

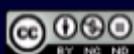


Il preavviso di licenziamento

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 162/2012

© Luca Calcaterra 2012
Facoltà di Giurisprudenza - Università Suor Orsola Benincasa di Napoli
luccalcaterra@hotmail.com

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Il preavviso di licenziamento^α

Luca Calcaterra
Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

1. Il preavviso come forma di tutela degli interessi della parte che subisce il recesso	2
2. L'ambito di applicazione della regola del preavviso nel rapporto di lavoro	4
3. La natura giuridica della regola del preavviso	11
3.1. (Segue): Le conseguenze dell'inosservanza della regola: invalidità del recesso, indennità sostitutiva e risarcimento dei danni ulteriori	16
3.2. (Segue): L'efficacia della regola: la derogabilità della prosecuzione del rapporto fino al termine del preavviso in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva	20
4. La durata del preavviso: prorogabilità e derogabilità.....	23
5. Il rapporto di lavoro durante il preavviso. I riflessi dell'efficacia obbligatoria della regola.....	25
6. L'indennità sostitutiva del preavviso. Natura e criteri di calcolo	32
7. Il preavviso nella riforma Fornero. Prime note.	39

^α Il contributo è destinato al Trattato Carinci - Persiani, volume sui Licenziamenti, a cura di E. Gragnoli, di prossima pubblicazione per Cedam, Padova.

1. Il preavviso come forma di tutela degli interessi della parte che subisce il recesso

Il preavviso di licenziamento, ovvero il periodo di tempo che decorre dall'intimazione all'effettivo dispiegarsi dell'effetto risolutivo del rapporto, ha un'indubitabile valenza di tutela dell'interesse del lavoratore alla salvaguardia della stabilità del reddito. L'istituto nasce infatti con l'obiettivo di garantire al lavoratore licenziato un certo lasso di tempo per provvedere alla ricerca di una nuova occupazione, nell'auspicio che ciò gli consenta continuità nella percezione di reddito¹. Questa funzione rispecchia quella tipica dell'istituto in tutti i rapporti contrattuali, che la dottrina individua nell'esigenza di evitare un eccessivo turbamento nell'economia dell'altro contraente, offrendogli tempo sufficiente per adeguare la propria organizzazione al sopravvenuto venir meno del vincolo contrattuale². Così, nel rapporto di lavoro, se il preavviso dato al lavoratore licenziato mira a consentirgli di riorganizzare la propria vita trovando una diversa occupazione, il preavviso dato dal lavoratore che si dimette consente al datore di cercare qualcuno che possa adeguatamente sostituirlo nell'organizzazione produttiva. La rilevanza della regola del preavviso nell'economia del rapporto è testimoniata del resto dalla

¹ In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. Un., 29 novembre 1994, n. 7914, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 3105, con nota di N.A. CIMMINO; Trib. Torino, 27 aprile 1996, in *Giur. piemontese*, 1997, p. 48; Cass., 9 gennaio 1998, n. 112, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 24; Cass., 14 giugno 2006, n. 13732, in *Riv. giur. lav.*, 2007, 2, p. 263 con nota di ZITTI. Cfr. poi T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 27 giugno 2006, n. 5193, in *Foro amm. TAR*, 2006, 6, p. 2076, secondo il quale « l'indennità sostitutiva del preavviso di licenziamento non deve essere corrisposta al dipendente che subito dopo la cessazione del precedente rapporto sia stato assunto presso altro ente, con il medesimo trattamento economico e giuridico goduto prima, essendo funzione specifica della predetta indennità quella di consentire al lavoratore licenziato un certo lasso di tempo per la ricerca di altra occupazione ». Le sentenze citate nel prosieguo senza riferimento alla sede di pubblicazione sono state reperite nella banca dati *De Jure*, Giuffrè.

² Il preavviso è tema solitamente trattato dalla dottrina, in forma piuttosto sintetica, nell'ambito di studi più ampi sul recesso. Senza alcuna pretesa di esaurire una bibliografia sterminata, qui può dirsi che, per la comprensione dei maggiori problemi dogmatici relativi alla regola del preavviso e alla sua efficacia, è ancora fondamentale la lettura di G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962, part. p. 287 ss. Per un testo sul recesso precedente a Mancini cfr. T. TABELLINI, *Il Recesso*, Milano, 1952, p. 96 ss. per il preavviso. Qualche indicazione e utili chiarimenti si trovano poi in G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 30 ss. Più di recente sul recesso si vedano i contributi raccolti in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994 (part. quello di M. TIRABOSCHI) e la rassegna di giurisprudenza e dottrina di N.A. CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000, p. 78 ss. Sul recesso discrezionale, da ultimo, infine, cfr. M. DELLA CASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008 (che non si occupa però specificamente dei problemi relativi al preavviso).

normativa in materia di contratti del consumatore, in base alla quale vanno considerate vessatorie le clausole che, al di fuori delle ipotesi di giusta causa, consentono al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso (cfr. 1469 *bis*, 3° comma, n. 8, c.c., poi art. 33, 2° comma, lett. *h*), d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. Codice del consumo).

La funzione del preavviso quale forma di tutela dell'interesse del lavoratore alla continuità dell'impiego (e, quindi, del reddito) spiega perché in alcuni casi la logica che governa il diritto al preavviso possa divergere da quella comune degli istituti coinvolti. È questo il caso, secondo una parte della dottrina, dell'impossibilità sopravvenuta nel rapporto di lavoro, che di per sé escluderebbe la possibilità di un preavviso (e dovrebbe quindi più propriamente affiancarsi alla giusta causa di licenziamento), mentre si ritiene normalmente che giustifichi un licenziamento con preavviso³.

In realtà, come si è altrove dimostrato⁴, nella maggior parte delle ipotesi nelle quali la giurisprudenza suole fare richiamo della figura dell'impossibilità sopravvenuta ci si trova di fronte (non a ipotesi di vera e propria impossibilità sopravvenuta, bensì) a fattispecie di risoluzione del rapporto di lavoro per eccessiva onerosità della sua conservazione per l'economia datoriale. Quindi il preavviso dovuto non solo risponde alla sua funzione di tutela dell'interesse economico del lavoratore, ma si inserisce perfettamente nel quadro dell'adeguamento contrattuale che consegue alla necessità di ricondurre ad equità il rapporto (o di risolverlo perché non è più possibile ricondurlo ad equità date le condizioni organizzative del datore di lavoro). Quando il giudice consente la risoluzione del rapporto, perché, condividendo le affermazioni del datore di lavoro, ritiene che non sia più compatibile con le sue esigenze economiche e organizzative, applica una normativa che, pur in queste ipotesi di licenziamento giustificato, impone di tener conto in una qualche misura degli interessi della parte più debole. La medesima conclusione non sarebbe altrettanto facilmente giustificabile nella logica dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, che comporta l'estinzione del rapporto senza alcuna possibilità di una sua prosecuzione.

³ Secondo P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano, 1985, p. 299 (I rigo al I cpv.) « all'impossibilità consegue il licenziamento con preavviso. Non consegue il licenziamento per giusta causa, sia pure assistito da uno speciale regime delle conseguenze patrimoniali dell'atto (equivalente a quello proprio del licenziamento con preavviso) ». E ciò, secondo quest'autore, perché il preavviso è disciplinato in funzione della tutela del lavoratore sotto il profilo economico, non in dipendenza della logica che governa le vicende risolutive del rapporto.

⁴ Sia consentito il rinvio a L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Napoli, 2009, part. cap. II.

Pur respingendo la ricostruzione in termini di eccessiva onerosità, comunque, considerata la funzione del preavviso, mai si potrebbe negare il relativo diritto facendo discendere dalla qualificazione delle fattispecie in discorso in termini di impossibilità della prestazione l'ulteriore conseguenza della loro attrazione alla giusta causa di licenziamento. Infatti, anche chi sostiene questa idea deve poi riconoscere il diritto al preavviso applicando analogicamente l'art. 2118, ultimo comma (che, trattando della cessazione del rapporto per morte del prestatore è indubbiamente riferito ad un caso di impossibilità totale della prestazione)⁵. E ciò perché ammette che il diritto al preavviso viene meno solo in presenza di un inadempimento imputabile grave, contraddicendo, peraltro, la premessa logica da cui muove, vale a dire la possibilità di accostare le fattispecie generalmente qualificate in termini di impossibilità sopravvenuta non imputabile (nelle quali riconosce il preavviso applicando l'art. 2118 ultimo comma) alla giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. (nella quale il preavviso va negato).

Se quest'ultima conclusione è esatta, se cioè il fondamento dell'esclusione (*ex art. 2119 c.c.*) del preavviso sta nell'imputabilità della condotta, tuttavia, assai più lineare sembra riconoscere, in primo luogo, che le fattispecie di licenziamento per ragioni concernenti la persona del lavoratore (incolpevole) non vadano qualificate in termini di impossibilità sopravvenuta e, in secondo luogo, che non è possibile assimilare quest'ultima figura e la « causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto » di cui parla l'art. 2119 c.c.

2. L'ambito di applicazione della regola del preavviso nel rapporto di lavoro

Se quella appena descritta è la funzione dell'istituto, nessun senso avrebbe l'imposizione dell'obbligo di preavviso in caso di risoluzione del rapporto per mutuo consenso: mancando l'unilateralità della decisione, il consenso di ciascuna parte significa che essa è preparata alla cessazione del rapporto contrattuale⁶. Nella stessa logica il preavviso non spetta

⁵ Cfr. infatti F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, p. 109 ss.

⁶ In giurisprudenza, con diversi accenti, cfr. Cass., 8 giugno 1981, n. 3690, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2174; Cass., 9 febbraio 1993, n. 1431, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 531; Cass., 3 novembre 1994, n. 9045, in *Notiziario giur. lav.*, 1995, p. 84; Cass., 14 maggio 1996, n. 4471, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 169; Cass., 11 giugno 1999, n. 5791, in *Notiziario giur. lav.*, 1999, p. 640; Cass., 15 marzo 2010, n. 6268, che applica il principio anche in caso di mera comunicazione dell'azienda di volersi adeguare alla previsione contrattuale della risoluzione automatica del rapporto di lavoro dei dipendenti postali al raggiungimento della massima anzianità contributiva, negando la spettanza dell'indennità di preavviso (e citando come conformi Cass. n. 10782 e 12690 del 2000; n. 13975 del 2002; n. 3237, 3540, 1856, 16209 del 2003; n. 4637 del 2004). La conclusione vale ovviamente a maggior

quando il rapporto cessi per effetto di una previsione contrattuale che ne disponga la risoluzione automatica al raggiungimento dell'età pensionabile, anche se spesso nelle motivazioni la consensualità del recesso si intreccia con l'inutilità del preavviso per un lavoratore che, fruendo di tutele previdenziali, non necessita di riadattare la propria organizzazione di vita⁷.

L'elemento fondante l'obbligo di preavviso è quindi l'unilateralità del recesso. Il preavviso è obbligo generale a fronte di recesso unilaterale: le eccezioni sono limitate al recesso per giusta causa ex art. 2119 c.c. (per le dimissioni per giusta causa all'assenza di obbligo di preavviso si accompagna il diritto del lavoratore a percepire l'indennità di mancato preavviso ex art. 2119, 1° comma, ultima parte, c.c.⁸), al recesso posto in essere in costanza del periodo di prova ex art. 2096, 3° comma, c.c. e al recesso posto in essere al raggiungimento dell'anzianità contributiva massima ex art. 6, ultimo comma, l. 26 febbraio 1982, n. 54 (su cui cfr. *infra* quanto si dirà alla fine di questo paragrafo).

La giurisprudenza ha marcato l'accento sulla relazione tra unilaterali del recesso e diritto al preavviso al punto da escludere talora che quest'ultimo sussista in caso di estinzione del rapporto di lavoro per impossibilità sopravvenuta⁹. Una conclusione discutibile, come si è detto,

ragione nel caso in cui la risoluzione consensuale sia seguita, senza soluzione di continuità, da assunzione del lavoratore alle dipendenze di altro datore (Cass., 22 aprile 1995, n. 4553, in *Notiziario giur. lav.*, 1995, p. 754; Cass. n. 4471 del 1996, cit.).

⁷ In questo senso cfr. Cass., 6 febbraio 2004, n. 2318, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 418 con nota di L. DENTICI, secondo la quale il preavviso non spetta quando « una clausola del contratto di lavoro preveda l'automatica risoluzione del rapporto » al raggiungimento dell'età pensionabile. Le motivazioni riguardano la funzione del preavviso: « in tal caso, infatti, la risoluzione del rapporto ed il conseguimento della pensione d'anzianità escludono la stessa ragion d'essere del preavviso ».

⁸ All'ipotesi delle dimissioni per giusta causa la legge (cfr. art. 2 l. n. 7/1963, oggi art. 35, 7° comma, d. lgs. n. 198/2006) parifica le dimissioni della lavoratrice prima illegittimamente licenziata per causa di matrimonio e quelle della lavoratrice madre presentate durante il periodo nel quale è previsto il divieto di licenziamento della medesima (art. 12, l. n. 1204/1971 e, oggi, art. 55, 1° comma, d. lgs. n. 151/2001). Qui secondo alcuni emergerebbe una finalità sanzionatoria dell'istituto del preavviso: cfr. ad es. M. BELLINA, *Il preavviso*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato*, III, *Garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, II ed., in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, Torino, 2007, p. 225. Più che altro, in verità, sembra che il legislatore presuma a favore della lavoratrice la sussistenza di una giusta causa di dimissioni, per ragioni che si potrebbero definire « ambientali ».

⁹ Cfr. Cass., 29 marzo 2010, n. 7531, secondo la quale « l'istituto del preavviso contemplato dall'art. 2118 c.c. non può trovare applicazione, salvo che la legge o il contratto non disponga diversamente, allorché l'esecuzione della prestazione di lavoro dedotta in contratto sia divenuta totalmente e assolutamente impossibile, come avviene nel caso del pilota di aeromobile inidoneo al volo, che può rendere una diversa prestazione di lavoro nell'ambito del personale di terra soltanto in esecuzione di un contratto di lavoro diverso ».

se si tiene conto che la funzione del preavviso è proprio quella di permettere al lavoratore, che normalmente non dispone di altri mezzi di sostentamento, di cercare un'altra occupazione, beneficiando, anche eventualmente solo sul piano economico, di uno strumento « cuscinetto » che gli consente di adattare le proprie economie alla mutata situazione.

Conformemente all'idea secondo la quale la normativa sui licenziamenti collettivi non altera la natura dell'atto di recesso, che è e resta individuale¹⁰, l'art. 4, 9° comma della legge n. 223 del 1991 impone al datore, esaurite le procedure previste dalla legge stessa, di comunicare ai lavoratori il licenziamento « nel rispetto dei termini di preavviso »¹¹. La regola del preavviso, dunque, si applica in ogni caso di licenziamento, tanto individuale quanto collettivo, poiché non sussiste differenza sul piano ontologico tra le due fattispecie. La natura dell'atto di recesso non muta solo perché esso è accompagnato dalle procedure collettive previste dalla legge n. 223/1991. Una parte della giurisprudenza ha tuttavia voluto costruire un più stretto nesso tra la regola del preavviso e quelle che governano la procedura di licenziamento collettivo ai sensi della citata legge del 1991: si è sostenuto che l'inosservanza del preavviso comporterebbe, in caso di licenziamenti collettivi, non il riconoscimento dell'indennità sostitutiva, ma l'inefficacia del recesso ai sensi del 12° comma dello stesso art. 4 l. n. 223/1991¹². L'opinione non sembra condivisibile, e non solo perché l'atto di recesso non muta la sua natura per effetto delle procedure collettive di cui alla l. n. 223/1991: una simile interpretazione condurrebbe ad esasperare i vincoli formali previsti dalla disciplina dei licenziamenti collettivi, già assai gravosi e forieri di contenzioso¹³. Inoltre, i vincoli formali sono posti dalla l. n. 223/1991 a

¹⁰ Cfr., per tutti, G. GIUGNI, *Intervento*, in AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti delle giornate di studio di Firenze, Milano, p. 1969; seguito poi da G. PERA, *La rilevanza dell'interesse dell'impresa nei licenziamenti collettivi*, in *Dir. lav.*, 1972, p. 73; M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1974, p. 243; M.G. GAROFALO, *Licenziamento per riduzione di personale e applicazione della legge 604/1966*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, p. 105 ss., sul punto part. p. 111; nonché da M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 256 ss., part. p. 260.

¹¹ In giurisprudenza, cfr. Cass., 20 marzo 2000, n. 3271, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 129 con nota di M. BORZAGA; Cass., 21 giugno 1997, n. 5570, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 1030.

¹² In questi termini, cfr. Pret. Livorno, 2 agosto 1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 574 con nota di R. DEL PUNTA.

¹³ La giurisprudenza più avveduta non ha mancato di rilevare che « in occasione del collocamento del lavoratore in mobilità ai sensi dell'art. 4 della l. n. 223 del 1991, il mancato rispetto dei termini di preavviso, come richiesto dal 9° comma (con il riconoscimento invece della corrispondente indennità), non determina l'illegittimità del licenziamento, perché il mancato rispetto di detti termini – aventi la medesima funzione dei termini di preavviso del licenziamento previsti in generale dall'art. 2118 c.c. – non può essere ricompreso nell'ambito della violazione delle norme procedurali cui fanno riferimento

tutela dell'interesse collettivo al pieno coinvolgimento del sindacato e, pertanto, le violazioni che comportano l'inefficacia del licenziamento dovrebbero essere solo quelle che riguardano la procedura collettiva. Del resto, il citato 12° comma dell'art. 4 della l. n. 223/1991 stabilisce che i licenziamenti collettivi sono inefficaci per violazione delle procedure di cui allo stesso art. 4, tra le quali all'evidenza non compare il preavviso¹⁴.

