

La vicenda giuridica della c.d. efficacia reale del preavviso di recesso. (tratto da Lavoro e previdenza oggi n. 12/2004)

Autore: Viceconte Massimo

In: Diritto del lavoro

Sommario:

1.

Lo scenario attuale

2.

Le posizioni della dottrina

3.

Una nuova o una vecchia tendenza?

4.

Riflessioni

La sentenza del Tribunale di Genova, (pubblicata in questo stesso fascicolo nella rubrica “Giurisprudenza” a pagina 2029 e) da cui prendiamo spunto per la seguente disamina, si discosta dall’orientamento dominante che attribuisce efficacia reale al preavviso di recesso, nel senso che, ove prescritto da legge, anche se sostituito, come sovente avviene, dall’indennità di mancato preavviso dispiega ugualmente il suo effetto per tutta la durata prevista, con la conseguenza, oltre che dell’utile decorrenza del periodo ai fini dell’anzianità di servizio, anche dell’efficacia degli eventi che nel predetto periodo avessero a verificarsi e della loro incidenza sul rapporto di lavoro.

È opportuno ricordare che recesso e preavviso di recesso rappresentano due atti autonomi e tra loro indipendenti per cui può esserci recesso accompagnato da preavviso e recesso senza preavviso.

1.

Lo scenario attuale

Allo stato attuale, nella casistica, l’interprete individua alcune ipotesi concrete o, come suol dirsi, fattispecie, cui l’operatore giuridico deve guardare:

1. recesso cominato dando il preavviso nella misura prevista dai CCNL: il rapporto cessa allo scadere del periodo di preavviso;
2. recesso cominato senza dare il preavviso ma corrispondendo l’indennità sostitutiva del preavviso: il rapporto cessa ugualmente allo scadere del periodo per cui sarebbe durato il preavviso;

3. recesso comminato senza dare preavviso ma corrispondendo l'indennità sostitutiva del preavviso, questa volta in presenza di un consenso anche tacito delle parti, che può ravvisarsi nella corresponsione dell'indennità da parte del datore e nell'accettazione della stessa senza riserve da parte del lavoratore (c.d. comportamenti concludenti): il rapporto cessa all'intimazione del recesso;

4. recesso comminato senza dare preavviso ma corrispondendo l'indennità sostitutiva del preavviso, in conformità di clausola del contratto collettivo che preveda tale ipotesi: il rapporto cessa all'intimazione del recesso¹.

Per poco che si conosca lo svolgimento dei fatti nella realtà, per lo più, al lavoratore, colto di sorpresa dall'intimazione del licenziamento, non resta che accettare l'indennità sostitutiva offertagli, che gli consente di avere mezzi immediati per sé e la famiglia, senza accampare riserve, vuoi perché non preparato e non sempre assistito, vuoi perché non conscio dei possibili vantaggi, vuoi perché il suo principale problema in quel momento non è dato dalle opportunità del preavviso ma dal venir meno del posto di lavoro :in tal guisa l'efficacia reale del preavviso è già divenuta efficacia obbligatoria di fatto.

La norma in oggetto, circoscritta nel tempo ai casi residuali di recesso ad nutum e d ai casi di recesso per giustificato motivo soggettivo e oggettivo, nonché ai casi di licenziamenti collettivi, è contenuta nell'articolo 2118 del codice civile e ha il suo antecedente negli articoli 9 e 10 del regio decreto-legge 13 novembre 1924, n. 1825.

La sua interpretazione ha subito una evoluzione nel tempo soprattutto ad opera nella giurisprudenza, venendosi, dall'indistinta disposizione, a distinguersi e a differenziarsi una sotto-casistica, il cui punto d'arrivo è quello descritto nelle quattro ipotesi sù elencate.

2.

Le posizioni della dottrina

La dottrina (salvo qualche eccezione) invece, dopo un primo periodo di indecisione², ha preso decisamente la via autorevolmente tracciata da Federico Mancini³. Tale evoluzione interpretativa è da ascrivere al più ampio scenario dell'affermarsi del principio del favor del lavoratore subordinato, che arriverà a permeare di sé l'intero ordinamento del lavoro, e di tale clima risente. La dottrina successiva, per un comportamento per così dire tralaticio ha accettato la costruzione proposta dal Mancini e, sia pure con sensibilità diverse, l'ha seguita.

