.100 c.p.c., deve essere sorretta da un effettivo interesse, nel senso che l'accertamento deve risultare indispensabile ai fini dell'affermazione di specifici diritti esercitabili da parte del

241 Cfr. nel senso della prescrittibilità decennale del diritto all'accertamento del rapporto di lavoro Cass. 4 marzo 1981, n.1266, in *Mass.giur.lav.*1981, p.349; Cass.21 agosto 1982, n.4693, in *Foro.it.*, 1983, I, 1018.

242 In tal senso Cass.n.3741/1985 ed in senso conforme Cass.16 gennaio1988, n.306, in *Mass.giur.civ.*, 1988, p.1; Cass.19 febbraio 1990, n.1205, in *Foro.it.*,1991, I, p.884.

243 Cfr. S.Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Perugia, 1987,p.135.

244 Cfr. Cass.15 ottobre 2007, n.21542, in *Not.giur.lav.*, 2008, II, p.148.

245 Si veda Cass.12 maggio2004, n. 9060, in *Rep.Foro it.*, 2004, voce Lavoro(rapporto), n.1887; Cass.5 gennaio 1993, n.36, in *Rep.Foro it.*, 1993, voce Lavoro(rapporto), n.1758.

lavoratore²⁴⁶.

1.2. L'ambito di applicazione : Il diritto all'equo premio.

Tra le ipotesi di diritti dei prestatori di lavoro sottoposti a prescrizione decennale è da annoverare il diritto all'equo premio, quale prestazione straordinaria di carattere indennitario corrisposta in riferimento al conseguimento di risultato inventivo altrettanto straordinario non rientrante nell'attività dovuta dal prestatore.

Per poter dare una giustificazione del suindicato regime prescrizionale ormai consolidatamente²⁴⁷ ritenuto applicabile alla fattispecie in esame, occorre svolgere preventivamente un'analisi delle tipologie di invenzioni cui quest'ultima si ricollega, nonché degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari sviluppatisi nel tempo con riferimento alla determinazione della natura stessa di questa prestazione.

Partendo dal dato legislativo e precisamente dall'art 23 del r.d. 29 giugno 1939, n.1127 si nota che, nell'assegnare i diritti di utilizzazione economica delle invenzioni conseguite nell'esecuzione o nell'adempimento di un contratto o di un rapporto al datore di lavoro, si è distinto tra invenzioni di servizio ed invenzioni di azienda: le prime ricorrono nel caso in cui si tratti di prestazioni, oggetto del contratto, aventi carattere inventivo e proprio per tale scopo retribuite; le seconde invece sono rappresentate dai ritrovati realizzati dal prestatore nello svolgimento del rapporto, pur non essendo oggetto del contratto né di apposita previsione retributiva.

Dunque il diritto all'equo premio sorge solo in riferimento alle invenzioni aziendali, cioè solo ove l'attività inventiva sia una mera potenzialità²⁴⁸.

La giurisprudenza, sino a qualche anno addietro²⁴⁹ ha in verità accomunato le prestazioni economiche conseguenti alle due diverse tipologie di invenzioni, riconoscendo ad entrambe carattere retributivo: entrambe le fattispecie previste dall'art.23 r.d.1127 del 1939 configurerebbero, secondo questa prospettiva, ipotesi di rapporti lavorativi aventi ad

246 Cfr.S.Ciucciovino, *La prescrizione dei diritti nel rapporto di lavoro*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, G.SantoroPassarelli (a cura di), Milano, 2009,P.1114.

247 In tal senso Cass. 17 febbraio 2003, n. 11305, in *Riv.giur.lav.*, 20004, II, p.303; Cass.6 dicembre 2002, n. 17398, in *Dir.lav.*, 2004, I, p.27.

248 Cfr. T.Santulli , *Le caratteristiche dell'invenzione legittimanti il diritto del lavoratore all'equo premio*, in *Riv.giur.lav.*, 2004, II, p.311 e ss., nota a Cass.17 febbraio 2003, n.11305.

249 In tal senso Cass.28 giugno 2000, n.14439, in *Dir.prat.lav.*, 2000, 17, p.1109; Cass. 5 novembre 1997, n. 10851 e Cass.21 luglio 1998, n. 7161, in *Dir.lav.*, 1999, II, p.353.

oggetto lo svolgimento di attività di ricerca da parte del dipendente; il dato differenziale risiederebbe nel diverso atteggiarsi del nesso sinallagmatico in conseguenza all'incidenza dell'invenzione rispetto alla prestazione dedotta in contratto.

Per chiarire, la differenza sarebbe legata all'accettazione o meno da parte del datore dell'alea del raggiungimento dell'invenzione con conseguente pattuizione, *ex ante*, di uno specifico corrispettivo per il risultato inventivo solo nella prima ipotesi ed invece attribuzione dell'equo premio solo *ex post*, al momento di effettiva realizzazione dell'invenzione nel secondo caso (invenzione aziendale).

Dunque l'equo premio altro non sarebbe che una congrua remunerazione, proporzionata al valore dell'invenzione, chiamata a sopperire alla mancata previsione *ex ante* di uno specifico corrispettivo dell'eventuale risultato inventivo ed in quanto tale assoggettabile al regime di prescrizione quinquennale proprio dei diritti di natura retributiva.

A questa visione si è però contrapposta quella della dottrina²⁵⁰ secondo cui, il vero dato distintivo tra le due fattispecie di cui all'art.23 r.d. 1127 del 1939 consiste nell'oggetto dell'obbligazione assunta dal prestatore di lavoro: nell'ipotesi di invenzione d'azienda non si accenna ad alcuna connessione con la mansione di ricerca, il che implica che l'eventuale *res nova* si configura come evento del tutto straordinario assolutamente estraneo all'obbligazione lavorativa.

Il lavoratore avrà quindi diritto, nell'eventualità di realizzazione di tale *res nova*, ad un equo premio cioè ad un'indennità finalizzata compensare l'inventore della perdita dei diritti economici sulla sua scoperta che, quantunque occasionale ed impreveduta, rimane pur sempre il risultato dell'adempimento e spetta al datore di lavoro.

Anche secondo l'orientamento giurisprudenziale²⁵¹ ormai consolidatosi è da riconoscere carattere indennitario all'equo premio, in considerazione del fatto che la distinzione tra invenzioni di servizio ed aziendali discende esclusivamente dalla previsione o meno in contratto di una specifica voce retributiva: la sussistenza di una esplicita voce contrattuale relativa ad un emolumento destinato a remunerare l'attività inventiva non è più soltanto un criterio presuntivo ma bensì costitutivo della fattispecie invenzione di servizio, così che l'eventuale invenzione non remunerata secondo contratto non può che configurarsi come

250 In tal senso M.Buoncristiano, *Contratto di ricerca, invenzioni del lavoratore e corresponsione dell'equo premio*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 1998, I, p.356; G.Oppo, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Riv.dir.civ.*, 1969, I, p.11. In senso adesivo, più di recente, F.M.Mantovani, *Brevetto ed equo premio: la Cassazione ritorna sul bilanciamento degli interessi dell'impresa e del dipendente-inventore*, in *Dir.lav.*, 2004, I, p.27 e ss.

251 Cfr. Cass.19 luglio 2003, n.11305, in *Riv.it.dir.lav.*, 2004,II, p.578, in senso adesivo a: Cass. 21 luglio 1998, n.7161, in *Dir.lav.*, 1999, II, p.354; Cass.6 novembre 2000, n. 14439, in *Riv.it.dir.lav.*, 2001, II, p.680.

aziendale e dare diritto alla corresponsione dell'indennità di equo premio.

In concreto, dal riconoscimento all'equo premio di tale carattere indennitario discende sotto il profilo dell'operatività della prescrizione l'assoggettamento al termine ordinario decennale di cui all'art.2946 c.c. con decorrenza dalla data di concessione del brevetto, con l'esclusione quindi di quelle invenzioni suscettibili di brevettazione ma non brevettate.

La brevettazione si configura pertanto come presupposto necessario sia per la costituzione dei diritti patrimoniali sull'invenzione in capo al datore di lavoro, sia per la costituzione del diritto all'equo premio in capo al lavoratore, che si trovano quindi ad avere origine da una comune radice, condividendo un identico destino, secondo il brocardo *simul stabunt simul cadent*.

Tale posizione giurisprudenziale non ha trovato però il consenso della dottrina²⁵², che ha ritenuto doversi riferire il diritto all'equo premio e l'individuazione del *dies a quo* della relativa prescrizione al momento di realizzazione dell'invenzione; una diversa ricostruzione e quindi il collegamento al brevetto configurerebbe secondo la dottrina una ingiustificata differenziazione nella disciplina delle invenzioni di servizio e di azienda: le prime remunerate dal momento di scoperta del *quid novis*, le altre, quanto a riconoscimento della relativa indennità, soggette all'esplicazione di una prerogativa datoriale.

A nulla rilevarebbe inoltre al fine di ristabilire una situazione di equilibrio fra le due fattispecie, la possibilità riconosciuta in giurisprudenza al lavoratore, di agire, in caso di inerzia del datore, sostituendosi a quest'ultimo nella richiesta di brevettazione, previa diffida.

Infatti a detta della dottrina, nelle more della procedura di diffida il lavoratore sarebbe esposto concretamente al rischio che la sua invenzione venga utilizzata da altri o diventi addirittura di dominio pubblico.

252 V. Di Cataldo, *I brevetti per invenzione e per modello*, in P.Schlesinger (diretto da), Milano, 1988, p.162; S.Magrini, *Problemi attuali sulle invenzioni del prestatore di lavoro*, in *Pers.lav.*, 1990, p.4

1.2.1. Diritto al risarcimento del danno da inadempienza contrattuale del datore: il mancato godimento del riposo settimanale.

Soggetto a prescrizione decennale è il diritto dei lavoratori al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata fruizione del riposo settimanale.

Questa la conclusione cui è giunta la giurisprudenza prevalente²⁵³, in seguito al lungo dibattito giurisprudenziale sull'individuazione della natura giuridica del diritto al riposo e delle conseguenze legate al suo mancato godimento, anche sotto il profilo prescrizione²⁵⁴.

L'orientamento prevalente del Supremo Collegio configura il mancato godimento del riposo settimanale come vero e proprio inadempimento da parte del datore degli obblighi derivanti dal contratto: sopprimendo il giorno di riposo settimanale (solitamente coincidente con la domenica), questi compie infatti una scelta organizzativa in contrasto con norme imperative di legge.

Il diritto al riposo settimanale rientra infatti tra i diritti del lavoratore costituzionalmente garantiti, in funzione delle esigenze di recupero nonché di tutela anche degli spazi di vita sociale cui si lega la disciplina di limitazione dell'orario settimanale di lavoro²⁵⁵.

L'art.36 Cost., comma terzo, sancisce che “ il lavoratore ha diritto al riposo settimanale...e non può rinunciarvi” ed inoltre anche l'art.2109 del c.c. prevede che “il prestatore di lavoro ha diritto ad un giorno di riposo ogni settimana” .

In nessun caso poi il riposo settimanale di ventiquattro ore può andare a sovrapporsi a quello giornaliero, perché ciò svuoterebbe il precetto costituzionale della sua rilevanza: il lavoratore subisce nel corso della settimana lavorativa un'usura psico-fisica dovuta al quotidiano dispendio di energie, che deve necessariamente recuperare nel settimo giorno.

La violazione del principio costituzionale determina dunque in capo al lavoratore un danno che è oggetto nell'*an*, di una presunzione assoluta: la prestazione lavorativa nel settimo giorno si presume *iuris et de iure* usurante, pertanto il lavoratore non dovrà fornire in concreto la prova del danno subito²⁵⁶.

Da ciò ne deriva che l'attribuzione patrimoniale spettante al lavoratore per definitiva

253 In tal senso Cass. 22 gennaio 2004, n. 1135, in *Mass.giur.lav.*, 2004, p.314; Cass. 7 Marzo 2002, n. 3298, in *Giust.Civ.*, 2003, p.781 e ss.; Cass. 16 luglio 1992, n. 8627, in *Mass.giur.civ.*, 1992, p.7.

254 Per un'analisi del dibattito giurisprudenziale L.Nogler, *Sul danno alla salute per soppressione o differimento del riposo settimanale*, in *Riv.giur.lav.*, 1997, p.113 e ss.

255 Disciplinata da R.D.L. 15 Marzo 1923, n.692.

256 Cfr. A.Rocchi, *Il regime prescrizione nell'ipotesi di danno per mancato godimento del riposo settimanale*, in *Ragiusan*, 2004, III, p.478, nota di commento a Cass. 7 marzo 2002, n. 3298.

perdita del riposo settimanale non ha natura retributiva, ma risarcitoria, essendo diretta non a compensare la prestazione effettuata in quanto eccedente gli obblighi derivanti dal contratto, ma ad indennizzare il lavoratore dell'usura psico-fisica subita in conseguenza della perdita del riposo.

Da tale qualificazione risarcitoria la Corte di Cassazione ha quindi tratto precise conclusioni in termini di regime prescrizione affermando che, le somme dovute al lavoratore sono soggette a prescrizione decennale decorrente anche in costanza di rapporto di lavoro e non invece alla prescrizione quinquennale ex art.2948 , n.4 c.c. che si riferisce esclusivamente a prestazioni periodiche derivanti da un'unica *causa debendi*, né tantomeno alla prescrizione quinquennale ex art.2947c.c. che vale solo per il risarcimento del danno aquiliano.

Di orientamento completamente diverso quella giurisprudenza²⁵⁷, in verità ormai non tanto recente e comunque minoritaria, che ha ritenuto doversi sottoporre a prescrizione quinquennale ex art.2948 c.c. gli emolumenti da soppressione del riposo settimanale, in quanto voci ordinarie o straordinarie della retribuzione. Tali emolumenti sarebbero infatti finalizzati, secondo tale ricostruzione, alla compensazione della maggiore gravosità della prestazione effettuata in un giorno che avrebbe dovuto esser interamente dedicato al riposo.

1.2.2 Segue. Diritto al risarcimento dei danni da omissione contributiva

Gli artt. 1 e 3 del R.D.L. n.636/1939 e l'art.2115 c.c. regolamentano l'obbligo contributivo, imponendo ai datori di lavoro il pagamento di una somma di danaro a titolo di contributi previdenziali in favore dei lavoratori che prestano la loro opera alle loro dipendenze.

L'adempimento di tale obbligo determina a vantaggio dei prestatori di lavoro la costituzione della posizione assicurativa presso un Istituto Previdenziale ed è pertanto il presupposto dell'attribuzione ai lavoratori medesimi delle prestazioni previdenziali.

L'eventuale omesso od irregolare versamento dei contributi non può che incidere sulla posizione assicurativa del lavoratore; da ciò il configurarsi di una responsabilità in capo al datore per i danni cagionati, che si profila come ipotesi di responsabilità contrattuale in quanto frutto della violazione di una specifica ed indisponibile obbligazione imposta dalla

257 In tal senso Cass. 12 marzo 1996, n.2004, in *Mass.giur.lav.*, 1996, p.37; in precedenza v. Cass. 13 aprile 1993, n. 4363, in *Mass.giur.lav.*, 1993.

legge.

Conseguentemente il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria riconosciuta al lavoratore non è quello quinquennale di cui all'art.2947 c.c., legato alle ipotesi di responsabilità aquiliana, ma quello ordinario decennale previsto dall'art.2946 c.c. e la decorrenza di tale termine varia a seconda dell'interesse che il lavoratore intende tutelare con la proposizione della domanda di risarcimento: ancor prima del verificarsi degli eventi condizionanti l'erogazione delle prestazioni pensionistiche, il lavoratore infatti può decidere di agire, avvalendosi della generica azione di condanna al risarcimento (ex art.1453), per la tutela della propria posizione assicurativa²⁵⁸.

A questo proposito, la Corte di Cassazione²⁵⁹ aveva fatto ricorso alla nozione di aspettativa di diritto nel determinare il fondamento dell'azione a tutela della posizione assicurativa; ma la dottrina²⁶⁰ ha criticato questo orientamento ritenendo che debba in proposito invece riconoscersi un vero e proprio diritto soggettivo del lavoratore ad una regolare posizione assicurativa, scaturente in virtù della causa stessa del contratto di lavoro subordinato, che configurandosi come negozio a prestazioni corrispettive vede come corrispettivo dell'obbligazione di prestare il lavoro subordinato, quella retributiva, comprendente anche le somme per i contributi previdenziali obbligatori.

Il diritto del lavoratore alla regolarizzazione della posizione assicurativa sorge pertanto al momento del verificarsi dell'omissione contributiva e proprio a partire da quel momento inizia a decorrere il termine di prescrizione per la promozione dell'azione ad esso relativa.

Diversamente, nel caso in cui, in seguito all'omissione contributiva, il lavoratore intenda agire per la tutela del danno da perdita totale o parziale della prestazione previdenziale (ex art.2116 c.c.), la prescrizione della relativa azione non decorre dal momento dell'omissione contributiva bensì dal momento del verificarsi della duplice condizione sospensiva rappresentata dall'inadempienza contributiva del datore e dalla maturazione del diritto alla prestazione previdenziale, cioè dal raggiungimento dell'età pensionabile o della invalidità²⁶¹.

In realtà il tema dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione dell'azione risarcitoria ex art.2116 co.2 c.c. ha costituito oggetto di dibattito giurisprudenziale per

258 In tal senso Cass.sez.lav., 15 giugno 2007, n. 13997, in *Foro it.*, voce *Previdenza sociale*, n.565.

259 In tal senso Cass. 10 giugno 1974, n.1720, in *Giur.it.*, 1975, I, p.470 ss.

260 Cfr.G. Galligani, *L'omissione contributiva e il risarcimento del danno*, in *Lav.Prev.*, 1991, p.2137 ss.

261 Vedi M.Miscione, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in *Diritto del lavoro: commentario*, F.Carinci(diretto da), Torino, 2007, p.729. In giurisprudenza: Cass.26 agosto 2003, n.12517, in *Foro it.*, 2004, I, p.805; Cass. 25 ottobre 1997, n. 10528, in *Rep.Foro it.*, 1997, voce *Previdenza sociale*, n.1058; Cass.12 gennaio 1991, n.13715, in *Mass.Giur.civ.*, 1991, p.12.

molto tempo.

Inizialmente la Corte di Cassazione ha ritenuto che la prescrizione dovesse decorrere dalla data di cessazione del rapporto di lavoro²⁶²; poi le Sezioni Unite²⁶³ sono passate ad identificare il *dies a quo* con l'esaurimento del termine di prescrizione del diritto dell'istituto assicuratore al conseguimento dei contributi non versati dal datore di lavoro.

La sezione lavoro della Corte di Cassazione non ha però recepito questo orientamento, identificando invece il *dies a quo* nell'emanazione del provvedimento definitivo di rifiuto, totale o parziale, della prestazione assicurativa da parte dell'istituto previdenziale.

Tale tesi si basava sull'idea che le vicende del rapporto previdenziale sono il presupposto dell'azione risarcitoria e pertanto il diritto alla pensione non consegue automaticamente al verificarsi dell'evento "rischio", bensì solo a seguito della domanda all'ente previdenziale.

La dottrina, ritenendo irragionevole tale ricostruzione tesa ad affermare un'interconnessione tra provvedimento di diniego e danno, in termini di pregiudizialità del primo per rivendicare il secondo, ha sostenuto che è già al verificarsi dell'evento protetto (età pensionabile, morte, invalidità) che l'omissione contributiva produce il suo effetto dannoso, rendendo del tutto inutile la domanda di pensione²⁶⁴.

Il verificarsi dell'evento protetto è di per sé sufficiente a determinare la certezza del danno, non essendo affatto necessario l'atto di diniego dell'ente previdenziale²⁶⁵.

Dunque il provvedimento dell'Inps non è costitutivo dell'elemento della fattispecie risarcitoria, rappresentato dalla perdita della prestazione, bensì meramente dichiarativo, collocandosi quindi al di fuori della fattispecie causativa del danno.

Ad ogni modo le perplessità espresse dalla sezione lavoro hanno indotto poi le Sezioni Unite²⁶⁶ a pronunciarsi nuovamente, modificando il loro precedente orientamento per fissare l'*exordium praescriptionis* dell'azione risarcitoria per inadempimento contributivo nella maturazione del diritto alla prestazione previdenziale.

Infatti i due elementi necessari ad integrare la fattispecie risarcitoria ex art.2116 c.c., cioè l'omissione contributiva e la perdita del trattamento previdenziale, si concretizzano soltanto nel momento in cui il lavoratore maturi effettivamente il diritto alla prestazione

262 Cass.8 luglio 1969, in Riv. it. Prev.Soc., 1970, p.991

263 Cass.SS.UU. 16 maggio 1975, n.1744, in *Foro it.*, 1975, 1086.

264 Di questo avviso G.Dondi, *Danno pensionistico, azione risarcitoria e dies a quo della prescrizione*, in *Mass.giur.lav.*,1999, p.678 ss.

265 In tal senso, G.Galligani, cit., p.2167, dove l'Autore ammette un suo precedente orientamento esattamente opposto, si veda in tal senso G.Galligani, in *Giur.it*, 1980, I, p.805.

266 Cass.SS.UU., 18 dicembre 1979, n. 6568, in *Foro it.*, 1980, n. 1007.

previdenziale²⁶⁷.

1.2.3 Segue. Diritto al risarcimento del danno da violazione dell'obbligo di sicurezza (art.2087 c.c.).

Un'ulteriore ipotesi di prescrizione decennale è ricollegabile alla risarcibilità del danno configurantesi come lesione dell'integrità psico-fisica del lavoratore (art.32 Cost.), secondo le modalità del danno biologico (quindi nelle ipotesi di malattie professionali ed infortuni), o in termini di lesione della dignità personale del lavoratore (artt.2, 4, 32 Cost), come nel caso dei pregiudizi alla professionalità derivanti da fenomeni di dequalificazione, compromissori delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore all'interno dell'organizzazione d'impresa.

