

Si riapre il dibattito sulla cd. efficacia reale del preavviso

Autore: Meucci Mario

In: Diritto del lavoro

Sommario: 1. Premessa -

2. ***** e considerazioni sugli effetti della teoria della cd. efficacia reale del preavviso - 3. Le posizioni in dottrina e in giurisprudenza sulla cd. "efficacia reale" del preavviso -4. Sospensione del decorso del preavviso per intervenuta malattia o infortunio - 5. Spettanza del preavviso (o indennità sostitutiva) per risoluzione al raggiungimento dell'età pensionabile - 6. Spettanza dell'indennità sostitutiva del preavviso in caso di licenziamento illegittimo in tronco nell'area della tutela obbligatoria.

1. Premessa

Due recentissime decisioni della sezione lavoro della Cassazione - n. 11094 del 15.5.2007 e n. 11740 del 21.5. 2007 - intercorse a 6 giorni di distanza, hanno espresso opposti convincimenti in ordine alla natura del preavviso richiesto per l'estinzione del rapporto ex art. 2118 c.c.

La n. 11094/2007 (est. ******) si pone nel solco dell'orientamento maggioritario[1] che riconosce al preavviso efficacia cd. reale (rectius, virtualmente reale) - con la conseguenza che in caso di dispensa non risultano pregiudicati i diritti che, qualora fosse stato lavorato, sarebbero maturati nel corso di esso - mentre la seconda n. 11740/2007 (est. Vidiri) rinsalda l'orientamento minoritario[2] che legittima la risoluzione del rapporto con l'erogazione dell'indennità sostitutiva del preavviso, considerando la medesima come legittima alternativa (discrezionalmente azionabile, senza ricerca di consenso) e con la conseguenza che erogata l'indennità sostitutiva il rapporto si estingue immediatamente, insensibile agli eventi e/o migliorie sopravvenuti nel corso del preavviso virtualmente lavorabile.

La massima della prima sentenza - da noi elaborata - è la seguente: « Secondo l'orientamento prevalente, il preavviso ha efficacia reale, nel senso che ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato dando il preavviso nel termine stabilito dal contratto collettivo, dagli usi o secondo equità. Il diritto a lavorare durante il periodo di preavviso può venir meno solo con il consenso della controparte che, ad esempio, accetti la indennità sostitutiva del preavviso (Cass. 23 luglio 2004 n. 13883, in tema di dimissioni; 30 agosto 2004 n. 17334, 21 novembre 2001 n. 14646; 25 agosto 1990 n. 8717, 13

dicembre 1988 n. 6798).

Il secondo orientamento (Cass. 19 gennaio 2004 n. 741) nega che, in caso di recesso ad nutum, sia necessario il consenso del contraente non recedente per addivenire alla cessazione immediata del rapporto, ed afferma che nel caso in cui una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, altrettanto immediatamente il rapporto si risolve, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva.

L'efficacia reale del preavviso, cui si aderisce, va intesa non già come preclusione alla cessazione del rapporto con immediatezza, ma nel senso che il contenuto dell'obbligazione prevista per la parte recedente dall'articolo 2118 codice civile comporta l'obbligo di preservare tutti i diritti retributivi che sarebbero maturati nel corso del periodo di preavviso, e quindi di pagare, in mancanza di preavviso lavorato, una indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso, con la conseguenza di attribuire rilevanza agli aumenti retributivi intervenuti nel corso del preavviso, anche se non lavorato, ai fini della determinazione sia della indennità sostitutiva del preavviso, sia dell'indennità supplementare per i dirigenti».

Recita, invece, la massima della n. 11740/2007: «Non occorre il consenso di entrambe le parti per impedire la prosecuzione del rapporto sino alla scadenza del termine di preavviso, potendosi pervenire a tale risultato anche unilateralmente, e cioè da parte del solo recedente.

Il preavviso costituisce una obbligazione alternativa in capo alla parte recedente perché questa - nel rispetto della lettera e della ratio dell'art. 2118 c.c. - può, nell'esercizio di un diritto potestativo, recedere dal rapporto con effetti immediati dietro l'obbligo verso la parte receduta di una "indennità equivalente all'importo della prestazione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso", o può acconsentire, allorché ne abbia interesse, alla continuazione del rapporto lavorativo protraendone l'efficacia sino al termine del periodo di preavviso».

Quindi due orientamenti difformi, che richiederanno probabilmente un nuovo intervento delle Sezioni unite per comporre il dissenso, auspicando sin d'ora che - come per la fattispecie della prova del danno da demansionamento, decisa da Cass. sez. un. n. 6572/2006 - non si ripeta il precedente di sfavore per i lavoratori, parte debole nel rapporto e utente non abbiente, quindi ancor più debole, del servizio giustizia.

2. *** e considerazioni sugli effetti della teoria della cd. efficacia reale del preavviso**

2.1. Problematica in ordine al computo nel preavviso (oggetto di dispensa) dei ratei delle mensilità differite e di ferie maturabili con l'anzianità

Per comprendere il fondamento della tesi della cd. "efficacia reale del preavviso" (elaborata dal quel finissimo giuslavorista bolognese quale fu ***** [3], ed accolta da una ultratrentennale giurisprudenza di Cassazione), è necessario partire dall' assioma - non revocabile in dubbio - secondo cui il preavviso corrisponde ad un interesse della parte cd. receduta (che ha cioè subito l'iniziativa del recesso: il lavoratore nel caso del licenziamento, il datore di lavoro, nel caso delle dimissioni).

Nell'opera sopracitata (pag. 311 e ss.) G.F. ***** afferma: «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». A pag. 334 giunge alla seguente conclusione: «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, cpv., 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 *****[4], secondo cui: «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 sinchè 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...».