Infine, secondo alcuni¹⁵, l'art. 2119, ultimo comma, c.c. affermando che « non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda » implicherebbe necessariamente che queste fattispecie vadano ricondotte, se ne sussistono i presupposti, al giustificato motivo oggettivo di licenziamento e, dunque, ad ipotesi di licenziamento con preavviso¹⁶. Logico corollario è che l'indennità di preavviso in queste ipotesi spetterebbe anche se l'attività sia materialmente improseguibile e sia dunque impossibile un preavviso lavorato¹⁷. Lo stesso vale anche in caso di cessazione totale dell'attività aziendale¹⁸.

L'indennità economica sostitutiva del preavviso spetta poi al

l'art. 4, 12° comma e 5, 3° comma, nel comminare l'inefficacia del licenziamento » (la massima citata è di Cass. n. 3271 del 2000, già cit.; conf. anche Pret. Milano, 1 settembre 1994, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 168). Per l'exasperazione del formalismo in materia, cfr. Cass., Sez. Un., 13 giugno 2000, n. 419, secondo la quale anche tutte le comunicazioni amministrative da inoltrare (*ex art. 4, 9° comma, l. n. 223/1991*) a licenziamenti avvenuti condizionano la validità di questi ultimi.

¹⁴ Cfr., in questo senso, M.T. SALIMBENI, *La procedura e i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in R. DE LUCA TAMAJO-F. BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, p. 17 ss. (part. p. 18, II periodo), secondo la quale anzi tutto quanto concerna la fase successiva alla consultazione con i sindacati (anche le comunicazioni di cui all'art. 4, 9° comma) non dovrebbe assurgere a requisito di efficacia dei licenziamenti.

¹⁵ Cfr. ad es. M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., p. 286 ss.

¹⁶ Peraltro si tratta di conclusione tutt'altro che scontata: sia consentito il rinvio a L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, cit., p. 240 ss.

¹⁷ Cfr. M. BELLINA, *Il preavviso*, cit., p. 216. Si cfr. anche quanto detto *supra* par. 1 circa il riconoscimento dell'indennità di mancato preavviso nelle ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

¹⁸ Un caso particolare è quello della cessazione del rapporto di lavoro alle dipendenze di impresa assicuratrice sottoposta a liquidazione coatta amministrativa con trasferimento del portafoglio e del personale ad altra impresa. Cfr. da ultimo Cass., 24 marzo 2009, n. 7046 (che si segnala per la ricchezza di riferimenti giurisprudenziali), secondo la quale « nella disciplina della liquidazione coatta amministrativa di impresa assicuratrice, con trasferimento del portafoglio e del personale ad altra impresa [...] la risoluzione di diritto del rapporto dei dipendenti dell'impresa in liquidazione costituisce un vero e proprio equipollente del recesso per giustificato motivo oggettivo e non può essere equiparata alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta con la conseguenza che al personale dirigente, per il quale non si verifica la riassunzione in servizio da parte dell'impresa cessionaria del portafoglio, compete l'indennità sostitutiva del preavviso ». Nel medesimo senso, in precedenza, cfr. anche Cass., 7 luglio 2008, n. 18565.

lavoratore in una serie di ipotesi nelle quali risponde ad una funzione diversa da quella vista. Così accade in caso di dimissioni del lavoratore per giusta causa (art. 2119, 2° comma, c.c.), in caso di dimissioni della lavoratrice madre presentate durante il periodo nel quale è previsto il divieto di licenziamento della medesima (art. 12, l. n. 1204/1971 e, oggi, art. 55, 1° comma, d. lgs. n. 151/2001¹⁹) e in caso di dimissioni della lavoratrice prima illegittimamente licenziata per causa di matrimonio (cfr. art. 2 l. n. 7/1963, oggi art. 35, 7° comma, d. lgs. n. 198/2006). In queste ipotesi l'indennità sembra avere una funzione di tipo indennitario-risarcitorio o dissuasivo.

Il preavviso sembra invece avere una finalità previdenziale in senso lato ove il rapporto si estingua per morte del prestatore: il legislatore ha stabilito il diritto degli eredi all'indennità sostitutiva del preavviso pur non essendo il mancato svolgimento del rapporto di lavoro nel periodo di preavviso dipeso dalla volontà del datore di lavoro ed essendo anzi naturalmente impossibile (art. 2118, ultimo comma, c.c.).

Finalità analoga il preavviso ha quando il lavoratore possa comunque fruire della tutela previdenziale e non debba dunque cercare una nuova occupazione. In questo campo la previsione dell'art. 6, ultimo comma della legge n. 54 del 1982, che esonera entrambe le parti dall'obbligo di preavviso quando il lavoratore abbia raggiunto la massima anzianità contributiva, si distacca dalle altre ipotesi nelle quali al

¹⁹ Cfr. peraltro Cass., 19 agosto 2000, n. 10994 secondo la quale la presunzione di non spontaneità delle dimissioni (e dunque di giusta causa delle stesse) sottesa alla norma non può essere considerata assoluta, conseguendone che le indennità in questione non saranno dovute ove il datore provi che la lavoratrice abbia, senza intervallo di tempo, avuto una nuova occupazione dopo le dimissioni e sempre che la lavoratrice, in questo caso, non riesca a provare che il nuovo lavoro trovato non sia per lei meno vantaggioso sul piano patrimoniale o non patrimoniale, ad esempio per maggiore gravosità delle mansioni o per altri fattori. In senso contrario cfr. tuttavia Cass., 22 ottobre 1991, n. 11164, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 415 con nota di M. CARO, secondo la quale il diritto all'indennità sostitutiva sarebbe dalla legge collegato al mero fatto delle dimissioni durante il periodo protetto e, di conseguenza, l'indennità spetterebbe anche ove le dimissioni siano preordinate all'assunzione presso altro datore di lavoro.

Va ricordato che la medesima previsione di legge si applica, grazie a Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 332, anche alla lavoratrice affidataria di un minore in preadozione che si sia dimessa entro un anno dall'affidamento.

Per un'interpretazione restrittiva cfr. Pret. Milano, 27 marzo 1982, in *Orient. giur. lav.*, 1982, p. 438, secondo la quale il diritto all'indennità sostitutiva potrebbe essere riconosciuto solo se le dimissioni della lavoratrice madre siano dovute alla necessità di accudire la prole. Ma si tratta di interpretazione francamente non condivisibile, perché la tutela della maternità non è legata solo all'accudimento della prole, bensì all'esigenza che la maternità stessa non sia disincentivata in quanto tale. In questa ipotesi cioè l'indennità non ha solo fine previdenziale, ma anche dissuasivo di possibili condotte illegittime del datore.

lavoratore in età pensionabile, secondo la giurisprudenza²⁰, spetta il preavviso, pur non avendo questo la funzione di consentire la ricerca di nuova occupazione.

Infatti, quanto alla possibilità di intimare il licenziamento prima del raggiungimento dell'età pensionabile, in modo da far coincidere il termine del periodo di preavviso con il raggiungimento della stessa, si fronteggiano orientamenti diversi, che spaziano dall'affermazione della illegittimità del licenziamento, che consentirebbe al lavoratore di ottenere la corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso anche in difetto di tempestiva impugnazione²¹, a quella della illegittimità del licenziamento, da far valere però entro il termine di decadenza²², fino a

²⁰ Per una pronuncia di segno contrario, cfr. Cass., 9 gennaio 1998, n. 112, secondo la quale « ai lavoratori che abbiano optato per la permanenza in servizio oltre il limite dell'età pensionabile ai sensi dell'art. 6 d.l. n. 791 del 1981, non spetta l'indennità di mancato preavviso in caso di risoluzione del rapporto prima della scadenza del regime opzionale a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 8, comma 9 *bis*, d.l. n. 77 del 1989 (che ha disposto, in materia di trasporti e concessioni marittime, la cessazione degli effetti dell'opzione di cui al citato d.l. n. 791 del 1981), atteso che con la cessazione degli effetti dell'opzione vengono rimossi anche i diritti collegati a tale beneficio, ed inoltre che l'indennità sostitutiva del preavviso non avrebbe ragion d'essere, posto che la funzione di tale indennità è quella di consentire al lavoratore licenziato un certo lasso di tempo per la ricerca di altra occupazione, fatto che non potrebbe verificarsi nell'ipotesi di lavoratore che abbia già superato l'età pensionabile e che sia stato trattenuto anche oltre detta età solo in forza di un beneficio i cui effetti sono cessati per legge ».

²¹ Cfr. Cass., 1 febbraio 1993, n. 1186, per la quale « l'illegittimità, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 604 del 1966, del licenziamento intimato, in costanza di rapporto assistito da stabilità reale, con effetto differito al compimento dell'età pensionabile può essere accertata dal giudice, al limitato fine del riconoscimento dell'indennità di preavviso (che costituisce parte integrante del trattamento di fine rapporto), anche in difetto di specifica impugnazione del lavoratore ». Conforme, senza però chiarire la posizione specificamente sulla necessità di impugnare nel termine, Cass., 27 maggio 1995, n. 5977: « in relazione al principio secondo cui, nei rapporti di lavoro dotati di stabilità, la facoltà di recesso *ad nutum* del datore può essere esercitata, ai sensi dell'art. 11 legge 15 luglio 1966, n. 604, nei confronti del dipendente che abbia raggiunto l'età per il pensionamento di vecchiaia, solo a partire dalla data del compimento di tale età, con conseguente illegittimità del licenziamento intimato in epoca anteriore, da cui deriva il diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva del preavviso » per cui è « illegittima la clausola del contratto collettivo che, non riconoscendo tale indennità per il caso di licenziamento intimato per limiti di età, consente all'imprenditore di intimare, senza corrispondere le relative indennità, il licenziamento ad effetto differito al compimento dell'età pensionabile (così sent. 27 giugno 1994, n. 6179; 26 gennaio 1993, n. 933; 1 febbraio 1993, n. 1186; 3 febbraio 1992, n. 1110) ».

Più in generale quanto al rispetto del termine di decadenza Cass., 6 febbraio 2004, n. 2318, cit. chiarisce che « qualora il lavoratore licenziato e impossibilitato a fruire del preavviso per sopravvenuta malattia voglia conseguire l'indennità sostitutiva del preavviso, come previsto da norma pattizia, non deve necessariamente impugnare il licenziamento nelle forme e nel termine di cui all'art. 6 della legge n. 604 del 1966 ». E ciò perché il termine di decadenza va riferito ai soli atti destinati a privare di effetti il recesso datoriale.

²² Cfr. Cass., 30 luglio 1991, n. 8448, secondo la quale « il lavoratore che, in mancanza di

quella della validità del licenziamento, purché la tempestiva intimazione del licenziamento consenta al lavoratore di riorganizzare la propria vita in previsione della cessazione del rapporto²³. Mai, quindi, è messa apertamente in discussione l'esigenza che la cessazione del rapporto sia resa nota con anticipo al lavoratore, sebbene sia chiaro che il terzo degli orientamenti citati finisce per consentire al datore di non corrispondere l'indennità sostitutiva rendendo il lavoratore edotto per tempo della sua intenzione di risolvere il rapporto contrattuale al raggiungimento dell'età pensionabile (ferma restando, come si vedrà al par. 5, la facoltà del lavoratore che riceva il preavviso di esercitare l'opzione per la prosecuzione del rapporto).

In realtà la soluzione adottata dipende, più che da considerazioni sulla funzione e sull'ambito di applicazione dell'istituto del preavviso, dalla individuazione del momento in cui devono sussistere le condizioni sufficienti a giustificare il recesso datoriale: prima del raggiungimento dell'età pensionabile, infatti, il recesso non è libero e, dunque, dovrebbe essere valutato ingiustificato se non sussistano altre ragioni, salvo che non si accolga l'idea per cui la giustificatezza del licenziamento va valutata in base alle condizioni sussistenti al momento in cui esso è destinato a produrre effetti, anziché al momento in cui viene intimato.

Quando il lavoratore abbia raggiunto la massima anzianità contributiva possibile è la legge stessa (cfr. art. 6 L. n. 54/82) ad escludere che gli spetti il preavviso. La Cassazione si è talora sforzata di giustificare la scelta legislativa, individuandone la *ratio* nell'esigenza di compensare la privazione del datore del potere di recedere *ad nutum*, che consegue all'esercizio dell'opzione del lavoratore per la prosecuzione del rapporto di lavoro²⁴, ma affermando con decisione che l'esonerazione del

clausola contrattuale di automatica risoluzione del rapporto al momento del raggiungimento dell'età pensionabile, sia stato licenziato *ad nutum* prima di tale momento, ma con decorrenza differita a tale data, ha diritto all'indennità di mancato preavviso, sempreché abbia assolto l'onere d'impugnare il licenziamento (illegittimo ma non giuridicamente irrilevante) entro il termine previsto dall'art. 6 della l. 15 luglio 1966, n. 604 ».

²³ In questi termini, cfr. Cass., 16 maggio 1995, n. 5356, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 143, nota di G. CANAVESI, secondo cui « l'inizio del regime di recedibilità *ad nutum* del rapporto di lavoro, contemporaneo alla fine del regime di recedibilità causale, attribuisce al datore di lavoro il potere di far cessare immediatamente il rapporto, purché (e salva l'ipotesi di giusta causa ex art. 2119 c.c.) il lavoratore abbia avuto la possibilità di giovare del periodo di preavviso grazie ad una tempestiva intimazione del licenziamento, valida anche se resa già in regime di recedibilità causale. Pertanto, è legittimo un licenziamento che, sebbene intimato in regime di recedibilità causale e privo di giustificazione, sia destinato a produrre effetto solo al raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età del lavoratore e, quindi, in coincidenza del subentrare del regime di recedibilità *ad nutum* ».

²⁴ In questi termini cfr. Cass., 18 giugno 1994, n. 5893, secondo la quale la legge del 1982 sacrificerebbe « l'interesse del lavoratore a vedersi attribuito il preavviso, in vista di un

preavviso non è legato al mero esercizio dell'opzione, bensì, come il combinato disposto del primo e dell'ultimo comma dell'art. 6 l. n. 54/1982 chiarisce bene, al raggiungimento dell'anzianità contributiva massima o dell'età massima prevista dalla legge per la prosecuzione del rapporto di lavoro²⁵.

3. La natura giuridica della regola del preavviso

Problema interpretativo cardine della disciplina è la natura attribuita alla regola del preavviso: dalla soluzione che si accoglie dipende infatti quella di gran parte delle questioni che si sono poste nell'applicazione della regola²⁶.

Risolve la questione della configurazione giuridica del preavviso come termine di efficacia del recesso²⁷, anziché come atto capace di «

equo contemperamento col sacrificio imposto, dall'esercitata opzione, al datore di lavoro che risulta temporaneamente privato della facoltà di recedere *ad nutum* per avvenuto superamento dell'età pensionabile del suo dipendente ».

²⁵ Cfr. ancora Cass., 18 giugno 1994, n. 5893, cit.: « in tema di opzione per la continuazione del rapporto di lavoro oltre l'età pensionabile, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 54 del 1982, la disposizione di cui al 6° comma di tale norma – secondo la quale la cessazione del rapporto stesso alla scadenza del regime opzionale avviene senza obblighi di preavviso – opera nei soli casi di recesso correlato al raggiungimento del limite ultimo della continuazione suddetta e presuppone, pertanto, che il lavoratore abbia conseguito il requisito contributivo massimo, secondo l'ordinamento pensionistico di appartenenza, ovvero abbia, comunque, compiuto il sessantacinquesimo anno. Ne consegue che non v'è esonero dal preavviso di licenziamento nel caso in cui il lavoratore, pur avendo esercitato l'opzione, domandi, poi, la pensione – così da ripristinare la facoltà di recesso *ad nutum* del datore di lavoro – prima della suddetta scadenza e si limiti, quindi, a fruire di un incremento di contribuzione che resta inferiore a quello che sarebbe stato ottenibile ove il regime di prosecuzione opzionale del rapporto fosse stato utilizzato nella sua massima estensione ». Eccessiva sembra invece l'interpretazione che rende cumulativi i due requisiti, esentando dall'obbligo di preavviso solo nel caso in cui il lavoratore consegua l'anzianità contributiva massima e non anche in quello in cui raggiunga l'età massima di servizio pur non avendo anche l'anzianità massima. Sul punto, condivisibilmente, Trib. Milano, 16 dicembre 1995, in *Orient. giur. lav.*, 1995, p. 1030, secondo la quale « ai sensi dell'art. 6 l. 26 febbraio 1982, n. 54 sulla opzione per la prosecuzione del rapporto, la cessazione del rapporto stesso alla scadenza del regime opzionale avviene senza obblighi di preavviso, e ciò anche se, pur con l'utilizzazione del periodo massimo di prosecuzione del rapporto fino al compimento del sessantacinquesimo anno di età, il lavoratore non ha raggiunto il massimo della posizione contributiva ».

²⁶ Una sintetica ma efficace ricostruzione si trova in M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. RIVA SANSEVERINO-G. MAZZONI, Padova, 1971, p. 429 ss. (sul punto p. 439 ss. e part. pp. 442-443), interessante anche per il parallelismo con il problema della incoercibilità degli obblighi di fare.

²⁷ Questa idea è già in L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, p. 885 (che leggo nella ristampa anastatica curata da M. NAPOLI, Milano, 2003), ma si tratta di un cenno; secondo Barassi, onde evitare di esporsi a pretese risarcitorie, la parte può « dichiarare il recesso *ex die* e cioè con effetto reale sul rapporto giuridico non

convertire » il rapporto a tempo indeterminato in rapporto a tempo determinato o di aggiungere al primo un periodo « appendice » a tempo determinato²⁸, due impostazioni si contendono il campo: quella che attribuisce alla regola valore obbligatorio e quella che invece le riconosce efficacia reale²⁹. Secondo la prima il godimento del preavviso non condizionerebbe l'efficacia estintiva dell'atto di recesso: in quest'ottica, quando il licenziamento è irrogato senza la concessione del termine di preavviso, esso produce regolarmente i propri effetti e l'unica conseguenza per l'omessa osservanza della regola consiste nell'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere l'indennità sostitutiva, secondo quanto dispone testualmente l'art. 2118, 2° comma, c.c. In altri termini, il datore che recede ha un'obbligazione alternativa, consistente nel concedere il termine di preavviso lavorato o nel pagare la relativa indennità sostitutiva. L'obbligo del preavviso, dunque, non investe direttamente il potere di sciogliere il vincolo, ma si configura come mero obbligo accessorio all'esercizio del recesso.