La tecnica interpretativa di un istituto giuridico fa riferimento e perno, oltre che ovviamente sulla lettera della legge e sugli altri strumenti tipici, su due elementi essenziali la natura e la ratio dello stesso.

Per quanto riguarda la nostra norma possiamo pertanto analiticamente descrivere gli elementi essenziali, come visti dai vari Autori.

Circa la ratio: «la ratio della norma appare chiara: l'interruzione ex abrupto del rapporto può causare danni più o meno gravi alla controparte... Il legislatore...ha inteso condizionare l'attribuzione del potere unilaterale di scioglimento del vincolo, imponendo a chi lo esercita di evitare, almeno parzialmente, conseguenze dannose nella sfera giuridica dell'altra parte» (Ghera)⁴; «a tutela della parte che subisce il recesso, e deve perciò cercare un altro contraente è previsto l'obbligo del preavviso» (Vallebona)⁵; «il preavviso assolve alla funzione di dare tempestiva notizia della data di cessazione del rapporto al lavoratore, onde consentirgli di mettersi alla ricerca di una nuova occupazione e/o riorganizzare la sua vita nella imminenza di un evento traumatico come la perdita del posto di lavoro e della retribuzione» (Scognamiglio)⁶; «l'istituto in esame è... volto alla tutela della parte, nei confronti della quale si fa valere il recesso, al fine di ridurre le conseguenze dannose dello stesso» (Galantino)⁷.

Sulla natura del preavviso si è parlato: di "condizione di liceità del recesso" (Santoro Passarelli)⁸; della funzione di «porre un termine iniziale e sospensivo di efficacia al negozio di recesso», concezione che viene peraltro vista come punto di arrivo di una evoluzione storica per la quale l'originaria concezione che prevedeva due atti (preavviso e recesso) per porre termine al rapporto viene modificata più propriamente in modo che l'atto che pone termine al rapporto viene qualificato come recesso mentre il preavviso assume la caratteristica di «modalità diretta a differirne gli effetti» (Mancini)⁹; della tesi per cui «il preavviso non è oggetto di un semplice obbligo accessorio al potere di recedere, bensì un elemento costitutivo del medesimo. Come tale inerisce alla struttura legale del recesso sub specie di un meccanismo destinato a regolare il tempo di produzione dell'efficacia estintiva che gli è propria, volente o nolente il suo autore» (Ghezzi-Romagnoli)¹⁰; ma anche, e per contrapposto, la tesi in base alla quale «il preavviso... non condiziona l'efficacia estintiva del recesso, e non ha quindi efficacia c.d. reale "ma costituisce unicamente un obbligo accessorio al recesso, dalla cui violazione deriva una responsabilità contrattuale a carico del recedente, le cui conseguenze sono espressamente regolate"» (Tribunale di Napoli 26 luglio 1997)¹¹; infine della concezione che lo vede come una delle due prestazioni di un'obbligazione alternativa (Riva Sanseverino e la sentenza del Tribunale di Genova 23 agosto 2004, Giudice Gelonesi, che si commenta ma soprattutto vedi la recente Cass. 19 gennaio 2004, n. 741)¹², per la quale concezione, secondo il principio romanistico, "duae res, vel plures sunt in obligatione: una autem in solutione" [per quanto a noi, soprattutto con riguardo alla lettera della legge, sembrerebbe più propriamente un'"obbligazione facoltativa" dove "una sola è l'obbligazione prevista, e l'obbligazione è pertanto semplice, ma il debitore si può liberare compiendo altra prestazione: una res in obligatione, duae autem in facultate solutionis]¹³.