La teoria si fonda quindi sulla “mora del debitore” e, nel caso del datore di lavoro, sulla di lui “mora accipiendi” nei confronti della prestazione offertagli dal lavoratore, e trova il suo riscontro fondato in una interpretazione evolutiva dell’art. 2118 c.c., ove si prevede che, in caso di mancato preavviso (lavorato) spetta “una indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso” (che sarebbe stato lavorato), ove “retribuzione” è considerato a ragione termine atecnico, stando ad indicare il “complessivo trattamento economico-normativo” che sarebbe spettato per il periodo di preavviso nel caso fosse stato lavorato.

L’equiparazione è stata effettuata in ragione della preclusione - opposta da colui che esercita l’iniziativa di recesso (sia in caso di licenziamento che di dimissioni) nei confronti di colui che subisce tale iniziativa - di consentirgli di optare per l’alternativa fra il consentire lo spiegamento in servizio del normale preavviso (lavorato o lavorabile) ed il negarlo, a propria discrezione o meglio ad libitum. Se il cd “receduto” (destinatario cioè del recesso ad iniziativa altrui) sceglie la soluzione di negare la cd. “lavorabilità” del preavviso (ipotizziamo, nel caso più frequente, in fattispecie di licenziamento ad nutum del dirigente o per giustificato motivo, per gli altri) egli si pone in condizione di mora accipiendi, e può liberarsi del lavoratore seduta stante solo sopportando l’onere economico conseguente alla permanenza virtuale del rapporto, con le obbligazioni sottostanti, fino alla scadenza del preavviso, di cui ha per scelta consapevole impedito al lavoratore di fornire la prestazione. Ove, si noti bene, il lavoratore è cd. parte “receduta” intrinsecamente interessata ad una prestazione nel corso di esso, eminentemente ai fini del ricollocamento in altra azienda, più facilmente ottenibile e con maggior forza contrattuale da “occupato” che da “disoccupato”.

Si tratta di un’applicazione che qualcuno etichetterebbe come “giustizialista”, ma dovremmo più correttamente qualificarla “sanamente giustizialista”, perché non si può lasciare indenni dalle conseguenze di una scelta (quella di non far prestare il preavviso lavorato a chi ha interesse a farlo, in caso di licenziamento, o all’azienda di pretenderlo lavorato in caso di dimissioni del prestatore) colui che per tal via comprime l’interesse della parte cd. “receduta”.

Spesso il datore di lavoro dispensa o esonera dal preavviso lavorato per motivi concretissimi: perché durante il preavviso il lavoratore avrebbe maturato uno scatto tabellare o uno scatto di anzianità con conseguenze di implementazione della retribuzione anche agli effetti del t.f.r., dei ratei di 13 e 14 mensilità, per non fargli maturare ratei di ferie, per evitare che sia costretto alla prosecuzione del rapporto, nei limiti del cd. comporto, se per disgrazia nel corso del preavviso lavorato il lavoratore cade in malattia o infortunio.

Se si sottrae diligentemente a quest'ultimi rischi mediante una immediata risoluzione del rapporto, sembra equa la soluzione che - quantomeno ai fini indennitari e della maturazione degli istituti di retribuzione diretta e differita e delle ferie - debba considerare il rapporto virtualmente in essere (cfr. da ultimo Cass. 30.8.2004 n. 17334).

Così d'altra parte si comporta con una certa analogia lo stesso Inps dal lato previdenziale - sin dal 1980 - che pur considerando risolto alla data della percezione dell'indennità sostitutiva del preavviso il rapporto di lavoro, minimizza i pregiudizi previdenziali per effetto della equiparazione - tramite procedimento di finzione contabile - della contribuzione versata dal datore di lavoro (per assoggettamento ex lege dell'indennità sostitutiva del preavviso) che si distribuisce lungo tutti i mesi per i quali è contrattualmente prevista la corresponsione dell'indennità in sostituzione del preavviso lavorato.

A nostro avviso non si attualizza - come altri affermano superficialmente - alcuna disarmonia fra chi il preavviso lo lavora e chi ne è impedito, in quanto semmai una qual discriminazione la compie eventualmente "a monte" il datore di lavoro, quando fa la scelta del cd. "mancato preavviso".

Secondo un Autore[5] - sostenitore del riscontro di un reflusso dall'originaria "efficacia" reale ad una "efficacia meramente obbligatoria" - il reflusso verso il preavviso come "obbligazione meramente alternativa", sarebbe conseguito dalle seguenti osservazioni: «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 Gisut. civ. Mass., 8-9, 1987; Cass.13 dicembre 1988, n. 6798, in 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 recesso». Tale reflusso sarebbe testimoniato nella recente giurisprudenza da Cass. 19 gennaio 2004, n. 741[6] (est. La Terza) che nella motivazione così afferma: «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 cd. 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, altrettanto immediatamente il rapporto si risolve, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva. Infatti l'articolo 2118 c.c. non fa cenno alla necessità del consenso della parte non recedente», opinione per la verità confessata successivamente a 7 mesi di distanza da Cass. 30 agosto 2004 n. 17334 (est. *****) che del preavviso ha riaffermato invece l'efficacia reale (cfr. 3.2.).

3. Le posizioni in dottrina e in giurisprudenza sulla cd. "efficacia reale" del preavviso

La problematica di cui al titolo del paragrafo 3. non è nuova.

3.1. In dottrina:

Oltre agli autori (*****) e *****) innanzi menzionati, è stato brillantemente spiegato e detto con chiarezza cristallina, da altro eminente giuslavorista quale *****[7], quanto segue:

«La questione grossa che si è discussa in passato e che oramai può considerarsi risolta in un determinato senso, tanto che mi risparmio citazioni, è quella della "efficacia reale" o no della regola del preavviso. Il capoverso dell'art. 2118 cod. civ. recita: "In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso" (indennità di mancato preavviso). Suppongo che la persona del tutto ignara che legga un testo siffatto non abbia dubbi: la parte che recede o dà il preavviso (lavorato) oppure paga l'indennità sostitutiva, secondo una sua libera scelta; tratterebbesi, così, di un'obbligazione alternativa. Invece non è così; ed è appunto di qui che comincia, almeno in parte, il processo di disaggregazione di cui ho detto. Il preavviso, si dice in una consolidatissima giurisprudenza e nella dottrina ormai generalmente acquiescente, ha efficacia reale. Per potersi avere, giuridicamente (niente può impedire l'estromissione di fatto del lavoratore), la sostituzione del preavviso con l'indennità e, quindi, l'immediata estinzione del rapporto, è necessario che la parte receduta consenta a tanto; altrimenti, ove il receduto non consenta ed anche se vi sia l'immediata estromissione di fatto, il rapporto deve considerarsi giuridicamente estinto, con tutte le conseguenze, nel giorno che altrimenti sarebbe stato l'ultimo del preavviso lavorato.