La prescrizione decennale opera cioè anche nei casi di risarcibilità del danno non patrimoniale (secondo l'onnicomprensiva ed unitaria definizione sancita nell'ambito della recente pronuncia della SS.UU. 11 novembre 2008, n.26972) derivanti dalla violazione dell'art.2087 c.c.

Tale disposizione legislativa configura a carico del datore di lavoro un obbligo di protezione più specifico del generale principio del *neminem laedere* ex art.2043 c.c.: al datore non è richiesta solo una mera astensione da condotte lesive dell'incolumità dei dipendenti, ma viene imposto di adottare tutte le misure, che se anche non richiamate in modo specifico da norme particolari, che appaiano però necessarie per la tutela del lavoro. Pur configurandosi dunque quale vera e propria “norma in bianco”²⁶⁸, l'art.2087 c.c. non identifica tuttavia una ipotesi di responsabilità oggettiva per il datore, occorrendo sempre che l'evento dannoso lamentato dal lavoratore sia imputabile a colpa datoriale in forza della violazione di obblighi concretamente individuabili²⁶⁹.

Dunque dalla richiesta del lavoratore di risarcimento dei danni subiti alla sua integrità psico-fisica, non può che sorgere per il datore una situazione di responsabilità

267 Cass. 26 agosto 2006, n. 12517, in *Foro it.*, 2004, I,p.805

268 Cfr. G. L. Bertone, *Brevi note sul diritto al risarcimento dei danni per infortunio sul lavoro e prescrizione*, in *Riv.crit.dit.lav.*, 2008, I, p.188 ss.

269 Si veda Cass. 6luglio 2002, n.9856, in *Not.giur.lav.*, 2002, p.734; Cass.5 marzo 2002, n.3162, in *Giust.civ.*, 2002, I, p.925.

contrattuale per violazione degli obblighi legislativamente previsti ex art.2087 c.c., con tutte le implicazioni che ne derivano sul piano della prescrittibilità del diritto stesso, che è dunque soggetto all'ordinario termine di prescrizione decennale ex art.2946 c.c.

In verità, nonostante tale orientamento sia ormai consolidato in giurisprudenza²⁷⁰, non sono mancate opinioni dottrinarie contrastanti che hanno riconosciuto, in virtù del generale obbligo datoriale del *neminem laedere*, la sussistenza in capo lavoratore della possibilità di agire solo a titolo di responsabilità extracontrattuale del datore²⁷¹ (dovendo pertanto rispettare il più limitato termine quinquennale di prescrizione che vi si ricollega ex art.2947 c.c.), o a titolo di responsabilità contrattuale o extracontrattuale²⁷² (c.d. concorso) o, infine, a titolo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale²⁷³ (c.d. cumulo).

Tutte e tre le posizioni sono state oggetto di critica²⁷⁴: alla prima ipotesi si è obiettato che in verità il pregiudizio lamentato dal lavoratore scaturisce da un preciso obbligo contrattuale; mentre in riferimento alle altre due si è sostenuto che esse erroneamente attribuiscono al risarcimento il carattere di reazione primaria esaustiva dell'illecito, mentre invece è da riconoscersene il carattere di mera sussidiarietà rispetto al più importante interesse alla prestazione lavorativa.

Ad ogni modo, una volta affermata la responsabilità contrattuale del datore per violazione degli obblighi ex art.2087, e assoggettata l'azione di risarcimento al termine di prescrizione decennale, la Corte di Cassazione si è trovata a dover affrontare il problema della fissazione del *dies a quo* dell'azione contrattuale stessa.

A questo proposito l'orientamento giurisprudenziale prevalente²⁷⁵ si attesta sulla fissazione dell'*exordium praescriptionis* nel momento in cui il danneggiato abbia avuto conoscenza del danno.

Trattasi del c.d. “principio della conoscibilità del danno” inizialmente elaborato con riferimento alla prescrizione breve attinente al risarcimento del danno extracontrattuale, prevista dall'art.2947 c.c.

In realtà la formula utilizzata dal legislatore “ la prescrizione inizia a decorrere dal

270 Cass.20 luglio 2007, n.16148, in *Mass.giur.lav.*, 2007, II, p.799; Cass.23 luglio 2004, n.13887, in *Not.giur.lav.*, 2005, p.202.; Cass. 14 dicembre 2002, n.17209, in *Riv.giur.lav.*, 2003, III, p.540.

271 V. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p.184 ss

272 In tal senso A.Di Majo, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p.221, ritenendo che ci si trovi dinanzi ad una stessa pretesa risarcitoria originata da un concorso tra norme.

273 In tal senso M. Franzoni, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2001, p.13, sostenendo che le due responsabilità non sono in rapporto di genere a specie.

274 Cfr. G.Cannati, *Questioni in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del datore di lavoro*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2008, II, p.575 ss.

275 Si veda: Cass.20 luglio 2007, n.16148, in *Mass.giur.lav.*, 2007, II,p.799; Cass.21 febbraio 2003, n.2645, in *Giur.it.*, 2004, p.285; Cass. 28 luglio 2000, n.9927, in *Mass.giust.civ.*, 2000,p.1649.

momento in cui il fatto si è verificato” si è prestata a una duplice interpretazione: secondo una tesi più rigorosa il termine “fatto” andrebbe inteso nel senso di “condotta” di modo che il dies a quo dovrebbe coincidere con l'atto illecito; secondo una diversa tesi (c.d. tesi garantista), invece, il fatto rilevante ai fini della prescrizione non può esser rappresentato dalla semplice condotta attiva od omissiva del soggetto responsabile, ma deve necessariamente estendersi al verificarsi degli effetti dannosi percepibili per il soggetto leso.

È pertanto indubbio che la Corte di Cassazione abbia aderito al “filone garantista”²⁷⁶ ritenendo pertanto che il dies a quo della prescrizione dell'azione contrattuale ex art.2087 non possa che riferirsi al momento di effettiva insorgenza nel danneggiato della conoscenza o consapevolezza del danno subito in conseguenza dell'inadempimento datoriale.

A conferma di ciò, è stato ribadito in diverse sentenze²⁷⁷ che l'eventuale aggravamento del danno subito dal lavoratore (per esempio in ipotesi di malattie professionali) non determina uno spostamento del termine iniziale di prescrizione decennale dell'azione, qualora sia semplicemente connesso ad un mero peggioramento del processo morboso in atto e non alla manifestazione di una lesione nuova ed autonoma rispetto a quella già esteriorizzatasi dopo l'esaurimento dell'azione del responsabile.

1.2.4. Segue. L'ipotesi della prescrizione decennale dei diritti dei datori di lavoro

La giurisprudenza riconosce come sottoposti al termine di prescrizione decennale non soltanto fattispecie relative a diritti dei lavoratori, ma anche ipotesi afferenti ai contrapposti diritti dei datori di lavoro.

Non del tutto infrequenti sono infatti i casi in cui il datore si trova a subire i danni provocati dal dipendente, per erroneo o negligente adempimento della prestazione lavorativa o per violazione di altri obblighi posti a suo carico, quali ad esempio quello di c.d. fedeltà (art.2105c.c.) o di non concorrenza (art. 2125 c.c.), per cui in tali ipotesi i corrispondenti diritti risarcitori del datore, vengono riconosciuti come legittimamente

²⁷⁶ A. Scacchi, *Il dies a quo della prescrizione dell'azione contrattuale ex art.2087 c.c.*, in *Mass.giur.lav.*, 2007, II,p.799 ss.

²⁷⁷ Cfr. Cass.21 febbraio 2004, n.3498, ed in senso conforme in precedenza Cass. 1520/1998, in *Rep.Foro.it.*, 1998, voce *Prescrizione e decadenza*, n.31

azionabili nell'ambito del decennio²⁷⁸.

Lo stesso dicasi nel caso in cui, nell'esercizio delle proprie mansioni, il lavoratore si appropri di somme di danaro affidategli dal datore: tale appropriazione integra sia un illecito contrattuale, costituendo nello specifico una violazione del dovere di eseguire la prestazione lavorativa nel rispetto delle regole di correttezza (ex art.1175 c.c.) e di diligenza (ex art.2104 c.c.), sia un illecito aquiliano per lesione al diritto assoluto all'integrità patrimoniale di cui il datore è titolare. Ne consegue che quest'ultimo potrà agire in giudizio per il risarcimento del danno subito sia in via contrattuale che extracontrattuale, rilevando tale diversità di titolo dell'azione con riferimento al regime di prescrizione: rispettivamente decennale (ex art.2946 c.c.) nell'un caso, quinquennale (ex art.2947 c.c.) nell'altro²⁷⁹.

1.2.5. La prescrizione del diritto alla qualifica

Per poter parlare di prescrizione in riferimento al diritto alla qualifica superiore è necessario partire da un'analisi sulla qualificazione giuridica del concetto stesso di qualifica. Da lungo tempo dottrina e giurisprudenza discutono sulla questione se al lavoratore sia da riconoscere un diritto alla qualifica concettualmente autonomo rispetto al diritto alle mansioni ed al trattamento economico a queste ultime corrispondente o se la qualifica costituisca esclusivamente un termine sintetico per indicare diritti ed obblighi del prestatore in relazione alle mansioni svolte.

La dottrina maggioritaria²⁸⁰ si è espressa nel configurare la qualifica come semplice “variante semantica” rispetto alle mansioni convenute, una sintesi verbale e concettuale per indicare il complesso di posizioni giuridiche, sia retributive che normative, che concretizzano un dato inquadramento contrattuale, escludendone pertanto l'autonoma configurabilità come diritto a sé stante, distinto dagli obblighi e diritti gravanti sul prestatore in relazione alle mansioni svolte. Secondo tale ricostruzione, dunque,

278 Cfr. Cass.23 gennaio 1984, n.567, in *Sett.giur.*, 1984, II, p.566 . In dottrina S.Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Perugia, 1987, p.143; S.Muggia, *Breve rassegna sulla prescrizione dei crediti di lavoro in specifiche ipotesi*, in *Riv.giur.dir.lav.*, 2006, II, p.1158.

279 Cfr. Cass.16 maggio 2000, n.6356, in *Not.giur.lav.*, 2001, p.449

280 G.Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p21 ss.; A.Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano,1983, p.341 ss.; S.Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Napoli, 1987, p.130.

l'espressione "diritto alla qualifica superiore" si lega a diritti posti a tutela di interessi nettamente diversi: da una parte il diritto all'esercizio delle mansioni superiori acquisite in via definitiva o delle mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, correlato ad esigenze di dignità professionale; dall'altra il diritto al trattamento economico dovuto al prestatore in relazione alle mansioni di fatto svolte o che era legittimato a svolgere, legato ad esigenze di natura patrimoniale.

Mancando l'autonoma configurabilità di un diritto alla qualifica, per quel che concerne la prescrizione non può che ragionarsi in termini di estinzione dei singoli diritti connessi al riconoscimento della qualifica²⁸¹.

Così, il diritto all'esecuzione delle più elevate prestazioni è soggetto alla prescrizione ordinaria decennale; diversamente, il diritto alle differenze retributive è soggetto all'autonoma prescrittibilità nel termine quinquennale di cui all'art.2948 c.c., n.4; inoltre in questo caso, trattandosi di crediti riconducibili alla garanzia derivante dall'art.36 Cost., la prescrizione non potrà decorrere fino alla cessazione del rapporto di lavoro, salvo il carattere di stabilità dello stesso.

Altra parte della dottrina²⁸², si è orientata invece nel senso della configurabilità di un diritto alla qualifica inteso come *status* e diritto a sé stante.

Tale orientamento fonda la nozione di diritto soggettivo alla qualifica professionale sul combinato disposto degli artt. 2103 c.c. e 96 disp. att. c.c., rilevando che la figura della qualifica ha piena autonomia rispetto alle nozioni di mansioni o degli diritti che ad essa si accompagnano nella regolamentazione del rapporto.

Il diritto alla qualifica ha, cioè, uno spazio ulteriore rispetto a quello delle mansioni in considerazione del fatto che va ad assolvere alla funzione di inquadramento del lavoratore: l'inquadramento, che si concreta per mezzo dell'assegnazione della qualifica, individua di conseguenza le mansioni corrispondenti; il diritto alla qualifica dunque costituisce cioè un *prius* logico rispetto alle mansioni²⁸³.

Il diritto alla qualifica rileva dunque sia come diritto soggettivo del prestatore alla conservazione della qualifica contrattuale, che all'inquadramento nella qualifica superiore qualora abbia svolto per un periodo superiore a tre mesi mansioni superiori a quelle per le quali era stato assunto.

281 In tal senso A.Maresca, cit., p.334.

282 A.Aranguren, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, in *Enc.giur.lav.*, G.Mazzoni (diretta da), Padova, 1981, p.298 ss.; G.Santoro Passarelli, *Diritto alla qualifica: prescrizione, promozione automatica, diritto alle differenze retributive*, in *Mass.giur.lav.*, 1999, p.256 ss.

283 Cfr.G.Santoro Passarelli, cit., p.267 ss.

Con riferimento alla prescrittibilità di tale diritto soggettivo, tale corrente dottrina ne ha rilevato l'assoggettività al regime decennale, escludendo dunque che la configurazione quale *status* implichi la formazione di un diritto della personalità, pertanto indisponibile ed imprescrittibile, come contrariamente sostenuto in isolate pronunce giurisprudenziali²⁸⁴.

In conclusione, è possibile rilevare come, le due tesi dottrinarie suesposte, sebbene contrapposte quanto a qualificazione giuridica del concetto di qualifica (riconosciuto o meno come diritto a sé stante), sono perfettamente concordi sui termini prescrizionali applicabili: il diritto del lavoratore al riconoscimento di una qualifica superiore, è assoggettato alla prescrizione ordinaria decennale.

Anche in giurisprudenza il tema della prescrittibilità del diritto alla qualifica superiore è stato ampiamente dibattuto.

L'orientamento maggioritario evidenziatosi nelle pronunce della Corte di Cassazione²⁸⁵ è nel senso dell'autonoma configurabilità del c.d. diritto alla qualifica e della sua sottoposizione al regime di prescrizione ordinario.

Non sono mancate però²⁸⁶ pronunce isolate, che, discostandosi totalmente dall'orientamento giurisprudenziale dominante, hanno disconosciuto alla qualifica la natura di diritto soggettivo, di bene giuridico, per configurarla invece come semplice indice di una situazione che compete al lavoratore nel rapporto, cioè come fonte di specifici diritti, sostenendone pertanto la completa imprescrittibilità.

Del resto la disposizione contenuta nell'art.2934 c.c. prevede l'applicabilità della prescrizione esclusivamente ai diritti soggettivi.

Per quanto concerne poi la Corte Costituzionale, è possibile evidenziare che questa, in adesione all'orientamento prevalente della giurisprudenza della Corte di Cassazione, ha definito come autonomo e distinto il diritto alla qualifica superiore, soprattutto rispetto al diritto alle differenze retributive connesse all'attività lavorativa effettivamente svolta.

È infatti intervenuta a sancire l'inaffidabilità²⁸⁷ prima, l'infondatezza²⁸⁸ poi, della questione di legittimità costituzionale dell'art.2946 relativamente alla sua operatività in

284 Cass., 9 agosto 1963, n.2254, in Foro it, 1964, I, 111. In dottrina cfr. F.Mazziotti, *La prescrizione e la decadenza ei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in R.Scognamiglio (diretto da), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano,p.304; G.Branca, *Lavoro, prescrizione e giurisprudenza costituzionale*, in Riv.giur.lav., 1974, p.253 ss.

285 Cass.SS.UU., 20 giugno 1972, n. 1961, in *Giur.civ.*, 1972, I, 2009; Cass.civ.18 maggio 1995, n.5486, in *Mass.giur.lav.*, 1995, 381; Cass.civ.23 agosto 1997, n. 7911, in *Not.giur.lav.*, 1997, 490.

286 Cass, civ.1 settembre 1987, n. 7151, in *Mass.giur.lav.*, 1987, 656, con nota di R.Scognamiglio;in *Not.giur.lav.*, 1987, 798.

287 Corte Cost.21 maggio 1975, n.115, in *Riv. Giur.lav.*, con nota di Bigliuzzi Geri.

288 Corte Cost. 1 giugno 1979, nn.40 e 41, in *Riv.giur.lav.*, 1979, II, 377.

materia di qualifica superiore.

Il diritto alla qualifica, avulso dalle conseguenze patrimoniali che ne discendono, non gode della tutela dell'art.36 della Cost., pertanto non può contrastare con la Costituzione il fatto che la prescrizione operi nel corso del rapporto.

Ma la Corte non ha ritenuto sussistente l'illegittimità del regime prescrizione del diritto alla qualifica neppure rispetto agli artt. 3 e 24 della Cost. che invece il giudice *a quo* riteneva violati dalla disparità di trattamento conseguente alla minore tutelabilità dei diritti prescrivibili in dieci anni, rispetto a quelli prescrivibili in cinque anni ma decorrenti dalla cessazione del rapporto.

La Corte Costituzionale ha pertanto rilevato che, non essendo tutelato costituzionalmente, il diritto alla qualifica ha una configurazione non omogenea rispetto al diritto alla retribuzione; trattandosi, dunque, di situazioni giuridiche diversamente strutturate, non poteva ritenersi verificata alcuna disparità di trattamento in conseguenza ad una diseguale disciplina sostanziale, quindi una violazione dell'art.3.

2.La prescrizione dei contributi previdenziali: la L.8 agosto 1995, n.335; le pronunce della Corte di Cassazione e i problemi di diritto transitorio.

Una fase particolarmente rilevante nell'ambito del più generale processo di riordino del sistema pensionistico italiano, avviato dal D.lgs. 20 dicembre 1993, n.503, è rappresentata dalla L. 8 agosto 1995, n.335.

La c.d. Riforma Dini è infatti intervenuta a ridisegnare le regole in materia di prescrizione dei contributi previdenziali, con “l'ambizioso obiettivo”²⁸⁹ di uniformarli, riducendoli.

L'art.3 della richiamata legge, fissa infatti in dieci anni il termine di prescrizione dei “contributi di pertinenza del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e delle altre gestioni pensionistiche obbligatorie” ed in cinque quello relativo “a tutte le altre contribuzioni di previdenza ed assistenza obbligatoria”, disponendo però contestualmente che, a decorrere dal 1 gennaio 1996, il termine decennale “è ridotto a cinque anni salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti”.

La disposizione normativa dell'art.3 specifica poi al successivo comma n.10 che, i termini

289 Così si esprime A.Rondo, *Le Sezioni Unite sulla prescrizione dei contributi previdenziali*, in *Arg.dir.lav.*,2008, p.1192 ss.

di cui al comma n.9 “si applicano anche alle contribuzioni precedenti la data di entrata in vigore della presente legge, fatta eccezione per i casi di atti interruttivi già compiuti o di procedure già iniziate nel rispetto della normativa preesistente”.

Tale formulazione legislativa ha posto nel tempo notevoli problemi applicativi, stante la sua scarsa comprensibilità, il suo carattere farraginoso, a ragion dei quali la dottrina ha parlato di disciplina particolarmente infelice²⁹⁰.

Se è vero infatti che dalla lettura dell'art.3 risulta un allineamento, per tutti i tipi di contribuzione, al termine quinquennale previsto, in via generale, dall'art.2948 c.c., altrettanto vero è che una serie di difficoltà nel ricostruire la disciplina legislativa nascono dal coordinamento dei commi 9 e 10 del succitato articolo.

Inizialmente, con la sentenza n. 3213 del 15 marzo 2001²⁹¹, la Corte di Cassazione ha stabilito che tutti i contributi (sia del Fondo pensioni lavoratori dipendenti, sia delle altre gestioni pensionistiche obbligatorie) maturati a decorrere dal 1 gennaio 1996 sono sottoposti al termine prescrizione di cinque anni, mentre i contributi maturati precedentemente all'entrata in vigore della L.335 del 1995, continuano a rimanere assoggettati ai due distinti termini rispettivamente decennale e quinquennale.

Dunque secondo tale pronuncia, il richiamo al comma 9 presente nel comma 10 dell'art.3 L.335/1995 è da riferirsi al solo termine decennale previgente e non anche a quello ridotto a cinque anni dal 1 gennaio 1996.

Una conferma a questo primo orientamento si è avuta in seguito attraverso la sentenza del 12 febbraio 2003, n.2100²⁹², secondo la quale il termine quinquennale non può essere riferito al periodo antecedente il 1 gennaio 1996.

Espressamente in conflitto con tali previsioni, in virtù di una presunta violazione dell'art.12 delle disposizioni sulla legge in generale, in forza del quale la legge deve essere interpretata in base all'intenzione del legislatore ricavabile dal significato delle parole secondo la loro connessione, si è posta invece la successiva sentenza n.19334 del 17 dicembre 2003²⁹³.

La Corte di Cassazione ha in questa occasione ha riconsiderato lo spirito dell'intera formulazione di cui all'art.3 per evidenziarne tre punti focali²⁹⁴: innanzitutto il legislatore

290 In tal senso L.Montuschi, *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali (un profilo singolare della riforma pensionistica)*, in *Arg.dir.lav.*, 1996, p.35 ss; P.Boer, *Ridotti a cinque anni i termini di prescrizione dei contributi alle gestioni pensionistiche*, in *Tut.lav.*, 1995, p.357 ss.