Quanto all'indennità sostitutiva del preavviso, specularmente, è stata considerata, l'altra possibile prestazione dell'obbligazione alternativa, la sanzione patrimoniale dell'illecito commesso dal datore

(Ghezzi-Romagnoli)¹⁴; «un arrotondamento economico delle spettanze del lavoratore» (così ancora Ghezzi-Romagnoli¹⁵ che vedono «i segni di un silenzioso congedo che si sta consumando tra l'indennità sostitutiva del preavviso e la sua originaria funzione di risarcire i danni derivanti da una brusca e improvvisa rottura unilaterale del rapporto» e così pure Pera¹⁶).

Dalla nozione presupposta consegue la ricaduta dell'efficacia reale, ricordiamo per tutti: «insomma, poiché il preavviso fissa il termine di durata di un rapporto che ab initio ne era sprovvisto, quest'ultimo deve poter continuare inalterato almeno sul piano degli effetti giuridici, fino alla scadenza» (Ghezzi-Romagnoli)¹⁷.

Circa i benefici dell'efficacia reale per il lavoratore ricordiamo, ad esempio: a) l'efficacia della sopravvenuta causa di sospensione della prestazione (malattia) con inibizione dell'effetto risolutivo del licenziamento; b) la possibilità di compiere l'opzione per il differimento del pensionamento con conseguente differimento degli effetti del licenziamento; c) la possibilità del lavoratore di accedere al posto di lavoro per conferire con un rappresentante sindacale o partecipare a un'assemblea, o per esprimere il voto in un referendum indetto dalle organizzazioni sindacali¹⁸.

3.

Una nuova o una vecchia tendenza?

A seguito della crisi industriale della fine degli anni '80 e dell'inizio degli anni '90, cambiato il clima generale e la stessa visione dell'ordinamento del lavoro, ridisegnato e ridimensionato il favor del lavoratore subordinato (introduzione e riconoscimento della validità degli accordi peggiorativi, attenuazione delle tutele in genere, rivalutazione in particolare della volontà delle parti nel contratto) ci pare di scorgere un addensarsi statistico, gaussiano, delle sentenze che o richiamandosi al meccanismo del consenso delle parti, anche per fatti concludenti (Cass 22 luglio 1987, n. 6397, Orient. giur. lav., 1987, 1080; Cass. 30 luglio 1987, n. 6620 in Sett. giur., 1988, II, 369; Cass 6 agosto 1987, n. 6769 in Riv. it. dir. lav., 1988, II, 276; Cass 12 agosto 1987, n. 6903, in Giust. civ. Mass., 8-9, 1987; Cass.13 dicembre 1988, n. 6798, Giur. it., 1989 I, 1, 1890), o richiamandosi alla rinuncia del lavoratore (Cass. 23 gennaio 1987, n. 669) o semplicemente col ritorno all'originaria concezione dell' obbligazione alternativa (Cass.10 febbraio 1989, n. 831) mirano a contenere l'efficacia reale del preavviso con la conseguenza dell'estinzione immediata del rapporto all'intimazione del recesso¹⁹.

Tali orientamenti consentono anche di superare il problema della distinzione e dell'interferenza tra le

problematiche attinenti alla derogabilità del preavviso e quelle attinenti all'efficacia reale dello stesso, che si collocano sì su piani differenti ma sicuramente intersecantisi²⁰.

4.

Riflessioni

Le diverse interpretazioni succedutesi nel tempo e/o l'evoluzione dell'istituto può portarci a fare alcune considerazioni conclusive di carattere generale ma che troverebbero una conferma nella fattispecie analizzata.

Sul contenuto e sull'interpretazione della norma di legge si sono versati fiumi di inchiostro e si sono elaborati complessi sistemi.

Vediamo spesso che, utilizzando lo stesso armamentario, gli operatori giuridici pervengono a risultati assai diversi e, a volte, contrastanti. Ci domandiamo quindi se vi sia una sola ed unica interpretazione della norma o se ve ne possano essere più di una.

La teoria dell'interpretazione storico-evolutiva ha portato alla conclusione che, nel tempo, mutando anche l'ordinamento a causa dell'ingresso di nuove norme, anche a fronte di nuove esigenze sociali la norma può assumere significati diversi, reagendo e intereagendo con le altre norme ed il complesso del sistema nonché colle stesse nuove esigenze della società²¹.