La cosa può apparire paradossale, almeno ove si consideri la situazione nell'ipotesi di licenziamento: ti mandano via subito, risparmiandoti l'obbligo di lavoro per tre mesi e per giunta ti corrispondono la retribuzione che avresti percepito in quel periodo; ma cosa vuoi? Hai anche tutto il tempo libero per cercare un altro posto.

Senonché vi possono essere per il lavoratore licenziato altre buone ragioni per pretendere di essere considerato giuridicamente in servizio per il periodo di preavviso, in situazioni che, rovesciando la posizione, possono muovere l'interesse contrario del datore di lavoro. Si può essere alla vigilia di un nuovo contratto collettivo che, presumibilmente, comporterà aumenti retributivi rilevanti ai fini della liquidazione del t.f.r.; può essere imminente la maturazione di un altro scatto di anzianità etc. Per tutto questo si comprende, con tutte le riserve possibili in ragione del testo di legge che pare inequivocabile, come si sia affermata la tesi dell'efficacia reale; tesi che, dopo lo statuto dei lavoratori del 1970, con la garanzia dell'esplicazione dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro, è da considerarsi per altro verso rafforzata. Infatti, se il datore di lavoro è di fatto libero di non far accedere in azienda il lavoratore per la prestazione lavorativa, non può certo inibirgli, ad es., l'ingresso per poter partecipare ad un'assemblea del personale ex art. 20 statuto; un siffatto comportamento è qualificabile come antisindacale e può sboccare nello speciale procedimento di repressione di cui all'art. 28 legge n. 300 del 1970».

3.2. In giurisprudenza:

Recentemente - oltre a Cass. n. 11094/2007 di cui abbiamo già riferito in premessa la massima - ha riaffermato la teoria della "efficacia reale" del preavviso, Cass. 30.8.2004 n. 17334[8] (est. *****), secondo cui: «In mancanza di accordo tra le parti circa la cessazione immediata del rapporto, il diritto al preavviso comporta la prosecuzione dello 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 il termine del periodo di comporto). Accordo che può essere comprovato anche sulla base di un unico comportamento tacito concludente come quello costituito dall' accettazione senza riserva da parte del lavoratore dell' indennità di mancato preavviso (Cass. 6 agosto 1987 n. 6769; 7 ottobre 1975 n. 3190). Al principio dell'efficacia reale del preavviso si è sostanzialmente attenuata la successiva giurisprudenza (Cass. 21 novembre 2001 n. 14646) che ha collegato la cessazione immediata del rapporto solo ad un accordo tra le parti (Cass. 29 giugno 1999 n. 8256; 21 giugno 1994 n. 5596; 10 febbraio 1989 n. 831; 13 dicembre 1988 n. 6798)».

In definitiva la teoria dell'efficacia reale del preavviso comporta come conseguenza il fatto che - anche nel caso di licenziamento intimato con esonero (in tale periodo) dalla prestazione lavorativa e con il contestuale riconoscimento dell'indennità sostitutiva (e quindi non diversamente dal caso del c.d. "preavviso lavorato") - il rapporto (con le connesse obbligazioni) prosegue virtualmente a tutti gli effetti per l'intera durata del preavviso, salvo il consenso (in forma espressa o per fatti concludenti, quali l'incondizionata accettazione dell'indennità sostitutiva) della parte che subisce il recesso all'immediata o anticipata risoluzione dello stesso (conf. Cass. 6 agosto 1987 n. 6769). Lo stesso effetto si verifica in senso (dovremmo dire) bilaterale, cioè a dire nella fattispecie in cui la parte destinataria dell'iniziativa di recesso sia l'azienda, raggiunta dalle dimissioni del lavoratore. Nel caso di carenza di consenso aziendale

alla rinuncia del preavviso lavorato durante le dimissioni (es. per far fronte ad esigenze di effettuazione delle consegne), il rapporto prosegue virtualmente fino all'estinzione naturale del termine del preavviso, con la conseguenza che il lavoratore che preferisca sottrarsi dovrà corrispondere all'azienda l'indennità sostitutiva calcolata computandovi (a proprio carico e quindi quale negatività per il proprio bilancio) i ratei degli eventuali incrementi retributivi conseguenti ad un sopravvenuto rinnovo, quelli delle mensilità supplementari e delle ferie maturande nell'arco del preavviso lavorabile ma non lavorato, per personalissima scelta di convenienza.

Nega questa efficacia reale virtuale, invece, Cass. n. 11740/2007, sostenendo - secondo noi in maniera non convincente - che dall'attribuzione dell'indennità sostitutiva del preavviso il lavoratore esonerato dalla prestazione (e, sia detto, reso immediatamente "disoccupato") non subirebbe un pregiudizio nelle tutele, in quanto trarrebbe dall'indennità di mancato preavviso le fonti di provvisorio sostentamento equivalenti a quelle ottenibili con una continuità di prestazione. Come abbiamo già accennato - a parte l'incorrere nella privazione dei benefici sopravvenienti nel corso del preavviso lavorato - la continuità della condizione di "occupato" gli avrebbe reso indiscutibilmente più agevole la ricerca di un nuovo posto di lavoro, atteso che - come sa bene chi vive in azienda - una cosa è cambiare lavoro da "occupato" e una cosa molto più ardua è trovarlo presentandosi ad altra azienda o ad una selezione da "disoccupato", gravato da tutte le intuibili diffidenze datoriali o della società di selezione del personale.