291 Cass. 15 marzo 2007, n.3213, in *Mass.giur.civ.*, 2001, p.409.

292 Cfr. Cass. 12 febbraio 2003, n.2100, in *Mass.giur.lav.*, 2003, p.262

293 Cfr. Cass.17 dicembre2003, n.19334, in *Riv.giur.lav.*, 2004, II, p.397.

294 In riferimento alla sentenza n. 19334/2003 e più in generale per un *excursus* sulle sentenze della

pur avendo mantenuto il termine di prescrizione di dieci anni per i crediti contributivi maturati entro il 31 dicembre del 1995 per i quali sia intervenuta la denuncia del lavoratore, ha tuttavia esteso la prescrizione quinquennale ai crediti maturati e scaduti in precedenza; in secondo luogo, ha posto un limite a tale estensione nel caso di atti interruttivi o procedure iniziate in ossequio alla disciplina preesistente; infine ha soppresso il periodo triennale di sospensione²⁹⁵ dei termini di prescrizione (previsto per gli anni 1983-1986) facendo sempre salvi però i casi di atti interruttivi già compiuti o di procedure per il recupero del credito già avviate.

La commistione dei commi 9 e 10, pertanto, secondo tale orientamento²⁹⁶, fa sì che, in tutti i casi, anche antecedenti il 1 gennaio 1996 e per i quali non sia intervenuto alcun atto interruttivo, il termine prescrizionale è retroattivamente quinquennale e pertanto preclusivo della possibilità di persecuzione *ex novo* delle evasioni contributive pregresse.

2.1. Gli interventi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia di prescrizione contributiva.

Nel tentativo di mettere ordine nella controversa materia della prescrizione dei contributi previdenziali le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute, a distanza di ben tredici anni dall'approvazione della legge n.335/1995, con due importanti pronunce.

Nella prima sentenza, la n. 5784 del 2008²⁹⁷, viene affermata l'idoneità degli atti interruttivi compiuti fino al 31 dicembre 1995 a conservare il termine di prescrizione decennale.

La decisione ha precisamente stabilito che gli atti interruttivi e le procedure avviate nel periodo intercorrente tra il 17 agosto 1995 (data di entrata in vigore della nuova legge di riforma) ed il 31 dicembre 1995, valgono a sottrarre alla prescrizione i contributi maturati nel decennio precedente all'atto interruttivo, dalla cui data inizia a decorrere un nuovo termine decennale.

Corte di Cassazione relative all'art.3 della L. n. 335/1995, si veda S.Caponetti, *Crediti contributivi: la pronuncia della Sezioni Unite sulle problematiche sottese alla prescrizione*, in *Lav.Prev.*, 2008, fasc7, p.1152 ss.

295 D.L. 12 settembre 1983, n.463, art.2, comma 19, convertito dalla legge 11 novembre 1983, n.638.

296 Conformemente a Cass. 17 dicembre 2003, n. 19334 in esame, anche: Cass 7 gennaio 2004, n.46, in *Riv.giur.lav.*, 2004, II; Cass.12 gennaio 2005, n.418, in *Riv.it.dir.lav.*, 2006, II, p.164 con nota di M.M.Mutarelli, *Le (in)certezze della giurisprudenza in materia di prescrizione dei contributi pensionistici*.

297 Cfr. Cass. SS.UU. 4 marzo 2008, n.5784, in *Arg.dir.lav.*, 2008, fasc.4, p.1186

La Suprema Corte di Cassazione ha dunque valorizzato il dato testuale dell'art.3 comma 10 L.335 /1995, osservando che, la particolare espressione utilizzata per definire la portata dell'eccezione alla riduzione del termine di prescrizione (“atti interruttivi già compiuti o di procedure iniziate nel rispetto della normativa preesistente”) si riferisce non al periodo antecedente l'entrata in vigore della legge, ma a tutto l'arco che va da quella data fino al 31 dicembre 1995 in cui vigevo il precedente regime prescrizionale.

Si tratta del c.d. “effetto annuncio” che a detta della Corte di Cassazione, il legislatore avrebbe posto in essere per dare la possibilità agli enti previdenziali di mantenere il regime di prescrizione decennale per i contributi pregressi, ponendo in essere nel periodo intermedio, che andava dal 17 agosto al 31 dicembre 1995, atti interruttivi o idonee procedure di recupero dei crediti²⁹⁸.

Si tratta per giunta di un meccanismo introdotto soltanto a favore dei contributi destinati alle gestioni pensionistiche, in considerazione del fatto che per quelli legati a gestioni diverse, il termine di prescrizione è immediatamente quinquennale a far data dal 17 agosto 1995.

Tale diversa disciplina è stata giustificata in termini di una esigenza di maggiore difesa per i lavoratori subordinati che diversamente, a causa di un ridotto termine quinquennale, nell'ipotesi di inadempimento contributivo del datore, vedrebbero compressa la possibilità di acquisire l'anzianità previdenziale utile al conseguimento del diritto alla pensione²⁹⁹.

Con la successiva pronuncia n. 6173 del 2008³⁰⁰, le Sezioni Unite si sono invece occupate della portata retroattiva dei più brevi termini di prescrizione previsti dal legislatore.

Si tratta di un tema cruciale in riferimento al quale si erano già evidenziate impostazioni contrastanti: se infatti la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva addirittura negato la portata retroattiva della l. 335 cit., sostenendo che il più breve termine quinquennale in essa sancito potesse applicarsi solo alle contribuzioni maturate successivamente al 1 gennaio 1996; di contro la dottrina, ritenendo del tutto arbitraria³⁰¹, alla luce della formulazione legislativa di cui all'art.3 co.10 della L.335 /1995, la riduzione della portata innovativa del termine quinquennale alle sole contribuzioni successive al 1 gennaio 1996, aveva affermato che tale più breve termine di prescrizione fosse da applicare anche alle

298 Cfr. G.Beretta, *Le Sezioni Unite giocano pesante con la prescrizione dei contributi*, in *Arg.dir.lav.*, 2008, fasc.4, p.1211

299 In tal senso G.Beretta, cit., p.1212; A.L.Fraioli, *La Suprema Corte torna sul problema della prescrizione dei contributi previdenziali*, in *Prev.Ass.Pubb.Priv.*, 2006, p.315

300 Cfr. Cass. SS.UU., 7 marzo 2008, n.6173, in *Arg.dir.lav.*, 2008, p.1206

301 Così M.M.Mutarelli, *Le (in)certezze della giurisprudenza in materia di prescrizione dei contributi previdenziali*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2006, II, p.1643

contribuzione pregresse³⁰², implicando di conseguenza l'automatica estinzione di una serie di esse³⁰³.

Con la decisione in esame, le SS.UU. si sono poste sulla scia della suindicata interpretazione dottrina, ma ne hanno temperato gli effetti in considerazione del fatto che, quella ricostruzione finiva per considerare estinti l'intera mole di contributi anteriori di cinque anni al 1 gennaio 1996, per i quali non erano stati effettuati atti interruttivi.

Così la Cassazione ha sì sancito la retroattività del termine di prescrizione quinquennale, ma giustificandola alla luce dell'applicabilità dell'art.252 disp.att. Cod.Civ.: varata nell'intento di regolare questioni di diritto transitorio in conseguenza dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, tale disposizione prevedeva che, in materia di esercizio di un diritto, prescrizione od usucapione, l'eventuale termine più breve rispetto a quello stabilito dalle leggi anteriori, fosse da applicare anche all'esercizio dei diritti sorti anteriormente ed alle prescrizione ed usucapioni già in corso, purché, a norma della precedente legge, non residuasse il decorso di un termine minore.

Alla luce di quell'articolo, le SS.UU. hanno sostenuto che la previsione contenuta nella l.n.335/1995 di un termine di prescrizione più breve del precedente, sia riferibile anche alle prescrizioni già in corso, purché se ne sancisca il decorso solo dalla data della di entrata in vigore della legge che ha disposto l'abbreviazione del termine, salvo che residui un termine minore; nello specifico, quindi, fuori dai casi di conservazione della prescrizione decennale, il più breve termine quinquennale sancito dalla l.335/1995 opera a decorrere dal 1 gennaio, anche per i contributi relativi a periodi precedenti alla sua entrata in vigore, ma con una particolarità: il termine quinquennale trova applicazione solo nel caso in cui del più lungo termine decennale del precedente regime residui nelle singole ipotesi un termine superiore ai cinque anni; diversamente, residuando un termine inferiore sarà questo a continuare il suo corso e non il termine quinquennale previsto dalla l. n. 335 cit.

La Suprema Corte di Cassazione ha così riconosciuto portata generale all'art.252 disp.att.c.c., sollevando non poche perplessità in dottrina.

Innanzitutto c'è chi ha ritenuto³⁰⁴ erroneo fondare l'irretroattività della disciplina introdotta dalla l. n. 335/1995 sul richiamo all'art.252 disp.att.c.c. in qualità di regola generale, non potendo la suddetta norma assumere tale qualificazione in virtù della sua particolare

302 L.Montuschi, *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali (un profilo singolare della riforma pensionistica)*, in *Arg.dir.lav.*, 1996, p.43.

303 Così C.A.Nicolini, *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e della tutela dell'anzianità previdenziale dopo la L.335 del 1995*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1996, I, p.295.

304 Cfr. A.Rondo, *Le Sezioni Unite sulla prescrizione dei contributi previdenziali*, in *Arg.dir.lav.*, 2008, p.1192 ss.

origine in termini di estrinsecazione di una disciplina particolare (quella della regolamentazione di questioni di diritto transitorio) e soprattutto della sua delimitazione in riferimento a precise coordinate temporali.

Altra parte della dottrina³⁰⁵ ha invece affermato che, pur volendosi riconoscere all'art.252 disp.att.c.c. il carattere di regola generale, ne risulta sempre l'inapplicabilità alla disciplina della prescrizione dei crediti contributivi perché gli effetti della retroattività dei nuovi termini prescrizionali sono desumibili già per effetto della previsione del regime transitorio che fa salvo il decorso del termine decennale di prescrizione nelle sole ipotesi in cui l'ente previdenziale si sia attivato per realizzare il credito contributivo.

In particolare infatti, qualora si ritenesse operante l'art.252 cit., l'inciso "fatti salvi gli atti interruttivi compiuti", contenuto nel comma n.10 dell'art.3 della l.n.335/1995, non avrebbe alcun senso, per lo meno rispetto ai contributi maturati prima del 1 gennaio 1991.

Ciò in quanto, nei confronti di questi contributi, il termine che residuerebbe in base alla disciplina precedente sarebbe inferiore a quello previsto dalla l. n. 335 cit.: ai contributi maturati prima del 1 gennaio 1991 si finirebbe per applicare quindi l'originario termine decennale, a prescindere dal compimento di eventuali atti interruttivi.

In questo stesso senso si è infatti espressa anche la giurisprudenza, ritenendo che la previsione organica e completa del regime transitorio comporta una vera e propria deroga, *recrtius* disapplicazione, dell'art.252 disp. att. c.c., escludendone l'applicazione in via sussidiaria o integrativa³⁰⁶.

2.2 La prescrizione dei contributi previdenziali dei liberi professionisti.

Con l'entrata in vigore dell'art.3, commi 9 e 10, l. n.335 del 1995, che ha ridotto i termini prescrizionali da dieci a cinque anni in materia di contribuzione e di assistenza sociale obbligatoria, è sorto il problema dell'individuazione del regime prescrizionale applicabile ai contributi dovuti alle casse di previdenza dei liberi professionisti.

Dottrina e giurisprudenza si sono cioè interrogate sull'applicabilità della nuova disciplina alle sole contribuzioni dovute all'Inps oppure anche alle contribuzioni dovute alle casse di

305 Così P.Capurso, *Problemi di diritto intertemporale della abbreviazione dei termini di prescrizione dei contributi previdenziali*, in *Inf.prev.*, 2003, p.112; G.Beretta, *Le Sezioni Unite giocano pesante con la prescrizione dei contributi*, in *Arg.dir.lav.*, 2008, fasc.4, p.1206

306 In tal senso Cass. 13 dicembre 2006, n.26621, in *Mass.giust.civ.*, 2006, p.12

previdenza categoriali dei liberi professionisti.

Nonostante la presenza di pareri discordanti³⁰⁷, la dottrina³⁰⁸ si è per lo più espressa nel senso dell'applicabilità della summenzionata disposizione a tutte le gestioni previdenziali (e quindi anche ai regimi dei liberi professionisti), sostenendo che la formulazione adottata dal legislatore rilevi l'intendimento di predisporre una disciplina unitaria della prescrizione degli obblighi contributivi, applicabile a tutte le assicurazioni sociali e le gestioni, disponendo cioè un allineamento, per tutti i tipi di contributi previdenziali obbligatori di base, al termine quinquennale di cui in via generale all'art.2948 c.c.

Ed invero si è ritenuto³⁰⁹ che, il fatto che la l.335 del 1995 miri ad introdurre una disciplina unica ed omogenea dell'istituto prescrizione estesa ad ogni forma di previdenza ed assistenza obbligatoria sia ricavabile già dalla formulazione dell'art.1 della suindicata legge, ove si legge che lo scopo dell'intera disciplina è quello di attuare la tutela di cui all'art.38 Cost. attraverso l'armonizzazione degli ordinamenti pensionistici, ma sempre nel rispetto della pluralità degli organismi assicurativi; ciò dunque indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli ente previdenziali³¹⁰.

Inoltre, alle medesime conclusioni in ordine alla onnicomprensività della disciplina prescrizione in materia contributiva, si è giunti tenendo conto del fatto che, non contenendo l'art.3, commi 9 e 10 della l. n. 335/1995, alcuna indicazione puntuale circa il suo ambito di applicazione, esso si configura come norma di portata generale applicabile pertanto a tutti i regimi previdenziali obbligatori.

307 Si veda L.Carbone, *La prescrizione dei contributi degli enti previdenziali dei liberi professionisti*, in *Prev.forens.*, 1999, n.4, p.56

308 Cfr. E.Bagianti, *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali dei liberi professionisti*, in *Giust.civ.*, 2003, p.2590; C.A.Nicolini, *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la l.335 del 1995*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1996, I, p.295.

309 Così E.Bagianti, cit., p.2590.

310 In proposito C.A.Nicolini, *Sull'individuazione del regime prescrizione applicabile alla Cassa di previdenza dei dottori commercialisti*, in *Giust.civ.*, 1999, I, p.902, ha ricordato che, a differenza di ciò che accade nel diritto civile e nel diritto del lavoro, nel diritto della previdenza sociale la nozione di libero professionista non rientra in quella di lavoro autonomo.

2.3 L'eccezione di prescrizione dei crediti contributivi.

Anche nel rito del lavoro, come nell'ordinario processo civile, l'eccezione di prescrizione si configura come eccezione in senso stretto, come tale irrilevabile d'ufficio dal giudice.

A norma infatti dell'art. 416 del c.p.c., il convenuto nel processo di lavoro di primo grado, è tenuto a costituirsi in giudizio almeno dieci giorni prima dell'udienza di discussione, depositando in cancelleria una memoria difensiva nella quale devono essere proposte a pena di decadenza le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio³¹¹.

Dunque l'eccezione di prescrizione dei crediti di lavoro è sicuramente soggetta alle preclusioni di cui al succitato articolo e di conseguenza non potrà essere proposta per la prima volta in grado d'appello³¹².

Tuttavia nella materia contributiva previdenziale si concretizza un caso eccezionale di rilevanza d'ufficio della prescrizione³¹³: per la particolare natura dell'obbligazione contributiva, il regime prescrizione, come esplicitamente sancito dal comma n.9 dell'art.3 della L.335 del 1995, è sottratto alla disponibilità delle parti, con la conseguenza che la prescrizione opera di diritto e deve essere rilevata dal giudice, cui spetta dunque, a prescindere dall'attività delle parti, il potere di esaminare la questione se i contributi oggetto di controversia siano o non siano prescritti³¹⁴.

Dunque una volta esauritosi il termine di prescrizione, il soggetto creditore (l'ente previdenziale) non può rinunciarvi ed un eventuale pagamento dei contributi dopo la scadenza del termine di prescrizione configura un'ipotesi di pagamento di indebito con conseguente diritto alla restituzione.

La *ratio* di questa diversa rilevanza della prescrizione è da rinvenirsi nel carattere "complesso" dei rapporti di diritto previdenziale e di conseguenza nell'esigenza di assicurare agli enti previdenziali (creditori dei contributi e debitori delle prestazioni), un certo equilibrio finanziario, impedendo che gli assicurati si assicurino la costituzione di benefici attraverso versamenti concentrati nel tempo³¹⁵.

311 Cfr. Cass.17 luglio 1996, n.6466, in *Not.giur.lav.*, 1996, p.797; Cass. 25 novembre 1999, n.13140, in *Not.giur.lav.*, 2000, p.228.

312 Così in materia di crediti di lavoro nel pubblico impiego: C.Stato, 19 ottobre 2006, n.6220, in *Foro Amm.Cons.Stato*, 2006, p.2786.

313 Così Cass. 24 marzo 2005, n.6340, in *Rep.For. It.*, 2005, voce *Professioni intellettuali*, n.290; Cass. 1 luglio 2002, n.95257, in *Rep.For. It.*, 2002, voce *Professioni intellettuali*, n.206; Cass. 16 agosto 2001, n.11140, in *Rep.For. It.*, 2001, voce *Previdenza sociale*, n.654.

314 Cfr. A.Tomasello, *Disciplina sostanziale e processuale della prescrizione dei contributi*, in *Lav.prev.*, 2007, I, p.224.

315 Così E.Bagianti, *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali dei liberi professionisti*, in *Gius.civ.*, 2003, p.2591.

2.4 La denuncia del lavoratore nella disciplina sulla prescrizione dei contributi: funzione e natura

Partendo dall'assunto della complessità del rapporto giuridico previdenziale, stante la plurisoggettività dell'obbligazione contributiva, è possibile notare che, anche per quanto concerne la vicenda della prescrizione dei contributi, benché essa si consumi nel rapporto tra datore ed ente previdenziale, in verità risulta coinvolto anche il lavoratore, interessato alla tutela del suo diritto alla salvaguardia della posizione previdenziale ed assicurativa.

L'intervento di quest'ultimo nella vicenda prescrizionale risulta dalla stessa formulazione dell'art.3, commi 9 e 10 della legge di riforma pensionistica, che nel ridurre i tempi di prescrizione di tutte le contribuzioni a far data dal 1 gennaio 1996, ha esplicitamente fatto salvi “ i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti”.

Ed è proprio la portata dell'istituto della denuncia del lavoratore, uno degli elementi più controversi della legge n. 335 del 1995.

Secondo parte della dottrina³¹⁶ essa consisterebbe in un semplice atto interruttivo della prescrizione, che in quanto tale si andrebbe ad aggiungere a quelli previsti in via generale dagli artt.2943 e 2944 c.c., applicandosi in riferimento al solo settore dei contributi previdenziali per i quali diverrebbe così operativo il decorso di un nuovo termine decennale. Secondo tale orientamento, infatti, se è vero che a poter determinare l'interruzione del termine di prescrizione quinquennale dei contributi previdenziali a pagamento periodico, è innanzitutto l'ente previdenziale, creditore degli stessi, nonché il datore di lavoro, mediante denuncia all'ente previdenziale, integrante un'ipotesi di riconoscimento del diritto ai sensi dell'art.2944 c.c.; è altrettanto possibile riconoscere tale prerogativa anche in capo al lavoratore sulla base dell'esplicito riferimento normativo alla denuncia.

Altra parte della dottrina³¹⁷ però ha criticato tale orientamento: la denuncia è un atto del lavoratore, cioè di un soggetto estraneo al rapporto contributivo e quindi non legittimato a far valere l'interruzione della prescrizione secondo le norme generali dell'istituto che tale prerogativa riconoscono soltanto al titolare del diritto.

C'è chi³¹⁸ diversamente ha ritenuto che la denuncia consisterebbe in realtà in una mera

316 F. Mazziotti: *Diritto della previdenza sociale*, Napoli, 2008, p.41; M.Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Torino,1998, p.220; in proposito anche Mancuso, voce *Contribuzione nel diritto della sicurezza sociale*, in *Dig.disc.priv.sez.comm.*, 1989, IV, p.122 ss.

317 B.Grasso, voce *Prescrizione (diritto privato)*, in *Enc.dir.*, Milano, 1986, XXXV, p.69 e ss.

318 A. Rondo, *La facoltà di denuncia del lavoratore e dei suoi superstiti nel quadro della (nuova)*

condizione per la dilatazione dell'originario termine di prescrizione, da far valere prima che la prescrizione quinquennale si compia, ed alla quale dovrebbe far seguito (sempre nell'ambito del quinquennio) un atto formale di rivendicazione del credito da parte dell'ente previdenziale nei confronti del datore.

In tal modo verrebbe restituita al titolare del credito la paternità dell'atto di dilatazione del termine prescrizionale, rispettando così le previsioni legislative generali in tema.

Ma anche questo orientamento non è andato esente da critiche: la disposizione legislativa espressamente ricollega i suoi effetti alla sola denuncia, quindi richiedere un ulteriore atto da parte dell'ente previdenziale sarebbe assolutamente ultroneo³¹⁹.

Di conseguenza la vera natura della denuncia dovrebbe essere quella di atto conservativo del diritto al corretto versamento dei contributi, secondo un vero e proprio bilanciamento di contrapposte esigenze: da un lato il contenimento del contenzioso tra datori ed enti (ratio effettiva della riduzione del termine di prescrizione), dall'altro l'esigenza di tutela del lavoratore.

Ad ogni modo quel che è certo è che la legge pur ricollegando gli effetti sul termine di prescrizione alla denuncia, non spiega secondo quali modalità o secondo quale meccanismo ciò accade: nel silenzio della legge sembra doversi escludere che la denuncia possa configurarsi come deroga ai principi generali sulla prescrizione con la conseguenza che essa vada invece interpretata proprio alla luce di questi.

Dal canto suo, la Corte di Cassazione³²⁰ in adesione ad una interpretazione già data dall'Inps, si è pronunciata sostenendo che la denuncia non configura un'ipotesi di interruzione di termini di prescrizione, perché "la legge precisa che in questi casi il termine è in ogni caso decennale", quanto piuttosto si tratta di un potere di iniziativa attribuito al lavoratore sulla durata della stessa e volto a "bilanciare la riduzione del termine decennale".