Non sono mancati recenti studi, con approcci diversi, sul perché, di fronte a un caso, si decida in un certo modo piuttosto che in un altro. A proposito si parla, da parte di questa recente visione del metodo giuridico, di una «teoria della prassi dell'applicazione del diritto», che ha sì un sapore fortemente sociologico ma che risulta utile anche al giurista là dove contribuisce a fare «riconoscere il motivo per cui ci si era serviti di alcuni e non di altri punti di vista interpretativi». Le conclusioni di tali riflessioni, che valgono, forse, a farci comprendere le diverse soluzioni che vengono presentate nel tempo ma anche nello stesso tempo, anche riguardo alla interpretazione della nostra norma, possono riassumersi nella considerazione per cui «ogni applicazione del diritto esige una “comprensione” che dipende da chi la applica, ma non già dalla sua individualità, e non può essere puramente soggettiva, dovendo piuttosto rispecchiare quella dell'ambiente cui si dirige, nella misura in cui deve rendere convincente o almeno accettabile la decisione come formulazione del diritto oggettivo. L'attività dell'interprete si svolge dunque rispetto ad “orizzonti”, o aree di attesa che non si esauriscono nelle attese individuali di chi è

personalmente e direttamente coinvolto nella decisione da assumere, e si muove verso la ricerca di un generale consenso, [per noi la visione accettata in quel momento dall'insieme degli operatori del diritto del lavoro, n.d.A.] da ottenere mediante una "ragionevole" decisione»²².

NOTE

1. Vedasi Cassazione 7 settembre 1981 n.5054 in Mass. giur. lav., 1982, 47.

2. L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, ed. Utet, Torino, 1960, 555: «Si è rilevato come la denuncia unilaterale non estingue senz'altro il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ma si limiti a stabilire un termine alla fine del quale il rapporto verrà automaticamente ad estinguersi, e durante il quale esso prosegue secondo l'ordinamento generalmente stabilito. Ora, a questa situazione, il nostro ordinamento ha ammesso una deroga, che trova la sua giustificazione nel fatto, sia che il periodo di preavviso non sempre rappresenta qualche cosa di imprescindibile per il contraente destinatario della denuncia, sia, e soprattutto, che la situazione creatasi tra imprenditore e prestatore di lavoro, in seguito alla denuncia di uno di essi, può rendere particolarmente difficile la prosecuzione anche temporanea, del rapporto. Il legislatore ha quindi ammesso che il periodo di preavviso venga sostituito da una apposita indennità... L'indennità di mancato preavviso, o più semplicemente, di preavviso viene pertanto a funzionare come condizione di liceità della denuncia unilaterale con effetto immediato: più precisamente il legislatore... ha configurato tale indennità come oggetto di un'obbligazione alternativa.». Nella successiva opera dello stesso Autore, L. RIVA SANSEVERINO, *Disciplina delle Attività professionali, Impresa in generale*, in *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca - Libro Quinto - Del lavoro ed. Zanichelli*, Bologna, 1977, 559, si ri-

leva che «la natura risarcitoria dell'indennità in esame (indennità di preavviso, n.d.A.) viene ripetutamente messa in rilievo in base all'accennato presupposto dell'efficacia reale propria alle disposizioni sul preavviso.». Vedi sul punto MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962 319, nota 247.

3. Vediamo la costruzione giuridica di Mancini che tanta influenza ha avuto. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso ordinario*, cit., 311 e segg.: «resta, infatti, da chiedersi come operino [i limiti temporali posti al recesso ordinario attraverso l'imposizione dell'obbligo del preavviso], in quali modi si realizzi la loro funzione sospensiva dell'efficacia dell'atto... La dottrina tedesca e, in parte, quella italiana... si sono poste da tempo tali domande e hanno isolato due modi di cui la legge si vale per