Riprendendo il discorso sul punto, la suprema Corte - salvo rarissime eccezioni (cfr. Cass. n. 5054/1981 per il settore credito) - sinora è apparsa decisamente orientata per la nullità delle clausole contrattuali di preventiva esclusione dal preavviso lavorato, sostituito dall'alternativa pura e semplice della corresponsione dell'indennità sostitutiva, calcolata secondo i parametri retributivi "statici", cioè fermi alla data del recesso. Quindi l'indennità sostitutiva si legittima solo se il suo computo terrà conto di quanto retributivamente e normativamente interviene nell'arco di protrazione virtuale del preavviso fino all'epoca della scadenza del termine naturale (inosservato per scelta dell'una o dell'altra parte, dei cui oneri negativi - sia essa l'azienda che licenzia sia esso il lavoratore che si dimette - dovranno a loro volta farsi carico).

La Cassazione peraltro ritiene invece che, fermo l'obbligo dell'intimazione del preavviso (lavorabile), le parti - sia individualmente sia tramite pattuizione degli agenti negoziali a livello contrattuale - possano legittimamente, ed ex post, disciplinare (in conformità, tuttavia, alla ratio secondo cui il preavviso è posto nell'interesse della parte che subisce l'iniziativa di recesso, cioè l'azienda in caso di dimissioni e il prestatore, in caso di licenziamento) gli aspetti di prestazione e/o economici del preavviso. L'orientamento può così sintetizzarsi, con le parole della stessa Cassazione: «la normativa del preavviso non è derogabile in favore del recedente, perché ciò comporterebbe nocimento al contrapposto diritto della parte non recedente nel cui interesse la norma è dettata; mentre non può considerarsi legittima la disposizione di un contratto collettivo che esoneri il recedente dall'obbligo del preavviso, è invece del tutto legittima quella che, fermo restando tale obbligo, riconosce la facoltà per la parte non recedente di dispensare ex post il recedente dagli obblighi a lui derivanti dal preavviso (prestazione in servizio, n.d.r.), in quanto la

disciplina degli aspetti economici connessi allo scioglimento del rapporto non è sottratta, sotto tale profilo, all'autonoma disponibilità delle parti, le quali in sede di contrattazione sia individuate che collettive, possono perciò validamente pattuire la facoltà per il non recedente - che abbia ricevuto la comunicazione del preavviso - di troncare immediatamente il rapporto di lavoro, senza che ne derivi alcun obbligo di indennizzo per il periodo di preavviso non compiuto»[9].

Ne consegue che al lavoratore licenziato con erogazione aziendale dell'indennità sostitutiva del preavviso (in via unilaterale ed al posto del preavviso lavorato) spetta una "indennità" comprensiva di tutto quanto egli maturerebbe nel periodo che gli è stato impedito di prestare nella cd. ipotesi normale di preavviso lavorato (quindi i ratei di 13 e 14 ma e i ratei di ferie nel frattempo maturandi in relazione alla maggiore anzianità per preavviso virtuale).

Aggiungiamo, per mera completezza di trattazione, che in tema di "non interferenza tra ferie e preavviso", l'art. 2109, ultimo comma, c.c. (che stabilisce che, nella fase in cui il rapporto entra in scadenza, non possano essere scontati come ferie i giorni di preavviso concessi ai sensi dell'art. 2118 c.c.) sta solo a significare - con dizione da tutti riconosciuta infelice - che il datore di lavoro non può pretendere di far fruire al lavoratore le ferie maturate nell'anno durante il periodo di preavviso, essendo il preavviso finalizzato anche alla ricerca di una nuova occupazione da parte del lavoratore licenziato, non compatibile con l'esigenza ricreativa delle ferie; nè il lavoratore dimissionario può pretendere, da parte sua, di fruire (scontare o computare) nel preavviso le proprie ferie residue in quanto vanificherebbe l'esigenza del datore di lavoro di ricevere una prestazione effettiva finalizzata al cd. passaggio delle consegne[10].

4. Sospensione del decorso del preavviso per intervenuta malattia o infortunio

In argomento, un cenno merita anche la questione dell'insorgenza della malattia nel corso dello spiegamento del preavviso.

Ai sensi del comma 2° dell'art. 2110 c.c., la malattia, l'infortunio, la gravidanza ed il puerperio sospendono l'efficacia dell'atto di recesso e la parte se ne riappropria una volta superato l'evento o (se questo si protrae nel tempo) una volta decorso il periodo contrattualmente previsto per la conservazione del posto ovvero definito dagli usi o secondo equità (cd. comparto).

Naturalmente l'effetto sospensivo sul decorso del preavviso ad opera di evento morboso (e la conseguente protrazione del rapporto per la durata della malattia o infortunio) cessa qualora durante la malattia emerga una giusta causa che legittimi, ex art. 2119 c.c., la risoluzione istantanea del rapporto.

Sull'efficacia sospensiva del preavviso ad opera di malattia o infortunio, la giurisprudenza della S. Corte è

oramai consolidata, mentre sono da registrare in dottrina taluni motivati dissensi in relazione agli effetti di incontrollabile spostamento della data di estinzione del rapporto, in conseguenza dell'evento suddetto. La S. Corte ha, al riguardo, assunto un orientamento univoco, ripetuto in diverse decisioni ed esplicitato nei seguenti termini: «il comma 2° dell'art. 2110 c.c., riguardante tra l'altro la prosecuzione del rapporto ed il divieto di licenziamento durante il periodo di malattia, è diretto ad assicurare al lavoratore un trattamento economico ed assistenziale durante la malattia, e si estende anche all'ipotesi in cui sia stata esercitata da una delle parti di facoltà di recesso e penda il periodo di preavviso» (così, per tutte, Cass. n. 4915/1983). «Tale periodo rimane pertanto sospeso fino alla guarigione del lavoratore o fino alla scadenza del periodo di comporto; perdurando, medio tempore, il rapporto di lavoro, ad esso debbono applicarsi tutte le norme di legge o di contratto collettivo, eventualmente più favorevoli al lavoratore entrate in vigore durante il decorso del termine del preavviso»[11].