A causa dunque dell'oscura formulazione legislativa, il quadro relativo alla denuncia del lavoratore è piuttosto incerto.

Un punto però sembra fermo e condiviso: affinché possa sortire effetto, la denuncia deve esser presentata prima che maturi il termine di prescrizione quinquennale.

In caso contrario si avrebbe una denuncia intempestiva che non potrebbe in alcun modo far rivivere il debito contributivo già estinto.

disciplina sulla prescrizione dei contributi previdenziali, in *Lav.Giur.*, 2001, I, p.724 ss.

319 P. Capurso, *La prescrizione dei contributi previdenziali e denuncia del lavoratore*, in *Inf. prev.*, 2001, p.946.

320 Cfr. Cass.12 febbraio 2003, n.2100, in *Mass.giur.lav.*, 2003, p.262 ss.

2.5. La denuncia del lavoratore: il silenzio del legislatore e i profili di incostituzionalità

La formulazione di cui all'art.3 della L.335 del 1995, non prevede, quale requisito di validità della denuncia, che essa debba esser portata a conoscenza del debitore; tuttavia ritenere che, sulla base di questo silenzio, sia legittima una situazione di disinformazione del debitore in conseguenza di una denuncia, è apparso del tutto irragionevole in dottrina³²¹.

Il nostro ordinamento richiede che gli atti interruttivi della prescrizione, ai fini della loro operatività, siano portati a conoscenza del debitore, il quale altrimenti confiderebbe nel consolidamento della situazione che si crea col trascorrere del tempo.

Se è pur vero che, come sottolineato dalla Corte di Cassazione, la denuncia non consiste in un vero e proprio atto interruttivo della prescrizione, in quanto proveniente da un soggetto non legittimato a disporne, nonché per il fatto di produrre effetti diversi, implicando nello specifico non la decorrenza di un nuovo termine, come stabilito dall'art.2945 c.c. in caso di interruzione, ma semplicemente che il termine stesso sia considerato *ab origine* decennale; è però altrettanto vero che, al pari dell'interruzione, anche la denuncia incide sulla durata del termine necessario alla maturazione della prescrizione.

Da questa comunanza o quanto meno similarità di funzione, deriva che, analogamente agli atti interruttivi, anche la denuncia deve esser portata a conoscenza del debitore, entro il termine di prescrizione, quindi prima della definitiva estinzione dell'obbligazione contributiva.

Diversamente opinando, ed ammettendo pertanto che il debito possa, a seguito della denuncia del lavoratore, sopravvivere all'insaputa del debitore, si giungerebbe ad una soluzione in netto contrasto con l'art.3 della Costituzione.

Si avrebbe infatti una vera e propria violazione del principio di uguaglianza³²² in considerazione del fatto che, la generalità dei debitori può, diversamente dal soggetto passivo dell'obbligazione contributiva, contare sulla precisa consapevolezza dei tempi di prescrizione, assicurata dal meccanismo legale che esige gli atti interruttivi di questa, siano portati a loro conoscenza.

321 In tal senso A.Rondo, *Prescrizione dei contributi: non serve che la denuncia del lavoratore sia portata a conoscenza del datore di lavoro*, in *Giur.lav.*, 2003, II, p.759 ss.

322 Cfr. A.Rondo, cit., p.765.

2.6. Pagamento all'ente apparente e riflessi sulla prescrizione.

Correlata alla prescrizione dei crediti contributivi è la vicenda del pagamento dei suddetti crediti da parte del datore nei confronti dell'ente apparente, cioè di un ente che nella realtà dei fatti non ne è l'effettivo destinatario.

In un primo tempo la vicenda dell'erronea individuazione dell'ente legittimato a ricevere i contributi previdenziali è stata ricondotta dalla giurisprudenza alla fattispecie dell'omissione contributiva, con conseguente configurazione a carico del datore di un inadempimento civilmente sanzionabile.

Le sanzioni civili previste erano finalizzate a risarcire, nella misura prevista dalla legge, il danno causato all'istituto assicuratore danno, nonché a rafforzare l'obbligazione contributiva³²³

Successivamente, a partire dal 1996, con la pronuncia n.4637³²⁴, la Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo cui la regola contenuta nell'art.1189 c.c. , in virtù della quale “il debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche, è liberato se prova di esser stato in buona fede”, è valido anche per le obbligazioni pubbliche contributive, comprese quelle verso gli enti previdenziali.

Dunque l'orientamento giurisprudenziale successivo al 1996 ha ritenuto che il pagamento al creditore apparente, determinando l'estinzione dell'obbligazione, faccia venir meno la configurabilità di un inadempimento civilmente sanzionabile.

Il pagamento, in buona fede, all'ente previdenziale apparente ha dunque effetto liberatorio nei confronti del datore del debito contributivo.

“Effetto collaterale” dell'applicazione del principio di cui all'art.1189 nell'ambito delle vicende contributive è però rappresentato dal fatto che, non potendosi considerare inadempiente il datore di lavoro che ha effettuato il pagamento ad un ente previdenziale diverso dal titolare della contribuzione, perché ha comunque effettuato il pagamento dei contributi, conseguentemente non potrà iniziare a decorrere alcuna prescrizione dei contributi stessi.

Quest'ultima presupporrebbe infatti il mancato adempimento dell'obbligazione contributiva e non già l'adempimento della stessa nei riguardi dell'ente apparente.

323 In tal senso Cass.SS.UU., 14 aprile 1994, n.3470, in *Not.giur.lav.*, 1994, p.539; Cass. 8 ottobre 1992, n.10964, in *Rep.For. it.*, voce *Previdenza sociale*, n.425.

324 Cfr. 20 maggio 1996, n.4637, in *Orient.giur.lav.*, 1996, p.998.

3. Diritto alle prestazioni previdenziali: Infortunio e malattia professionale.

Nel caso in cui il lavoratore subisca un infortunio nello svolgimento dell'attività di lavoro o contragga una malattia professionale, ha diritto alla percezione di prestazioni previdenziali temporanee o permanenti a carico dell'Inail, secondo la disciplina dettata a riguardo dal d.P.R., 30 giugno 1965, n.1124.

Il diritto al conseguimento delle suddette prestazioni si prescrive, secondo la formulazione dell'art.112 del d.P.R. cit., nel termine di tre anni dal giorno dell'infortunio o da quello di manifestazione della malattia.

Mentre, una volta accertato e riconosciuto all'assicurato il diritto alla rendita, questo sarà sottoposto al diverso termine ordinario decennale³²⁵ ed il diritto ai singoli ratei a quello quinquennale ex art.2948 c.c., con decorrenza per entrambi dal giorno in cui il lavoratore avrebbe potuto percepire il primo rateo non riscosso.

Ne deriva che, qualora il creditore lasci trascorrere più di dieci anni dal momento in cui avrebbe potuto percepire la prima rata, il diritto alla rendita rimane definitivamente compromesso, cioè irrimediabilmente estinto per prescrizione, indipendentemente dal fatto che per alcuni ratei sia decorso o meno l'intero termine quinquennale.

Tornando alla formulazione dell'art.112 d.P.R. 1124 è importante evidenziare la previsione di cui al quarto comma, con la quale si precisa che la prescrizione triennale è interrotta nel caso in cui gli aventi diritto all'indennità “abbiano iniziato o proseguito le pratiche amministrative o l'azione giudiziaria in conformità delle relative norme”.

Si tratta di una disposizione che ha sollevato diversi problemi nella sua applicazione, richiamando più volte l'attenzione della giurisprudenza, persino della Corte Costituzionale, che con il suo intervento nel 1985 (sentenza n.129³²⁶), ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevede che il termine di prescrizione triennale venga in realtà interrotto dal momento del deposito in cancelleria del ricorso introduttivo della controversia e non dalla successiva notificazione di esso.

Ma in verità i principali problemi si sono posti in riferimento alla relazione esistente tra la formulazione di cui all'art.112, co.4, d.P.R. cit. e la normativa generale prevista dagli artt. 2941 e ss. c.c. in tema di sospensione ed interruzione della prescrizione.

Si è cioè discusso sulla possibilità di qualificare la prescrizione prevista dal citato art.112 come “speciale”, con conseguente assoluta insensibilità alle cause di interruzione e

325 Cfr. Cass.27 agosto 1990, n.8793, in *Mass.giur.civ.*, 1990, p.1620.

326 Cass.23 maggio 1985, n.129, in *Mass.giur.lav.*, 1986, p.593.

sospensione previste dalla normativa codicistica, o al contrario come perfettamente rientrante nel regime generale, soggetta dunque ad interruzione per mezzo di un qualunque atto di costituzione in mora del debitore (art.2943 c.c.)³²⁷.

La giurisprudenza si è ormai consolidata sulla prima soluzione³²⁸, e già nel 1985 con la sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione n. 4857³²⁹ si è sostenuto che, nessun atto diverso dalla domanda giudiziale può avere efficacia sospensiva od interruttiva della prescrizione dell'azione diretta al conseguimento delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro infortuni e malattie professionali.

Il fondamento di questo particolare regime interruttivo è stato pertanto ricondotto alla *ratio* stessa della previsione di un più breve termine triennale per la prescrizione delle prestazioni infortunistiche e cioè all'esigenza di una maggiore rapidità e certezza nelle indagini sulle condizioni del lavoratore infortunato ai fini di una migliore tutela dello stesso.

Nella previsione di un unico strumento interruttivo del termine prescrizionale, cioè la domanda giudiziale, non si è ravvisata dunque alcuna violazione del principio di uguaglianza³³⁰ per i lavoratori infortunati o affetti da malattie professionali, rispetto ai creditori per altri titoli: del resto ammettere la possibilità di interruzione della prescrizione con un qualunque atto di messa in mora, avrebbe reso possibile l'ammissibilità di un ricorso giudiziale a notevole distanza di tempo dall'evento, con difficoltà non trascurabili in ordine all'accertamento della verità dei presupposti su cui fondare l'indennizzabilità dell'infortunio (o malattia), e quindi con una vera e propria vanificazione delle ragioni sostanziali della prescrizione breve triennale³³¹.

Non sono mancate tuttavia, per quanto minoritarie, pronunce³³² della Corte di Cassazione pronte a collocare la prescrizione del citato art.112 T.U. 1124 del 1965 nell'ambito del regime generale, con la conseguenza che ad essa si applicherebbero tutte le cause di interruzione previste dal codice.

I giudici di legittimità hanno in queste pronunce infatti escluso che il termine triennale di

327 Cfr. nota di F.Di Maolo a Cass.21 gennaio 1998, n.516, in *Giust.Civ.*, 1998, p.2632.

328 In tal senso:Cass.29 maggio 1995, n. 5992, in *Mass.giust.civ.*, 1995, Cass.1 luglio 1994, n. 6232, in *Mass.giur.civ.*, 1994.

329 Si veda Cass.SS.UU. 8 ottobre 1985, n.4857, in *Giust.civ.*, 1985, I, p.2987.

330 Così B. Grasso, *Sulla possibilità di interrompere la prescrizione del diritto alle prestazioni da infortunio sul lavoro*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1994, II, p.27 e ss.

331 Di questa opinione F.Di Maolo, nota di commento a Cass. 21 gennaio 1998, n. 516, in *Giust.civ.*, 1998, p.2632 e ss.

332 Cass.sez.lav., 21 gennaio 1998, n.516, in *Giust.civ.*1998, p.2632.; Cass.23 novembre 1991, n. 12604, in *Giust.civ.Mass.*1991, p.247; Cass.23 novembre 1989, n. 5038, in *Riv.Infortuni*, 1990, II, p.70.

cui al suindicato articolo possa essere inquadrato come speciale, non ravvisando alcuna *ratio* che giustifichi l'inapplicabilità della norma generale ed a sostegno della loro tesi hanno poi rilevato che, del resto, considerare la domanda giudiziale quale unico caso di interruzione della prescrizione, significherebbe trasformare il termine di cui all'art.112 cit. in un vero e proprio termine di decadenza, cosa che non è assolutamente consentita, non essendo contemplabili cause di decadenza diverse da quelle previste dalla disciplina generale.

Tuttavia, per quanto minoritaria, questa interpretazione non ha mancato di suscitare l'opposizione della dottrina: innanzitutto si è evidenziato³³³ come la summenzionata ricostruzione giurisprudenziale non abbia tenuto in debita considerazione il fatto che la disciplina di cui all'art.112 T.U. 1124 /1965 in verità non rappresenta una semplice variazione del termine generale di prescrizione, ma si inserisce in una disciplina dotata di una ben precisa *ratio*, cioè quella di assicurare un'efficace tutela agli infortunati attraverso la garanzia di una rapida istruttoria della pratica e, di conseguenza, una rapida raccolta delle prove; inoltre si è poi evidenziato³³⁴ che il carattere “speciale” del termine di cui all'art.112 cit. non può avere quale conseguenza la sua trasformazione in termine decadenziale, mancandone in proposito i requisiti: il trascorrere del tempo viene preso in considerazione da un punto di vista meramente oggettivo, non avendo alcuna rilevanza la situazione soggettiva dell'interessato.

3.1. Il *dies a quo* della prescrizione dell'indennità da infortunio e malattia professionale

Particolarmente problematica si è rivelata in passato la questione relativa al momento identificativo del *dies a quo* della prescrizione dell'indennità da infortunio e malattia professionale.

La formulazione di cui all'art.112 del T.U. n.1124 del 1965 prevede che il diritto al conseguimento delle prestazioni Inail “si prescrive nel termine di tre anni dal giorno dell'infortunio o da quello della manifestazione della malattia professionale”.

333 In tal senso V. Varese, Il regime di prescrizione nell'assicurazione sociale contro i rischi professionali, in *Riv.giur.lav.*, 1985, III, p.249 ss..

334 Così F.DiMaolo, cit., p.2638.

Se quindi è apparsa piuttosto pacifica l'identificazione del *dies a quo* nel caso della prestazione per infortunio (salvo le precisazioni intervenute con la sentenza della Corte di Cassazione n.116 del 1969, quanto al riconoscimento dell'indennizzabilità dell'infortunio che superi la soglia di indennizzabilità solo a causa di un aggravamento successivo al decorso triennale), è da rilevare invece che, difficoltà sono sorte in relazione al concetto di manifestazione della malattia professionale.

In verità, in virtù degli allegati n.3 e 4 del d.P.R. 1124 del 1965, introduttivi del c.d. sistema tabellare, imprescindibile, perché fosse ammessa l'indennizzabilità del lavoratore affetto da una patologia qualificabile come malattia professionale, era il rispetto di tre precise condizioni: che la malattia fosse ricompresa nell'elenco allegato alla legge; che la malattia in questione fosse stata contratta nell'esercizio di una delle attività morbigene anch'esse tassativamente indicate nelle tabelle, ed infine che la malattia fosse stata denunciata all'Istituto entro il periodo massimo di indennizzabilità, decorrente dalla data di abbandono della lavorazione morbigena, sempre specificamente indicato per ogni tipo di malattia nell'ambito delle tabelle³³⁵.

Alla luce di questa costruzione, la malattia professionale non poteva assolutamente essere indennizzata se non nel caso in cui si fosse manifestata nel rispetto del prefissato periodo massimo di abbandono del lavoro, di cui alle tabelle.

Inoltre, secondo la definizione formale contenuta nell'art.135 T.U.1124 del 1965, la manifestazione della malattia era da riferirsi al primo giorno di astensione completa dal lavoro o alla presentazione all'INAIL della denuncia corredata dal certificato medico, nell'ipotesi di malattie che non avessero determinato astensione dal lavoro.

Su questo quadro normativo è più volte intervenuta la Corte Costituzionale con pronunce di incostituzionalità delle norme del T.U., nell'intento di una più efficace tutela della salute dei lavoratori.

Un primo intervento si è avuto nel 1969, quando con la sentenza n.116 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art.112 cit., nella parte in cui disponeva che l'azione per il conseguimento della rendita da inabilità permanente si prescriveva nel termine triennale anche nel caso in cui entro il triennio l'inabilità non avesse ridotto l'attitudine al lavoro in misura superiore al minimo indennizzabile.

Con tale pronuncia, riferita sia alle ipotesi di inabilità permanenti da infortunio³³⁶ che a

335 Cfr. M.T.Albissini, *Prescrizione del diritto a rendita da malattia professionale*, in *Riv.inf.mal.prof.*, 1998, p. 22 ss.

336 Si veda M.Miscione, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei*

quelle da malattia professionale, la Consulta ha ritenuto di dover colpire una formulazione che frustrava il diritto al conseguimento della rendita nelle ipotesi in cui l'inabilità permanente avesse raggiunto il minimo grado indennizzabile in un momento successivo al decorso dei tre anni, a causa di un successivo aggravamento delle condizioni di salute.

La Corte Costituzionale ha così consacrato l'importanza della sussistenza in concreto dell'inabilità indennizzabile ai fini della individuazione del momento dal quale può iniziare a decorrere il termine prescrizione³³⁷: se il superamento della soglia minima di indennizzabilità è posteriore al manifestarsi della malattia, solo da quel momento si potrà avere il decorso prescrizione.

Successivamente, con la pronuncia n. 179 del 1988, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità del sistema tabellare, consentendo l'indennizzabilità di ogni malattia comunque contratta o manifestatasi, purché l'assicurato sia in grado di provarne l'eziologia professionale ed inoltre eliminando la predeterminazione del periodo di tempo entro il quale la malattia avrebbe dovuto manifestarsi per esser riconducibile ad una causa professionale ed esser dunque indennizzabile.

Ed ancora, con la sentenza n. 206 del 1988, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del 2° comma dell'art 135 cit., nella misura in cui prevedeva una presunzione assoluta di verifica della malattia professionale nel giorno di presentazione all'istituto assicuratore della denuncia corredata da certificato medico. La Corte ha così inteso modificare il concetto stesso di manifestazione della malattia professionale, abbandonando la nozione formalistica dell'art.135 cit. per affermarne invece una ontologica³³⁸, collegata cioè all'effettiva verifica della patologia, al momento di consolidamento di postumi che determinano una diminuzione permanente all'attitudine lavorativa in misura superiore al minimo indennizzabile.

Da ciò ne è conseguito³³⁹ che ai fini dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione dell'indennità in esame c'è sempre da far riferimento al giorno di manifestazione della malattia, come stabilito dall'art.112 cit., ma senza possibilità di usare la *fictio* (caducata per effetto della sentenza della Corte Cost. n. 116 del 1969) della presunzione assoluta di verifica della patologia nel giorno di presentazione della denuncia all'Inail, bensì

diritti, in *Diritto del lavoro: Commentario*, F.Carinci(diretto da), Torino, 2007.

337 Cfr. D.Moraggi, *Manifestazione della malattia professionale e decorrenza del termine di prescrizione. Il valore della domanda amministrativa quale fatto noto per presumere la conoscenza della tecnopatia da parte del lavoratore*, in *Giur.it*, 2003, II, p.1344 ss.

338 Si veda D.Chindemi, *Malattia professionale e decorrenza della prescrizione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, I, p.105 ss.

339 In tal senso Cass. 20 febbraio 2004, n.3445, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Infortuni sul lavoro*, n.129.

collocando tale evento nel momento in cui uno o più fattori concorrenti diano certezza dello stato morboso e soprattutto della sua conoscibilità da parte dell'assicurato (ad esempio l'accertamento diagnostico dei postumi consolidati e definitivi dell'incapacità lavorativa).

4. L'indennità di malattia e di maternità

In considerazione del riconoscimento della sua natura retributiva, il trattamento di malattia risulta assoggettato al termine di prescrizione quinquennale.

In verità ciò vale esclusivamente in caso di trattamento privatistico, dal momento che, a norma dell'ultimo comma dell'art.6, L.11 gennaio 1943, n.138, risulta invece soggetta al più breve termine di prescrizione annuale, la corresponsione dell'indennità di malattia a carico dell'Ente previdenziale.

Per quanto concerne poi il decorso della prescrizione, esso dipende strettamente dalle modalità di erogazione dell'indennità di malattia: se corrisposta in un'unica soluzione al momento del pagamento del periodo di paga, la prescrizione decorre dal giorno successivo al predetto periodo; se invece al lavoratore sono corrisposte anticipazioni, la prescrizione decorre dal giorno successivo a quello in cui, nel corso dell'evento morboso, il lavoratore può pretendere la corresponsione della prestazione; infine, se l'indennità è corrisposta direttamente dall'Inps, il decorso prescrizione ha inizio nel giorno successivo alla data di cessazione dell'evento morboso³⁴⁰.

Una sostanziale affinità di funzione rispetto all'indennità di malattia si riscontra nell'indennità dovuta dall'Inps per i casi di astensione obbligatoria e facoltativa dal lavoro per gravidanza o puerperio (L.1204/1971, poi abrogata e sostituita dalla L. 151/2001), trattandosi in entrambe i casi di strumenti sia di tutela della salute dei lavoratori (lavoratrici, nel caso dell'indennità di maternità), nonché di sostegno economico in relazione a circostanze che riducono o annullano la capacità di lavoro.

Tale affinità funzionale, in verità si accompagna ad una più concreta equiparazione di disciplina, del resto lo stesso articolo 15 della L.1204/1971 (il cui contenuto appare sostanzialmente immutato nell'ambito dell'art.22 della successiva legge abrogatrice

340 Cfr. A.Garlatti, *Percorsi previdenziali*, in *Riv.crit.dir.lav.*, 2007, II, p.936

n.151/2001) prevedeva che le indennità di maternità fossero corrisposte “con gli stessi criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie dall'ente assicuratore presso il quale la lavoratrice è assicurata”. Ed infatti non solo entrambe le prestazioni sono erogate dall'Inps, cui sono devoluti i contributi previdenziali relativi alle prestazioni stesse, ma esse risultano altresì: assoggettate allo stesso termine di prescrizione breve annuale; maturano *de die in diem*; la loro corresponsione è subordinata alla presentazione di un'apposita domanda e alla produzione di idonea documentazione attestante il verificarsi dell'evento protetto³⁴¹.