“limitare” il recesso... Nel primo caso - al cui riguardo si parla di “efficacia reale” della norma che prevede il limite - il potere di recesso è da quest’ultimo qualificato nella sua essenza, non è, per così dire, concepibile senza di esso, onde prescindere all’atto di dichiarare la propria volontà di estinzione, significa esercitare non già quel potere, ma un potere diverso che al dichiarante non è attribuito: ovvio, pertanto, che al relativo negozio si applichi la sanzione di nullità o, sussistendone i presupposti, il trattamento sostitutivo dell’articolo 1339, col risultato di sospendere l’efficacia per tutto il periodo previsto dalla clausola (di preavviso, stabilità, ecc.) che in esso automaticamente si inserisce. Tutto all’opposto, per contro, nella seconda ipotesi in cui la norma istitutiva del limite ha mera efficacia obbligatoria: dal limite, invero, il potere di recesso è ora pienamente autonomo, così che se lo si esercita in tronco il negozio è valido e subito efficace, mentre al suo autore s’impone solo l’obbligo di indennizzare la controparte per il danno causatole dalla intempestiva cessazione.». E più avanti l’Autore prosegue: «V’è una ipotesi... in cui stabilire quale strada abbia scelto il legislatore ha fondamentale importanza nonché teorica, pratica: esso è il caso del rapporto di lavoro con particolare riguardo al preavviso che si collega col negozio di licenziamento. Il motivo principale... può sintetizzarsi osservando come dalla prosecuzione di quello il prestatore abbia per solito tutto da guadagnare... È vero... che perpetuandosi il rapporto, verrà differito il dies a quo del termine per l’impugnazione delle rinunce e delle transazioni (articolo 2113), e che al prestatore si applicheranno tutti i favorevoli effetti derivanti sia dalla maggiore anzianità così conseguita, sia dall’eventuale sopravvenienza di leggi e di contratti collettivi sia, infine, dal verificarsi di eventi il cui rischio è trasferito sul datore di lavoro. Vantaggi dunque non indifferenti: vantaggi peraltro, di cui il prestatore godrà con sicurezza solo se la sospensione dell’efficacia del recesso si imponga alla controparte in forma più drastica che non sia quella dell’obbligo, poiché in caso contrario - ed è qui il punto - che egli ne goda o non ne goda starà all’arbitrio della controparte, dipenderà dalla scelta cui essa addivenga tra adempimento dell’obbligo e sua violazione». Meno convincente ci pare invece l’Autore laddove, da tutt’altro profilo, arriva a concludere-

re dopo una lunga disamina, vedasi F. MANCINI, op. cit., 334: «Siamo giunti così al termine della nostra ricerca e il risultato che avevamo di mira può dirsi ormai conseguito: risalendo la scala discesa fin qui, appare infatti evidente che, se l’indennità dell’articolo 2118, c.p.v., è dovuta dal solo datore, diviene legittimo individuarvi un’applicazione dei principi che reggono il risarcimento per mora accipiendi nel rapporto di lavoro; e se è dimostrato che il licenziamento senza preavviso configura un’ipotesi di mora accipiendi, sembra pure inevitabile concludere che, nel medesimo rapporto, la regola del preavviso ha efficacia reale.».

Con sfumature formalmente diverse ma sostanzialmente coincidenti si esprime G. GHEZZI ne *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano 1965, 154 segg.: «Pare ormai acquisito... il rilievo secondo il quale la funzione del preavviso... consiste... nell’incidere iure, cioè in modo diretto ed immediato, sul potere di sciogliere unilateralmente il rapporto giuridico, apponendo al negozio di recesso, un termine iniziale e sospensivo di efficacia» e ancora che: «... se il preavviso differisce gli effetti estintivi del recesso fino al decorso di un certo periodo..., ciò significa che il rapporto giuridico non si estingue, ma, al contrario, sopravvive e perdura sinché il termine finale non venga raggiunto» e infine che «... l’articolo 2118, comma 2, con puntuale rispondenza al principio generale enunciato dall’ultimo comma dell’articolo 6 del regio

decreto [n. 1824] del 1924, obbliga [il datore di lavoro] a corrispondere al lavoratore, le cui operae sono state illegittimamente rifiutate durante il periodo in parola, il lucro cessante integrale, senza che si possa operare deduzione di sorta» e successivamente, a pagina 265: «... la mora accipiendi..., se il contratto è a tempo indeterminato, non può spiegare effetti oltre il dies ad quem del periodo di preavviso...» e quindi, diciamo noi, può spiegare effetti all'interno di tale termine.