Secondo la tesi dell'efficacia reale, al contrario, durante il periodo di preavviso l'efficacia del recesso è sospesa: il preavviso funziona quale clausola sospensiva dell'efficacia del recesso (o, il che è in pratica non dissimile, quale termine indicante il tempo di produzione della medesima efficacia³⁰). In questa ricostruzione il potere di recesso è direttamente condizionato dalla concessione del preavviso e spiega effetti solo decorso il relativo termine, sia questo lavorato o meno. L'eventuale omessa comunicazione anticipata del recesso alla controparte, in quest'ottica, fa sì sorgere l'obbligo di pagare l'indennità sostitutiva, ma lascia anche il rapporto di lavoro in vita fino al decorso del termine di preavviso (non lavorato in questo caso)³¹. Questa tesi è maggioritaria in dottrina³² e, fino

immediatamente, ma a cominciare da un dato giorno: nel frattempo l'altra parte può provvedersi per altro lavoro, o per altro impiegato ». Una più diffusa discussione delle ricostruzioni sul punto è in MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 289 ss. (part. p. 301 e p. 305), al quale si rinvia per approfondimenti e maggiori riferimenti sulla dottrina più risalente.

²⁸ Cfr. F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 5, p. 377 ss.

²⁹ Per una ricostruzione delle origini del dibattito e dell'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali nella prima metà del novecento è d'obbligo il rinvio a G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 317 ss.

³⁰ Per la precisazione in questo senso cfr. M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., p. 101 in nota 93, che riconosce come poco cambi nelle due modalità di spiegare l'efficacia reale della regola.

³¹ L'accoglimento della tesi dell'efficacia reale del preavviso non preclude comunque l'estinzione del rapporto con il pagamento dell'indennità quando vi sia il consenso dell'altro contraente. Secondo una parte della giurisprudenza tale consenso potrebbe anche essere manifestato tacitamente, per fatti concludenti. Alcune decisioni ritengono che l'accettazione

a qualche anno fa, era piuttosto diffusa anche in giurisprudenza³³, dove

senza riserve dell'indennità sostitutiva integri il consenso alla risoluzione immediata del rapporto (cfr. Cass., 13 dicembre 1988, n. 6798, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1890 con nota di BELLAVISTA, *Accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva del preavviso*; Cass., 22 luglio 1987, n. 6397, in *Orient. giur. lav.*, 1987, p. 1080); *contra* Cass., 13 agosto 1991, n. 8813, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, p. 284. Per vero la seconda soluzione sembra più rispettosa dell'esigenza di garantire un lavoratore non sempre in possesso di strumenti culturali che gli consentano di valutare le conseguenze giuridiche dei propri atti, ma la giurisprudenza, anche in anni recenti, si è mostrata favorevole alla prima, continuando a riconoscere acquiescenza all'estinzione immediata del rapporto nell'accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva (cfr. Cass., 31 gennaio 2011, n. 2141; Cass., 25 gennaio 2005, n. 1373, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 94; Cass., 8 maggio 2004, n. 8797; Cass., 2 novembre 2001, n. 13580). In ogni caso la questione perde oggi di interesse, considerato l'affermarsi dell'orientamento sull'efficacia obbligatoria del preavviso, che implica l'estinzione immediata del rapporto al pagamento dell'indennità sostitutiva.

³² La dottrina maggioritaria sostiene l'efficacia reale del preavviso, con la conseguente prosecuzione del rapporto fino al termine dello stesso anche in caso di corresponsione dell'indennità sostitutiva: cfr. per tutti MANCINI, *Il recesso*, cit., p. 311 ss.; M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., p. 100 ss.; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, p. 50 s. (che peraltro contesta le conseguenze comunemente accolte in tema di sospensione del periodo di preavviso nel caso di sopravvenienza di eventi sospensivi del rapporto). Anche se è vero che si tratta ormai di testi piuttosto risalenti e che il preavviso non sembra aver beneficiato di particolari attenzioni negli ultimi anni. Per un riepilogo sintetico delle questioni relative al preavviso, tra i manuali, cfr. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1998, p. 430 (che, peraltro, nell'ultima edizione del 2011 a p. 316 dà atto dell'evoluzione nel senso dell'efficacia obbligatoria); E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2006, p. 181 (che motiva l'adesione alla tesi dell'efficacia reale sostenendo che, essendo il preavviso lavorato più coerente rispetto alla *ratio* della norma, lasciare la scelta alla parte, come vorrebbe la tesi dell'efficacia obbligatoria, sarebbe un « incentivo alla frustrazione di quella *ratio* »; in ciò peraltro riprendendo l'espressione di Cass., 30 agosto 2004, n. 17334); U. ROMAGNOLI-G. GHEZZI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995, p. 329 ss.; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2010, p. 387 ss. dedica al preavviso un paragrafo autonomo (cap. 10, par. 1.1) nel quale si esprime ancora a favore dell'efficacia reale; A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2010, p. 332, si dichiara invece a favore dell'efficacia obbligatoria della regola (opinione confermata in ID., *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Padova, 2011, p. 439). Per una trattazione recente cfr. M.V. BALLESTRERO, *L'estinzione del rapporto*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Torino, 2009, p. 1870 ss., che peraltro si limita a riferire che la tesi dell'efficacia reale è maggioritaria, salva la giurisprudenza più recente della Cassazione, orientata ormai per la tesi dell'efficacia obbligatoria. Tra i non lavoristi, cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso*, cit., p. 34, secondo il quale l'efficacia reale del preavviso « costituisce principio ormai consolidato in giurisprudenza e dottrina » (cosa che in effetti poteva dirsi alla metà degli anni ottanta, vale a dire al tempo in cui l'A. scriveva).

³³ Cfr., negli ultimi anni, Cass., 30 agosto 2004, n. 17334, in *Lavoro e giur.*, 2005, p. 284; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2318, cit.; Cass., 21 novembre 2001, n. 14646. In precedenza, tra le varie, cfr. Cass., 9 giugno 1994, n. 5596, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 610. Secondo Cass., 25 gennaio 2005, n. 1373, cit., si avrebbero effetti reali solo in caso di preavviso lavorato (la sentenza richiama come conforme Cass., 21 novembre 2001, n. 14646, che si può leggere in *Dir. e prat. lav.*, 2002, p. 1156 e che in realtà si limita ad affermare che il periodo di preavviso consente la proporzionale maturazione delle ferie solo se lavorato; cfr.

talora è ancora rinvenibile in sentenze di merito³⁴.

Nella giurisprudenza degli ultimi anni si è consolidato l'orientamento che afferma l'efficacia meramente obbligatoria della regola del preavviso³⁵. Alcuni argomenti militano indubbiamente a favore di questa tesi, che vede dalla regola del preavviso scaturire un'obbligazione alternativa a carico della parte recedente, libera di scegliere tra la prosecuzione del rapporto durante il periodo di preavviso e il pagamento dell'indennità sostitutiva prevista dall'art. 2118, 2° comma, c.c.³⁶, che consentirebbe l'immediato dispiegarsi dell'effetto risolutivo del recesso³⁷.

anche Cass., 2 novembre 2001, n. 13580, in *Notiziario giur. lav.*, 2002, p. 81), il che significa però sostanziale adesione alla tesi dell'efficacia obbligatoria, dal momento che non sembra i sostenitori di quella tesi abbiano mai disconosciuto il differimento dell'effetto estintivo del recesso al termine del periodo di preavviso quando questo sia lavorato.

³⁴ Cfr. ad es. Trib. Brindisi, sez. I, 3 aprile 2009, secondo cui « è consolidato il principio per cui il preavviso, cui è da attribuire efficacia reale, costituisce un termine legale sospensivo dell'efficacia del negozio di recesso, e quindi, in mancanza di accordo tra le parti circa la cessazione immediata del rapporto, il diritto al preavviso comporta la prosecuzione del rapporto stesso e di tutte le connesse obbligazioni fino alla scadenza del termine di preavviso che peraltro rimane sospeso in caso di sopravvenuta malattia del lavoratore, comunque non oltre la scadenza del periodo di comporto ». E cita a sostegno di questa impostazione Cass., 30 agosto 2004, n. 17334, cit. Come emerge dal brano citato, che pure trascura di motivare sull'efficacia reale, non è chiaro se il giudice pugliese abbia consapevolezza del fatto che l'orientamento prevalente è ormai chiaramente nel senso dell'efficacia obbligatoria. Il giudice fa riferimento infatti ad un principio « consolidato » nel senso dell'efficacia reale.

³⁵ La giurisprudenza, per anni maggiormente orientata nel senso dell'efficacia reale della regola (di recente, un inciso a favore di questa idea è in Cass., 14 ottobre 2011, n. 21280), sta oggi ritornando sui propri passi, sostenendo in assoluta maggioranza la tesi dell'efficacia obbligatoria: cfr. in questo senso Cass., 30 settembre 2011, n. 20099; Cass., 3 gennaio 2011, n. 36; Cass., 4 novembre 2010, n. 22443; Cass., 5 ottobre 2009, n. 21216, secondo la quale « nell'ipotesi in cui una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, il rapporto si risolve immediatamente, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva. Ne consegue che, in caso di trasferimento di azienda, ove il cedente receda dal rapporto per giustificato motivo, l'effetto estintivo si produce immediatamente, senza che sia ipotizzabile il trasferimento del rapporto al cessionario »; Cass., 16 giugno 2009, n. 13959; Cass., 11 giugno 2008, n. 15495; Cass., 21 maggio 2007, n. 11740, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 164 con nota di F. ALVARO. Per il merito cfr. App. Bologna, 30 marzo 2009, n. 46; in precedenza Trib. Napoli, 26 luglio 1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 573 con nota di Covi. L'orientamento che propende l'efficacia obbligatoria della regola del preavviso non è comunque nuovo in giurisprudenza: cfr. ad es., nella sostanza, già Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994, n. 7914, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3012; Cass., 1 giugno 1991, n. 6178; Cass., 13 maggio 1987, n. 4423 e Cass., 7 febbraio 1987, n. 1313 entrambe in *Notiziario giur. lav.*, 1987, p. 780.

³⁶ Limpido L. BARASSI, *Il contratto*, cit., p. 887: « il preavviso è dunque una facoltà alternativa concessa ad ognuna delle parti ».

³⁷ Cfr., per la dottrina più risalente a favore della tesi dell'efficacia obbligatoria, G. ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, p. 158 (la tesi, peraltro appena accennata, è confermata in ID., *Manuale di diritto del lavoro*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1972, p. 1219 ss.); F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1951, p. 214

In primo luogo, l'art. 2118 c.c. prevede espressamente il pagamento dell'indennità sostitutiva come conseguenza del mancato preavviso, mentre la maggior parte delle altre norme del codice civile che disciplinano il recesso unilaterale da contratti a tempo indeterminato (come ad es. l'art. 1569 c.c. in tema di somministrazione e l'art. 2285, 3° comma, c.c. in tema di società semplice) non prevede alternativa al preavviso³⁸. In secondo luogo, con l'efficacia reale del preavviso non collima perfettamente la definizione di cui all'art. 2118, 2° comma, c.c. (« indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso »), in cui il condizionale « sarebbe » sembra sottintendere « se fosse proseguito il rapporto durante il periodo medesimo », in contrasto con la possibilità di intendere il rapporto come proseguito sino al termine del preavviso³⁹.

Sebbene ciò sia probabilmente indice del fatto che l'orientamento è ormai considerato consolidato, va rilevato che molte delle sentenze di legittimità favorevoli all'efficacia obbligatoria si limitano, in motivazione, a richiamare i precedenti in questo senso della stessa Suprema Corte, senza approfondire gli argomenti a sostegno della tesi⁴⁰. Anche quando la Corte esplicita le ragioni a sostegno della posizione assunta si ferma sostanzialmente ad argomenti di ordine letterale e alla pretesa

ss. (peraltro, nell'edizione del 1970 l'A. non discute l'efficacia reale della regola, limitandosi a riportarla: cfr. il periodo a cavallo delle pp. 229 e 230); L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile* diretto da VASSALLI, Padova, 1960, p. 555 ss. Per la dottrina di quel periodo utili riferimenti sono in F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 319, in nota 247, al quale si rinvia per una disamina più approfondita dei vari argomenti a favore dell'una e dell'altra tesi (cfr. p. 287 ss.).

³⁸ Cfr., in giurisprudenza, Trib. Napoli, 26 luglio 1997, cit.

³⁹ In questi termini, cfr. Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994, n. 7914, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3012. Secondo una tesi, infine, riconoscere efficacia reale al preavviso varrebbe a trasformare il recesso unilaterale in un negozio bilaterale richiedente un'accettazione della controparte: posto infatti che, se si ritiene che il preavviso abbia efficacia reale, il pagamento dell'indennità sostitutiva non estingue il rapporto, all'estinzione immediata si giungerebbe solo con l'accettazione della parte che subisce il recesso; e ciò significherebbe trasformare il recesso in un negozio bilaterale, vale a dire in un contratto (questa è l'impostazione di Pret. Torino, 23 luglio 1990, in *Orient. giur. lav.*, 1991, p. 699, sul punto p. 701 in alto). L'argomento è utilizzato dal Pretore per contrastare un preciso orientamento della Cassazione (il Pretore cita infatti una sentenza del Tribunale di Torino del 7 luglio 1983 e Cass., 7 ottobre 1975, n. 3190, Cass., 13 gennaio 1981, n. 300 e Cass., 7 settembre 1981, n. 5054), ma non ha, ad opinione di chi scrive, alcun pregio: l'accordo, come è evidente, riguarderebbe la sola estinzione immediata, non il recesso in generale, che resta atto unilaterale anche nella costruzione dell'efficacia reale della regola del preavviso.

⁴⁰ Sembra emblematica Cass., 4 novembre 2010, n. 22443, che non fa che richiamare applicazioni del principio fatte dalla recente giurisprudenza di legittimità, per nulla preoccupata di fondare il principio. Lo stesso sembra potersi dire per le più recenti Cass., 27 settembre 2012, n. 16449, Cass., 16 agosto 2012, n. 14529, Cass., 3 luglio 2012, n. 11086 e Cass., 7 giugno 2012, n. 9195.

incompatibilità della prosecuzione del rapporto (che discende dall'efficacia reale della regola) con la regola del libero recesso vigente all'entrata in vigore del codice civile⁴¹. Mentre naturalmente nulla vieterebbe (e anzi forse coerenza sistematica imporrebbe) che l'interpretazione delle norme cambi in conseguenza del mutare del contesto normativo dovuto alle riforme della disciplina del licenziamento⁴².

3.1. (Segue): Le conseguenze dell'inosservanza della regola: invalidità del recesso, indennità sostitutiva e risarcimento dei danni ulteriori

In realtà, come già segnalava Mancini, la tesi dell'efficacia reale trova l'ostacolo maggiore nel fatto che le conseguenze del mancato preavviso sono limitate dalla legge al pagamento dell'indennità determinata ai sensi dell'art. 2118 c.c., vale a dire della retribuzione dovuta per il periodo di preavviso. Seguendo quella tesi dovrebbe infatti giungersi alla conclusione che, essendo il preavviso elemento costitutivo della validità del recesso, il recesso intimato senza preavviso sia invalido⁴³: conclusione, questa, comunemente negata⁴⁴. Inoltre,

⁴¹ In questo senso, cfr. Cass., 21 maggio 2007, n. 11740, secondo la quale sostenendo l'efficacia reale della regola del preavviso « si finirebbe per legittimare una soluzione incompatibile con l'assetto ordinamentale dell'epoca della codificazione ». Le ragioni letterali a sostegno della tesi dell'efficacia obbligatoria stanno, sempre secondo la medesima pronuncia, in ciò che « è innegabile che l'art. 2118 c.c. è formulato ("Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato dando il preavviso...") nel senso di riconoscere in maniera inequivocabile sia al datore di lavoro che al lavoratore il diritto di recedere dal contratto dando il preavviso, ed ancora nel senso di regolare in maniera inequivocabile ed esaustiva tutte le conseguenze della mancanza del preavviso ("In mancanza di preavviso, il ricorrente è tenuto verso l'altra parte ad una indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso"), impedendo così un'interpretazione del dato normativo che porti ad ammettere che il rapporto di lavoro continui durante il periodo di preavviso allorché il datore di lavoro abbia estromesso il lavoratore esternando la sua volontà di recedere dal rapporto lavorativo. E che questo sia il senso chiaro della norma codicistica si ricava anche dall'ultimo comma della stessa norma ("La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione per morte del prestatore di lavoro"), che va letta come disposizione che, nel parificare per l'attribuzione della indennità in esame la fattispecie regolata dai primi due commi a quella del 3° comma, attesta in maniera certa la volontà del legislatore di ricollegare il sorgere del diritto all'indennità di preavviso al momento in cui il rapporto di lavoro cessa di avere una qualsiasi perdurante efficacia; momento coincidente con un evento naturale (morte del datore di lavoro) o con un evento negoziale (quale il recesso di una parte del rapporto di lavoro) ».

⁴² Come bene ha dimostrato l'importante lavoro di M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., è proprio l'introduzione della regola di stabilità del rapporto che impone di adeguare ad essa la lettura delle regole preesistenti.

⁴³ Cfr. ancora F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 312, che richiama L. MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in AA.Vv., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.e.c.a.*, Servizio pubblicazioni delle Comunità europee, Lussemburgo,

dall'efficacia reale della regola dovrebbe discendere che alla sua violazione consegua il risarcimento del danno secondo le regole generali⁴⁵. Ma anche questa seconda conclusione è comunemente negata⁴⁶. Da questo punto di vista, il recente consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale sull'efficacia obbligatoria del preavviso supera alcune incongruenze logiche.