Anche la questione circa la sospensione o meno del preavviso - al sopravvenire di malattia - in caso di dimissioni, è stata risolta nell'identico senso della sospensione del preavviso in caso di licenziamento: cioè sulla base dell'oggettività dell'evento malattia, interruttivo, in ogni caso, dello svolgimento del rapporto, a prescindere dalla parte che assume l'iniziativa a carattere rescissorio. La conclusione appare convincente e condivisibile, perché qualora si fosse negato alla malattia efficacia interruttiva del preavviso dato dal dimissionario, si sarebbe privata la parte "receduta" (nel cui interesse è posto il preavviso medesimo), e cioè il datore di lavoro, di questo periodo di tempo di prestazione lavorativa effettiva del dimissionario, eventualmente necessario per l'effettuazione delle cd. consegne ad altro lavoratore e per la conseguente adeguata sostituzione. Il principio dell'interruzione del preavviso per sopravvenuta malattia è operativo altresì nell'ipotesi di licenziamento per età pensionabile[12], con effetti pratici (invero talora perversi), quali quello dello spostamento - tanto più incisivo quanto più sapiente - dell'epoca di risoluzione del rapporto, preventivata dall'azienda.

5. Spettanza del preavviso (o indennità sostitutiva) per risoluzione al raggiungimento dell'età pensionabile

Tematica molto agitata in passato e oramai pacificamente risolta fin dalla metà degli anni '90 è quella riferita nel titolo del presente punto 5.

In buona sostanza, nel caso di licenziamento dovuto al raggiungimento dell'età pensionabile intimato prima del compimento di tale età, la giurisprudenza ha accolto l'orientamento secondo il quale il periodo di preavviso decorre comunque dal raggiungimento da parte del lavoratore dell'età pensionabile anche se nella lettera di licenziamento era stata prevista una decorrenza diversa. Conseguentemente il lavoratore che - in mancanza di clausola contrattuale di automatica risoluzione del rapporto di lavoro - sia stato licenziato ad nutum prima del raggiungimento dell'età pensionabile, ma con decorrenza differita a tale

momento, ha diritto all'indennità di mancato preavviso.

L'orientamento giurisprudenziale è desumibile e esplicitato nella seguente massima:

«Nel campo dei rapporti di lavoro di natura privatistica non opera l'automaticità del collocamento a riposo in relazione al raggiungimento del limite di età previsto dalla legge, come avviene invece nell'ambito del pubblico impiego, ma occorre sempre, per la risoluzione del rapporto il preavviso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 2118 e 2119 c. c. È pertanto nulla per contrasto con la suddetta normativa civilistica di carattere inderogabile, la clausola contrattuale che esoneri il datore di lavoro dal preavviso nell'ipotesi di recesso per raggiunti limiti di età» [13]. Con la conseguenza che - sia nel caso di intimazione anticipata per iscritto della risoluzione del rapporto (normalmente in numero di mesi pari a quelli atti a far scadere il termine di preavviso in coincidenza con l'età pensionabile, comunicazione cui la giurisprudenza riconosce non tanto valore di preavviso ma mero atto idoneo a ricordare la scadenza al lavoratore) sia nel caso di mancata intimazione -, compete al pensionando l'indennità sostitutiva del preavviso (con tutti gli effetti virtuali di efficacia reale del medesimo al sopravvenire, nel corso di esso, di benefici contrattuali et similia).

Lo stesso principio si desume da altra massima, la quale mette in luce, al tempo stesso, la deroga al principio soprariferito in presenza di sola clausola pattizia o contrattuale di risoluzione automatica assistita da clausola convenzionale di stabilità d'impiego (normalmente tipica del pubblico impiego o di taluni ex enti pubblici): « Al di fuori dell' ipotesi in cui la contrattazione collettiva contenga una clausola di stabilità relativa (preclusiva di licenziamento discrezionale fino ad una certa età, normalmente quella pensionabile nel pubblico impiego) ed al tempo stesso prevedente la risoluzione automatica (senza preavviso) del rapporto di lavoro al raggiungimento di detta età prestabilita del lavoratore, il conseguimento da parte di quest'ultimo dell'età pensionabile, se abilita successivamente il datore di lavoro a procedere al licenziamento ad nutum, non esonera lo stesso dal concedere il preavviso di licenziamento e, in difetto della relativa intimazione, dal pagamento della indennità sostitutiva»[14].

6. Spettanza dell'indennità sostitutiva del preavviso in caso di licenziamento illegittimo in tronco nell'area della tutela obbligatoria

Un'altra affermazione di principio di estremo interesse in tema di preavviso è stata recentemente effettuata da Cass. 8 giugno 2006 n. 13380[15] (est. La Terza) seguita da Cass. del 14 giugno 2006 n. 13732[16] (est. *****), tramite le quali sono stati affermati i successivi principio di diritto, secondo i quali: «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», nonché l'omologo

«La violazione dell'obbligo di preavviso del licenziamento, stabilito dall'art. 2118 c.c., comporta l'attribuzione della relativa indennità sostitutiva in tutti i casi in cui il licenziamento abbia determinato l'estinzione del rapporto, indipendentemente dal riconoscimento dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, nel testo sostituito dall'art. 2 della legge n. 108 del 1990. Infatti la tutela riconducibile alla spettanza del diritto all'indennità sostitutiva del preavviso non presenta alcuna incompatibilità con quella assicurata dal citato art. 8 della legge n. 604 del 1966, la quale svolge una diversa funzione di risarcimento del danno conseguente all'illegittimo licenziamento, con l'assegnazione al lavoratore di una penale forfettaria che assorbe tutte le conseguenze dell'illecito».