Ciò che però è apparsa piuttosto controversa in giurisprudenza è stata l'identificazione del *dies a quo* del termine prescrizione dell'indennità di malattia, in considerazione del fatto che la formulazione di cui all'art.6 L.138/1943, si limita ad affermare che l'azione per ottenere l'indennità si prescrive nel termine di un anno dal giorno in cui la prestazione stessa è dovuta.

Secondo un primo orientamento la prescrizione inizia a decorrere dal momento del compimento del periodo di astensione, quindi, per quanto riguarda l'astensione obbligatoria, decorsi tre mesi dal parto, e per l'astensione facoltativa dal momento in cui venga a cessare l'assenza dal lavoro³⁴².

Altri hanno sostenuto invece che si debba far riferimento, secondo la regola generale di cui all'art.2935 c.c., al giorno in cui il diritto può esser fatto valere, quindi alla data presunta del parto per il periodo di astensione anteriore al parto³⁴³, o con riferimento alla data del parto per il l'indennità relativa al periodo di astensione successivo³⁴⁴.

Altra parte della giurisprudenza, soprattutto di legittimità, ha ritenuto che la prescrizione decorra a far data dal verificarsi dell'evento cui la legge ricollega l'attribuzione della prestazione indennitaria, cioè dal giorno in cui si perfeziona la fattispecie costitutiva.

In questo senso, si prevede dunque una decorrenza giornaliera della prescrizione per il fatto che, l'indennità di maternità matura *de die in diem*, in correlazione con l'elemento costitutivo rappresentato dall'assenza dal lavoro.

Il diritto all'indennità di maternità si risolve in un “ complesso di diritti a ratei giornalieri aventi in comune una componente della fattispecie costitutiva (l'evento parto o la sua previsione), ma differenziati dall'ulteriore componente costituita dai corrispondenti giorni

341 Cfr per l'analisi degli elementi comuni alle due prestazioni: G.Carullo, *La decorrenza della prescrizione dell'indennità di maternità*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2004, II, p.812 ss.

342 Trib. Rossano, 6 maggio 1992, in *Inf.Prev.*, 1992, p.720.

343 Trib. Rossano, 26 febbraio 1992, in *Inf.Prev.*, 1992, p.829

344 Cass.26 aprile 1993, n.4859, in *Rep.For. it.*, 1993, voce *Previdenza sociale*, n.517.

di astensione³⁴⁵”.

Ad ogni modo, per tale giurisprudenza, in conformità ai principi generali in materia di interruzione della prescrizione, la richiesta di pagamento dell'indennità presentata in sede amministrativa, o anche l'esperimento del ricorso amministrativo contro il silenzio-rifiuto o il diniego, si configurano come atti interruttivi della prescrizione già avviata.

L'efficacia interruttiva è però solo istantanea, nel senso che nelle more del procedimento di concessione o meno dell'indennità, così come in quello relativo al ricorso contro il silenzio-rifiuto, la prescrizione continuerà a decorrere³⁴⁶.

Conseguentemente l'interessato, finché non presenti l'azione in sede civile, per poter interrompere la prescrizione deve presentare reiterate richieste di pagamento con cadenza almeno annuale³⁴⁷.

Completamente diverso è il ruolo che la Corte di Cassazione ha attribuito, nella sentenza n.8042 del 26 agosto 1997, alla domanda di prestazione rivolta dal soggetto interessato all'Inps: solo una volta decorso il periodo di 120 giorni per la formazione del silenzio-rifiuto, inizia a decorrere il termine di prescrizione annuale, verificandosi solo in quel preciso momento la condizione di responsabilità legale dell'ente per il suo inadempimento, cioè solo da quel momento le prestazioni previdenziali sono effettivamente “dovute” a norma dell'art.6 della L. 138/1943.

Si tratta di un principio in verità applicato in un primo momento solo per le indennità di malattia, ma poi riconosciuto anche in materia di indennità di maternità, grazie alla sentenza della Corte di Cassazione n.1396 del 4 febbraio 2002.

Successivamente³⁴⁸ la Corte ha però ripudiato l'idea che il decorso del termine di 120 giorni dalla domanda in sede amministrativa configuri il *dies a quo* del termine di prescrizione ex art.6 L.138 e così ha considerato nuovamente la domanda dell'interessato quale atto interruttivo, ma a differenza delle precedenti pronunce in tal senso, non le ha attribuito effetto interruttivo istantaneo, bensì sospensivo della prescrizione per tutta la durata del procedimento amministrativo che con essa ha inizio.

In un tentativo di sintesi tra i vari orientamenti giurisprudenziali in tema id decorrenza della prescrizione si può poi considerare la sentenza n.2865 del 14 febbraio 2004, con cui la Corte di Cassazione ha da un lato riconosciuto che il diritto all'indennità di maternità

345 Così si è espressa Cass.21 dicembre1999, n.14421, in *Mass.giur.lav.*, 1999;

346 Cass.19 aprile 1998, n.4348, in *Inf.Prev.*, 1998, p.630; Cass.1 marzo 1993, n.2509, in *Riv.it.dir.lav.*, 1993, p.902.

347 Cass.28 aprile 1993, n.4969, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Previdenza sociale*, n.807.

348 In tal senso Cass.10 giugno 2003, n.9286, in *Rep Foro it.*, 2003, voce *Previdenza sociale*, n.507.

matura di giorno in giorno risolvendosi in un complesso di diritti a ratei giornalieri, ma non ha accettato l'idea della decorrenza giornaliera della prescrizione, sostenendo in proposito che perché la prestazione si possa considerare effettivamente dovuta è necessaria una ulteriore condizione, rappresentata dalla presentazione di una apposita, tempestiva domanda amministrativa.

Pertanto solo dal momento in cui entrambe le condizioni si sono avverate e quindi, solo dalla data della domanda per i ratei anteriori e dalla data di maturazione per i ratei successivi a questa, decorre l'obbligo di pagamento da parte dell'ente previdenziale.

Una puntualizzazione è poi necessaria in riferimento all'indennità di maternità delle libere professioniste, per il conseguimento della quale, a norma della L.11 dicembre 1990, n.379, è necessario che venga presentata domanda entro 180 giorni dal parto. Non opera pertanto in questi casi il termine di prescrizione annuale, che è invece applicabile alle lavoratrici autonome in virtù della L.29 dicembre 1987, n. 546.

5. L'ipotesi del lavoro nautico.

Gli articoli 373 e 937 del codice della navigazione si configurano come autonomo microcosmo nel disciplinare compiutamente l'istituto della prescrizione in riferimento al personale navigante (nautico e di volo).

Il termine di prescrizione previsto è biennale, con decorrenza dal giorno dello sbarco nel luogo di arruolamento (per ciò che concerne la gente di mare: art.373 cod.nav.) ovvero nel luogo di assunzione (per la gente dell'aria: art.937 cod.nav.), successivamente alla cessazione o alla risoluzione del contratto di lavoro.

Quanto alla sfera di applicabilità, il termine è da riferirsi a tutte le indennità e ai crediti derivanti dal contratto, nonché ai diritti di risarcimento per i danni derivanti dalla violazione, da parte del datore, dell'art. 2087 c.c., previsto ad integrazione del contratto ai sensi dell'art.1374 c.c.³⁴⁹.

Donde la non applicabilità, in quest'ultimo caso, della prescrizione ordinaria decennale di cui all'art.2946 c.c.³⁵⁰, del resto è questo stesso articolo a disporre espressamente nella sua

349 Cfr. A. Vallebona, *La prescrizione dei crediti dei naviganti: la questione non è chiusa*, in *Giur.Cost.*, 2006, p.3742 ss

350 Cfr. Cass.1 giugno 2006, n. 13050, in *Mass.giur.lav.*, 2006; Cass.16 luglio 1998, n. 6993, in *Foro*

formulazione il decorso del termine decennale in via ordinaria, facendo “salvi i casi in cui la legge dispone diversamente”.

Inoltre, non si applica ai contratti di arruolamento la prescrizione quinquennale prevista dall'art.2948 c.c., neppure quando questi fruiscono della continuità del rapporto³⁵¹, dal momento che si è ritenuto che la garanzia di stabilità che assiste il rapporto tra armatore e lavoratore marittimo non modifica la natura giuridica del rapporto stesso, che resta di arruolamento ed è pertanto sempre e solo soggetto alla disciplina di cui all'art.373 cod.nav.³⁵².

La disciplina così prevista dal codice di navigazione non è andata esente da critiche nel corso degli anni ed anzi è stata più volte tacciata di incostituzionalità soprattutto in relazione all'art.3 della Costituzione.

Già nel 1973, quando ancora non era stato esteso al contratto di lavoro nautico il c.d. regime di stabilità reale, la Corte Costituzionale si è trovata a doversi pronunciare sulla legittimità costituzionale dell'art.373 cod. nav. in riferimento agli artt. 3,4, e 35 Cost, rigettando la questione con sentenza 27.6.1973, n.98³⁵³; tuttavia la questione è stata poi riproposta

all'attenzione del giudice costituzionale anche nel 1998, quando, il giudice *a quo* ha ritenuto incostituzionale, per violazione dell'art.3, la previsione del termine di prescrizione biennale per i lavoratori marittimi, ingiustificatamente più favorevole rispetto al termine quinquennale operante per i lavoratori comuni.

In quella circostanza la Corte si è limitata ad una pronuncia di inammissibilità per omessa motivazione delle ragioni di rilevanza della questione nell'ambito dei giudizi di rimessione. Stante il suo particolare rilievo però, la questione è stata nuovamente sottoposta all'attenzione del giudice costituzionale, prevedendosi parallelamente anche un coinvolgimento dell'art.937 cod.nav. che, per i lavoratori aeronautici sancisce un regime di prescrizione analogo a quello dei lavoratori marittimi.

it., rep, 1998, 1297.

351 Cfr. Cass., 26 novembre 1999, n. 13224, in *Dir.Mar.*, 2001,283; Cass.23 marzo 1989, n.1479, in *Mass.giur.it.*, 1989.

352 In tal senso C.Cardillo, *Il rapporto di lavoro nautico*, Padova, 1998, p.309.

353 Corte Cost. 27 giugno 1973, n.98, in *Riv.giur.lav.* 1973, II, p.646.

5.1. Ancora sul personale di volo: la sentenza della Corte Costituzionale 7 novembre 2006, n.354

Tra il 2004 e il 2005 i giudici di merito di Roma e Venezia hanno sollevato questione di legittimità costituzionale rispettivamente degli artt. 937 e 373 del r.d. 30 marzo 1942, n.327: il primo, in relazione all'art.3 Cost, per la parte in cui non prevede che, per il lavoro del personale di volo assistito da tutela reale³⁵⁴, la prescrizione dei crediti decorra in costanza di rapporto e nella parte in cui si attribuisce alla prescrizione una durata biennale; il secondo, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., per la parte in cui non prevede che, in caso di rapporto nautico assistito da tutela reale, il termine prescrizione dei crediti decorra in costanza di rapporto.

Più in particolare, il Tribunale di Venezia ha poi osservato che, il regime differenziato previsto per il personale nautico, procrastinando senza limiti di tempo ben precisi le azioni che questi ultimi possono esperire contro i propri datori, comporta per le società di navigazioni notevoli difficoltà di difesa, essendo costrette a contrastare a distanza di molti anni pretese molto risalenti nel tempo, determinandosi così una pericolosa violazione del principio di cui all'art.24 Cost.

La Corte Costituzionale ha risposto alle ordinanze suesposte per mezzo della sentenza n.354 del 7 novembre 2006³⁵⁵, con la quale ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli articoli in esame rispetto alla previsione di cui all'art.3 della Costituzione, impostando l'intero iter argomentativo della decisione sulla sussistenza di una permanente e precisa giustificazione legittimante il trattamento differenziato accordato dalla legge ai lavoratori nautici in ordine al regime prescrizione.

A detta della Corte, e con adesione di buona parte della dottrina³⁵⁶, tale causa di giustificazione della specialità della disciplina del lavoro nautico non è da rinvenirsi nel *metus* del licenziamento, con le conseguenti distinzioni fra rapporti stabili e non. Del resto, al momento di entrata in vigore del codice di navigazione e del codice civile, tutti i rapporti di lavoro privatistici erano instabili, pertanto se il legislatore avesse voluto impedire il decorso della prescrizione in ragione del *metus* del licenziamento (a cui all'epoca non si

354 La c.d. "stabilità reale" è stata estesa al settore nautico ed aeronautico per effetto delle sentenze: Corte Cost.31 gennaio 1991, n.41, in *Giust.civ.*1991, I,p.1395; Corte Cost. 3 aprile 1987, n.96, in *Giust.civ.*1987, I, p.1606.

355 Corte Cost.7 novembre 2006, n.354, in *Mass.giur.lav.*, 2007, p.364 ss.

356 In tal senso A.Vallebona, *La prescrizione dei crediti dei naviganti: la questione non è chiusa*, in *Giur.Cost.*, 2006, p.3743; M.Pellicciari, *Sulla prescrizione dei crediti dei naviganti*, in *Mass.giur.lav.*, 2007, I, p.367.

pensava affatto³⁵⁷), lo avrebbe fatto per tutti i rapporti, proteggendo tutti i lavoratori e non soltanto il personale navigante.

A corroborare questa considerazione, l'altro argomento della Corte: la sospensione della prescrizione disposta dagli artt 373 e 937 cod.nav. opera anche in riferimento ai contratti a termine per i quali il *metus* del licenziamento non ha ragion d'essere.

La *ratio* delle norme censurate, è invece da individuarsi nelle pieghe del diritto della navigazione, cioè nelle caratteristiche proprie del contratto di arruolamento e del contratto col personale di volo, la cui principale peculiarità è legata alle modalità di erogazione delle prestazioni lavorative: il personale di bordo e di volo è chiamato a svolgere la propria attività in luoghi diversi da quello di assunzione o di residenza del dipendente.

Da ciò il determinarsi in capo a questi lavoratori di una situazione di materiale impossibilità o comunque di particolare difficoltà nell'esercizio dei diritti di credito (stante la fisica lontananza dal foro competente), decisiva ai fini della impostazione di un regime di prescrizione differenziato (pienamente legittimo).

La Corte conclude, per tali ragioni, riconoscendo alle previsioni di cui agli artt.373 e 937 cod.nav., una assoluta coerenza rispetto alla regola generale sulla decorrenza della prescrizione, posta all'art.2935c.c., secondo cui la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può esser fatto valere³⁵⁸.

Spiegata in questi termini la questione della diversa decorrenza, la Corte si è poi occupata di confutare le censure mosse dai remittenti quanto alla durata biennale del termine di prescrizione dei lavoratori nautici, ritenendo in proposito che non sussiste alcuna violazione dell'art.3 Cost. semplicemente perché il diritto di uguaglianza non deve necessariamente essere utilizzato solo per l'espansione dei diritti dei lavoratori ma anche per la loro riduzione. Ogni diritto deve essere considerato infatti, non solo dal lato attivo ma anche da quello passivo e quindi nell'ipotesi in esame non si può ignorare il diritto del datore di lavoro a vedere prescritto il credito del lavoratore nel caso di inerzia del titolare; la durata biennale del termine di prescrizione dei crediti dei prestatori nautici è giustificata dunque dall'esigenza di garantire una maggiore certezza ai rapporti nell'ambito della navigazione.

357 Questa la puntualizzazione di A.Vallebona, cit., p.3743.

358 A.Vallebona, cit., p.3974 ritiene erroneo il riferimento della Corte Costituzionale all'art-2935 c.c. , in considerazione del fatto che questa norma si riferisce alla sola possibilità legale di esercizio del diritto, mentre le situazioni di impossibilità di fatto sono prese in esame nelle diverse disposizioni sulla sospensione della prescrizione per rapporti fra le parti (art.2941 c.c.) o per condizione del titolare(art.2942c.c.).

5.2 Le critiche alla sentenza della Corte Cost. 7 novembre 2006, n.354.

Le argomentazioni esposte dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.354 non sono apparse del tutto convincenti alla dottrina ed infatti non sono andate esenti da rilievi critici. Si è innanzitutto contestata³⁵⁹ la scarsa attualità della *ratio* giustificatrice posta dalla Corte a fondamento della sua decisione: parlare di difficoltà materiale di esercizio dei propri diritti per i naviganti avrebbe avuto senso forse solo nel 1942, non al giorno d'oggi, soprattutto in considerazione del mutato assetto organizzativo del lavoro nautico.

Il personale navigante conduce una vita assolutamente normale; gode infatti, tra un imbarco (o volo) e l'altro, di congrui periodi di riposo da trascorrere liberi da impegni lavorativi nei luoghi di residenza e, non da ultimo, usufruisce degli esponenziali miglioramenti nel mondo delle comunicazioni: l'uso di cellulari GSM e la diffusione di internet consentono indubbiamente anche a questi lavoratori di curare adeguatamente i propri interessi.

Non bisogna infatti dimenticare che nel nostro ordinamento è riconosciuta efficacia interruttiva della prescrizione financo a semplici comunicazioni con cui il prestatore palesa al proprio datore la consapevolezza della propria posizione creditoria; pertanto anche ai lavoratori nautici sarà sufficiente l'invio di una semplice mail attraverso la rete telematica mondiale per determinare l'interruzione della prescrizione manifestando al contempo la volontà di esercitare il diritto di cui si è titolari.

Sulla base di queste considerazioni si è quindi auspicato l'intervento di una pronuncia di incostituzionalità per sopravvenuto mutamento della situazione di fatto in riferimento alla disciplina degli artt 373 e 937 cod.nav.. In verità è da notare che a questa stessa conclusione è pervenuta anche quella parte della dottrina³⁶⁰ che ha cercato di giustificare la sussistenza della disciplina differenziata dei lavoratori nautici proprio in considerazione di quel *metus* che la Corte di cassazione nella sua pronuncia n 354 del 2006 ha ritenuto irrilevante.

Questa prospettiva ricostruttiva sostiene che, la fissazione a rapporto cessato del *dies a quo* prescrizione di cui agli artt.3373 e 937 cod.nav. , benché priva di giustificazione in collegamento all'originaria idea del prolungato allontanamento dal domicilio, poteva comunque trovare nuova linfa, nonché una ragion d'essere ben precisa, nella difesa dei

359 In tal senso A.Vallebona, cit., p.3743; M.Pellicciari, *Lavoro nautico e prescrizione*, in *Mass.giur.lav.*, 2007, I, p.368;

360 In tal senso M.DeRosa, *La prescrizione dei crediti dei lavoratori nautici: storia di un antico e dubbio privilegio*, in *Arg.dir.lav.*, 2007, II, p.985.

lavoratori dal timore del licenziamento attuata per mezzo della pronuncia della Corte Costituzionale n.63 del 1966, stante la particolare situazione di soggezione che caratterizza i prestatori nautici inseriti nella particolare organizzazione denominata “equipaggio”.

Tuttavia non essendo più ipotizzabile un tale fondamento, a partire dal momento dell'estensione della disciplina sulla stabilità reale anche alle imprese di navigazione marittima ed aerea, ancora una volta risulta confermata l'esigenza di un intervento dei giudici costituzionali al fine di caducare una disciplina dei crediti difforme da quella ordinaria ed assolutamente non necessaria.

Ma in dottrina, non tutti si sono schierati contro le conclusioni espresse dalla Corte di Cassazione nella sentenza n.354 del 2006, infatti c'è chi³⁶¹ in adesione a quella pronuncia ha sostenuto la validità del diverso regime della prescrizione previsto dal codice della navigazione nel senso di una piena coerenza con il principio di uguaglianza di cui all'art.3 della Cost.

Nessuna disparità di trattamento sussiste rispetto ai lavoratori comuni nel differimento del decorso della prescrizione al momento dello sbarco e ciò semplicemente perché così come i lavoratori comuni devono essere tutelati riguardo alla sede di lavoro, ricevendo al momento dell'assunzione una precisa sede di riferimento che il datore potrà modificare solo nel rispetto della legge, così in considerazione delle peculiarità del rapporto di lavoro del personale di volo e nautico è necessario che essi ricevano una precisa tutela. Essi, benché parte di una organizzazione ben precisa, cioè l'equipaggio, non hanno però una sede fissa e i continui viaggi, quindi a continui allontanamenti dal luogo di assunzione e presumibilmente dalla sede dei loro affari ed interessi, determinano una situazione di concreta difficoltà nella cura dei propri interessi a cui solo la deroga in materia di prescrizione prevista dal legislatore può porre rimedio.

5.3. La prescrizione presuntiva nel diritto della navigazione

Se problemi sono sorti in merito alla durata del termine di prescrizione previsto dal legislatore per il personale nautico, nonché per la particolare disciplina di decorrenza dello stesso a partire dal momento dello sbarco, non di meno è stata oggetto di discussione in

361 Si veda E.Boghetich, *La prescrizione dei crediti di lavoro per i dipendenti del settore marittimo ed aereo*, in *Mass.giur.lav.*, 2004, II, pp.942-946.

dottrina l'applicabilità e l'eventuale decorrenza della prescrizione presuntiva nel diritto della navigazione.

In passato c'è chi³⁶² ha del tutto escluso l'applicazione della prescrizione presuntiva nel lavoro nautico, sostenendo che la prescrizione biennale prevista dal codice di navigazione, intermediando tra la prescrizione quinquennale di cui all'art.2948 c.c. e quella annuale, di cui all'art.2955 c.c., potesse considerarsi di per sé esaustiva e quindi tale da escludere il concorso tra la prescrizione estintiva e quella ordinaria.

Ma la dottrina ormai unanimemente³⁶³ afferma che la prescrizione estintiva biennale, di cui agli artt.373 e 937 cod.nav., non esclude l'applicazione di quella presuntiva di cui all'art.2955 c.c..