Una parte della dottrina aveva ritenuto superabili le obiezioni appena citate, ricostruendo l'art. 2118, 2° comma, c.c. come un adattamento in senso più favorevole al prestatore di lavoro dei principi in materia di *mora accipiendi*⁴⁷. Adattamento più favorevole perché identifica il diritto del lavoratore con le retribuzioni perse per mancato svolgimento dell'attività lavorativa durante il preavviso, senza tener conto delle eventuali entrate derivanti dalla diversa attività che questi abbia potuto svolgere proprio perché « esonerato », cioè libero dalla precedente occupazione. A questa ricostruzione è stato peraltro correttamente obiettato che esistono fattispecie nelle quali la limitazione dell'indennità sostitutiva alla retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore per il periodo di preavviso è tutt'altro che favorevole a quest'ultimo⁴⁸. È ipotizzabile, cioè, che, a causa del rifiuto della sua prestazione durante il periodo di preavviso, il lavoratore subisca un danno superiore all'importo delle retribuzioni: si pensi alle fattispecie (tipiche quelle dei lavoratori dello spettacolo) in cui il lavoratore trae dall'esecuzione della prestazione benefici ulteriori rispetto alla retribuzione (ad es. in termini di notorietà). Tuttavia, ad opinione di chi scrive, le fattispecie da ultimo ricordate sono

1958, p. 232 ss. (Mancini fa riferimento a p. 240).

⁴⁴ Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, Milano, 2003, p. 426. Nello stesso senso, sembra, C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1998, p. 705, nota 36, secondo il quale « l'atto di recesso che non rispetta il preavviso deve considerarsi inefficace per la mancanza di un presupposto legale o convenzionale, salvo che sia specificamente prevista una diversa conseguenza (es.: pagamento di un indennizzo) ». In giurisprudenza, cfr. Cass., 20 marzo 2000, n. 3271, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 139, con nota di M. BORZAGA, ma si tratta di affermazione comune.

⁴⁵ Cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 34 s.

⁴⁶ Come puntualmente rilevava già G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 34 s. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994, n. 7914, secondo la quale « la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato (Cass., 30 ottobre 1961, n. 2488, 18 febbraio 1960, n. 279, 21 luglio 1956, n. 2841) che la indennità di mancato preavviso di licenziamento costituisce una "forma" di risarcimento danni per colpa contrattuale, precisando che il danno derivante al lavoratore dalla mancanza del periodo di preavviso è risarcibile nei limiti costituiti dall'importo della retribuzione per quel periodo stesso, il che, mentre esime il lavoratore dall'onere di provare la esistenza del danno, esclude, in pari tempo (con esclusione dell'ipotesi del licenziamento ingiurioso), la risarcibilità di eventuali danni maggiori (Cass. n. 2841 del 1956 e n. 279 del 1960 su richiamate) ».

⁴⁷ In questo senso, per tutti, F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 317 ss.

⁴⁸ In questo senso, cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 35, nota 56.

residuali ed è plausibile che esse abbiano una disciplina diversa da quella concernente la generalità dei rapporti. Negli altri casi la fruizione di un'indennità pari alle retribuzioni offre al lavoratore un considerevole beneficio, sia perché gli consente di avere tempo libero da dedicare alla ricerca di una nuova occupazione, sia perché, nel caso l'abbia già trovata, gli consente di fruire di una somma facilmente quantificabile senza controvertere sull'ipotetico *aliunde perceptum*, che nella specie è irrilevante per legge.

In verità non sembra possa essere questo il terreno per la definitiva verifica della correttezza dell'una o dell'altra impostazione. Le resistenze della dottrina ad ammettere l'applicazione a favore del prestatore dei principi generali in materia di risarcimento del danno sono forse dovute al timore che una simile apertura possa « travolgere » la norma dell'art. 2118, 2° comma, c.c., consentendo l'applicazione di quei principi anche in senso limitativo della responsabilità del datore che ometta il preavviso. Pericolo, questo, che potrebbe essere scongiurato leggendo l'indennità sostitutiva del preavviso come quantificazione minima della somma da corrispondere al lavoratore licenziato senza il preavviso spettantegli⁴⁹, impedendo che il *quantum* dovuto sia rimesso in discussione anche a svantaggio del prestatore⁵⁰.

L'accoglimento in giurisprudenza della tesi dell'efficacia obbligatoria supera solo in parte il problema. Se, infatti, coerenza con una ricostruzione in termini di efficacia reale avrebbe voluto l'applicazione delle regole generali in tema di risarcimento del danno da *mora accipiendi*, non sembra possa ragionarsi in termini analoghi per il rapporto tra efficacia obbligatoria e carattere « esaustivo » dell'indennità sostitutiva quanto alle pretese del lavoratore cui non sia stato consentito di svolgere la propria attività durante il periodo di preavviso. Resta cioè da definire la questione del ruolo dell'indennità riconosciuta come quantificazione sostitutiva del risarcimento del danno o come quantificazione minima, cui può aggiungersi, in caso di prova adeguata, il risarcimento di danni ulteriori. Nelle rare ipotesi nelle quali si è occupata della questione la giurisprudenza ha negato la risarcibilità dei danni

⁴⁹ Secondo quanto proponeva già G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 35 s.

⁵⁰ In questo senso può essere letta la giurisprudenza secondo la quale l'indennità spetta per il solo fatto della mancanza del preavviso lavorato che sarebbe spettato al lavoratore, a prescindere dalla sussistenza e prova di un danno concreto, che è *in re ipsa*: cfr. Cass., 12 agosto 1994, n. 7417, in *Notiziario giur. lav.*, 1994, p. 766, secondo la quale (cit. dalla massima) « l'indennità sostitutiva [...], che presuppone unicamente il recesso e la mancanza di preavviso, e la cui misura è predeterminata preventivamente ed astrattamente dalla legge e dalle norme collettive, spetta a prescindere dalla sussistenza, o meno, di un danno reale a carico del dipendente licenziato, e quindi anche quando questi abbia immediatamente trovato una nuova occupazione ».

ulteriori⁵¹: le poche sentenze che sembrano essersi pronunciate in senso contrario, riconoscendo cioè un diritto ulteriore al risarcimento, concernono infatti danni derivanti da fattori diversi, non dalla mancata possibilità di lavorare durante il periodo di preavviso in sé considerata⁵². Deve quindi concludersi nel senso che l'indennità sostitutiva del preavviso vada considerata esaustiva di ogni diritto del lavoratore per danni derivati dal mancato svolgimento della prestazione di lavoro durante il periodo di preavviso; anche se, come si diceva, sul piano logico-giuridico nulla impedirebbe una diversa conclusione⁵³.

Nella prospettiva opposta si è discusso se, in caso di licenziamento illegittimo, alle sanzioni riconosciute a norma della l. n. 604/1966 o dell'art. 18 st. lav. possa aggiungersi l'indennità di mancato preavviso. Qui argomento consolidato è quello logicamente connesso alla forma di tutela fruita contro il licenziamento: il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso viene generalmente disconosciuto in caso di applicazione dell'art. 18, poiché il licenziamento è da considerarsi *tamquam non esset*

⁵¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994, n. 7914, cit. (cfr. la nota 46).

⁵² In senso favorevole al riconoscimento di danni ulteriori sembra esprimersi Cass., 2 febbraio 1998, n. 1021, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 1052, con nota di R. MUGGIA, secondo la quale « nel caso di risoluzione per inadempimento di un contratto a prestazioni corrispettive spetta al contraente adempiente il risarcimento non solo del danno determinato direttamente e immediatamente dall'inadempimento (nel caso di dimissioni per giusta causa, l'indennità sostitutiva del preavviso), ma anche del danno derivante dallo scioglimento del contratto (identificato, nella specie, nella differenza tra il valore delle prestazioni non conseguite e quello delle prestazioni non più dovute) ». Ciò perché l'indennità sostitutiva in funzione risarcitoria copre solo il danno tipico, vale a dire la mancata percezione delle retribuzioni spettanti per il periodo di preavviso, non altri danni che andranno regolati secondo le norme generali in materia. L'affermazione non è tuttavia risolutiva, poiché nella fattispecie si trattava anche di danni da demansionamento, non di danni ulteriori connessi al mancato svolgimento della prestazione di lavoro per il periodo di preavviso. Lo stesso deve dirsi per Cass., 8 febbraio 1985, n. 1035, secondo la quale « il licenziamento *ad nutum* [...] è in sé sempre legittimo e, a parte l'obbligo della corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso, non è produttivo di danni risarcibili, salvo che, per il modo e la forma con cui è stato intimato, risulti pregiudizievole per il lavoratore sul piano sociale e morale, nel qual caso può dar luogo al risarcimento del danno secondo il diritto comune »: anche in questo caso, infatti, la S.C. fa riferimento ad eventuali danni ulteriori derivati dall'intimazione del licenziamento, non dal mancato svolgimento della prestazione durante il preavviso.

⁵³ Come sembra adombrare il ragionamento di Cass., 3 giugno 1995, n. 6265, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 363, con nota di A. VALLEBONA, secondo la quale « il diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione trova limite nella liceità del comportamento del datore di lavoro, configurabile laddove l'inattività cui questi costringa il lavoratore trovi giustificazione nell'esercizio dei poteri garantiti al datore stesso dall'art. 41 Cost., o in quello dei poteri disciplinari, in queste ultime ipotesi non dovendo essere risarciti gli eventuali danni derivati dalla lesione del diritto stesso, altrimenti potenziale fonte di danni risarcibili, patrimoniali e di altra natura (alla professionalità) ».

e dunque il rapporto di lavoro non si è mai risolto⁵⁴, mentre lo stesso diritto viene invece riconosciuto quando si versi nell'ambito di applicazione della legge n. 604/1966⁵⁵.

3.2. (Segue): L'efficacia della regola: la derogabilità della prosecuzione del rapporto fino al termine del preavviso in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva

Quanto alla derogabilità della regola del preavviso, è necessario distinguere tra due questioni. La prima concerne la possibilità di derogare all'efficacia reale della regola, vale a dire la possibilità di statuire l'immediata cessazione del rapporto alla corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso. La seconda riguarda la possibilità di prevedere in via generale e astratta che in alcune ipotesi sia possibile escludere il preavviso evitando anche la corresponsione dell'indennità sostitutiva.

Quanto alla prima, salvo qualche isolata opinione dissenziente⁵⁶, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel considerare derogabile la

⁵⁴ Cfr. ad es. Trib. Firenze, 11 giugno 1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 142 con nota di G. CONTE. Secondo Cass., 5 dicembre 1997, n. 12366 « ove sia stata accertata l'illegittimità del licenziamento disciplinare intimato in regime di stabilità reale, non compete al lavoratore l'indennità sostitutiva del preavviso, non rilevando al riguardo che essa gli sia stata offerta dal datore all'atto del licenziamento ». Cass., 4 marzo 1992, n. 2595, in *Orient. giur. lav.*, 1992, I, p. 389 nega possa riconoscersi l'indennità sostitutiva del preavviso quando il licenziamento, essendo riconosciuto illegittimo ex art. 18 st. lav., non ha mai prodotto l'effetto risolutivo del rapporto: il lavoratore è dunque tenuto a restituire la suddetta indennità ove l'abbia percepita. Nello stesso senso sembra andare, più di recente, Trib. Milano, 30 marzo 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 2, p. 592 con nota di VESCOVILI, secondo la quale « La richiesta del lavoratore illegittimamente licenziato di ottenere, in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro, l'indennità prevista dall'art. 18, 5° comma, st. lav., è da intendere come una comunicazione di dimissioni per giusta causa con quantificazione legislativa in quindici mensilità dell'indennità sostitutiva del preavviso ».

⁵⁵ Cfr. espressamente in questo senso Cass., 8 giugno 2006, n. 13380, in *Notiziario giur. lav.*, 2006, 5, p. 646, secondo la quale « in caso di licenziamento illegittimo, mentre in relazione alla tutela reale – in forza dell'efficacia ripristinatoria del rapporto attribuita dalla legge – l'indennità sostitutiva del preavviso è incompatibile con la reintegra, perché non si ha interruzione del rapporto, viceversa, stante il carattere meramente risarcitorio accordato dalla tutela obbligatoria, il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso sorge per il fatto che il rapporto è risolto. In quest'ultimo caso, l'indennità prevista dall'art. 2 della legge n. 604 del 1966 va a compensare i danni derivanti dalla mancanza di giusta causa e giustificato motivo, mentre l'indennità sostitutiva del preavviso va a compensare il fatto che il recesso, oltre che illegittimo, è stato intimato in tronco. Conseguentemente, non vi è incompatibilità tra le due prestazioni, mentre sarebbe incongruo sanzionare nello stesso modo due licenziamenti, entrambi privi di giustificazione, l'uno intimato con preavviso e l'altro in tronco ».

⁵⁶ Cfr. F. MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, 1991, p. 70 secondo il quale sarebbero illegittime le clausole contrattuali, anche collettive, che consentono l'esonero in via preventiva dall'obbligo di preavviso autorizzando il recedente al pagamento della relativa indennità.

regola della prosecuzione del rapporto fino al termine del preavviso quando sia corrisposta la relativa indennità, e anzi una cospicua giurisprudenza tende a riconoscere implicitamente sussistente l'accordo derogatorio nell'accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva da parte del lavoratore⁵⁷. Resta fermo, e va sottolineato, che l'opinione in parola non sostiene la completa derogabilità dell'art. 2118 c.c. e cioè che le parti possano convenire l'esenzione sia dall'obbligo di preavviso, sia dal pagamento dell'indennità sostitutiva⁵⁸. L'orientamento di cui si discute si limita ad affermare la facoltà delle parti di regolare preventivamente come alternativa l'obbligazione nascente dall'art. 2118 c.c. Il recedente dovrà dare il preavviso o corrispondere la relativa indennità: i giudici si limitano a ritenere ammissibile la scelta preventiva o di fatto realizzatasi tra le due alternative, con ciò sostanzialmente aderendo alla tesi dell'efficacia obbligatoria della regola e confermando gli argomenti a sostegno di questa tesi (cfr. *retro* par. 3).

La liceità degli accordi derogatori costituisce terreno di verifica della capacità dell'opzione per l'efficacia obbligatoria della regola di sanare le incongruenze presenti nell'assetto interpretativo stratificatosi. Dalla natura reale del preavviso dovrebbe infatti discendere anche la sua irrinunciabilità, in quanto nella costruzione del preavviso come regola avente efficacia reale non vi è distinzione tra recesso e preavviso, che formano un'unità funzionale. Più che una rinuncia al preavviso potrebbe aversi un vero e proprio (contro)recesso della parte destinataria del primo

⁵⁷ Cfr., da ultimo, Cass., 31 gennaio 2011, n. 2141. In precedenza, per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 18 agosto 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, 4, p. 783, secondo cui « l'art. 2118 c.c. non garantisce un diritto indisponibile al periodo di preavviso e, quindi, la prosecuzione del rapporto di lavoro e delle connesse obbligazioni fino alla scadenza del termine del preavviso è derogabile dalle parti attraverso la pattuizione della cessazione immediata del rapporto alla comunicazione del recesso » (nella specie si trattava di un dirigente). Per la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., 23 luglio 2004, n. 13883, secondo la quale, tra l'altro, « il principio secondo cui, stante l'efficacia reale del preavviso, il rapporto di lavoro prosegue, salvo che le parti convengano, anche tacitamente, la risoluzione immediata del rapporto stesso, trova applicazione anche nel caso di dimissioni »; Cass., 8 maggio 2004, n. 8797; Cass., 2 novembre 2001, n. 13580, in *Notiziario giur. lav.*, 2002, p. 181; Cass., 29 luglio 1999, n. 8256, in *Notiziario giur. lav.*, 1999, p. 640; Cass., 25 agosto 1990, n. 8717; Cass., 6 luglio 1990, n. 7109; Cass., 13 dicembre 1988, n. 6798, in *Giur. it.*, 1989, I, c. 1890, con nota di A. BELLAVISTA, *Accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva del preavviso*.

⁵⁸ Cosa, anzi, esplicitamente esclusa dalla giurisprudenza: cfr. Cass., 9 giugno 1981, n. 3741, in *Mass. giur. lav.*, 1982, p. 214, secondo la quale « il preavviso si pone come condizione di liceità del recesso, la cui inosservanza è sanzionata dall'obbligo di corrispondere da parte del recedente una indennità sostitutiva, (e) pertanto esso non può essere preventivamente escluso dalla volontà delle parti, né essere limitato nella sua durata rispetto a quello fissato dalla contrattazione collettiva ».

recesso⁵⁹, poiché se il preavviso ha efficacia reale esso è parte del recesso e non esiste la possibilità per la controparte di incidervi, ma solo quella di recedere a propria volta dal rapporto. Chi, dunque, propende a ritenere che la regola del preavviso abbia efficacia reale dovrebbe anche, al contrario di quanto accade⁶⁰, affermare che non è possibile per la controparte rinunciare al preavviso medesimo.

La rinuncia al preavviso è invece ben concepibile se si aderisce alla tesi dell'efficacia obbligatoria della regola, poiché in questa lettura il preavviso è obbligo accessorio gravante sulla parte che recede. Se il preavviso costituisce oggetto di un distinto obbligo del recedente, di fronte al quale sta il diritto di credito della controparte, allora è possibile che quest'ultima vi rinunci⁶¹. Da questo punto di vista, dunque, il recente consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale sull'efficacia obbligatoria della regola costituisce un indubbio passo in avanti nella ricostruzione di un insieme di regole coerenti sul preavviso.