La questione dibattuta dalle due sentenze, che hanno innovato il pregresso orientamento, era riassumibile nella seguente domanda: se nel caso di licenziamento in tronco illegittimo e riconducibile all'area della tutela obbligatoria (in ragione di requisiti aziendali dimensionali non implicanti la tutela reintegratoria ex art. 18 Stat. lav.), il lavoratore abbia o non abbia diritto a cumulare l'indennità risarcitoria di cui all'art. 8 l. n. 604 del 1966 [17] con l'indennità sostitutiva del preavviso di cui all'art. 2118, comma 2, c. c.[18]. A tale quesito la S.C. aveva dato con la sentenza n. 1404 dell' 8.2.2000[19] risposta negativa, sulla base della considerazione che «l'indennità di mancato preavviso è istituito del tutto estraneo alla tutela obbligatoria» in quanto l'indennità, ex art. 2118, comma 2, c. c., deve considerarsi «connessa, unicamente al licenziamento legittimo e perciò incompatibile con l'illegittimità del licenziamento»[20].

Questa soluzione che prevedeva un assorbimento dell'indennità sostitutiva del preavviso ex art. 2118, comma 2, c. c., nell'indennità prevista dall'art. 8 della l. n. 604 del 1966 in caso di licenziamento illegittimo soggetto a tutela obbligatoria è stata superata dalle due sentenze sopra citate sulla base di una nuova valutazione della ratio delle due indennità in oggetto.

Con le due pronunce sopra citate, infatti, la Corte ha ammesso convincentemente la cumulabilità delle due indennità sulla base del fatto che mentre l'una, applicandosi in caso di licenziamento illegittimo, ha quale funzione quella di sanzionare un illecito[21], l'indennità sostitutiva del preavviso, proprio perché connessa al licenziamento legittimo, ha una funzione diversa, ossia attenuare le conseguenze dell'improvvisa interruzione del rapporto.

Perciò, la prima indennità va a sanzionare i danni derivanti dalla mancanza di giusta causa e giustificato motivo, l'indennità sostitutiva del preavviso, invece, va a compensare il fatto che il recesso oltre che illegittimo, è stato intimato in tronco.

Con la

seconda sentenza soprariferita, specificamente, la S. corte riscontra carenza di corretta motivazione nella sentenza di merito che - affermata l'illegittimità del licenziamento irrogato al lavoratore (per violazione dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori) e attribuita quindi l'indennità risarcitoria prevista dal regime della c.d. tutela obbligatoria di cui all'art. 8 della legge n. 604/66 - aveva tuttavia negato il diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva del preavviso, sostenendo che la stessa sarebbe connessa unicamente al recesso ex art. 2118 c.c. (cd. recesso ad nutum o discrezionale) e perciò suppostamente incompatibile, nella fattispecie decisa (azienda dimensionata aldisotto dei limiti di applicabilità dell'art. 18 l. n. 300/70), con l'ipotesi del licenziamento illegittimo in regime di tutela obbligatoria. Regime che, prevedendo la indennità risarcitoria, comporterebbe (secondo la non condivisa opinione espressa dalla corte di merito, adesiva a Cass. n. 1404/2000) esclusivamente il diritto al risarcimento del danno, esaustivamente determinato dall'art. 8 della legge n. 604/66. Ad avviso della sentenza in esame emessa dalla Cassazione, tale principio, benché fatto proprio dalla stessa S.C. con la sentenza dell'8.2.2000, n. 1404, cit., non può essere condiviso. Rileva infatti la

seconda decisione della Cassazione che la regola del preavviso di cui all'art. 2118 c.c. - la cui funzione, come chiarito anche dalle Sezioni Unite con la sentenza del 29.7.1994, n. 7914, non è quella di risarcire un danno in senso giuridico, ma un danno in senso economico - si applica, in via generale, in tutti i casi in cui, fuori dall'ipotesi di giusta causa ex art. 2119 c.c., il recesso abbia determinato l'estinzione del rapporto. Ad avviso della sentenza n. 13732/2007, l'opposta impostazione (riscontrabile in Cass.

n. 14004/2000) non distingue, invero, le fattispecie in cui il licenziamento, seppur illegittimo, produce comunque l'estinzione del rapporto, da quelle in cui l'effetto estintivo è escluso dalla tutela di legge (per effetto della continuità giuridica del rapporto mai interrotto grazie alla tutela reale reintegratoria), tanto è vero che la sentenza n. 1404/2000 richiama come precedente conforme la sentenza n. 12366 del 5.12.97 che riguardava proprio il caso in cui il recesso, sebbene illegittimo, non aveva determinato l'estinzione del rapporto, essendo applicabile la cd. tutela reale.

Nella fattispecie in cui si applica solo la tutela obbligatoria, invero, il licenziamento determina, appunto, l'estinzione del rapporto di lavoro e di conseguenza, a prescindere dal risarcimento del danno conseguente all'illegittimo recesso (cioè dalla monetizzazione indennitaria prevista come penale dalla l. n. 108/90 e graduata secondo l'anzianità di servizio) deve essere riconosciuto il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso, in funzione compensativa del venir meno - stante la risoluzione in tronco - dei mezzi di attenuazione del disagio economico da privazione istantanea dell'occupazione, cui è giustappunto finalizzato l'istituto del preavviso[22].

All.te sentenze

Cass. sez. lav. 15 maggio 2007, n. 11094 - *** - Rel. ***** - ***** (avv. ***** , *****) c. Costruire SpA .**

Preavviso

dispensato dal datore dall'essere lavorato - Significato della cd. efficacia reale del preavviso - Comporta

non necessariamente l'obbligo dell'essere lavorato ma, in caso di dispensa e di cessazione immediata dal fornire la prestazione, l'impregiudicabilità dei diritti per il lavoratore maturati nel periodo di preavviso non lavorato e che avrebbe dovuto lavorare.

Secondo l'orientamento prevalente, il preavviso ha efficacia reale, nel senso che ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato dando il preavviso nel termine stabilito dal contratto collettivo, dagli usi o secondo equità. Il diritto a lavorare durante il periodo di preavviso può venir meno solo con il consenso della controparte che, ad esempio, accetti la indennità sostitutiva del preavviso (Cass. 23 luglio 2004 n. 13883, in tema di dimissioni; 30 agosto 2004 n. 17334, 21 novembre 2001 n. 14646; 25 agosto 1990 n. 8717, 13 dicembre 1988 n. 6798).