È infatti necessario puntualizzare che la dottrina ritiene applicabile nelle ipotesi di lavoro nautico la sola prescrizione annuale (art.2955, n.2 c.c.), ritenendo del tutto irrilevante l'applicazione del diverso termine presuntivo triennale, in quanto assorbito dalla prescrizione estintiva biennale.

Tale opinione poggia ovviamente sull'assunto che il termine di prescrizione presuntiva, così come quello di prescrizione estintiva, decorra solo a partire dallo sbarco successivo alla cessazione del rapporto di lavoro, stante la situazione di soggezione cui il prestatore è sottoposto e che gli impedisce di esercitare i propri diritti.

Diversamente, qualora si fosse ritenuta possibile la decorrenza della prescrizione estintiva in corso di rapporto, nell'ipotesi di lavoro nautico assistito da tutela reale del posto di lavoro, allora sarebbe stato possibile postulare l'operatività non solo della prescrizione annuale ex art.2955 n.2 c.c. ma anche di quella triennale, di cui all'art.2956 n.1 c.c. a far data dalla scadenza della retribuzione periodica ex art.2957 c.c.³⁶⁴.

362 In tal senso A.Orengo, *Le prescrizioni presuntive e i crediti del prestatore di lavoro*, Milano, 1966, p.19.

363 Cfr. B.Miranda, *Le prescrizioni presuntive nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2001, p.17 e ss; L. Menghini, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, Milano, 1996, p.495 e ss; A.Torrente, *L'impresa e il lavoro della navigazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1964, p.82

364 Cfr. B.Miranda, op.cit., p.18

6. La prescrizione nel rapporto di pubblico impiego.

Con gli interventi della Corte Cost. n.41 del 1979³⁶⁵ e n.50 del 1981³⁶⁶, l'uno relativo ai dipendenti degli enti pubblici economici, l'altro a quelli dello Stato, si è realizzata l'equiparazione dei lavoratori pubblici a quelli privati in tema di regime di prescrizione applicabile.

Si è infatti stabilito che anche per quanto concerne le somme di cui questi lavoratori sono creditori nei confronti della p.a., opera il termine di prescrizione quinquennale ex art.2948 c.c., del resto infatti secondo la giurisprudenza³⁶⁷, la formulazione del suddetto articolo non prevede alcuna distinzione nell'ambito dei crediti, pertanto l'eventuale previsione di un differenziato termine di prescrizione per i crediti dei lavoratori pubblici non farebbe altro che configurare una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alle analoghe pretese dei dipendenti privati.

Ciò implica che nell'applicare il termine quinquennale nessuna distinzione rileva tra crediti contestati o non contestati dall'amministrazione, né tra crediti derivanti direttamente dalla legge o da altra fonte normativa e crediti che richiedono un accertamento da parte della p.a.

Tuttavia un'eccezione è da rilevarsi nel caso in cui il credito retributivo non sia immediatamente determinato o determinabile, ma richieda un intervento della pubblica amministrazione per una concreta ricognizione dei presupposti di fatto ai fini della quantificazione del credito stesso, essendo infatti operante il diverso termine di prescrizione decennale³⁶⁸.

Ad ogni modo, per quanto concerne i crediti dei pubblici dipendenti, sussiste una precisa differenza in riferimento al *dies a quo* della loro prescrizione: trattandosi di pretese direttamente derivanti dall'applicazione della legge e non dalla valutazione discrezionale della p.a., la prescrizione inizia il suo corso a partire dal momento in cui sorgono i relativi diritti; nel caso, invece, di una indennità il cui conseguimento discenda da una deliberazione dell'amministrazione, il termine di prescrizione decorre dal momento dell'esecutività del suddetto provvedimento; ancora, trattandosi di un diritto contestato dall'amministrazione, che pertanto solo in seguito alla sentenza del giudice assume un

365 Corte Cost. 1 giugno 1979, n.41, in *Riv.giur.lav.*, 1979, II, p.382.

366 Corte Cost. n.50 /1981, in *Foro it.*, 1981, I, p.1224.

367 In tal senso Cons. St., sez.VI, 8 agosto 2000, n.4364, in *Cons.Stato*, 2000, I, 1835; Cons.St., sez.V., 27 settembre 2004, n.6305, in *Rep Foro it.*, 2005, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n.760; Cons.St., sez.V, 1 giugno 2001, n. 2966, in *Rep.For. it.*, 2001, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n.657.

368 Cons.St., sez VI, 26 luglio 2000, n.4149, in *Cons.Stato*, 2000, I, p.1805.

carattere perfetto, il relativo termine di prescrizione inizia a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza³⁶⁹.

Comunque sia, a prescindere dalla specifica individuazione del *dies a quo*, in considerazione del carattere di stabilità reale di cui godono i rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, la prescrizione decorre già in costanza di rapporto, non operando il principio di differimento del decorso prescrizionale sancito per mezzo della sentenza della Corte di Cassazione con la sentenza n.63 del 1966.

Anche per i crediti dei pubblici dipendenti vale poi il principio per cui la prescrizione non può essere eccepita, per la prima volta, in appello dalla pubblica amministrazione; il Consiglio di Stato si è infatti di recente espresso in tal senso³⁷⁰, sostenendo che a nulla rilevi l'impossibilità di incorrere in preclusioni per la parte che persegue un interesse pubblico (la pubblica amministrazione), stante il carattere di norma generale da attribuirsi dell'art.2938 c.c., operante non solo per i crediti dei lavoratori privati ma altresì per quelli pubblici, evitando un'altrimenti ingiustificata disparità di trattamento.

Questo orientamento ha poi trovato seguito nella decisione della sesta sezione del Consiglio di Stato in data 24 gennaio 2005, n.105³⁷¹, con la quale si è ribadito che pur essendo impedito alla pubblica amministrazione di rinunciare alla prescrizione, ciò però non la esonera dall'onere della pubblica amministrazione di eccepire la prescrizione, secondo i modi e i tempi previsti dalle norme processual-civilistiche, nonostante le sia impedito di rinunciare alla prescrizione stessa.

Tale irrinunciabilità trova il suo fondamento nella previsione normativa di cui all'art.3 del r.d.l. 19 gennaio 1939, n.295, con il quale viene sancito il diritto-dovere della pubblica amministrazione di non pagare i debiti di lavoro prescritti, ed anzi, di procedere al loro recupero, ove invece siano stati pagati, se del caso compensandoli con ulteriori crediti degli stessi dipendenti qualora non sia possibile il ricorso ad altri mezzi di rimborso immediato: da ciò quindi innanzitutto l'indisponibilità del diritto della pubblica amministrazione al recupero dei debiti di lavoro prescritti e conseguentemente, la sua irrinunciabilità sia in forma espressa che implicita, cioè attraverso la mancata tempestiva opposizione in sede processuale della prescrizione del credito del dipendente.

Indisponibilità ed irrinunciabilità, cui dunque, secondo la dottrina, non potrebbe che collegarsi esclusivamente una rilevabilità officiosa della prescrizione, non anche un onere

369 Per un'analisi dei diversi *dies a quo* : G.Pera – M.Grandi, *Della prescrizione*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2009,p.651.

370 In tal senso Cons.St.29 dicembre 2004, n.14, in *Ragiusan*, 2005, p.380.

371 Cons. Stato, 24 gennaio 2005, n.105, in *Foro amm-Cons.Stato*, 2005, p.166.

in tal senso per la pubblica amministrazione.

La dottrina è allora intervenuta condividendo le conclusioni della succitata giurisprudenza del Consiglio di Stato in merito all'onere di eccezione della prescrizione a carico della pubblica amministrazione, ma criticando aspramente il fondamento di quella ricostruzione giurisprudenziale, auspicando la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art.3 del r.d.l. n. 295 del 1935³⁷².

La suindicata disposizione, derogando alle regole generali dettate dal codice civile in materia di prescrizione, sottrae alle stesse solo la pubblica amministrazione prevedendo che il debito prescritto possa formare oggetto di ripetizione solo nel caso in cui il datore non sia un privato, e ciò, in considerazione anche della privatizzazione del pubblico impiego configura un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai lavoratori privati, un privilegiato cambiamento delle regole nella gestione di un contratto di lavoro, quello alle dipendenze della pubblica amministrazione che si è invece voluto assoggettare alla gestione propria dei contratti fra privati.

372 Cfr. E.M.Barbieri, *Sulla prescrizione del credito di lavoro nel rapporto di pubblico impiego con le pubbliche amministrazioni e nel processo*, in *Mass.giur.lav.*, 2007, II, p.668 ss

Capitolo IV

Decadenza legale e convenzionale nel diritto del lavoro

1. Aspetti generali

Così come la prescrizione, anche l'istituto della decadenza trova applicazione nell'ambito del diritto del lavoro; a differenza della prima però, la decadenza riguarda solo specifici diritti dei lavoratori ed è assai più rigorosa sia quanto a brevità dei termini, sia per il suo esser insuscettibile di sospensione od interruzione, salva l'ipotesi eccezionale di sospensione prevista per mezzo della comunicazione al datore di lavoro della richiesta di espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione della controversie individuali, presso la Direzione provinciale del Lavoro, secondo la previsione di cui all'art.410, co.2, c.p.c., novellato dall'art.36 del D.Lgs.n.80 del 1998. L'infruttuoso esperimento del suddetto tentativo comporta infatti a partire dalla data del verbale negativo, il decorso del residuale termine di decadenza.

Quanto poi alla natura delle ipotesi decadenziali, nei rapporti di lavoro ritroviamo sia decadenze sia a carattere convenzionale che a carattere legale: le une collegate alla contrattazione collettiva, le altre derivanti da precise disposizioni di legge, ma tutte comunque implicanti l'estinzione di un diritto se lo stesso non venga esercitato entro un determinato termine mediante il compimento di uno specifico atto³⁷³.

2. L'opzione per la prosecuzione del servizio

Tra le ipotesi di decadenza legale in ambito lavoristico ritroviamo il termine semestrale per l'esercizio del diritto di opzione ai fini della prosecuzione del rapporto di lavoro oltre l'età pensionabile ed entro il limite massimo del 65° anno di età.

Si tratta di un diritto che: a norma dell'art.6 della L. 54 del 1982 viene riconosciuto ai

373 Cfr. F. Santoni, voce *Decadenza: V) Diritto del lavoro*, in *Enciclopedia giuridica*, Vol. X, Roma, 1991.

lavoratori non ancora in possesso del requisito di massima anzianità contributiva; a norma invece dell'art.6 della l. 407 del 1990, come modificato dall'art.1 , co.2, d.lgs.n.503 del 1992, viene attribuito “anche” ai lavoratori già in possesso dei requisiti pensionistici.

Secondo la previsione delle suindicate disposizioni, l'esercizio del diritto di opzione è da realizzarsi mediante comunicazione al datore di lavoro, almeno sei mesi prima della data di conseguimento del diritto alla pensione, termine che, la Corte di Cassazione esplicitamente investita della questione ha dichiarato di natura decadenziale³⁷⁴.

In verità però l'art.6 della l.407 del 1990, ha aggiunto tra i destinatari della comunicazione medesima anche l'ente previdenziale competente, sollevando così la questione relativa alla essenzialità di tale comunicazione ai fini dell'operatività del regime di prosecuzione opzionale del rapporto oltre l'età pensionabile.

Benché la Corte di Cassazione in alcune pronunce³⁷⁵ si sia espressa nel senso del riconoscimento dell'essenzialità della comunicazione dell'esercizio dell'opzione anche all'ente previdenziale, la dottrina³⁷⁶ si è invece espressa in senso contrario, ritenendo che la comunicazione all'ente previdenziale incida unicamente sul rapporto previdenziale, non su quello di lavoro, avendo come unica finalità quella di condizionare il diritto alla maggiorazione del trattamento pensionistico, prevista come incentivazione all'esercizio del diritto di opzione per i lavoratori già in possesso del requisito di massima anzianità contributiva (art.6 l. n.407 del 1990).

Si è cioè ritenuto che la mancata comunicazione tempestiva all'ente previdenziale possa condizionare sì il diritto dell'assicurato ad ottenere la maggiorazione del trattamento pensionistico, ma non anche il diritto del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro; del resto la non essenzialità di tale comunicazione ai fini dell'esercizio del diritto di opzione risulta confermata dalla mancanza di una previsione in tal senso nella formulazione di cui all'art.6 della l.54 del 1982, essendo in tal caso l'esercizio dell'opzione da parte dei lavoratori incentivato naturalmente dall'interesse a conseguire il requisito dell'anzianità contributiva massima di cui essi non sono dotati.

Un altro aspetto interessante da analizzare in relazione alla disciplina del diritto di opzione è quello relativo alla effettiva portata applicativa della l. 407 del 1990; una parte, a dir il vero minoritaria della dottrina³⁷⁷ ha infatti ritenuto che, il combinato disposto degli artt.6,

374 In tal senso Cass. 30 maggio 1989, n.2613, in *Giust.civ.mass.*, 1989, p.5

375 Così ad esempio: Cass. 21 giugno 1999, n.6266, in *Mass.giur.lav.*, 1999, p.1206.

376 M. Folliero, *Questioni in materia di decadenza dal diritto di opzione per la prosecuzione del rapporto oltre l'età pensionabile*, in *Mass.giur.lav.*, 1999, p.1213 ss

377 In tal senso, M.Folliero, cit., p.1215,

l.407 del 1990 e dell'art. 1, co.2, d.lgs.n.503 del 1992 modificativo del primo quanto ad estensione fino al 65° anno del termine massimo di prosecuzione del rapporto lavorativo, abbia determinato l'abrogazione tacita dell'art.6 della l.54 del 1982, per integrale regolamentazione della materia.

A determinare tale convincimento è stata la stessa formulazione dell'art.6 della legge n.407 del 1990 che, utilizzando la congiunzione “anche” nell'attribuire il diritto di opzione ai lavoratori che abbiano già conseguito l'anzianità contributiva massima, è apparsa voler attribuire il suindicato diritto non soltanto agli iscritti che avessero raggiunto l'anzianità contributiva ma anche a coloro che tale requisito non avessero ancora conseguito.

In verità questa parte della dottrina, alla luce dell'iniziale limite del 62° anno di età fissato per la prosecuzione del rapporto di lavoro nell'ambito della l.407 del 1990, ha inizialmente riconosciuto una autonoma rilevanza giuridica al diritto di opzione esercitabile ai sensi dell'art.6 della l.54 del 1982, consentendo infatti tale norma la permanenza in servizio oltre il 62° anno di età, nell'ipotesi in cui si fosse raggiunta la massima anzianità contributiva soltanto in epoca successiva al compimento di detta età (e fino al limite del 65° anno).

Tale autonoma rilevanza è stata però poi totalmente disconosciuta dalla stessa dottrina che l'aveva professata, al momento di entrata in vigore dell'art.1, co.2 del d.lgs.503 del 1992, che ha innalzato il limite di età previsto per l'applicazione delle disposizioni contenute nell'art.6 della l.407 del 1990, portandolo da 62 a 65 anni e realizzando così il completo assorbimento della disciplina di cui alla l.54 del 1982.

In verità la tesi suesposta, relativa alla tacita abrogazione del diritto di opzione così come delineato dal legislatore del 1982, non ha trovato alcuna esplicita conferma da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione che infatti non si è mai espressa in tal senso, ed anche la dottrina maggioritaria³⁷⁸ non sembra concordare sull'idea dell'esistenza di un unico diritto di opzione ex art.6 della l. n. 407 del 1990.

Si continua infatti a sostenere la vigenza di un diritto di opzione ex art.6, l.54 del 1982, distinto dal diritto di opzione ex art.6, l.407 del 1990, il primo esercitabile al fine di migliorare o massimizzare l'anzianità contributiva utile, il secondo ammissibile invece anche dopo il conseguimento della massima anzianità utile possibile.

378 V.Trevisi, *L'età per il pensionamento di vecchiaia nel sistema generale*, in *Commentario della riforma previdenziale*, Cinelli e Persiani (a cura di), Milano,1995, p.102 ss; C.Silvestro, *Età pensionabile ed espansività del regime generale*, in *Il sistema pensionistico riformato*, G.Ferraro e F. Mazziotti (a cura di), Napoli, 1994, p.12ss.

3. L'impugnazione di rinunce e transazioni.

Secondo la formulazione di cui all'art.2113 c.c., le rinunce e le transazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro previsti da disposizioni inderogabili di legge o dei contratti collettivi, sono invalide.

Si tratta di una invalidità costituente non un'ipotesi di nullità, bensì di annullabilità³⁷⁹, risultando perciò condizionata all'esercizio della facoltà di impugnazione riconosciuta al secondo comma del suddetto articolo: il lavoratore per poter far valere l'invalidità della rinuncia o transazione effettuata, dovrà infatti procedere ad impugnarla nel termine di decadenza di sei mesi.

Il *dies a quo* del suddetto termine è rappresentato dalla data di cessazione del rapporto di lavoro o, diversamente, dalla data di stipulazione della rinuncia o della transazione, qualora sia successiva alla cessazione stessa del rapporto lavorativo; in proposito è il caso di ricordare che il rapporto di lavoro dalla cui cessazione l'art.2113 c.c. fa decorrere il suddetto termine semestrale per l'impugnazione di rinunce e transazioni è esclusivamente quello cui si riferiscono i diritti oggetto di tali atti e, pertanto, nell'ipotesi di successione di due distinti rapporti tra le medesime parti, la persistenza del secondo rapporto non sospende la decorrenza del termine semestrale per l'impugnazione di transazioni o rinunce relative a diritti attinenti al primo rapporto³⁸⁰.

Quanto invece alla forma richiesta per il compimento dell'atto impeditivo della decadenza, cioè per l'impugnazione, si esclude la necessità di adempimento di particolari formalità, essendo sufficiente che sia contenuta in un atto scritto, anche stragiudiziale, che però abbia come requisito imprescindibile l'idoneità a rendere edotto il datore circa la volontà espressa dal prestatore.

In verità a tal proposito, la giurisprudenza³⁸¹ ha in un primo tempo ritenuto sufficiente ad integrare l'impedimento alla decadenza ex art.2113, il solo deposito in cancelleria del ricorso a norma degli artt.414 e ss c.p.c., in quanto atto processuale cui si riconnettono tutti gli effetti processuali e sostanziali della domanda, atto quindi completo, d'impulso di ogni

379 In dottrina: A.Aranguren, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1981, p.329; M.Miscione, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in *Diritto del lavoro: commentario*, F.Carinci (diretto da), Torino, 2007, p.736; In giurisprudenza: Cass.8 gennaio 2001, n.13834, in *Giust.Civ.Mass.*, 2001, p.1880;

380 Cfr. Cass. 9 novembre 1990, n.10575, in *Not.giur.lav.*, 1991, p.535.

381 In tal senso Cass.22 giugno 1982, n.3799, in *Mass.giur.lav.*, 1983, p.55.

ulteriore attività; ma in un secondo momento³⁸² ha poi mutato il suo orientamento, riconoscendo l'imprescindibilità ai fini dell'impedimento della decadenza di cui all'art.2113 c.c. della notifica del ricorso al datore di lavoro entro lo stesso termine semestrale previsto dalla legge.

La libertà di forme dunque prevista fa sì che l'atto di impugnazione non debba essere necessariamente posto in essere personalmente dal prestatore di lavoro, essendo possibile una sua redazione anche ad opera dei sindacati o dei legali, anche se non muniti di mandato rilasciato per iscritto.

Al riguardo la Corte di Cassazione³⁸³ è intervenuta a sancire l'applicabilità anche con riferimento alla fattispecie di cui all'art.2113 c.c. del principio, contenuto nell'art.6 della l.15 luglio 1966, n.604 in materia di impugnazione del licenziamento, relativo alla possibilità di intervento di terzi per conto del lavoratore.

La Corte ha così riconosciuto la possibilità per i legali di procedere all'impugnazione delle rinunce e delle transazioni per conto dei lavoratori, e pur considerando necessaria la forma scritta per l'impugnazione, ha escluso che l'atto del legale debba necessariamente essere preceduto da procura scritta ai sensi dell'art.1392 c.c., essendo l'impugnativa atto unilaterale non avente contenuto patrimoniale e in quanto tale esclusa dal campo di applicazione dell'art.1324 c.c. che prevede l'estensione delle disposizioni dettate per i contratti ai soli atti unilaterali con contenuto patrimoniale³⁸⁴.

3.1 Ancora sulla decadenza ex art. 2113 c.c.: aspetti processualistici ed effetti dell'avvenuta impugnazione.

La decadenza del lavoratore dalla facoltà di impugnare rinunce e transazioni non è rilevabile d'ufficio, trattandosi di materia non sottratta alla disponibilità delle parti; ecco che quindi sarà onere del datore di lavoro eccepirlo.

Tuttavia, sul piano processuale, la Corte di Cassazione³⁸⁵ ha ritenuto non idonea a

382 Così Cass. 8 novembre 1987, n.44, in *Arc.Civ.*, 1987, p.270; Cass.SS.UU. 18 ottobre 1982, in *Not.giur.lav.*, 1982, p.435.

383 Cfr.Cass.16 giugno 1987, n.5346, in *Giust.civ.*, 1987, II, p.2497.

384 Cfr. R.Triola, *In tema di forma della procura per l'impugnazione di rinunzie e transazioni*, in *Giust.civ.*, 1987, II, p.2498.

385 Così Cass.26 gennaio 1995, in *Orient.Giur.Lav.*, 1995, p.301; Cass.11 novembre1987, n.9198, in *Giust.Civ.Mass.*,1987, p.12.

contrastare la eventuali pretese del lavoratore, l'eccezione di decadenza dal diritto di chiedere le proprie spettanza; il datore dovrà dunque eccepire sempre e comunque l'improponibilità della domanda per intervenuta rinuncia (o transazione) non impugnata tempestivamente.