Per quanto concerne la seconda questione, come anticipato, non risulta sia mai stata affermata la possibilità di escludere tanto il preavviso quanto l'indennità sostitutiva. La giurisprudenza ha in passato discusso la legittimità delle clausole di contratto collettivo che prevedano la possibilità, per la parte che riceve la comunicazione del recesso con preavviso, di rinunciare alla prosecuzione del rapporto per il periodo di preavviso, perdendo così anche il diritto all'indennità sostitutiva⁶². L'opinione negativa, riscontrabile in qualche sentenza di merito, era essenzialmente legata all'intento di salvaguardare il diritto del lavoratore dimessosi a continuare a svolgere la propria prestazione per tutta la durata del periodo di preavviso (in questo caso concesso al datore di lavoro), potendo egli aver fatto affidamento sulla continuazione

⁵⁹ Cfr. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 314. Lo stesso A. sembra comunque favorevole alla possibilità di derogare alla regola: cfr. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., pp. 297-298.

⁶⁰ Si è detto che l'unica voce contraria alla derogabilità sembra essere rimasta quella di MAZZIOTTI, *I licenziamenti*, cit., p. 69 s.

⁶¹ Favorevole alla possibilità di rinunciare al preavviso per la parte a favore della quale esso deve operare è W. D'AVANZO, voce *Recesso*. *Diritto civile*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1957, p. 1027 ss., sul punto p. 1036, trattando però del recesso in genere (non specificamente nel rapporto di lavoro).

⁶² In senso negativo, cfr. Pret. Milano, 8 maggio 1984, in *Orient. giur. lav.*, 1984, p. 1154, secondo la quale « è nulla, poiché posta in violazione dell'art. 2118 c.c. siccome derogatrice *in peius*, la norma contrattuale di cui al 5° comma dell'art. 57 del contratto collettivo per i lavoratori dipendenti da industrie alimentari, che prevede, in caso di risoluzione del rapporto di lavoro con preavviso, la facoltà della parte che riceve la disdetta di troncane il rapporto, sia all'inizio che nel corso del preavviso, senza obbligo di indennizzo per il periodo di preavviso non compiuto ». Per la legittimità di clausole siffate cfr. invece Cass., 19 dicembre 1981, n. 6733 e Cass., 21 gennaio 1982, n. 403, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, p. 751 ss.

dell'attività e, dunque, della percezione della retribuzione per il periodo del preavviso, ad esempio avendo contrattato l'inizio dell'attività presso un nuovo datore di lavoro solo al termine del preavviso⁶³. La persistenza nei contratti collettivi di clausole che riconoscono la facoltà per la parte non recedente di dispensare *ex post* il recedente dagli obblighi a lui derivanti dal preavviso⁶⁴, in assenza di giurisprudenza successiva che si sia occupata della questione, induce a ritenere che si sia stabilizzato l'orientamento della Cassazione favorevole alla legittimità di previsioni siffatte⁶⁵.

4. La durata del preavviso: prorogabilità e derogabilità

La durata del preavviso va determinata, a norma dell'art. 2118 c.c., facendo riferimento ai contratti collettivi⁶⁶, agli usi o all'equità. L'entità minima del periodo di preavviso è infatti fissata dalla legge solo per gli impiegati (artt. 9 e 10 r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825⁶⁷) e per i collaboratori domestici (art. 16 l. 2 aprile 1958, n. 339). La seconda legge, come del resto molti contratti collettivi⁶⁸, sancisce anche il diritto, durante il periodo di preavviso, al tempo libero necessario per la ricerca di un'altra occupazione (in questo caso non inferiore complessivamente ad otto ore settimanali: art. 16, ultimo comma). In questi due casi la disciplina legale va intesa come minimo di trattamento, rispetto al quale ben può l'autonomia collettiva derogare a favore del lavoratore.

⁶³ Sembrano essere queste le argomentazioni alla base della Pret. Milano, 8 maggio 1984, cit. alla nota precedente, secondo cui « le aspettative e i diritti facenti capo al lavoratore dimissionario "diligente" nel periodo di preavviso non possono dunque essere frustrate dall'interesse e volontà datoriale a non utilizzare le prestazioni lavorative offerte, onde l'esonero del dipendente dall'effettuazione del preavviso pone il datore stesso in condizione di mora senza liberazione dalle obbligazioni per legge incombentigli ».

⁶⁴ Cfr., ad es., l'art. 72 del CCNL 14 luglio 2003 per i lavoratori dell'industria alimentare, secondo cui « è in facoltà della parte che riceve la disdetta ai sensi del 1° comma di troncare il rapporto, sia all'inizio sia nel corso del preavviso, senza che da ciò derivi alcun obbligo d'indennizzo per il periodo di preavviso non compiuto ».

⁶⁵ Cfr. le già citate Cass., 19 dicembre 1981, n. 6733 e Cass., 21 gennaio 1982, n. 403.

⁶⁶ Adegando il testo, che fa ovviamente riferimento alle norme corporative, all'ordinamento costituzionale.

⁶⁷ Il r.d.l. fu convertito in legge con la l. 18 marzo 1926, n. 562, poi abrogato, a decorrere dal 16 dicembre 2009, dall'art. 2, 1° comma, del d.l. 22 dicembre 2008, n. 200. Successivamente l'efficacia del decreto è stata ripristinata dall'art. 1 della legge 18 febbraio 2009, n. 9, in sede di conversione del d.l. n. 200/2008.

⁶⁸ Cfr. ad es. l'art. 1 del titolo VIII del Contratto collettivo nazionale di lavoro 20 gennaio 2008 per le lavoratrici e i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti: « Durante il compimento del periodo di preavviso in caso di licenziamento l'azienda concederà al lavoratore dei permessi per la ricerca di nuova occupazione; la distribuzione e la durata dei permessi stessi saranno stabilite dalla Direzione in rapporto alle esigenze dell'azienda ».

La contrattazione collettiva può quindi intervenire, e normalmente interviene, come fonte di disciplina di maggior favore quando il preavviso è regolato dalla legge. Negli altri casi essa è la fonte principale per la disciplina del preavviso e ciò implica l'estensione di fatto *erga omnes* dell'efficacia delle clausole collettive⁶⁹, che in genere differenziano i termini di preavviso in ragione dell'anzianità di servizio e della categoria professionale o del livello di inquadramento del lavoratore⁷⁰.

Anche le previsioni della contrattazione collettiva vanno intese come minimo inderogabile *in pejus*, ma sempre suscettibile di variazioni di miglior favore per il lavoratore, che dovranno comunque formare oggetto di accordo. Così, secondo un orientamento, il datore, nel rispetto del termine minimo individuato a norma dell'art. 2118 c.c., può ancorare la durata del preavviso ad un evento *certus an* ma *incertus quando*, rendendola non determinabile nel momento in cui il licenziamento viene intimato, ma il lavoratore può ugualmente cessare il rapporto alla scadenza del preavviso determinato in base all'art. 2118 c.c., poiché la modifica del termine di preavviso deve essere concordata⁷¹. Lo stesso dovrebbe dirsi dell'eventuale proroga convenzionale del periodo di preavviso⁷², con l'avvertenza che la proroga di fatto potrebbe essere interpretata come revoca tacita del recesso ed è quindi opportuno che le

⁶⁹ Concorde P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 426. Naturalmente non si tratta di estensione dell'efficacia di un contratto collettivo con prevalenza su altri contratti collettivi (come nel caso in cui la legge faccia riferimento al contratto stipulato, ad es., dal sindacato comparativamente più rappresentativo), ma semplicemente di estensione delle disposizioni del contratto collettivo anche verso i soggetti non iscritti al sindacato stipulante. Per cui qui, forse, si potrebbe anche parlare di contratto collettivo parametro, più che di contratto collettivo efficace *erga omnes*.

⁷⁰ Non è, per ovvi limiti di spazio, qui possibile un riepilogo delle varie disposizioni contrattuali. Sia quindi consentito il rinvio ai testi reperibili nell'archivio telematico del CNEL su www.cnel.it.

⁷¹ Cfr. Cass., 9 giugno 1994, n. 5596. Per quanto concerne invece le modalità di computo del termine di preavviso, Cass., 7 febbraio 1987, n. 1313, in *Notiziario giur. lav.*, ha interpretato letteralmente il rinvio al r.d.l. n. 1824 del 1924 contenuto nel 1° comma dell'art. 98 disp. att. c.c. (secondo il quale « nei rapporti d'impiego inerenti all'esercizio dell'impresa, in mancanza (di norme corporative o) di usi più favorevoli, per quanto concerne [...] la durata [...] del periodo di preavviso (e) la misura dell'indennità sostitutiva di questo [...], si applicano le corrispondenti norme del r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, convertito nella L. 18 marzo 1926, n. 562 »), ritenendo che esso sia limitato alla durata del preavviso stesso e non anche alle modalità di computo del termine.

⁷² Cfr. in senso favorevole Pret. Prato, 14 settembre 1988, in *Tosc. lav. giur.*, 1988, p. 1039, secondo la quale in caso di proroghe reiterate il lavoratore avrebbe poi diritto ad un nuovo termine di preavviso o alla corrispondente indennità sostitutiva ove il datore decida di cessare le proroghe. Contrario Trib. Bologna, 19 novembre 1984, in *Orient. giur. lav.*, 1985, p. 188, secondo il quale la proroga vanificherebbe la *ratio* del preavviso e, dunque, non sarebbe possibile neanche con il consenso del lavoratore.

parti esplicitino adeguatamente le proprie intenzioni al riguardo⁷³.

Negli ultimi anni la Cassazione ha ribadito la possibilità per il contratto individuale di derogare alle previsioni del contratto collettivo, confermando la legittimità di un accordo che fissi un termine per le dimissioni più lungo di quanto previsto in sede collettiva, purché sia riconosciuto al lavoratore un compenso economico⁷⁴. Questa possibilità era del resto già prevista dall'art. 17, 2° comma del r.d.l. n. 1825 del 1924 (poi convertito con l. 18 marzo 1926, n. 562), che attribuiva rilevanza all'interesse datoriale alla conservazione del rapporto di lavoro per un periodo di preavviso più lungo, ammettendo, quando il lavoratore fosse stato assunto in ragione di specifiche competenze tecnico-professionali, la previsione convenzionale di un più lungo termine di preavviso o di una indennità sostitutiva di importo maggiore (senza, peraltro, neanche richiedere una compensazione economica a favore del lavoratore)⁷⁵.

5. Il rapporto di lavoro durante il preavviso. I riflessi dell'efficacia obbligatoria della regola

Ai fini della disciplina del rapporto di lavoro durante il preavviso, in generale, e delle ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro intervenute nello stesso periodo, in particolare, ha avuto notevole importanza il superamento della concezione del recesso con preavviso come implicante una « conversione » del rapporto di lavoro a tempo indeterminato in rapporto di lavoro a tempo determinato o anche come costitutivo di una

⁷³ In questo senso cfr. Cass., 23 giugno 2003, n. 9973; *contra* Cass., 7 febbraio 1987, n. 1313, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, p. 468. Per una fattispecie (servizio di mensa), si cfr., di recente, Cass., 20 settembre 2010, n. 19842, che peraltro non arriva a discutere il punto della proroga per insufficienza del ricorso. In genere sembra comunque che l'esistenza di una proroga del preavviso, purché adeguatamente esplicitata come tale, non comporti rischi eccessivi per il datore di lavoro e sia considerata irrilevante dai giudici di merito, non arrivando neanche ad essere discussa in sede di legittimità: oltre Cass. n. 19842 del 2010, cfr. anche Cass., 31 gennaio 2011, n. 2141 nella parte in fatto.

⁷⁴ Cfr. Cass., 3 novembre 2009, n. 23235.

⁷⁵ Si riporta il testo del 2° comma dell'art. 17: « Nel caso però in cui l'impiegato venga assunto in riguardo alla specialità di una sua competenza tecnica, si potrà, con patto speciale, stipulare l'obbligo di un più lungo termine di preavviso o di una indennità maggiore di quella stabilita dall'art. 14 per il caso di risoluzione di contratto da parte dell'impiegato ». Quasi una norma sulla fidelizzazione *ante litteram*, dunque. Per un'applicazione, cfr. Cass. n. 3741 del 1981, cit., secondo la quale la norma citata non preclude la proroga del preavviso in caso di licenziamento oppure un periodo di proroga uguale per dimissioni e licenziamento. In altri termini, secondo questa sentenza, la previsione del legittimo prolungamento del termine di preavviso di dimissioni in caso di assunzione dovuta a speciali competenze tecniche del lavoratore non implica necessariamente la illegittimità del prolungamento medesimo in ogni altra ipotesi.

sorta di appendice a tempo determinato di un rapporto prima a tempo indeterminato⁷⁶. È infatti chiaro che, ove il rapporto di lavoro dovesse essere considerato « convertitosi » in rapporto a termine per effetto del recesso con preavviso, ben più difficile sarebbe giustificare la medesima disciplina del rapporto prima e dopo la comunicazione del licenziamento e, ancor più, un'incidenza delle vicende sospensive comportante un prolungamento del termine⁷⁷.

Superato questo primo ostacolo teorico, le conclusioni raggiunte quanto alle singole fattispecie dipendono in larga misura dalla ricostruzione della regola del preavviso in termini di efficacia reale o di efficacia obbligatoria. Il recente prevalere nella giurisprudenza di legittimità della tesi che sostiene l'efficacia obbligatoria della regola ha dunque un rilievo notevole, sebbene una valutazione compiuta del suo impatto sulla disciplina complessiva del rapporto di lavoro potrà discendere solo dall'analisi delle pronunce dei prossimi anni e dal rigore con il quale queste ne trarranno le dovute conseguenze⁷⁸.

Si è già detto che, anche quando prevaleva la tesi dell'efficacia reale della regola, la posizione maggioritaria escludeva che alla mancata osservanza del preavviso conseguisse l'invalidità del recesso⁷⁹. Il licenziamento, pienamente valido, avrebbe però avuto efficacia differita alla scadenza del termine di preavviso secondo il meccanismo della sostituzione automatica delle clausole nulle (art. 1339 e art. 1419, 2° comma, c.c.)⁸⁰. La conclusione era ferma anche in caso di preavviso non lavorato, sicché il pagamento dell'indennità sostitutiva non avrebbe escluso la permanenza in capo alle parti degli obblighi discendenti dal contratto di lavoro (in particolare di quelli discendenti per il lavoratore

⁷⁶ Il più autorevole sostenitore in Italia di quella ricostruzione è il già citato F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere*, cit., p. 377 ss. Per il suo superamento si cfr. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 289 s. (part. p. 301 e p. 305).

⁷⁷ Cfr. infatti la dottrina più risalente, tra cui M. ANDREOLI, *In tema di malattia sopraggiunta in periodo di preavviso*, in *Mass. giur. lav.*, 1940, p. 32; D.R. PERETTI GRIVA, *Sulla malattia sopraggiunta in periodo di preavviso*, in *Mass. giur. lav.*, 1953, p. 71; V. SIMI, *Sull'efficacia sospensiva della malattia insorta in periodo di preavviso*, in *Dir. lav.*, 1956, II, p. 344; A. NAVARRA, *In tema di malattia in corso di preavviso*, in *Mass. giur. lav.*, 1957, p. 129; A. SERMONTI, *Ancora in tema di malattia intervenuta in periodo di preavviso*, in *Mass. Giur. lav.*, 1958, p. 235. Chiaro R. CORRADO, in M. COMBA-R. CORRADO, *Il rapporto di lavoro nel diritto privato e pubblico. Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 1956, p. 266, secondo il quale la protrazione del termine in caso di malattia presupporrebbe una revoca del licenziamento della quale non vi è traccia nella legge. Si tratta comunque, come si dice nel testo, di un'impostazione ormai superata.

⁷⁸ L'orientamento si è comunque consolidato: cfr. tra le ultime Cass., 27 settembre 2012, n. 16449, Cass., 16 agosto 2012, n. 14529, Cass., 3 luglio 2012, n. 11086 e Cass., 7 giugno 2012, n. 9195.

⁷⁹ Cfr. *supra* par. 3.1.

⁸⁰ In questo senso, cfr. ad es. M. BELLINA, *Il preavviso*, cit., p. 221.

dagli artt. 2104-2105-2106 c.c.⁸¹), in essere a tutti gli effetti fino alla scadenza del termine di preavviso. Permanenza degli obblighi discendenti dal contratto significa, ovviamente, permanenza dell'obbligo retributivo⁸² e, secondo un orientamento, impossibilità per il datore di variare la posizione del lavoratore nella propria organizzazione durante il preavviso⁸³. Il fatto che il rapporto di lavoro resti in vita significa però pure che in esso rilevano le sopravvenienze⁸⁴, eventualmente tali da costituire autonome ragioni di recesso, anche per giusta causa⁸⁵.

A soluzioni non univoche era giunta invece la giurisprudenza per quanto concerne la rilevanza dello *jus superveniens*⁸⁶. A opinione di chi scrive non si tratta di reale contrasto di orientamenti: la soluzione deve essere diversa a seconda che si tratti di norme che fissano requisiti ulteriori dell'atto di licenziamento o, invece, di norme relative al rapporto di lavoro in quanto tale. Nel primo caso si tratta di requisiti di validità

⁸¹ Cfr., tra le tante, Cass. n. 5596 del 1994, cit., secondo la quale « durante il periodo di preavviso [...] il lavoratore resta vincolato da tutte le obbligazioni discendenti dal contratto ». Ma si tratta di conseguenza che discende logicamente dal fatto che il rapporto di lavoro è ancora pienamente in essere.

⁸² Quanto agli obblighi retributivi gravanti sul datore, la circolare INPS n. 110 del 1992 aveva ribadito che « l'art. 2, 3° comma del d.l. 13 marzo 1988, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 13 maggio 1988, n. 153 rinvia per quanto non disposto espressamente alla disciplina preesistente degli assegni familiari e cioè alle norme contenute nel Testo Unico sugli assegni familiari approvato con d.p.r. 30 maggio 1955, n. 797 e alle successive modificazioni e integrazioni ». Precisando poi che tra le « disposizioni tuttora operanti e compatibili con la nuova disciplina » c'è anche l'art. 13 del citato t.u., che prevede « la corresponsione dell'assegno per i periodi di prova, di preavviso, ferie e festività » (il corsivo è mio).