Il secondo orientamento (Cass. 19 gennaio 2004 n. 741) nega che, in caso di recesso ad nutum, sia necessario il consenso del contraente non recedente per addivenire alla cessazione immediata del rapporto, ed afferma che nel caso in cui una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, altrettanto immediatamente il rapporto si risolve, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva.

L'efficacia reale del preavviso, cui si aderisce, va intesa non già come preclusione alla cessazione del rapporto con immediatezza, ma nel senso che il contenuto dell'obbligazione prevista per la parte recedente dall'articolo 2118 codice civile comporta l'obbligo di preservare tutti i diritti retributivi che sarebbero maturati nel corso del periodo di preavviso, e quindi di pagare, in mancanza di preavviso lavorato, una indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso, con la conseguenza di attribuire rilevanza agli aumenti retributivi intervenuti nel corso del preavviso, anche se non lavorato, ai fini della determinazione sia della indennità sostitutiva del preavviso, sia dell'indennità supplementare per i dirigenti.

Svolgimento del processo

L'ing. ***** è stato licenziato il 12 dicembre 2000 dalla s.p.a. Costruire di cui era dirigente. Il Tribunale di Napoli, in accoglimento della sua domanda subordinata, ha dichiarato il licenziamento illegittimo ed ha condannato la società a pagargli la indennità di preavviso e la indennità supplementare prevista dal contratto collettivo dirigenti industriali.

La Corte d'appello di Napoli, con sentenza 17 marzo/11 maggio 2004 n. 1414, ha rigettato l'appello principale della società e quello incidentale del lavoratore; a correzione dell'errore materiale del primo giudice, ha rideterminato la indennità supplementare in € 110.821,71.

Per quello che interessa in questa sede, il giudice d'appello ha rigettato la pretesa del lavoratore che la indennità supplementare fosse liquidata tenuto conto degli aumenti retributivi stabiliti dal contratto collettivo stipulato in data successiva al licenziamento ma avente efficacia retroattiva anteriore, per due motivi: innanzi

tutto qualsiasi emendatio nel rito del lavoro è

consentita sempre previa autorizzazione del Giudice e per gravi motivi e, nel caso di specie, la contrattazione collettiva, entrata in vigore successivamente al deposito del ricorso, è stata depositata con le note di discussione senza richiedere l'autorizzazione preventiva al Giudice; b) in ogni caso, se è vero che l'art. 29 del CCNL prevede la decorrenza del nuovo contratto dal 1.1.2000, le disposizioni transitorie seguenti all'art. 3 prevedono "gli aumenti retributivi derivanti dal presente contratto trovano applicazione nei confronti dei dirigenti in servizio alla data del 23.5.2000". Conseguentemente tali aumenti non possono trovare applicazione nel caso in esame ove il rapporto di lavoro si è comunque risolto nel febbraio 2000.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per Cassazione il ***** dolendosi, con unico motivo, della mancata inclusione degli aumenti contrattuali nella base retributiva posta a base della liquidazione della indennità supplementare.

La intimata non si è costituita.

Motivi della decisione

Con unico motivo di ricorso il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 420 c.p.c.; 2118 codice civile; 3,19,22,23,29 del C.C.N.L. per dirigenti di aziende industriale del 23 maggio 2000; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (art. 360, nn. 3 e 5 c.p.c.), censura la sentenza impugnata sotto due profili: a) per la dichiarata inammissibilità della pretesa emendatio; b) per la mancata applicazione del principio della efficacia reale del preavviso, in forza del quale la decorrenza contrattuale degli aumenti retributivi, 23 maggio 2000, sarebbe caduta nell'arca del preavviso che avrebbe dovuto lavorare.

Il motivo, nelle sue due prospettazioni, è fondato. L'autorizzazione da parte del giudice a depositare note scritte, in luogo della discussione e delle conclusioni orali previste dal codice di rito (art. 429, primo comma, c.p.cj, implica l'autorizzazione a richiedere per iscritto quello che la parte avrebbe dovuto

richiedere oralmente; e non è dubbio che è tempestiva la richiesta di avvalersi di un contratto collettivo con efficacia retroattiva sottoscritto nel corso del grado di giudizio.

Quanto alla questione di merito, occorre registrare su di essa due orientamenti nella giurisprudenza di questa Corte. Secondo quello prevalente, il preavviso ha efficacia reale, nel senso che ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato dando il preavviso nel termine stabilito dal contratto collettivo, dagli usi o secondo equità. Il diritto a lavorare durante il periodo di preavviso può venir meno solo con il consenso della controparte che, ad esempio, accetti la indennità sostitutiva del preavviso (Cass. 23 luglio 2004 n. 13883, in tema di dimissioni; 30 agosto 2004 n. 17334, 21 novembre 2001 n. 14646; 25 agosto 1990 n. 8717, 13 dicembre 1988 n. 6798).

Il secondo orientamento (Cass. 19 gennaio 2004 n. 741) nega che, in caso di recesso ad nutum, sia necessario il consenso del contraente non recedente per addivenire alla cessazione immediata del rapporto, ed afferma che nel caso in cui una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, altrettanto immediatamente il rapporto si risolve, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva. Sostiene tale tesi con il richiamo al tenore testuale dell'art. 2118 cod. civ., il quale, da una parte, non fa cenno alla necessità del consenso della parte non recedente, e d'altra, con l'espressione "indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso" sottintende una protasi inespressa "se fosse proseguito il rapporto durante il periodo medesimo" (Sezioni Unite sent. 29 settembre 1994 n. 7914). Aggiunge Cass. 741/2004 cit. che sarebbe incongruo richiedere che, per evitare la prosecuzione del rapporto durante il periodo di preavviso, all'atto unilaterale del licenziamento debba necessariamente accedere un accordo bilaterale sulla risoluzione immediata.