Del resto l'eventuale impugnazione di rinunce e transazioni, presentata dal lavoratore oltre il termine semestrale sancito *ex art.2113 c.c.*, non ne determina l'automatica caducazione, essendo onere del datore che intenda far valere la rinuncia o la transazione, eccepire la decadenza del prestatore per tardività dell'impugnazione³⁸⁶.

Inoltre la Suprema Corte ha ritenuto che l'inoppugnabilità della rinuncia (o della transazione) *ex art.2113 c.c.* non esclude l'impugnabilità della stessa per i normali vizi del negozio giuridico³⁸⁷; è opinione costante della giurisprudenza ritenere che la suindicata norma si affianca, ma non si sostituisce, alle altre impugnazioni previste dal nostro codice civile per i negozi giuridici in genere; l'*art.2113 c.c.* si limita cioè a stabilire l'invalidità di rinunce e transazioni aventi ad oggetto diritti indisponibili dei lavoratori, lasciando pertanto impregiudicate eventuali impugnazioni per altri vizi del negozio, sebbene quest'ultimo sia stato posto in essere in materia di lavoro.

Se è dunque pacifico che l'intempestività dell'impugnazione determina per il prestatore la validità e vincolatività delle rinunce e transazioni; maggiori problemi ha suscitato in dottrina la questione relativa agli effetti giuridici dell'avvenuta tempestiva impugnazione.

La dottrina prevalente³⁸⁸ ritiene che al verificarsi dell'impugnazione si determini l'automatico annullamento dell'accordo transattivo o della dichiarazione di rinuncia, senza necessità di alcuna pronuncia giudiziale; l'annullamento si verifica al solo compimento dell'atto richiesto dalla legge ed il venir meno del negozio giuridico impugnato potrà esser oggetto di una mera azione di accertamento, previa valutazione sulla ritualità dell'impugnazione.

Ne consegue che, il lavoratore dovrà comunque promuovere un giudizio per ottenere la tutela giudiziale dei diritti sacrificati dalla transazione o dalla rinuncia.

Altra parte della dottrina³⁸⁹ al contrario, ha invece ritenuto l'impugnazione dei negozi transattivi sufficiente solo ad impedire il verificarsi della decadenza *ex art.2113 c.c.*, con la

386 In tal senso Cass.20 luglio 2004, n.13466, in *Rep.Foro It*, voce Lavoro, n.1869

387 Cfr. Cass.3 dicembre 1991, n.12929, in *Giust.Civ.Mass.*, 1991, p.12; Cass.6 ottobre 1984, n. 3758, in *Giust.Civ.Mass.*, 1984, II, p.621.

388 Così G. Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, Milano,1975, p.203; A.Aranguren, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1981, p.329.

389 In tal senso, modificando la precedente opinione espressa nel 1974, C.M.Barone, *Rinunzie e transazioni*, in A.Proto Pisani, G.Pezzano, C.M.Barone, V.Andrioli, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987, p.257.

conseguente necessità di promozione di un'apposita azione giudiziaria al fine di ottenere l'annullamento dell'accordo o della dichiarazione.

4. Ancora sulla decadenza legale: le controversie in materia di prestazioni pensionistiche.

È soggetto a termine di decadenza di tre anni l'esercizio dell'azione giudiziaria per le controversie in materia di trattamenti pensionistici.

Il suddetto termine era in verità originariamente previsto in dieci anni, secondo il dettato dell'art.47, 2°co., d.p.r. 639/1970, ma è poi stato ridotto per effetto dell'art.4 del d.l. 19 settembre 1992, n.384, convertito dalla legge n.438 del 1992; ad ogni modo era già stato qualificato di decadenza e non di prescrizione dall'art.6 del d.l. 103 del 1991, poi convertito dalla l.n.166 dello stesso anno.

Quanto al *dies a quo* di tale termine triennale, sembra doversi ricondurre: alla data di comunicazione della decisione sul ricorso presentato dal lavoratore, decisione pronunciata dagli organi competenti dell'Istituto previdenziale, o alla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della suddetta decisione, o ancora, alla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta della prestazione.

In verità, all'indomani dell'entrata in vigore della legge di conversione del succitato d.l.103 del 1991, alcuni giudici di merito³⁹⁰ hanno messo in discussione la legittimità costituzionale della norma contenuta nell'art.6 cit. per la parte in cui esclude l'applicabilità del termine triennale di decadenza ai procedimenti in corso; la Corte Costituzionale³⁹¹, investita della questione, si è però espressa, con una pronuncia interpretativa di rigetto, riconoscendo la legittimità della norma sottoposta al vaglio, precisando che il termine "procedimenti" inserito nell'art.6 cit. si riferisce ai procedimenti amministrativi e non a quelli giudiziari.

Per quanto concerne poi le controversie in materia di prestazioni temporanee (Cassa Integrazione, assegni familiari), esse risultano assoggettate al termine di decadenza di un anno, secondo la previsione dell'art.24 della l. n. 88 del 1989, modificato dall'art.4, d.l. n. 384 del 1992, e con riferimento alla questione del *dies a quo* di tale termine, valgono esattamente gli stessi rilievi suesposti in tema di prestazioni pensionistiche.

390 Si vedano: Pret. Bologna ord.20 gennaio 1993; Pret. Lecce, ord. 31 marzo 1993; Pret. Lecce, ord. 24 marzo 1993.

391 In tal senso Corte Cost. 3 febbraio 1994, n. 20, in *Riv.giur.lav.*, 1994,I, p.301.

5. L'impugnazione del licenziamento

A norma dell'art.2 della l.604 del 1966, così come modificato dalla l. n. 108 del 1990, il licenziamento, a prescindere dal numero dei dipendenti di ogni impresa, deve essere rigorosamente comunicato al lavoratore mediante atto scritto.

Ove il prestatore di lavoro decida di contestare la legittimità del licenziamento, potrà ricorrere all'autorità giudiziaria, ma non prima di aver provveduto all'impugnazione del recesso datoriale.

A tal proposito l'art.6 della succitata l.604/1966 fissa il termine decadenziale di sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento per procedere alla sua impugnazione, che dovrà avvenire con un atto scritto, anche stragiudiziale, purché idoneo a manifestare la volontà del lavoratore.

Per il compimento dell'atto di impugnazione la succitata norma non richiede quindi l'adempimento di particolari formalità, non devono cioè rispettarsi formule sacramentali di alcun genere, ciò che è però necessario è che l'atto espressivo della volontà del lavoratore venga non solo dichiarato ma bensì portato a conoscenza del datore³⁹², desumendosene così inequivocabilmente la sua natura di atto unilaterale recettizio.

Il termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento decorre dalla data in cui la comunicazione del recesso sia giunta all'indirizzo del destinatario, ciò in base alla presunzione di conoscenza sancita dall'art.1335 c.c. che, potrà essere superata solo nel caso in cui il lavoratore sia in grado di dimostrare che, senza sua colpa, si sia trovato nell'impossibilità di venire a conoscenza della dichiarazione datoriale a causa di circostanze estranee alla sua volontà (ad esempio una grave malattia) che lo abbiano tenuto lontano dal luogo di destinazione della dichiarazione stessa.

Una diversa decorrenza del termine decadenziale si avrà poi nel caso in cui, contestualmente al recesso non ne siano stati comunicati i motivi: al lavoratore è dunque riconosciuta ex art. 2 l.604 /1966 la facoltà di farne richiesta entro quindici giorni dalla lettera di licenziamento, di modo che il termine decadenziale ex art.6 decorrerà solo a far

392 In tal senso in dottrina: G.Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1985, p.203, Tebano, *L'impugnazione del licenziamento*, in DeLuca, Tamajo, Bianchi, D'Urso (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, p.339.

data dalla comunicazione dei motivi³⁹³.

Inoltre, il termine di decadenza di cui all'art 6 cit. risulta applicabile ad ogni ipotesi di licenziamento che, a prescindere dalla sua effettiva natura sia stato espressamente qualificato, nell'atto di comunicazione al lavoratore, come licenziamento per giusta causa o giustificato motivo.

Sulla base di tale assunto, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ne ha escluso l'applicabilità con riguardo ai licenziamenti intimati come recessi *ad nutum*³⁹⁴, che in quanto tali sono insuscettibili di contestazione, o di licenziamenti viziati nella forma, in quanto inidonei ad estinguere il rapporto lavorativo, come soprattutto quello inesistente poiché intimato oralmente³⁹⁵ o quello di cui non siano stati comunicati per iscritto i motivi sebbene richiesti ai sensi dell'art.2 l.604/1966, e che pertanto si configura come provvedimento espulsivo *tamquam non esset*, in quanto nullo per difetto di un requisito *ad substantiam*.

Nelle suddette ipotesi il lavoratore potrà agire per far valere l'invalidità-inefficacia del recesso entro il diverso termine di prescrizione quinquennale *ex art.1442 c.c.*³⁹⁶.

Potendo poi esser impedito esclusivamente dal compimento dell'atto di impugnazione, il termine decadenziale per l'impugnazione del licenziamento non è suscettibile né di interruzione, né di sospensione³⁹⁷, fatta eccezione per il caso di sospensione per comunicazione al datore della richiesta di espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art.410, co. 2, c.p.c.*

Questa norma, infatti, come novellata dall'art.36 del D.Lgs.31 marzo 1998, n.80, stabilisce che per la durata del tentativo e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, è interrotto ogni termine di prescrizione e sospeso ogni termine di decadenza, ivi incluso quello per impugnare il recesso datoriale.

Quanto poi agli aspetti processualistici, essendo il termine decadenziale connesso ad un diritto disponibile, l'eventuale compiersi della decadenza dall'impugnazione non potrà esser rilevato d'ufficio ai sensi dell'art.2969 c.c., ma necessita di un'eccezione in senso stretto che la parte convenuta deve presentare nell'ambito della memoria di costituzione.

393 In tal senso anche la giurisprudenza di merito: Trib.Palermo, n.3645/2004, in *Inf.Prev.*, 2006, p.492 ss.

394 Si veda Cass.22 marzo 1994, n.2725, in *Mass.giur.lav.*, 1994, p.191.

395 Così Cass. 4 giugno 1999, n.5519, in *Foro it.*, 2000, I, p.865; Cass.24 giugno 1997, n.5611, in *Not.Giur.Lav.*,1997, p.527; Cass. 29 novembre 1996, n.10697, in *Mass.Giur.Civ.*, 1996, p.332.

396 Cfr. M.Papaleoni, *Licenziamento: comunicazione, impugnazione, decadenza*, in *Mass.Giur.Lav.*, 2001, p.877.

397 R.Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Napoli, 2000, p.554.

5.1 L'impugnazione stragiudiziale e l'ipotesi del telegramma per dettatura telefonica.

Secondo la lettera dell'art.6 della l. n. 604 del 1966, l'impugnazione del licenziamento può aver luogo anche a mezzo di un atto stragiudiziale, cioè di un qualsiasi atto scritto che, a prescindere dalla terminologia in esso utilizzata, sia tale da manifestare la volontà del prestatore di contestare il licenziamento subito.

L'atto poi, non necessariamente deve esser posto in essere personalmente dal lavoratore, essendo possibile infatti che l'impugnazione avvenga ad opera di un suo rappresentante: un sindacalista o un legale.

Al riguardo, la Corte di Cassazione³⁹⁸ si è mostrata piuttosto rigorosa nel sancire che il rappresentante debba essere munito di speciale procura scritta rilasciata anteriormente al compimento dell'atto di impugnazione.

La Suprema Corte ha infatti puntualizzato che, l'impugnazione del licenziamento proposta in sede stragiudiziale, pur non avendo carattere negoziale, è tuttavia atto unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale e, pertanto, ad esso si applicano le disposizioni che riguardano i contratti, ivi compreso l'art.1392 c.c., che prevede il conferimento della procura nella forma prescritta per il contratto che il rappresentante è chiamato a concludere.

Ne deriva che l'eventuale impugnazione effettuata dal difensore privo di preventiva procura scritta non sarà valida, né potrà divenirlo sulla base dell'effetto retroattivo della ratifica ex art.1399 c.c. successivamente intervenuta, salvo il caso in cui tale ratifica sia comunicata entro il termine di decadenza di cui all'art.6 l. n. 604 del 1966.

Tra gli strumenti ritenuti sicuramente idonei a manifestare la volontà di impugnazione del licenziamento in via stragiudiziale vi è la lettera raccomandata, per la quale opera la presunzione di conoscenza ex art.1335 c.c. e che trova la sua fonte di prova nella copia della lettera inviata al datore di lavoro corredata dal talloncino postale e della ricevuta, nonché il telegramma, nella concorrenza del requisito della sottoscrizione da parte del mittente dell'originale consegnato all'ufficio postale oppure della consegna del medesimo per incarico del mittente.

Se pacifica è dunque apparsa in giurisprudenza la riconduzione del telegramma a fattispecie di impugnazione stragiudiziale, maggiori problemi si sono avuti invece, quanto alla possibilità di procedere all'impugnazione del licenziamento mediante telegramma per

398 In tal senso Cass.24 giugno 1997, n.5611, in *Not.Giur.Lav.*, 1997, p.527

dettatura telefonica.

In proposito la Corte di Cassazione ha inizialmente ritenuto³⁹⁹ che il telegramma per dettatura telefonica non integrasse gli estremi di cui all'art.2075c.c. e non potesse dunque costituire un valido strumento di impugnazione, trattandosi di una soluzione destinata a non lasciare alcuna sicura e consistente traccia della sua provenienza dal lavoratore.

Successivamente però, ribaltando il precedente orientamento, la Suprema Corte è intervenuta ad interpretare estensivamente l'art.2075 c.c., ritenendo che la mancata espressa previsione dell'ipotesi del telegramma telefonico, sia comunque compresa nel dettato della norma grazie all'inciso “consegnare o far consegnare il telegramma all'ufficio postale”, che consente di presumere che la dettatura sia sempre eseguita dal lavoratore licenziato⁴⁰⁰.

Aggiustando ulteriormente il tiro la Corte di Cassazione ha poi precisato⁴⁰¹ che la dettatura del telegramma telefonico possa avvenire anche materialmente da parte di un diverso soggetto o da un'utenza telefonica non appartenente al licenziato, purché ciò avvenga su mandato e a nome di quest'ultimo.

Ove poi venga contestata la riferibilità del telegramma al lavoratore, questi ha la facoltà e l'onere di provare, anche a mezzo di testimoni o per presunzioni, che l'affidamento all'ufficio incaricato di trasmetterlo è avvenuto a sua opera o per suo conto.

5.2 L'impugnazione giudiziale

Se ad integrare gli estremi di un valido atto di impugnazione del licenziamento è sufficiente un atto di tipo stragiudiziale, va da sé che di certo l'impugnazione del recesso datoriale può esser contenuta anche nel ricorso introduttivo del processo del lavoro.

Stante la natura recettizia da attribuirsi all'atto di impugnazione, secondo il tenore letterale dell'art.6, co.1, l. n. 604 del 1966, non si può ritenere sufficiente per la validità dell'impugnazione, il mero deposito del ricorso nella cancelleria del giudice competente, ma risulta necessaria invece la notificazione del ricorso medesimo alla parte datoriale entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione da parte di questo.

399 In tal senso Cass. 10 luglio 1991, n.7610, in *Dir.prat.lav.*, 1991, p.2641.

400 Così Cass.5 giugno 2001, n.7620, in *Mass.giur.lav.*, 2001, p.872

401 Cfr. Cass.17 maggio 2005, n.10291, in *Orient.giur.lav.*, 2005, I,p.363.

A questo proposito la dottrina⁴⁰² e la giurisprudenza⁴⁰³ prevalente bocciano la la tesi giurisprudenziale minoritaria, in verità di recente riaffermata dalla Corte di Cassazione⁴⁰⁴, che vorrebbe una scissione negli effetti dell'atto impeditivo della decadenza, di modo che per la parte attiva questi si produrrebbero a partire dal momento di compimento delle attività richieste dalla legge per impedire la decadenza, mentre per la parte ricevente si verificherebbero solo al momento di ricezione dell'atto, con la conseguenza che, in tema di notificazioni degli atti di impugnazione del licenziamento, il lavoratore assolverebbe l'onere previsto dalla legge mediante la consegna dell'atto giudiziale all'ufficio notifiche, mentre per il datore gli effetti dell'impugnazione si produrrebbero solo al momento del recapito, che quindi ben potrebbe essere successivo ai sessanta giorni fissati dalla legge per impugnare il licenziamento.

Così facendo, dalla scissione degli effetti finirebbe per derivarne sempre e solo uno svantaggio per il notificato, non anche per il notificante: il lavoratore dovrà infatti semplicemente preoccuparsi di consegnare l'atto all'ente competente, rispettando il termine di legge, mentre sarà il datore a sopportare l'incertezza di poter ricevere la notifica dell'impugnazione del licenziamento anche molto tempo dopo i sessanta giorni previsti *ex art.6, l.n.604/1966*.

5.3. La decadenza dall'impugnazione del licenziamento: effetti sulle azioni risarcitorie

La Corte di Cassazione si è trovata più volte a doversi pronunciare in tema di effetti dell'intervenuta decadenza dall'impugnazione del licenziamento illegittimo sulle azioni giudiziarie risarcitorie previste dall'ordinamento giuridico, sul punto cioè se la suddetta decadenza sia preclusiva o meno della possibilità per il lavoratore di ricorrere al giudice, per ottenere il risarcimento del danno determinato dal recesso del datore, avvalendosi dei rimedi previsti dal codice civile.

Nel corso degli anni ottanta e novanta⁴⁰⁵, la Cassazione ha in proposito sostenuto che la

402 Si veda A.Ruggiero, *La decadenza dall'impugnazione del licenziamento tra vecchie norme e nuove riforme*, in *Lav.giur.*, 2009, fasc 2, p.140 ss.

403 *Ex pluribus*: Cass.22 marzo 2006, n.6287, in *Mass.giur.lav.*, 2006, p.622.

404 Così Cass.4 settembre 2008, n.22287, in *Lav.Giur.*, 2008, II, p.1245.

405 Si vedano: Cass. 24 giugno 1987, n. 5532, in *Giur.itMass.*, 1987, p.133; Cass 2 marzo 1999, n.1757,

decadenza dall'impugnazione del licenziamento illegittimo, pur rendendo impossibile al lavoratore chiedere la reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento ai sensi dell'art.18 della l.300 del 1970, non precludesse il diritto alle azioni ordinarie per il risarcimento del danno.

Si trattava però di un assunto ritenuto dalla stessa giurisprudenza, nonché dalla dottrina⁴⁰⁶, troppo generico e così di recente la Corte di Cassazione⁴⁰⁷ è intervenuta nuovamente in materia precisando le conclusioni cui all'epoca era giunta, finendo con l'attestarsi in realtà sulla stessa scia di quelle, nonostante la dichiarata volontà di discostarsi.

La Suprema Corte ha dunque sancito che, intervenuta la decadenza, la preclusione dei benefici previsti dalla disciplina speciale dettata dal diritto del lavoro, non esclude la possibilità di una normale azione risarcitoria, purché però ne ricorrano i presupposti, il che significa che il rinvio alla normativa di diritto comune non può certo riguardare la disciplina civilistica dell'inadempimento ex art.2118, in quanto ad essa si sovrappone la disciplina speciale giuslavoristica⁴⁰⁸, ma può invece riguardare il risarcimento del danno aquiliano ex art.2043 c.c.

Nello specifico, la disciplina di cui alla l.604 del 1966, nonché all'art.18 St.lav., si configura in materia di risoluzione del rapporto di lavoro come disciplina inderogabile ed a carattere speciale, rispetto a quella ordinaria in materia di inadempimento contrattuale in genere, ed è proprio tale disciplina speciale a dover esser innanzitutto applicata in virtù del principio *lex specialis derogat legi generali*; ne deriva che, ove il lavoratore sia incorso nella decadenza di cui all'art.6 della l.604 del 1966, non potrà aversi un successivo giudizio sull'illegittimità del comportamento datoriale, quale più generale fattispecie di inadempimento contrattuale: la decadenza preclude la possibilità di far accertare in giudizio l'illegittimità del licenziamento(inadempimento), che costituisce il presupposto fondante lo stesso obbligo di risarcimento del danno ex art.1218 c.c.⁴⁰⁹.

Ciò, in verità, vale non solo sul piano della responsabilità contrattuale, ma anche su quello della responsabilità extracontrattuale: qualora si sia verificata la suddetta decadenza, non potrà allegarsi quale fatto ingiusto ex art.2043 il licenziamento illegittimo in sé considerato, essendone il suo accertamento ormai precluso.

in *Riv.it.dir.lav.*, 2000, I, p.177 e ss,

406 Così L.De Marco, *Decadenza dall'impugnazione del licenziamento ed inapplicabilità della disciplina risarcitoria di diritto comune*, in *Mass.giur.lav.*, 2007, II, p.725 ss.

407 Cass.14 maggio 2007, n.11035, in *Lav.Giur.*, 2007, II, p.881 e ss.

408 In tal senso L.De Marco, cit; e in senso conforme anche A.Muratorio, *La decadenza dall'impugnazione dei licenziamenti*, in *Lav.Giur.*, 2007, II, p.882 ss.

409 Cfr.A.Muratorio, cit., p.886.

Sarà tuttavia possibile per il lavoratore incorso in decadenza ottenere un risarcimento per responsabilità aquiliana, nel caso in cui alla base della sua pretesa risarcitoria non vi sia la semplice illegittimità del licenziamento subito, ormai non più conoscibile in giudizio, ma un ulteriore comportamento illecito del datore che si accompagni al recesso (ad esempio licenziamento ingiurioso, licenziamento quale pratica finale di una condotta di mobbing) e di cui l'attore dovrà fornire indicazione ed allegazione⁴¹⁰.