⁸³ Così espressamente Cass., 10 febbraio 1988, n. 1430. Per la verità sembra che l'affermazione vada temperata con il riconoscimento del possibile esercizio dello *jus variandi* datoriale, legittimo nei limiti fissati dall'art. 2103 c.c.

⁸⁴ Per un'ipotesi, cfr. Pret. Torino, 15 febbraio 1983, secondo la quale « la sopravvenienza, nel corso del periodo di preavviso sospeso dalla malattia, dello stato di gravidanza della lavoratrice rende operante la tutela di cui alla l. 30 dicembre 1971, n. 1204 ».

⁸⁵ Cfr. ancora, in questo senso, Cass. n. 1430 del 1988, cit. e, per le dimissioni del lavoratore, Cass., 11 gennaio 1990, n. 38, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, p. 683 con nota di A. AVIO, secondo la quale, peraltro, « il recesso del dipendente durante il periodo di preavviso, non converte il licenziamento in dimissioni », per cui spetta comunque al dipendente il trattamento speciale di disoccupazione, ex art. 8, legge n. 1115 del 1968, ma a decorrere dalla scadenza del preavviso e non dal rifiuto del lavoratore a prestare la propria attività per il periodo di preavviso.

⁸⁶ In senso favorevole all'applicazione delle norme di diritto sopravvenute, cfr. Cass., 6 agosto 1987, n. 6769, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 276; Trib. Roma, 4 dicembre 1999, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, p. 77 con nota di LEOTTA. *Contra* Cass., 2 febbraio 1999, n. 874 e Cass., 12 febbraio 1994, n. 1400, secondo le quali la valutazione della validità dell'atto di recesso va comunque fatta in base ai requisiti della legge in vigore nel momento in cui il licenziamento è stato comunicato al lavoratore, indipendentemente dal fatto che sia previsto un termine di preavviso perché acquisti efficacia.

dell'atto di licenziamento, che dunque dovevano sussistere prima dell'intimazione dello stesso e la cui richiesta a opera di leggi successive non può invalidare un licenziamento legittimamente adottato in precedenza in base al principio *tempus regit actum*⁸⁷. Nel secondo caso è invece logico che fino a quando il rapporto sia in vita esso debba essere disciplinato sulla base delle norme sopravvenute, sia che si tratti di norme legali, sia che si tratti di disposizioni contrattuali⁸⁸.

Fermo il principio *tempus regit actum* per quanto concerne i requisiti di validità del licenziamento, con l'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola del preavviso le conclusioni ricordate dovranno valere solo per il caso in cui il datore consenta al lavoratore di continuare a svolgere la propria attività durante il periodo di preavviso (c.d. preavviso lavorato). Ove invece il datore opti per il pagamento dell'indennità sostitutiva, esonerando così il lavoratore dalla prestazione del lavoro, il licenziamento avrà efficacia risolutiva immediata o, meglio, condizionata alla percezione da parte del lavoratore dell'indennità⁸⁹ e nessuna rilevanza potranno avere eventuali sopravvenienze⁹⁰.

Lo stesso criterio logico dovrà essere seguito per la disciplina delle ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro. Queste potranno avere rilevanza solo quando non si opti per il pagamento dell'indennità sostitutiva e, dunque, il rapporto prosegua fino al termine del preavviso.

La sospensione del rapporto di lavoro in caso di malattia andava dunque esclusa in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva già seguendo l'orientamento giurisprudenziale che afferma l'efficacia obbligatoria della regola del preavviso: in base ad esso, infatti, si avrà estinzione immediata del rapporto di lavoro e, quindi, impossibilità per la norma dell'art. 2110 c.c. di operare. Diversamente, quando il preavviso era lavorato, la malattia comportava la sospensione del rapporto (e con essa degli effetti del recesso datoriale)⁹¹. L'intervento della recente legge

⁸⁷ In questo senso, espressamente, Cass., 10 dicembre 1999, n. 874, cit.

⁸⁸ Come esplicitamente afferma Cass., 6 agosto 1987, n. 6769, cit.

⁸⁹ Cfr. già Cass., 1 giugno 1991, n. 6178, secondo la quale « Ove non sia stata corrisposta l'indennità sostitutiva del preavviso accettata dal lavoratore, durante il periodo di preavviso, il rapporto di lavoro continua tra le parti e non è indifferente al comportamento delle stesse. Pertanto, durante il periodo di preavviso persiste il dovere di fedeltà del lavoratore con la conseguenza che il comportamento dello stesso, concretatosi in vendite concorrenziali, comporta l'obbligo di risarcire il danno nei confronti del datore di lavoro ».

⁹⁰ Tra le sentenze che di recente si sono pronunciate per l'efficacia obbligatoria della regola negano esplicitamente la rilevanza delle sopravvenienze Cass., 4 novembre 2010, n. 22443 e Cass., 21 maggio 2007, n. 11740.

⁹¹ Per l'affermazione del principio è sufficiente il riferimento a qualcuna delle sentenze che si sono in passato pronunciate per l'efficacia reale della regola del preavviso: tra le ultime, cfr. Cass., 11 aprile 2005, n. 7369 (che peraltro ricollega l'effetto all'applicazione « del

Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) ha assimilato la fattispecie del preavviso lavorato a quella del pagamento dell'indennità sostitutiva, negando che la malattia del lavoratore possa avere effetti sospensivi anche nel primo caso e lasciando invece impregiudicato l'effetto sospensivo in caso di infortunio sul lavoro e nei casi previsti dalle disposizioni di tutela della maternità e paternità (cfr. art. 1, comma 41, ultimo periodo, l. 92/12, ma cfr. il par. 7 per la discussione di queste ultime ipotesi di sospensione, invero non previste dal TU 151/2001). È chiaro che la norma ha una finalità antielusiva e vuole colpire le pratiche fraudolente tendenti a dilazionare gli effetti del licenziamento, ma, pur essendo in qualche modo apprezzabile da questo punto di vista, questa soluzione non va esente da dubbi di costituzionalità rispetto agli artt. 32 e 38, comma 2 Cost.

Per quanto concerne la cassa integrazione guadagni (nella specie, quella straordinaria), la Cassazione ha stabilito che il termine di preavviso decorra anche durante il periodo di sospensione dovuto al collocamento in CIGS, sembrando irrazionale la pretesa di consentire al lavoratore (che spesso transita senza soluzione di continuità dalla cassa integrazione alla mobilità) di riprendere l'attività lavorativa al solo fine di godere del periodo di preavviso⁹². Sarebbe del resto irragionevole ipotizzare la

medesimo principio della sospensione del rapporto di lavoro in caso di malattia per il periodo previsto dalla legge, dal contratto collettivo, dagli usi o secondo equità, discendente dall'art. 2110 c.c. »); Cass., 30 agosto 2004, n. 17334, cit.; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2318, cit. La Cassazione si è invece generalmente pronunciata in senso contrario alla rilevanza della malattia intervenuta quando sia raggiunta l'età pensionabile e questa sia prevista come causa di estinzione automatica del rapporto da apposita clausola collettiva: cfr. Cass., 22 luglio 1992, n. 8823; Cass., 19 maggio 1984, n. 3090, secondo la quale « Il principio per cui nel contratto di lavoro a tempo indeterminato il termine di preavviso di licenziamento rimane sospeso nel caso di sopravvenienza di malattia del lavoratore durante il suo corso, anche se il recesso sia avvenuto per raggiunto limite dell'età pensionabile, non opera qualora la stabilità del rapporto sia garantita da apposita clausola pattizia, nella quale quel raggiungimento sia previsto espressamente come causa risolutiva automatica del rapporto medesimo (cosiddetta clausola di stabilità relativa) e sempre che tale clausola risulti in modo rigoroso ed inequivoco, non essendo all'uopo sufficienti né il richiamo a semplici previsioni contrattuali di durata massima del rapporto né l'uso aziendale di licenziare i dipendenti solo al raggiungimento dell'età del pensionamento ». La conclusione sembra invero poco rigorosa: che il lavoratore stia continuando a prestare la propria attività durante il preavviso dovrebbe voler dire che in realtà il rapporto di lavoro è ancora in vita e, quindi, che la malattia sopravvenuta dovrebbe comunque produrre una sospensione nel decorso del termine di preavviso, pur se questo sia successivo alla causa di risoluzione automatica. Non sembra cioè che la presenza della clausola di risoluzione automatica dovrebbe assumere rilevanza decisiva ai fini della sospensione per malattia: si tratta, ad avviso di chi scrive, di una soluzione equitativa, con la quale la giurisprudenza cerca di corroborare l'efficacia della prevista risoluzione automatica, sulla quale già incide la salvaguardia dell'istituto del preavviso.

⁹² Cfr. Cass., 20 novembre 1997, n. 11569 e Cass., 23 dicembre 1997, n. 12989, secondo le

corresponsione dell'indennità di mancato preavviso quando il lavoratore percepisce un trattamento sostitutivo della retribuzione: se la *ratio* della regola del preavviso è di consentire al lavoratore di avere un certo periodo per riorganizzare la propria vita e trovare un'altra occupazione, questa possibilità è ampiamente garantita dalla fruizione della cassa integrazione guadagni, che oltretutto implica la sospensione dell'attività lavorativa e, quindi, consente al lavoratore di avere ancor maggiore tempo da dedicare alla ricerca della nuova occupazione⁹³. Nessun riflesso dovrebbe avere su questo orientamento l'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria del preavviso: come ovvio, la messa in cassa integrazione non avrà alcun rilievo nel caso del pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, poiché in quel caso il rapporto si estingue e, come si è appena finito di dire, nessuna rilevanza avrà la medesima neanche in caso di preavviso lavorato, almeno se, come pare dovuto, la giurisprudenza terrà fermo l'orientamento descritto, che nega la sospensione del decorso del termine di preavviso per il lavoratore cassintegrato.

In tema di ferie, nel riconoscere l'efficacia reale della regola del

quali (il testo è identico) « nonostante il decorso del periodo di preavviso venga in linea di massima ad essere sospeso nelle ipotesi in cui si verifichi una situazione impeditiva della prestazione (per malattia, infortunio, gravidanza, ecc.) che comporti la sospensione dello stesso rapporto di lavoro, è a giudizio del Collegio da ritenere, tuttavia, che una siffatta regola non possa nella fattispecie trovare applicazione. Nel caso previsto dall'art. 4 cit., può accadere infatti – come si è detto – che per i lavoratori eccedenti, o per una parte di essi, non vi sia soluzione di continuità tra il regime di cassa integrazione guadagni straordinaria e quello di mobilità, per cui appare riguardo ad essi irragionevole che il termine di preavviso non decorra nei loro confronti (o che, addirittura, il recesso non possa essere intimato sino a che perduri la fase di sospensione). Una conclusione del genere, del resto, non è imposta dalla lettera della disposizione in questione (che si limita ad affermare che il recesso deve essere preceduto dal rispetto dei termini di preavviso) ed è nel contempo contraria alla sua ratio, essendo in effetti arduo immaginare che il legislatore del 1991, oltre a richiedere che il lavoratore sia preavvertito per tempo della sorte riservatagli, abbia inteso pretendere che, proprio nella fase conclusiva della procedura di mobilità, i dipendenti ad essa interessati siano temporaneamente restituiti alle loro mansioni al fine di consentire l'utile decorso di quei termini ».

⁹³ Come puntualmente osservano le sentenze citate alla nota precedente, secondo le quali « se nelle ipotesi "tradizionali" di sospensione del rapporto di lavoro la sospensione del decorso del periodo di preavviso trova adeguata giustificazione nella circostanza che sarebbe altrimenti frustrato il fine essenziale di quest'istituto (non potendo il lavoratore ammalato, in servizio di leva, ecc., utilizzare il periodo predetto nella ricerca di un'altra occupazione), diversamente è da dirsi nel caso in esame, in quanto il dipendente in cassa integrazione, cui è assicurato pur sempre un trattamento integrativo che assume una funzione retributiva, può utilmente impiegare il lasso di tempo intercorrente tra la comunicazione del recesso e la data effettiva di esso; fermo restando che, ove l'imprenditore non ottemperi all'obbligo del preavviso, è dovuta al lavoratore la relativa indennità sostitutiva a titolo risarcitorio ». Negli stessi termini cfr. anche Cass., 14 febbraio 1997, n. 1354, in *Inf. previd.*, 1997, p. 176 e, di recente, Trib. Latina, 21 settembre 2010.

preavviso, si era, da un lato, confermato che lo spostamento del termine di preavviso per consentire al lavoratore di godere delle ferie avviene *ope legis* (come del resto espressamente stabilisce il 4° comma dell'art. 2109 c.c., secondo il quale « non può essere computato nelle ferie il periodo di preavviso indicato nell'art. 2118 ») e, dall'altro, stabilito che il periodo di preavviso lavorato consente al lavoratore di maturare il diritto ad un ulteriore periodo di ferie⁹⁴. È da ritenersi che entrambe le conclusioni debbano rimanere ferme anche accogliendo l'idea dell'efficacia obbligatoria del preavviso: il lavoratore ha diritto al godimento delle ferie e il licenziamento avrà effetto al loro termine, in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva, o al termine del periodo di ferie computato dopo quello di preavviso lavorato (poiché quest'ultimo consente la maturazione di ulteriore diritto alle ferie). Salvo che, naturalmente, le parti non si accordino per l'indennità sostitutiva delle ferie, secondo l'opzione consentita per il periodo minimo di quattro settimane annuali in caso di risoluzione del rapporto (cfr. art. 10, 2° comma, d. lgs. 66/2003)⁹⁵ e, dunque, sempre possibile per le ferie stabilite in misura superiore dalla contrattazione collettiva o individuale⁹⁶. La corresponsione dell'indennità sostitutiva delle ferie evita ovviamente che si ponga il problema della sospensione del rapporto per il relativo periodo.

Resta infine l'opzione per la prosecuzione del rapporto fino al compimento dell'età massima prevista, intervenuta in costanza del periodo di preavviso che il lavoratore stia godendo in conseguenza di un precedente recesso dovuto al raggiungimento dell'età pensionabile (che, come noto, importa il passaggio del rapporto di lavoro al regime di libera recedibilità⁹⁷). La Cassazione ha negli ultimi anni confermato che

⁹⁴ In questi esatti termini si esprime Cass., 21 novembre 2001, n. 14646: « dal principio secondo cui al preavviso è da attribuire efficacia reale, sicché durante il suo decorso proseguono gli effetti del contratto, si desume che il lavoratore ha diritto di godere delle ferie anche durante il preavviso e che lo stesso periodo di preavviso se lavorato comporta la maturazione del diritto al numero proporzionalmente correlato di giorni di ferie, sicché lo spostamento del termine finale del preavviso avviene *ope legis* ». Nella specie la Corte aveva escluso che il licenziamento fosse stato superato per effetto della concessione dopo la scadenza del preavviso sia delle ferie maturate per il periodo lavorativo sino al licenziamento sia di un ulteriore numero di giorni di ferie in relazione al periodo lavorato durante il preavviso.

⁹⁵ La circ. 08/2005 del Ministero del Lavoro chiarisce che, perché sia possibile sostituire anche il periodo minimo di quattro settimane con la relativa indennità, il rapporto di lavoro deve cessare « nel corso dell'anno » di riferimento delle ferie non godute (cfr. p. 20).

⁹⁶ Cfr. infatti la circ. 08/2005 del Ministero del Lavoro (p. 21).

⁹⁷ Sul punto la Cassazione ha chiarito che « la facoltà di recedere *ad nutum*, che l'art. 11 della legge n. 604 del 1966 accorda al datore di lavoro nei confronti del lavoratore che abbia raggiunto l'età del pensionamento di vecchiaia, può essere esercitata solo alla data del compimento di tale età, restando esclusa la possibilità del datore di lavoro d'intimare in epoca anteriore il licenziamento con preavviso scadente alla data predetta » (cit. da Cass., 1

l'esercizio dell'opzione per la prosecuzione del rapporto non è precluso durante il periodo di preavviso (sempre che, come detto, il licenziamento fosse dovuto unicamente al raggiungimento dell'età pensionabile), poiché in questo caso gli effetti del licenziamento sono differiti al suo termine e, pertanto, il rapporto di lavoro continua inalterato⁹⁸. Anche qui è chiaro che la conclusione andrà tenuta ferma quando il preavviso sia lavorato, mentre ove sia corrisposta l'indennità sostitutiva l'efficacia obbligatoria della regola implica l'estinzione immediata del rapporto, con conseguente impossibilità di esercitare successivamente l'opzione per la prosecuzione del rapporto.

6. L'indennità sostitutiva del preavviso. Natura e criteri di calcolo

Come si è detto, il 2° comma dell'art. 2118 c.c. prevede che quando alla parte destinataria del recesso non sia consentito di proseguire l'attività lavorativa durante il preavviso a essa spetta un'indennità equivalente alla retribuzione dovuta per il periodo di preavviso stesso.

L'art. 2121 c.c. fissa poi i criteri per quantificare questa indennità, stabilendo che essa deve calcolarsi computando le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili o ai prodotti e ogni altro compenso di carattere continuativo, nonché l'equivalente del vitto e dell'alloggio dovuto al prestatore di lavoro, con esclusione dei soli rimborsi spese. Ove il prestatore di lavoro sia retribuito in tutto o in parte con provvigioni, con premi di produzione o con partecipazioni, il 2° comma dell'articolo stabilisce che l'indennità è determinata sulla media degli emolumenti degli ultimi tre anni di servizio o del minor tempo di servizio prestato.

Il recente prevalere della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola

settembre 1987, n. 7151). Cfr. comunque *supra* le note 21-22-23 e il testo corrispondente per altri riferimenti giurisprudenziali sul punto.