4. E. GHERA, Diritto del lavoro, ed. Cacucci, Bari, 1997, 253.

5. A. VALLEBONA, Istituzioni di diritto del lavoro(II), Il rapporto di lavoro, ed. Giappichelli, Torino, 1999, 252.

6. R. SCOGNAMIGLIO, Diritto del lavoro, ed. Jovene, Napoli, 1990, 466.

7. L. GALANTINO, Diritto del lavoro, ed. Giappichelli, Torino, 2000, 401.

8. F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, ed. Jovene, Napoli, 1983, 246.

9. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso ordinario*, cit., 1962, passim, vedasi anche O. MAZZOTTA, *I licenziamenti*, Commentario, ed. Giuffrè, Milano, 1992, 27 segg.

10. G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, ed. Zanichelli, Bologna, 1995, 330.

11. In Riv. it. dir. lav., 1998, II, 573, con nota di M. COVI.

12. L. RIVA SANSEVERINO vedasi sopra (nota 1). Cassazione 19 gennaio 2004, n. 741, in Mass. giur. lav., 8/9, 2004, 601 segg., con nota di S. BRUZZONE, sul punto pagina 603, che nella motivazione così enuncia: «non è vero infatti che, in caso di recesso ad nutum, per addivenire alla cessazione immediata del rapporto, sia necessario il consenso del contraente non recedente. Non si dubita invero della efficacia c.d. reale del preavviso, ove nel relativo periodo si presti l'attività lavorativa: in tal caso restano fermi i diritti e gli obblighi facenti capo alle parti. Viceversa, nel caso in cui una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, al-

trattanto immediatamente il rapporto si risolve, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva, Infatti l'articolo 1218 c.c. non fa cenno alla necessità del consenso della parte non recedente».

13. A. TORRENTE, Manuale di diritto privato, ed. Giuffrè, Milano, 1962, 334.

14. G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, op. cit., 329.

15. G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, op. cit., 330.

16. G. PERA, La cessazione del rapporto di lavoro, ed. Cedam, Padova, 1980, 68.

17. G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, op. cit., 330. PERA, ne La cessazione..., cit., 50, così si esprimeva: «La questione grossa che si è discussa in passato e che ormai può considerarsi risolta in un determinato senso, tanto che mi risparmio citazioni, è quella della “efficacia reale” o no della regola... Il preavviso, si dice in una consolidatissima giurisprudenza e nella dottrina ormai generalmente acquiescente, ha efficacia reale» però circoscrive successivamente l’affermazione col dire che «nella giurisprudenza consolidata, seguita da una non controllata dottrina, si è giunti ad una conclusione ulteriore, a mio avviso non accettabile assolutamente perché contrastante col buon senso...[e spiega... n.d.A.]... si afferma che il sopravvenire di eventi sospensivi, come la malattia,debbono essere trattati come se si verificassero in un normale rapporto,con portata questa volta,sospensiva del preavviso....».

18. Sulla casistica vedasi P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Schlesinger ed. Giuffrè, Milano, 2003, 427. Per una rassegna della giurisprudenza vedasi sempre P. ICHINO, *op. cit.*, e A. VALLEBONA, *op. cit.*, Tuttavia a nostro sommo parere andrebbe meglio affinata dalla dottrina la distinzione tra la situazione in cui si abbia preavviso lavorato, in cui gli effetti si hanno, ad es., per la malattia sopravvenuta, ma non solo, in forza dei diritti e degli obblighi del normale rapporto di lavoro, e quella in cui il preavviso di recesso viene comminato a lavoratore già in stato di sospensione del rapporto di lavoro per malattia e, infine, quella in cui si abbia preavviso non lavorato per avere il datore di lavoro corrisposta l'indennità di mancato preavviso ed estromesso il lavoratore (solo in quest'ultimo caso può parlarsi di effetti conseguenti alla c.d. efficacia reale del preavviso). In alcuni casi la Cassazione, vedasi ad es. Cass. 7 settembre 1981, n. 5054, precisa: «poiché il periodo di preavviso costituisce prosecuzione del rapporto di lavoro solo nel caso in cui il lavoratore continui nella propria attività...», vedasi anche Cass 19 gennaio 2004, n. 741 in nota 12.