A questo proposito la dottrina ritiene che la possibilità risarcitoria accordata al lavoratore *ex art.2043 c.c.*, trovi una sua giustificazione nella particolarità del bene giuridico tutelato, un bene che non è il mantenimento del proprio posto di lavoro, bensì, il decoro, la dignità della persona del lavoratore⁴¹¹.

5.4 Proposte di riforma della disciplina sull'impugnazione del licenziamento.

Il quadro normativo sin qui delineato in materia di impugnazione del licenziamento illegittimo, sembra sul punto di subire una decisa innovazione per effetto del disegno di legge n.1441 *-quater -A*, in corso di approvazione al Parlamento ed allo stato attuale in realtà già approvato dalla Camera dei Deputati in data 1 dicembre 2009.

Si tratta di una proposta di riforma che, da un lato dovrebbe comportare la sostituzione del termine decadenziale di sessanta giorni con il più ampio termine di centoventi giorni, ma dall'altro esclude la possibilità di effettuare l'impugnazione del licenziamento illegittimo attraverso un qualsiasi atto, anche stragiudiziale, prevedendo invece il più gravoso onere di procedere esclusivamente mediante ricorso al giudice competente.

Se quindi nel sistema attuale è sufficiente ad impedire la decadenza un qualunque mezzo di impugnazione, dopodiché l'introduzione del giudizio avverso il licenziamento può avvenire nel successivo termine di prescrizione quinquennale, invece nel sistema delineato nel progetto di riforma, quest'ultimo termine scompare totalmente e per il lavoratore l'unica possibilità è quella di procedere all'instaurazione tempestiva del giudizio nel termine di centoventi giorni dalla comunicazione del licenziamento.

Ulteriore elemento di novità che si vorrebbe introdurre è poi dato dall'eliminazione dell'obbligo di promozione preventiva obbligatoria del tentativo di conciliazione presso la

410 Così Cass. 21 agosto 2006, n.18216, in *Mass.giur.it.*, 2006.

411 Così L.De Marco, cit., p.727.

direzione provinciale del lavoro, previsto attualmente dell'art.410 c.p.c. a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, che diverrebbe così meramente facoltativo.

Riassumendo gli elementi che la proposta di riforma vorrebbe introdurre ne deriva che, il lavoratore, interessato in futuro all'impugnazione del recesso datoriale dovrà incaricare il proprio avvocato di procedere alla proposizione del ricorso dinanzi al giudice competente, con conseguente eliminazione del rischio attuale di possibili speculazioni nell'introduzione ritardata del giudizio⁴¹², salva in ogni caso la sospensione del termine di decadenza per la spedizione al datore di lavoro, a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno, della richiesta del tentativo di conciliazione.

Ad ogni modo tale proposta di riforma non è andata esente da critiche⁴¹³, ritenendosi infatti sussistere al suo interno alcuni punti oscuri, soprattutto per il fatto che la nuova norma (art.67 del disegno di legge n.1441 *quater-A*), pur parlando del ricorso da depositarsi presso la cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro, non fa alcun riferimento alla notificazione dell'atto alla controparte entro il termine di decadenza, né tantomeno chiarisce gli effetti legati all'eventuale estinzione del giudizio per inerzia del soggetto interessato.

A quest'ultimo proposito si è sottolineato che, mentre nell'attuale disciplina si esclude, per mezzo della notificazione nel termine di sessanta giorni, l'incorrere nella decadenza di cui all'art.6 della l.604 del 1966 pur a fronte di una successiva estinzione del giudizio per inerzia del lavoratore, valendo comunque il ricorso come atto recettizio di impugnazione del recesso datoriale, invece nella nuova formulazione dell'art.67 succitato, scompare ogni possibilità di distinguere il termine di decadenza da quello di prescrizione entro cui promuovere il ricorso in giudizio.

Solo l'instaurazione della causa può configurarsi come impedimento alla decadenza, il che ha condotto la dottrina a ritenere, non certo con spirito di condivisione, che nell'eventualità in cui il giudizio non fosse coltivato dalla parte interessata, estinguendosi, non rimarrebbe salvo alcun effetto sostanziale e la decadenza si produrrebbe inevitabilmente⁴¹⁴.

412 A. Vallebona, *Parola d'ordine: salvare il processo del lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 2007, p.1

413 Cfr. A.Ruggiero, *La decadenza dall'impugnazione del licenziamento tra vecchie norme e nuove riforme*, in *Lav.Giur.*, 2009, II, p.140 ss.

414 A. Ruggiero, cit., p.144.

6. La decadenza convenzionale.

Si è già avuto modo di indicare come le ipotesi decadenziali nell'ambito del diritto del lavoro non siano soltanto di natura legale, ma anche di natura convenzionale e come tali rimesse all'autonomia privata quanto a definizione, nel rispetto del limite della non eccessiva difficoltà di esercizio del diritto che ne costituisca l'oggetto, secondo la previsione di cui all'art.2965 c.c.

Pertanto i contratti collettivi, oggi però meno che in passato, contengono clausole di decadenza per alcuni diritti dei lavoratori.

La giurisprudenza ha in un primo momento equiparato tali ipotesi decadenziali alle rinunce tacite, prevedendo a riguardo la conseguente automatica applicazione della disciplina di cui all'art.2113 c.c., poi però in un secondo momento, ed a ragione secondo la dottrina prevalente, ha invece assunto la suddetta disciplina esclusivamente quale parametro per la valutazione della congruità della durata dei termini di decadenza convenzionale.

Di conseguenza è stato considerato particolarmente difficile l'esercizio del diritto sia nel caso di fissazione della decorrenza del termine di decadenza nel corso del rapporto di lavoro,

sia nel caso di previsione di un termine di durata inferiore ai sei mesi previsti per l'impugnazione delle rinunce e delle transazioni⁴¹⁵.

Anche se bisogna ricordare che, in analogia con gli sviluppi giurisprudenziali in tema di prescrizione, la Corte di Cassazione ha sancito che anche per i termini di decadenza previsti nei contratti collettivi sia possibile la decorrenza in costanza di rapporto purché quest'ultimo sia dotato del connotato della stabilità.

Dunque è possibile affermare che la disciplina della decadenza convenzionale è il frutto del regime delle rinunce in combinazione a quello della prescrizione, anche se ciò non esclude la possibilità di una diversa configurazione delle singole fattispecie decadenziali, in considerazione ciò dell'elasticità dell'applicazione del principio di difficoltà nell'esercizio del diritto⁴¹⁶.

415 In tal senso Cass.20 maggio 2004, n.9647, in *Mass.giur.lav.*, 2004, p.622.

416 Cfr. A.Vallebona.- C.Craca, voce *Decadenza dai diritti del lavoratore*, in *Il Diritto, Enciclopedia Giuridica del Sole 24 ore*, vol IV, 2007, p.667.

Bibliografia

M.T.Albissini, *Prescrizione del diritto a rendita da malattia professionale*, in *Riv.inf.mal.prof.*, 1998, p. 22 ss.

A.Aranguren, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, in *Enc.giur.lav.*, G.Mazzoni (diretta da), Padova, 1981, p.298 ss.;

E.Bagianti, *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali dei liberi professionisti*, in *Gius.civ.*,2003, p.2589 ss.

M.V.Ballestrero, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Dir.Lav.*, 1987, p.63 ss.

E.M.Barbieri, *Sulla prescrizione del credito di lavoro nel rapporto di pubblico impiego con le pubbliche amministrazioni e nel processo*, in *Mass.giur.lav.*, 2007, II, p.668 ss

C.M.Barone, *Rinunzie e transazioni*, in A.Proto Pisani, G.Pezzano, C.M.Barone, V.Andrioli, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987, p.257

G.Beretta, *Le Sezioni Unite giocano pesante con la prescrizione dei contributi*, in *Arg.dir.lav.*,2008, fasc.4, p.1211

G.L.Bertone, *Brevi note sul diritto al risarcimento dei danni per infortunio sul lavoro e prescrizione*, in *Riv.crit.dit.lav.*, 2008, I, p.188 ss.

L.Bigliazzi Geri, *Retribuzione e prescrizione*, in *Riv.giur.lav.*, 1966, p.377;

P.Boer, *Ridotti a cinque anni i termini di prescrizione dei contributi alle gestioni pensionistiche*, in *Tut.lav.*, 1995, p.357 ss.

E.Boghetich, *La prescrizione dei crediti di lavoro per i dipendenti del settore marittimo ed aereo*, in *Mass.giur.lav.*, 2004, II, pp.942-946.

G.Branca:

1. *Lavoro, prescrizione e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv.giur.lav.*, 1974, p.253 ss.
2. *Quid adnotabis adnotatores?*, in *Foro it.*, 1970, V, p.17 e ss, sul punto p.26.

B.Brattoli:

1. *Decorrenza della prescrizione dei crediti del lavoratore nell'ipotesi di successivi rapporti con lo stesso datore di lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 1979, p.396;
2. *Ancora sulla decorrenza della prescrizione dei crediti del lavoratore nell'ipotesi di successivi rapporti con lo stesso datore di lavoro*, *ivi*, 1980, p.256.

M.Buoncristiano:

1. *Ancora in tema di prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Riv.dir.civ.*, 1997, II, p.11
2. *Contratto di ricerca, invenzioni del lavoratore e corresponsione dell'equo premio*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 1998, I, p.356;

M.Canal, *La prescrizione dei crediti retributivi nella successione di rapporti di lavoro a termine*, in *D&L – Riv.crit.dir.lav.*, 2007, II, pp.769-770.

G.Cannati, *Questioni in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del datore di lavoro*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2008, II, p.575 ss.

S.Caponetti, *Crediti contributivi: la pronuncia della Sezioni Unite sulle problematiche sottese alla prescrizione*, in *Lav.Prev.*, 2008, fasc7, p.1152 ss.

P.Capurso, *Problemi di diritto intertemporale della abbreviazione dei termini di prescrizione dei contributi previdenziali*, in *Inf.prev.*, 2003, p.112

L.Carbone, *La prescrizione dei contributi degli enti previdenziali dei liberi professionisti*, in *Prev.forens.*, 1999, n.4, p.56

C.Cardillo, *Il rapporto di lavoro nautico*, Padova, 1998.

G.Carullo, *La decorrenza della prescrizione dell'indennità di maternità*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2004, II, p.812 ss.

S.Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Perugia, 1987

D.Chindemi, *Malattia professionale e decorrenza della prescrizione*, in *Resp.civ.e prev.*, 2008, I, p.105 ss.

S.Ciucciovino, *La prescrizione dei diritti nel rapporto di lavoro*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, G.SantoroPassarelli (a cura di), Milano, 2009, p.1108.

L.De Marco, *Decadenza dall'impugnazione del licenziamento ed inapplicabilità della disciplina risarcitoria di diritto comune*, in *Mass.giur.lav.*, 2007, II, p.725 ss.

M.DeRosa, *La prescrizione dei crediti dei lavoratori nautici: storia di un antico e dubbio privilegio*, in *Arg.dir.lav.*, 2007, II, p.979ss.

V.DiCataldo, *I brevetti per invenzione e per modello*, in P.Schlesinger (diretto da), Milano, 1988, p.162

A.Di Majo:

1. *Decadenza, prescrizione e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv.giur.lav.*,?? II, p.281 e ss.

2. *Tradizione codicistica e norme costituzionali nella prescrizione dei diritti del lavoratore*, in *Riv.Giur.Lav*, 1975, vol. I, pp. 442 e ss.

A.V. D'Oronzo, *Lavoro parasubordinato e decorrenza del termine di prescrizione dei crediti*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2002, p.266

G.Dondi, *Danno pensionistico, azione risarcitoria e dies a quo della prescrizione*, in *Mass.giur.lav.*,1999, p.678 ss.

G.Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, Milano,1975, p.203;

G.Ferraro, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Riv.it.dir.lav*, 1998, p.436

M.Folliero, *Questioni in materia di decadenza dal diritto di opzione per la prosecuzione*

del rapporto oltre l'età pensionabile, in *Mass.giur.lav.*, 1999, p.1213 ss.

M.Franzoni, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2001, p.13,

L.M.Galantino, *La giurisprudenza costituzionale in tema di prescrizione dei crediti del lavoratore*, in *il Dir.lav.*, I, 1976.

G.Galligani, *L'omissione contributiva e il risarcimento del danno*, in *Lav.Prev.*, 1991, p.2137 ss.

A.Garlatti, *Percorsi previdenziali*, in *Riv.crit.dir.lav.*, 2007, II, p.936

E.Ghera:

1.*La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, I, 2008.

2.*Sulla prescrizione dei diritti patrimoniali nel pubblico impiego*, *Giur.Cost.*, 1971,p.1014.

G.Giugni:

1. *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.

2. *La dottrina giuslavoristica del 1983*, in *Giorn,Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1984, p.925.

B.Grandi, *Prescrizione e rapporti a termine*, in *Dir.lav.*, 2004, p.258.

B.Grasso:

1. *Voce Prescrizione (diritto privato)*, in *Enc.dir.*, Milano, 1986, XXXV, p.69 e ss.

2. *Sulla possibilità di interrompere la prescrizione del diritto alle prestazioni da infortunio sul lavoro*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1994, II, p.27 e ss.

G.Grieco, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro*, Napoli,1983, p.90 ss.

P.Ichino, *Il Contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo (diretto da), Milano, 2000, p.28.

C.Lavagna, *Sulle sentenze "additive" della Corte Costituzionale*, in *Giur.it.*, 1969, IV, p.,149

C.Lombardo, *La decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi nella successione di contratti a termine legittimi*, in *Nuova Giur.civ.comm.*, 2004, I, p.177 ss.

S.Magrini, *Problemi attuali sulle invenzioni del prestatore di lavoro*, in *Pers.lav.*, 1990, p.4

F.M.Mantovani, *Brevetto ed equo premio: la Cassazione ritorna sul bilanciamento degli interessi dell'impresa e del dipendente-inventore*, in *Dir.lav.*, 2004, I, p.27 e ss.

A.Maresca:

1. *Note in tema di prescrizione dei crediti derivanti dal rapporto di lavoro*, in *Riv.dir.lav.*, 1975, II,505

2. *Crediti di lavoro, interessi e rivalutazione, prescrizione* (nota a Pret. Roma 23.12.1983), in *Dir.lav.*, 1985, II, p.9 .

3. *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, p.194.

F.Mazziotti, *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in Scognamiglio (diretto da), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, p.251 e ss

L. Menghini , *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, Milano, 1996, p.495 e ss.

.B.Miranda, *Le prescrizioni presuntive nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2001

M.Miscione, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in *Diritto del lavoro: commentario*, F.Carinci(diretto da), Torino, 2007, p.729 ss.

L.Montuschi, *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali (un profilo singolare della riforma pensionistica)*, in *Arg.dir.lav.*, 1996, p.35 ss

D.Moraggi, *Manifestazione della malattia professionale e decorrenza del termine di prescrizione. Il valore della domanda amministrativa quale fatto noto per presumere la conoscenza della tecnopatia da parte del lavoratore*, in *Giur.it*, 2003, II, p.1344 ss.

L.Morlini Galantino, *La giurisprudenza costituzionale in tema di prescrizione dei crediti del lavoratore*, in *il Dir.lav.*, 1975, I, p.335.

D.Mosca, *Fallimento del datore di lavoro e decorrenza della prescrizione del diritto del lavoratore al t.f.r. nei confronti del fondo di garanzia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2005, II, p.161 ss.

S.Muggia, *Breve rassegna sulla prescrizione dei crediti di lavoro in specifiche ipotesi*, in *Riv.giur.dir.lav.*, 2006, II, p.1156

M.M.Mutarelli, *Le (in)certezze della giurisprudenza in materia di prescrizione dei contributi pensionistici*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2006, II, p.164

U.Natoli, *L'art.136 della Costituzione e la Corte di Cassazione*, in *Riv.giur.lav.*, 1976, II, p.265 e ss.

C.A.Nicolini:

1. *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la l.335 del 1995*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1996, I, p.295.

2. *Sull'individuazione del regime prescrizione applicabile alla Cassa di previdenza dei dottori commercialisti*, in *Giust.civ.*, 1999, I, p.902

L.Nogler, *Sul danno alla salute per soppressione o differimento del riposo settimanale*, in *Riv.giur.lav.*, 1997, p.113 e ss.

G.Oppo, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Riv.dir.civ.*, 1969, I, p.11.

A.Orengo, *Le prescrizioni presuntive e i crediti del prestatore di lavoro*, Milano, 1966.

M.Papaleoni, *Licenziamento: comunicazione, impugnazione, decadenza*, in *Mass.Giur.Lav.*, 2001, p.877.

M.Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione (riflessioni sulla portata sistematica dell'art.409, n.3 c.p.c.)*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1984, I, 537 ss.;

M.Pellicciari, *Sulla prescrizione dei crediti dei naviganti*, in *Mass.giur.lav.*, 2007, I, p.367.

G.Pera – M.Grandi, *Della prescrizione*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2009, p.651.

G.Pera:

1. *Prescrizione e diritti dei lavoratori (posizione e delimitazione di una norma nella giurisprudenza costituzionale)*, in *Mass.Giur.Lav.*, 1973, p.316.

2. *Ancora sulla prescrizione per i diritti dei lavoratori*, in *Mass.giur.lav.*, 1976, p.587;

3: *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1985, p.203

F.Petrucci, *L'errore nell'individuazione dell'ente previdenziale: valenza liberatoria del pagamento al creditore apparente e incidenza sulla prescrizione dei crediti contributivi*, in *Lav.prev.*, 2004, II, p.933 ss.

B.Piccinini, *Dies a quo nell'ipotesi di prescrizione di crediti retributivi inerenti una pluralità di contratti a termine, legittimi ed efficaci*, in *Giur.it.*, 2004, III, p.2082

A.Rocchi, *Il regime prescrizione nell'ipotesi di danno per mancato godimento del riposo settimanale*, in *Ragiusan*, 2004, III, p.478

A.Rondo, *Le Sezioni Unite sulla prescrizione dei contributi previdenziali*, in *Arg.dir.lav.*, 2008, p.1192 ss

A.Ruggiero, *La decadenza dall'impugnazione del licenziamento tra vecchie norme e nuove riforme*, in *Lav.Giur.*, 2009, II, p.140 ss.

F.Santoni, voce *Decadenza: V) Diritto del lavoro*, in *Enciclopedia giuridica*, Vol. X, Roma, 1991.

F.Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p.117.

G.Santoro Passarelli:

1. *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1979, p.118

2. *Diritto alla qualifica: prescrizione, promozione automatica, diritto alle differenze retributive*, in *Mass.giur.lav.*, 1999, p.256 ss

T.Santulli, *Le caratteristiche dell'invenzione legittimanti il diritto del lavoratore all'equo premio*, in *Riv.giur.lav.*, 2004, II, p.311 e ss.

R.Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Napoli, 2000, p.554.

P.Sandulli, *Lavoro autonomo e parasubordinazione*, in *Trattato di diritto privato*, P.Rescigno (diretto da), XV, Torino, 1986, p.1419;

A.Scacchi, *Il dies a quo della prescrizione dell'azione contrattuale ex art.2087 c.c.*, in *Mass.giur.lav.*, 2007, II,p.799 ss.

R.Scognamiglio, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, Milano, 1978, p.91 e ss.

A.Sermonti, *Alla ricerca di un precetto costituzionale e di una disposizione che lo violi (sulla decorrenza di prescrizioni di crediti di lavoro)*, in *Mass.Giur.lav.*, 1966, p.134 e ss.

C.Silvestro, *Età pensionabile ed espansività del regime generale*, in *Il sistema pensionistico riformato*, Ferraro e Mazziotti (a cura di), Napoli, 1994, p.12ss.

L.Spagnuolo Vigorita, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano,1976, p.17 e ss.

C.Stanzani, *Prescrizione e rapporto di lavoro*, in *Riv. Trim.dir.proc.civ.*, 1967, p.1109.

L.Tebano, *L'impugnazione del licenziamento*, in DeLuca, Tamajo, Bianchi, D'Urso (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, p.339.

A.Tomasello, *Disciplina sostanziale e processuale della prescrizione dei contributi*, in *Lav.prev.*, 2007, I, p.224.

A.Torrente, *L'impresa e il lavoro della navigazione*,in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1964, p.82

V.Trevisi, *L'età per il pensionamento di vecchiaia nel sistema generale*, in *Commentario della riforma previdenziale*, Cinelli e Persiani (a cura di), Milano,1995, p.102 ss.

R.Triola, *In tema di forma della procura per l'impugnazione di rinunzie e transazioni*, in *Giust.civ.*, 1987, II, p.2498

A.Vallebona:

1.*Prescrizione della retribuzione e successione di contratti a termine*, in *Dir.lav.*, 2003, p.3 ss.

2. *La prescrizione dei crediti dei naviganti: la questione non è chiusa*, in *Giur.Cost.*, 2006, p.3742 ss

3. *Parola d'ordine: salvare il processo del lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 2007, p.1

A.Vallebona.- C.Craca, voce *Decadenza dai diritti del lavoratore*, in *Il Diritto, Enciclopedia Giuridica del Sole 24 ore*, vol IV, 2007, p.667.

L.Ventura, *Corte costituzionale e prescrizione dei crediti di lavoro: brevi considerazioni sudi una norma di legge inesistente e su di una sentenza che l'ha dichiarata (parzialmente) costituzionale*, in *Riv.giur.lav.*, II, 1973, p.22

P.Vitucci:

1.*La prescrizione e la decadenza*, in *Il Codice civile- Commentario*, P.Schlesinger (diretto da), Milano, 1990, p.244.

2.voce *Prescrizione* , in *Enciclopedia Giuridica* ,Roma, 1991.

3. *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato*, P.Rescigno(diretto da), vol. XX, Torino, 1998.

4. *Prescrizione e decadenza in Istituzioni di diritto privato* , Bessone, Torino, 2007,p.1176