⁹⁸ Cfr. Cass., 14 agosto 2008, n. 21702, secondo la quale, « esercitata l'opzione per la prosecuzione del rapporto di lavoro, il licenziamento motivato con il compimento dell'età e il possesso dei requisiti pensionistici, ai sensi della L. 11 maggio 1990, n. 108, art. 4, 2° comma, è nullo per violazione di norma imperativa, ancorché il rapporto di lavoro resti assoggettato al regime di stabilità, obbligatoria o reale, operante nel periodo precedente, nonché a tutto il complesso di regole concernenti la sua estinzione (Cass., 28 agosto 2003, n. 12655; 10 giugno 1998, n. 5787). Ed invero, il lavoratore in proroga può essere licenziato in conseguenza di illeciti disciplinari, per inidoneità alle mansioni e per giustificato motivo oggettivo in genere, ovvero per riduzione di personale ai sensi della legge n. 223 del 1991, ma non in ragione del compimento dell'età (vedi Cass., 28 aprile 2004, n. 81619) ». Cfr. anche, in precedenza, Cass., 5 aprile 2000, n. 4221 e Cass., 3 aprile 2000, n. 4042 (che si riferisce ad un caso in cui il licenziamento era ancora inefficace perché sospeso a causa della malattia del lavoratore).

del preavviso non influenza in alcun modo i criteri di calcolo dell'indennità, ma determina l'irrilevanza dell'indennità medesima nel calcolo di altre spettanze: la tesi implica infatti l'immediata efficacia estintiva del recesso con il solo obbligo di corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso; ciò significa che l'indennità, non riferendosi ad un periodo lavorato, non verrà computata nella base di calcolo, ad esempio, delle ferie o del trattamento di fine rapporto⁹⁹.

Quanto al calcolo dell'indennità, il criterio onnicomprensivo stabilito dall'art. 2121 c.c. si è sempre ritenuto non derogabile *in pejus* né dal contratto individuale né dal contratto collettivo¹⁰⁰, ma dopo l'entrata in vigore dell'art. 8 l. 148/2011 le cose potrebbero ritenersi mutate. La giurisprudenza ha affermato che nel computo vanno inclusi, se corrisposti con continuità, elementi quali l'indennità di reperibilità¹⁰¹, i ratei delle mensilità aggiuntive¹⁰², nonché i compensi per lavoro supplementare¹⁰³ e straordinario¹⁰⁴ che abbiano carattere continuativo¹⁰⁵. Peraltro con qualche acrobazia interpretativa, come quella di riconoscere al giudice un potere di determinazione equitativa della base di calcolo quando i compensi, pur a carattere continuativo, non abbiano entità costante (come tipicamente accade per il lavoro straordinario o supplementare), consentendogli altresì di far riferimento a medie aritmetiche riferite all'arco di tempo che appare maggiormente rilevante¹⁰⁶.

La dottrina non ha mancato di sottolineare, in chiave critica, come lo straordinario per definizione non potrebbe essere considerato costante e che se ciò avviene è sostanzialmente dovuto al malcostume di utilizzarlo come strumento ordinario di flessibilità gestionale della forza

⁹⁹ In questo senso, esplicitamente, cfr. Cass., 4 novembre 2010, n. 22443 e Cass., 5 ottobre 2009, n. 21216.

¹⁰⁰ Cfr. Cass., 28 ottobre 1999, n. 12126, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1653, secondo la quale « delle poche fattispecie legali nelle quali la retribuzione è disciplinata in senso onnicomprensivo sono sicuramente tali la indennità sostitutiva del preavviso, sia nel testo previgente di cui all'art. 2120 c.c., sia in quello sostituito nell'art. 2121 dall'art. 1 legge 29 maggio 1982, n. 297, e la indennità di anzianità. In tali casi non è consentito agli agenti contrattuali, individuali o collettivi, di derogare *in pejus* alla disciplina legale onnicomprensiva, salvo che tale facoltà sia loro espressamente conferita dalla legge stessa, come nel caso dell'art. 2120, 2° comma, c.c. come sostituito dalla Legge 29 maggio 1982, n. 297 ».

¹⁰¹ Cfr. Pret. Mortara, 1 marzo 1982, in *Orient. giur. lav.*, 1982, p. 1247.

¹⁰² Cfr. Trib. Milano, 15 novembre 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 417 con nota di S. CHIUSOLO.

¹⁰³ Cfr. Cass., 28 ottobre 1999, n. 12126, cit.

¹⁰⁴ Cfr. Cass., 13 gennaio 1989, n. 128; Cass., 15 maggio 1987, n. 4508.

¹⁰⁵ In generale per l'inclusione nella base di calcolo di tutti i compensi a carattere continuativo, a prescindere dalla qualificazione attribuita ai medesimi dalla contrattazione collettiva cfr. Cass., 6 giugno 1998, n. 5592.

¹⁰⁶ Cfr. ancora Cass., 13 gennaio 1989, n. 128; Cass., 15 maggio 1987, n. 4508.

lavoro¹⁰⁷. Certo è però che, così stando le cose, una soluzione che escluda il lavoro supplementare e lo straordinario in senso proprio dalla base di calcolo dell'indennità sostitutiva del preavviso penalizzerebbe il lavoratore e nulla risolverebbe quanto all'uso distorto degli istituti relativi all'orario di lavoro; per cui l'orientamento giurisprudenziale sopra citato sembra apprezzabile.

Quanto alla natura dell'indennità sostitutiva la giurisprudenza è divisa: alcune sentenze tendono a riconoscerle carattere risarcitorio, altre carattere indennitario o retributivo. Ad avviso di chi scrive, la soluzione dovrebbe sul piano teorico essere collegata alla qualificazione della regola del preavviso come a efficacia reale o a efficacia obbligatoria. Infatti, l'efficacia reale della regola significa che l'obbligo principale del recedente consiste nel consentire alla controparte di svolgere l'attività durante il periodo di preavviso: non avendo il recedente facoltà di scelta tra le due ipotesi, il pagamento dell'indennità sostitutiva rappresenta il risarcimento del danno patito dalla controparte per non aver potuto svolgere l'attività lavorativa durante il preavviso¹⁰⁸. Al contrario, il riconoscimento dell'efficacia obbligatoria della regola equivale a configurare a carico del recedente un'obbligazione alternativa di consentire la prosecuzione dell'attività durante il preavviso o di pagare l'indennità sostitutiva, cui più facilmente potrebbe essere attribuito carattere indennitario o retributivo¹⁰⁹. E, almeno da questo punto di vista, l'accoglimento della

¹⁰⁷ Cfr. G. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2000, p. 489.

¹⁰⁸ Cfr. anche quanto detto *supra* (par. 3.1) sul fatto che la limitazione del risarcimento all'indennità sostitutiva andrebbe contro la qualificazione della regola in termini di efficacia reale, poiché quest'ultima presupporrebbe l'applicazione delle regole generali in tema di risarcimento del danno.

¹⁰⁹ Cfr. infatti Cass., 11 giugno 2004, n. 11137, secondo la quale la soluzione deriva dalla stessa lettera dell'art. 2118 c.c., che « prevede l'obbligo del preavviso e al 2° comma, in mancanza di preavviso, la retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso ». Dunque « l'interpretazione letterale depono per una obbligazione principale, il preavviso del recesso al fine di attenuare le conseguenze della improvvisa risoluzione, e, in mancanza di esso, una possibilità di adempimento sostitutivo, cui la più remota giurisprudenza di legittimità attribuiva natura risarcitoria da inadempimento contrattuale. Opinione non corretta, trattandosi di facoltà prevista dalla legge, secondo le Sezioni Unite della Corte che, nella sentenza n. 7914 del 1994, hanno affermato la natura indennitaria del mancato preavviso ». In precedenza, Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994, n. 7914, cit., richiamata dalla stessa sentenza del 2004. Nella giurisprudenza di merito cfr. di recente Trib. Teramo, 26 gennaio 2010, n. 1191: « ai sensi dell'art. 12 l. 30 aprile 1969, n. 153 – secondo cui costituisce retribuzione, ai fini del calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale, tutto ciò che il lavoratore riceve in dipendenza del rapporto di lavoro, ad eccezione degli emolumenti tassativamente indicati dalla stessa norma – è da considerare retribuzione, agli stessi fini anzidetti, anche l'indennità sostitutiva del preavviso corrisposta nonostante la mancata prestazione lavorativa per il periodo corrispondente, né la tale indennità, non compresa fra le tassative eccezioni elencate dalla detta norma, muta la sua natura di erogazione dipendente dal rapporto di lavoro, ancorché pregresso, anche quando sia

tesi dell'efficacia obbligatoria della regola comporta una serie di effetti benefici per il lavoratore: la natura retributiva dell'indennità implica, ad esempio, la sua frazionabilità, che consente a chi stia lavorando durante il preavviso di dimettersi non perdendo l'equivalente della parte residua¹¹⁰, e la collocazione della somma relativa nel passivo fallimentare in via privilegiata, in caso di fallimento del datore di lavoro¹¹¹.

La giurisprudenza non esplicita però questa correlazione e molte delle sentenze che riconoscono all'indennità sostitutiva natura risarcitoria¹¹² tendono a corroborare questa conclusione (non troppo ben argomentata) con considerazioni che riguardano invece la questione del cumulo con altre provvidenze, come quella secondo la quale l'incompatibilità della funzione socio-economica dell'indennità sostitutiva con quella della cassa integrazione guadagni non sarebbe sufficiente ad escludere il cumulo in assenza di un espresso intervento del legislatore¹¹³.

corrisposta, anziché al lavoratore, ai superstiti indicati dall'art. 2122, 1° comma, c.c. ».

¹¹⁰ Cfr. Cass., 11 giugno 2004, n. 11137, cit., secondo la quale non è illogica la valutazione del giudice del merito che aveva ritenuto ammissibile, e tacitamente accettata da parte del datore di lavoro – in mancanza di tempestiva manifestazione di dissenso – la comunicazione di dimissioni della lavoratrice in violazione del termine di preavviso contrattualmente stabilito e con l'offerta di adempiere la propria obbligazione in parte con il preavviso lavorato e in parte con l'indennità. Secondo questa sentenza, peraltro, la natura indennitaria comporterebbe l'inapplicabilità dell'art. 1285 c.c. (che in realtà, se si accoglie l'idea dell'efficacia obbligatoria della regola del preavviso dovrebbe applicarsi, in quanto regola valida per le obbligazioni alternative).

¹¹¹ Cfr. Trib. Teramo, 26 gennaio 2010, cit.

¹¹² Cfr. Cass., 19 agosto 1993, n. 8766, che rinvia a Cass., 12 ottobre 1989, n. 4081; Cass., 6 luglio 1990, n. 7109; Cass., 25 agosto 1990, n. 8717. Cass., 28 maggio 1992, n. 6406 si limita ad osservare che « l'art. 2118, 2° comma, c.c., stabilisce che "in mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte ad una indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso". Trattasi *all'evidenza* di una semplice forma di risarcimento di danni, preventivamente liquidati dalla legge, e dovuta o dal datore di lavoro o dal lavoratore inadempiente e ciò in quanto il recesso senza preavviso è illecito e comporta l'obbligo per la parte inadempiente di risarcire i danni. La retribuzione, invece, è un'attribuzione patrimoniale proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato (art. 36 Cost.) ». In realtà *l'evidenza* di cui parla la Corte non sussiste o, almeno, non sussiste nel senso che il giudice di legittimità vorrebbe. La verità, come si dice oltre nel testo, è che l'affermazione della natura risarcitoria dell'indennità è funzionale al riconoscimento della cumulabilità dell'indennità sostitutiva con l'integrazione salariale.

¹¹³ Più precisamente, secondo Cass., 28 maggio 1992, n. 6406, cit., « il Legislatore della C.I.S. ha avvertito la necessità d'intervenire, anche in fattispecie che contenevano palesi duplicazioni di dazioni incompatibili con la ratio socio-economica dell'intervento della Cassa, per sancire l'incumulabilità del trattamento della Cassa, non altrimenti raggiungibile sul piano dell'interpretazione strettamente giuridica del sistema normativo vigente (cfr. art. 8 l. n. 1118-1968 in materia di disoccupazione; art. 2 stessa legge in tema di assegni ai lavoratori anziani; art. 17 l. n. 1204/1971 in tema di tutela delle lavoratrici madri; art. 3 l. n. 464 in tema di trattamenti per malattia; art. 4 l. n. 164/1975 in tema di assistenza sanitaria; art. 17 stessa legge in tema di formazione professionale; art. 17 l. n. 155/1981 in tema di assegni ai dirigenti industriali; artt. 36 e 37 l. n. 416/1981 in tema di esodo dei

Una volta ammesso il cumulo partendo da presupposti diversi non si può poi riconoscere la natura retributiva dell'indennità, poiché altrimenti si ammetterebbe che per lo stesso periodo il lavoratore beneficia di due somme (quella dell'indennità sostitutiva del preavviso e quella dell'integrazione salariale) che hanno la medesima funzione di compensazione per la mancata retribuzione; più semplice inferire la natura risarcitoria dell'indennità.

L'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria del preavviso dovrebbe contribuire alla maggiore linearità del sistema: come detto sopra, se l'indennità è oggetto di un'obbligazione alternativa a essa va riconosciuta natura retributiva e, dunque, non vi è alcuna ragione per ammetterne la cumulabilità con l'integrazione salariale, che per il periodo corrispondente ha esattamente la stessa funzione. La verità, come bene sottolinea la dottrina, è che, tanto nella legislazione quanto nella giurisprudenza, è diffusa la tendenza a considerare l'indennità sostitutiva quale pura e semplice forma di integrazione delle competenze di fine rapporto, a prescindere da considerazioni più rigorose sul piano logico-giuridico¹¹⁴.

Un argomento a favore della cumulabilità che merita di essere analizzato si ricava dalla giurisprudenza¹¹⁵: la ragione per la quale dovrebbe ammettersi il cumulo tra integrazione salariale e indennità sostitutiva del preavviso sta nel fatto che « si verifica la stessa situazione del lavoratore che licenziato con l'indennità sostitutiva del mancato preavviso ed immediatamente rioccupatosi, può lecitamente cumulare la detta indennità e la retribuzione derivategli dal nuovo rapporto ». Anche se ormai, almeno nel pubblico impiego, si tende a escludere che l'indennità spetti ove il lavoratore si rioccupi senza soluzione di continuità¹¹⁶, l'argomento è interessante, perché l'idea della cumulabilità è riferita talora¹¹⁷ proprio all'indennità sostitutiva in rapporto a un trattamento di integrazione salariale fruito presso il secondo datore di lavoro, alle cui dipendenze il lavoratore era passato dopo la cessazione del primo rapporto.

lavoratori dell'editoria ed altre).

Ciò induce a dubitare della tesi (cfr. sentt. 24 gennaio 1987, n. 678 e n. 29 luglio 1989, n. 3556), che perviene a soluzioni diverse dalla cumulabilità dell'indennità sostitutiva del mancato preavviso col trattamento c.i.g., facendo leva su considerazioni socio-economiche, ritenute insufficienti dallo stesso legislatore, anziché giuridiche ».

¹¹⁴ Cfr. in questo senso, riferendosi alla legislazione più recente, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 428, che cita in nota U. ROMAGNOLI, in G. GHEZZI-U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, cit., in nota 138.

¹¹⁵ Si tratta del Tribunale di Sulmona confermato dalla citata Cass., 6 luglio 1990, n. 7109.

¹¹⁶ Cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 27 giugno 2006, n. 5193, cit.

¹¹⁷ Cfr. la precedente Cass., 12 ottobre 1989, n. 4081, cit.

In realtà l'argomento, che pure esercita una qualche suggestione, deve essere disatteso e le soluzioni devono necessariamente essere diverse se si consideri un trattamento di integrazione salariale fruito presso il datore recedente o presso un altro datore di lavoro.

Quando infatti il datore opta per l'indennità sostitutiva sta scegliendo, almeno sul piano materiale, di far cessare immediatamente il rapporto di lavoro; la percezione dell'integrazione salariale, peraltro quantitativamente meno favorevole per il lavoratore (costituendo una percentuale della precedente retribuzione), implica l'assenza di una scelta siffatta e va considerata in tutto equivalente al preavviso lavorato, per cui le due soluzioni sono incompatibili anche nella logica dell'efficacia reale della regola del preavviso, che non può certo implicare un diritto all'indennità sostitutiva in caso di preavviso lavorato. Se il preavviso in integrazione salariale va qualificato come preavviso lavorato (e potrebbe anzi accadere che il lavoratore sia messo in cassa integrazione ma non a zero ore, fruendo quindi in parte dell'integrazione e in parte ricevendo la normale retribuzione), come conferma la giurisprudenza favorevole al decorso del termine durante il trattamento¹¹⁸, è la stessa logica dell'istituto a impedire il cumulo con l'indennità sostitutiva¹¹⁹.

Del resto la cassa integrazione guadagni ben potrebbe essere considerata un caso nel quale la legge consente al datore una legittima *mora accipiendi* compensata sul piano economico dall'intervento pubblico¹²⁰. Al contrario, l'indennità sostitutiva del preavviso o è frutto di

¹¹⁸ Cfr. *supra* par. 5 le citate Cass., 20 novembre 1997, n. 11569 e Cass., 23 dicembre 1997, n. 12989.

¹¹⁹ Anche senza considerare che (si cita da Cass., 11 marzo 2008, n. 6428) « il lavoratore collocato a zero ore in cassa integrazione, pur se non tenuto ad una prestazione, lavorativa, è ugualmente alle dipendenze del datore di lavoro, non può dedicarsi ad altra attività lavorativa, ed è vincolato al rispetto degli obblighi di fedeltà, correttezza e buona fede nei riguardi del suo datore di lavoro (cfr. in tali sensi: Cass., 5 agosto 2004, n. 15129) »; mentre, al contrario, nessuno ha mai dubitato, neanche sostenendo l'efficacia reale della regola del preavviso, che il lavoratore che abbia percepito l'indennità sostitutiva possa iniziare una nuova attività presso altro datore di lavoro e ciò, secondo ogni logica, perché una volta intimato il licenziamento il rapporto, a seconda della teoria che si segua quanto all'efficacia della regola del preavviso, o si estingue immediatamente o si andrà comunque certamente ad estinguere al termine del preavviso. Da ogni punto di vista, dunque, sembra inappropriato il cumulo dell'indennità di preavviso con il trattamento di integrazione salariale, che è legato ad un periodo che va considerato come di preavviso lavorato. Per un riepilogo della questione nell'ambito di una completa ricostruzione degli orientamenti in tema di efficacia reale od obbligatoria (aderendo a questa seconda impostazione) cfr., negli ultimi anni, Cass., 21 maggio 2007, n. 11740, che si rifà in sostanza alla già cit. Cass., Sez. Un., n. 7914/1994.