19. In effetti la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ha oscillato nel tempo tra le varie posizioni. F. MANCINI, *op. cit.*, 321 segg., nel delineare l'evoluzione degli orientamenti sia dottrinali che giurisprudenziali manifestatisi, con riguardo al problema dell'efficacia reale del preavviso, nelle diverse epoche pone un punto fermo: «l'intervento della Cassazione segnò a favore della tesi dell'efficacia reale, l'inizio di un orientamento che deve ritenersi ormai consolidato» e cita in nota 246: «la prima sentenza fu del 23 agosto 1949, n. 2401...». Invero riteniamo di

potere ravvisare almeno tre gradazioni sul tema: 1) vedasi Cass. 23 agosto 1949, n. 2401, in *Riv. dir. lav.*, 1950, II, 66: che enuncia: «... troncato il rapporto col consenso delle parti, definitivamente ed immediatamente, con la corresponsione della indennità di anzianità e di quelle sostitutiva del preavviso, in quello stesso momento si verifica la risoluzione del rapporto»; 2) vedasi Cass. 17 gennaio 1951, n. 116, in *Riv. dir. lav.*, 1951, II, 265: «...se... in sostituzione del preavviso il datore di lavoro offra e il prestatore accetti, l'indennità corrispondente, con esonero definitivo da ogni ulteriore reciproca prestazione, la

risoluzione del rapporto allora ha effetto immediato»; 3) vedasi Cass 21 luglio 1984, n. 4301 in Giust. civ. Mass., 7, 1984: «Il principio in base al quale il preavviso di licenziamento comporta... la prosecuzione del rapporto medesimo... fino alla scadenza del termine di preavviso, è derogato per accordo delle parti.... Un accordo, nel senso indicato, è ravvisabile anche in comportamenti taciti e concludenti, quale quello dell'accettazione senza riserve, da parte del lavoratore, della preventiva liquidazione e corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso». Non v'è chi non veda la differenza fra le varie "gradazioni" per cui nei primi due casi è necessaria rispettivamente una clausola di consenso o una clausola di esonero, nel terzo caso sono sufficienti "i comportamenti concludenti".

20. Sul punto vedi l'ampia disamina di O. MAZZOTTA, op. cit., 30 segg., che se da un lato afferma che «è stata sottolineata l'opportunità di distinguere il problema della derogabilità da quello della efficacia dell'atto di preavviso» deve, dall'altro lato, concludere che «la distinzione tra le problematiche attinenti alla derogabilità del preavviso e quelle relative all'efficacia non è affatto ben delineata ed assimilata».

21. E. BETTI, Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano, 1949, 113 segg.: «Così l'interpretazione della legge viene a trovarsi dinanzi a un duplice com-

pito: a) ricercare la valutazione originaria imminente alla norma nella sua concatenazione con l'intero ambiente sociale in cui fu emessa...; b) inoltre, ricercare se la norma ha maturato un esito sociale ulteriore, ancorchè non intenzionale, consistente nel comporre il conflitto fra altre categorie di interessi all'infuori di quelli previsti.» e più avanti: «invero l'ordinamento giuridico è un organismo in perenne movimento, in continua trasformazione, che segue e rispecchia da vicino il movimento e le trasformazioni della vita politico-sociale».

22. J. ESSER, Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto, ed. Esi, Napoli, 1983, traduzione della "Scuola di perfezionamento in diritto civile" dell'Università di Camerino a cura di Perlingieri, con introduzione a cura di Rescigno, da cui abbiamo tratto la citazione che bene sintetizza i contenuti e lo spirito dell'opera.

<https://www.diritto.it/la-vicenda-giuridica-della-c-d-efficacia-reale-del-preavviso-di-recesso-tratto-da-lavoro-e-previdenza-oggi-n-122004/>