¹²⁰ Sulla *mora accipiendi* cfr. per tutti G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965; V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992 (di cui cfr. in particolare le osservazioni a p. 59 ss. sulla cassa integrazione guadagni e gli effetti

una libera scelta del recedente (tesi dell'efficacia obbligatoria), ma allora non vi è neanche *mora accipiendi*, il rapporto si risolve e non si ha cassa integrazione, oppure (tesi dell'efficacia reale) ha natura risarcitoria di un illecito impedimento al godimento del preavviso lavorato, che però manca del tutto nel caso dell'integrazione salariale, nel quale non vi è illecito alcuno.

Infine, dall'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola e dal conseguente riconoscimento della natura retributiva dell'indennità sostitutiva del preavviso dovrebbero discendere anche, su questioni minori, una serie di conclusioni apprezzabili dal punto di vista della coerenza del sistema. Così la natura retributiva dell'indennità implicherebbe la sua inclusione nella base imponibile ai fini fiscali (di cui agli artt. 6, 46 e 48 del d.p.r. n. 917/1986)¹²¹ e ai fini contributivi (secondo il regime risultante dall'art. 12, l. n. 153/1969, come novellato dall'art. 6, 1° comma, d. lgs. n. 314/1997)¹²², affermazioni più difficilmente armonizzabili con la natura meramente risarcitoria dell'indennità sostitutiva, che dovrebbe a rigore derivare dall'attribuzione di efficacia reale alla regola del preavviso. Ma, nonostante il riconoscimento della sua natura retributivo-indennitaria, la giurisprudenza più recente, nell'accogliere l'idea della natura obbligatoria della regola del preavviso, nega che l'indennità sostitutiva possa essere computata ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto, delle mensilità supplementari e delle ferie¹²³, poiché con il suo pagamento il rapporto si estingue.

del provvedimento amministrativo di ammissione al trattamento). Più in generale sulla cooperazione del datore di lavoro all'adempimento cfr. E. BALLETTI, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990.

¹²¹ Cfr. in questo senso già Cass., 29 marzo 2004, n. 6252.

¹²² Cfr. Cass., 16 febbraio 2004, n. 2931.

¹²³ Cfr. nel senso di cui nel testo Cass., 4 novembre 2010, n. 22443, secondo la quale « l'efficacia obbligatoria del preavviso, implicando l'estinzione immediata del rapporto con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva, comporta che tale indennità non rientra nella base di calcolo delle mensilità supplementari, delle ferie e del trattamento di fine rapporto spettante al lavoratore dimissionario, non riferendosi ad un periodo lavorato dal dipendente »; negli stessi termini anche Cass., 5 ottobre 2009, n. 21216. In senso favorevole alla computabilità per il calcolo del trattamento di fine rapporto cfr. invece, in precedenza, Cass., 22 febbraio 1993, n. 2114, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 244 con nota di SBROCCA, tra l'altro con motivazione che pare condivisibile anche oggi: « l'indennità sostitutiva del preavviso rientra nella retribuzione computabile, ai sensi dell'art. 2120 c.c. (nel testo di cui alla legge n. 297 del 1982), ai fini del trattamento di fine rapporto, trattandosi di somma corrisposta in dipendenza del rapporto di lavoro per effetto di vicenda attinente all'aspetto istituzionale del rapporto stesso, mentre – a fronte della sua derivazione causale di tale rapporto – è irrilevante che essa non costituisca corrispettivo di un'effettiva prestazione di lavoro ». Nello stesso senso, Cass., 21 marzo 1990, n. 2328, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2065 con nota di M. MARIANI.

7. Il preavviso nella riforma Fornero. Prime note.

La recente legge 92/2012 (cd. Riforma Fornero) ha inciso anche sull'istituto del preavviso, destando qualche perplessità. La norma chiave è il comma 41 dell'art. 1, secondo il quale « il licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare di cui all'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, oppure all'esito del procedimento di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come sostituito dal comma 40 del presente articolo, produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva ».

Il comma 41 dell'art. 1, nel sancire la retroattività degli effetti del licenziamento al momento dell'avvio del procedimento (disciplinare o di licenziamento per motivo oggettivo), fa dunque salvo il preavviso. Qui è prospettabile qualche dubbio: la formula si riferisce al diritto al preavviso, ma questo periodo benchè lavorato diventa estraneo al rapporto di lavoro? Questa soluzione, che estremizzerebbe gli effetti dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale sull'efficacia obbligatoria del preavviso di licenziamento¹²⁴, sembra non sostenibile, anche perchè nell'impianto normativo è evidente che il periodo di preavviso è a tutti gli effetti considerato parte del rapporto di lavoro. Conferma esplicita della invarianza della natura del rapporto durante il preavviso si rinviene del resto anche nelle norme relative all'apprendistato. L'art. 1, comma 16 della legge alla lettera b) statuisce espressamente che « nel periodo di preavviso continua a trovare applicazione la disciplina del contratto di apprendistato ».

Sembra dunque ragionevole ritenere che, quando al lavoratore spetti il preavviso, gli effetti del licenziamento debbano slittare alla fine del periodo di preavviso, salvo ovviamente il caso in cui sia corrisposta l'indennità sostitutiva. Certo la soluzione proposta potrebbe apparire in contrasto con il dettato normativo, ma si tratta in realtà di risolvere la potenziale contraddizione insita in quest'ultimo, laddove da un lato dispone l'efficacia retroattiva del licenziamento al momento dell'avvio della procedura e dall'altro fa salvo il diritto al preavviso. La diversa interpretazione, che condurrebbe a negare la sussistenza del rapporto di lavoro pur in caso di diritto al preavviso e di svolgimento dell'attività lavorativa durante il periodo di preavviso si scontra con il rilievo che è lo

¹²⁴ Di cui si è ampiamente detto *retro*, ai paragrafi 3 e ss. Da ultimo, confermano l'orientamento in parola, che sembra ormai potersi dire graniticamente consolidato, Cass., 27 settembre 2012, n. 16449, Cass., 16 agosto 2012, n. 14529, Cass., 3 luglio 2012, n. 11086 e Cass., 7 giugno 2012, n. 9195; in precedenza, tra le tante, v. Cass., 4 novembre 2010, n. 22443 e Cass., 21 maggio 2007, n. 11740, entrambe già cit.

stesso legislatore della riforma ad affermare la sospensione del rapporto, e dunque degli effetti del licenziamento, in caso di infortunio o nelle ipotesi previste dalla legislazione di tutela della genitorialità. Il che, all'evidenza, prova che quando sussiste diritto al preavviso gli effetti del licenziamento non retroagiscono affatto all'inizio della procedura, come pure afferma il legislatore.

Quanto alla nuova procedura prevista per il caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo introdotta dal comma 40 dell'art. 1, la previsione della retroattività degli effetti del licenziamento non sembra comporti problemi, a parte quello già segnalato per il preavviso. Del resto è la stessa ultima parte del comma 41 ad affermare che « il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato »¹²⁵. Il che conferma che gli effetti del licenziamento in realtà non retroagiscono.

Sul diverso piano di una valutazione di politica del diritto l'opzione del legislatore fa ricadere sul lavoratore il costo della procedura, dato che il tempo per il suo svolgimento si computa nel periodo di preavviso cui il lavoratore ha diritto, con l'effetto di anticipare gli effetti del licenziamento rispetto alla fine della procedura per lavoratori che abbiano diritto a un breve periodo di preavviso. Le osservazioni critiche di parte della dottrina sul punto paiono condivisibili¹²⁶. Tuttavia va considerato che l'introduzione di una procedura anche per il licenziamento individuale per motivi economici rappresenta un ulteriore aggravio per il datore di lavoro rispetto all'assetto normativo ante riforma, per cui questa opzione sembra frutto di compromesso politico o, comunque, dell'esigenza di distribuire gli oneri dell'innovazione su ambedue le parti del rapporto.

Secondo una parte della dottrina¹²⁷ la soluzione adottata dal legislatore sarebbe incostituzionale perché lesiva del diritto alla difesa, almeno per quanto concerne il licenziamento disciplinare, e violerebbe la

¹²⁵ La medesima regola vale anche in tema di dimissioni: i sette giorni previsti dal comma 19 dell'art. 1 « possono sovrapporsi con il periodo di preavviso » (così il comma 21 dello stesso articolo 1).

¹²⁶ In questi termini cfr. F. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in M. FEZZI - F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, I quaderni di Wikilabour, CGIL Lombardia - Milano, p. 108.

¹²⁷ Secondo G. SOZZI, *Il licenziamento disciplinare*, in M. FEZZI - F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, I quaderni di Wikilabour, CGIL Lombardia - Milano, p. 108, « la previsione di retroattività degli effetti del licenziamento costituisce una autentica aberrazione giuridica: perché contrasta con la procedura disciplinare (per la cui valenza costituzionale si rimanda alle considerazioni sopra espresse); perché contrasta con la regola fondamentale degli atti unilaterali (ché tale è il licenziamento) secondo cui gli effetti si producano nel momento in cui l'atto perviene nella sfera di conoscenza del destinatario. La regola introdotta dalla legge 92/2012 (il cosiddetto "comma 41") stravolge questi fondamentali principi giuridici e appare viziata di incostituzionalità ».

regola generale per cui gli atti unilaterali producono effetti nel momento in cui vengono a conoscenza del destinatario.

In realtà il diritto alla difesa non viene necessariamente leso per il fatto che al termine della procedura il licenziamento retroagirà al momento della contestazione: il lavoratore, infatti, ha avuto tempo e modo di difendersi nel corso della procedura. Inoltre va considerato che il problema, secondo la lettura preferibile, si porrà solo per il licenziamento senza preavviso. Per quello con preavviso, come si è detto, sembra che l'effetto retroattivo sia comunque da escludere.

Quanto alla regola generale per cui gli atti unilaterali producono effetti nel momento in cui vengono a conoscenza del destinatario sembra a chi scrive che essa risponde all'esigenza di evitare il prodursi di qualsivoglia effetto nella sfera giuridica di un soggetto ignaro. La qual cosa nella fattispecie in esame non si verifica, dal momento che l'effetto retroattivo si produce solo una volta che il destinatario sia venuto a conoscenza dell'atto di licenziamento.

Novità di rilievo sta nella disciplina della sospensione degli effetti del licenziamento, e quindi del preavviso, disposta dal comma 41. La norma prevede che « è fatto salvo, in ogni caso, l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità », nonché « in caso di impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro ». Come si vede il legislatore esclude l'effetto sospensivo della malattia, spesso utilizzata dal lavoratore durante il periodo di preavviso come *escamotage* dilatorio per paralizzare gli effetti del licenziamento. Una soluzione, dettata da esigenze pratiche¹²⁸, che incide su un caposaldo della materia: per questa ragione sorprende la formulazione "indiretta" della norma, che potrebbe anche essere interpretata nel senso di escludere l'effetto sospensivo della malattia non solo quando questa intervenga dopo l'avvio della procedura che conduce al licenziamento, ma anche quando lo stato patologico sia già in essere al momento dell'avvio della procedura. Una siffatta esegesi della norma non sembra condivisibile, soprattutto perché la rimozione dell'effetto sospensivo connaturato alla malattia è frutto dell'esigenza di evitare malattie fraudolente e tali non potrebbero essere (almeno in linea di massima) quelle insorte prima dell'inizio della procedura¹²⁹. Inoltre,

¹²⁸ Parte della dottrina ha evidenziato che l'innovazione è opportuna per contrastare pratiche fraudolente: cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, p. 64 e G. PELLACANI, *Le modifiche alla l. 15 luglio 1966, n. 604*, in ID. (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, p. 229, che comunque sembra propendere, condivisibilmente, per l'assimilazione della malattia professionale all'infortunio, preservandone così l'effetto sospensivo.

¹²⁹ Per questa ragione si interpreta il riferimento in negativo (cioè per differenza rispetto a infortunio e alle altre ipotesi di cui al TU 151/2001) come alla malattia insorta dopo l'inizio

consentire il licenziamento del lavoratore malato urterebbe contro valori costituzionali, demolirebbe l'istituto del contratto e complicherebbe notevolmente l'accertamento della giustificazione del licenziamento, che potrebbe facilmente essere inquinato dal sospetto che il recesso sia motivato proprio dalla malattia. Un effetto, quest'ultimo, particolarmente grave se si tiene conto del fatto che la malattia non rientra tra le cause di discriminazione sanzionate dalla legislazione nazionale ed europea¹³⁰. Il lavoratore malato si troverebbe di fronte a un vuoto di tutela, non potendo appellarsi né alle norme in materia di malattia, né a quelle in materia di discriminazione.

Anche il riferimento all'effetto sospensivo « disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità » desta qualche perplessità. Una parte della dottrina ha osservato che questa sospensione non risulta rispettosa « dei principi giuridici fissati dalla Corte Costituzionale che, con sentenza n. 61 dell'8 febbraio 1991, aveva a suo tempo abrogato l'art. 2 della L. 30.12.1971 n. 1204 "nella parte in cui prevede la temporanea inefficacia anziché la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e maternità" »¹³¹. È vero tuttavia che la Corte si riferiva appunto alla sola gestazione e maternità e che il d.lgs. 151/01 ha contenuto più ampio, non ristretto a questa sola fattispecie. Per salvare la norma da una sicura censura di illegittimità costituzionale si dovrebbe quindi ritenere intatta la nullità del licenziamento della donna in gravidanza o in maternità o del padre che stia godendo di congedo fino al primo anno di vita del bambino (per il quale anche il TU sancisce la nullità: cfr. art 54, comma 7 d.lgs. 151/01) e riferire invece l'effetto sospensivo al godimento dei congedi parentali. Per questi ultimi, infatti, il comma 6 dell'art. 54 del d.lgs. 151/01 stabilisce che « è altresì nullo il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del

della procedura: quella precedente conserva ad avviso di chi scrive la normale efficacia sospensiva del rapporto e, quindi, anche del licenziamento nei casi previsti dalla legge.

¹³⁰ In questo senso, cfr. C. giust., Grande sez., 11 luglio 2006, C-13/05, *SCN c. Euresit Colectividades SA*, *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 1, p. 217 (con nota di M. VIZIOLI), che distingue tra discriminazione per handicap (tutelata) e discriminazione per malattia (non tutelata); Trib. Milano 25 febbraio 2008, *NA c. BHV Bausparkasse*, in *Lav. Giur.*, 2008, 8, p. 850.

¹³¹ Così M. FREDIANI, *Decorrenza ed effetti sospensivi del licenziamento*, in F. CARINCI - M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, suppl. a *Dir. Prat. Lav.* n. 33/2012, p. 83. Secondo D. BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, ivi, p. 16 « non è facile capire in che cosa consista "l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità". Infatti nel D.Lgs n. 151/2001 non c'è traccia di norme che ricolleghino alla gravidanza un effetto sospensivo. Sul licenziamento semmai l'effetto prodotto è la nullità ».

lavoratore ». La norma commina quindi la nullità solo al licenziamento determinato dalla domanda o fruizione del congedo, non a quello che trovi il lavoratore in costanza di fruizione dello stesso: il recesso datoriale è dunque valido se giustificato da ragioni non attinenti al congedo, ma vede i suoi effetti sospesi fino al termine di quest'ultimo.

Altra questione è quella del momento in cui devono sussistere gli eventi sospensivi per essere rilevanti. In altri termini, eventi quali la gravidanza paralizzano il licenziamento anche se sono intervenuti dopo l'avvio della relativa procedura e dopo che quindi il lavoratore è venuto a conoscenza dell'intenzione datoriale? Probabilmente è proprio per far fronte a questo inconveniente che nel comma 41 si è stabilita la retroattività del licenziamento al momento dell'avvio della procedura. Quindi la gravidanza intervenuta dopo la comunicazione che dà inizio al tentativo di conciliazione non dovrebbe incidere sulla validità del licenziamento, anche se in atto nel momento in cui è intimato¹³². Tuttavia questa soluzione si scontra con i rilievi sopra esposti riguardo al preavviso: se questo è salvo, in realtà il licenziamento non retroagisce affatto e, dunque, essendo il rapporto di lavoro in vita, nonostante la volontà politica del legislatore non è possibile sostenere sul piano giuridico che questi eventi sospensivi non incidano se intervenuti durante il periodo di preavviso lavorato.

La differenza dovrebbe dunque stare in ciò che il licenziamento portato a conoscenza della lavoratrice in gravidanza è nullo, mentre quello di cui la lavoratrice viene a conoscenza quando non è in gravidanza, ma che dovrebbe operare al termine del periodo di preavviso colpendo una lavoratrice che è ormai in gravidanza o in maternità è invece valido, sia pure con effetti differiti al termine del periodo di preavviso, sospeso per la maternità. La soluzione è senza dubbio farraginosa, ma allo stato sembra l'unica possibile.

Nessun problema si pone invece in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva, dato l'orientamento consolidato in tema di efficacia obbligatoria della regola del preavviso: in tal caso il rapporto si estingue senza dubbio retroattivamente come vuole il dettato legislativo.

Nel complesso dalla lettura di queste disposizioni esce confermata l'impressione che la produzione legislativa nei settori "caldi" sia spesso di dubbia qualità: l'esigenza del compromesso politico prevale su quella di costruire un sistema normativo coerente. La sorte di molte innovazioni, in ogni modo, dipenderà da pronunce della Corte costituzionale, che, si crede, non tarderà a essere sollecitata, e dagli interventi della

¹³² Così D. BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, cit., p. 15.

giurisprudenza, che, specie di fronte a un testo così articolato e confuso, giocheranno un ruolo fondamentale.