Il Collegio rileva che nella presente fattispecie, attinente ad aspetti puramente retributivi, il contrasto appare irrilevante. L'orientamento che afferma l'efficacia obbligatoria del preavviso appare avere maggior fondamento testuale (ove si consideri altresì che la stessa indennità è dovuta in caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro: art. 2118, comma tre, codice civile); ma anche esso, individuando, con l'articolo 2118, secondo comma, il contenuto dell'obbligazione nel pagamento della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso, collega il contenuto dell'obbligazione al tempo del preavviso, e deve assegnare così rilevanza alle modifiche retributive intervenute nel periodo di preavviso, così pervenendo ai medesimi risultati dell'orientamento che parla di efficacia reale. La differenza tra il recesso in tronco consentito dall'articolo 2119 per giusta causa e il recesso con preavviso consentito dall'articolo 2118 non si esaurisce nell'obbligo di pagare, in questo secondo caso, una indennità sostitutiva del preavviso, ma comporta l'obbligo di preservare tutti i diritti retributivi che sarebbero maturati nel corso del periodo di preavviso, ed in questo limitato senso si deve intendere l'espressione efficacia reale.

Da quanto sopra discende la rilevanza degli aumenti retributivi intervenuti nel corso del preavviso anche ai fini della indennità supplementare.

Il ricorso va pertanto accolto, la sentenza impugnata cassata, e gli atti trasmessi alla Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione, la quale deciderà la causa attenendosi al seguente principio di diritto; "il contenuto dell'obbligazione prevista per la parte recedente dall'articolo 2118 codice civile di pagare, in mancanza di preavviso lavorato, una indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso, attribuisce rilevanza agli aumenti retributivi intervenuti nel corso del preavviso, anche se non lavorato, ai fini della determinazione sia della indennità sostitutiva del preavviso, sia dell'indennità supplementare per i dirigenti"; essa provvederà altresì alle spese del presente giudizio.

P. Q. M.

accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sezione Lavoro, il 6 marzo 2007 (depositato il 15.5.2007).

Cass., sez. lav., 21 maggio 2007, n. 11740 - *** - Rel. Vidiri - Li. Al. (avv. *****) c. Ri - Industria Chimica e Farmaceutica S.P.A**

Preavviso -

Insussistenza della cd. efficacia reale e sussistenza di quella meramente obbligatoria - L'indennità sostitutiva ha, pertanto, funzione alternativa rispetto al preavviso lavorato e la sua corresponsione (che non necessita di accettazione) determina risoluzione immediata del rapporto.

Non occorre il consenso di entrambe le parti per impedire la prosecuzione del rapporto sino alla scadenza del termine di preavviso, potendosi pervenire a tale risultato anche unilateralmente, e cioè da parte del solo recedente.

Nel caso di specie si viene a configurare una obbligazione alternativa in capo alla parte recedente perché questa nel rispetto della lettera e della ratio dell'art. 2118 c.c. - può, nell'esercizio di un diritto potestativo, recedere dal rapporto con effetti immediati dietro l'obbligo verso la parte receduta di una "indennità equivalente all'importo della prestazione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso", o può acconsentire, allorché ne abbia interesse, alla continuazione del rapporto lavorativo protraendone l'efficacia sino al termine del periodo di preavviso.

Svolgimento del processo

Con sentenza del 30 marzo 2002 il Tribunale di Milano respingeva il ricorso di Al.Li. nei confronti della s.p.a. Ri. Industria Ch. e Fa. diretta all'accertamento della ingiustificatezza del licenziamento intimato il 6 ottobre 1999 ed alla condanna della società al pagamento delle indennità risarcitorie.

A seguito di gravame della Li., la Corte d'appello di Milano con sentenza del 24 maggio 2004 rigettava il gravame e condannava l'appellante al pagamento delle spese del grado. Nel pervenire a tale conclusione la Corte territoriale osservava preliminarmente che la nozione di giustificatezza concernente il licenziamento del dirigente non coincide con le nozioni di giusta causa o giustificato motivo, dovendosi tenere conto di tutti gli elementi che nel caso concreto possono ritenersi idonei a privare di ogni giustificazione il recesso ad nutum del datore di lavoro in relazione alla violazione del principio fondamentale di buona fede nella esecuzione del contratto, configurabile quando detto recesso rappresenti l'attuazione di un comportamento puramente pretestuoso, ai limiti della discriminazione, ovvero del tutto irrispettoso delle regole procedurali che assicurano la correttezza dell'esercizio del diritto.

Circostanze queste ultime non riscontrabili nel caso di specie atteso che, in occasione della sua assunzione, alla Li. era stato affidato l'incarico di assistente del Presidente dott. At. Ri., con compiti e responsabilità specifiche di sovrintendenza delle relazioni istituzionali e dei rapporti con Fa., e per eseguire tutta l'attività istituzionale di Fa., legata anche essa alla posizione di vice presidente ricoperta dallo stesso dott. Ri.; mansioni queste che erano tutte caratterizzate da un forte elemento fiduciario. Dopo la morte del Ri. la vice presidenza in Fa. non era stata più ricoperta da esponenti Ri., mentre risultavano riorganizzati anche strutturalmente i compiti e le responsabilità inerenti l'attività di supporto al nuovo Presidente mediante lo staff della nuova dirigenza. La sussistenza, quindi, di una riorganizzazione aziendale, non assoggettabile per il principio della libertà di intrapresa economica ad alcuna valutazione di merito, rendeva giustificato il licenziamento della Li. Aggiungeva ancora la Corte milanese che nella lettera di recesso del 16 ottobre 1999 si manifestava inequivocabilmente la volontà della società di esonerare la lavoratrice dal lavoro durante il periodo di preavviso e di corrisponderle l'indennità sostitutiva. Doveva però trovare applicazione nella fattispecie in esame il principio secondo cui al preavviso deve essere attribuito carattere reale, sicché durante il decorso dello stesso, in quanto periodo lavorato, permanevano gli effetti del contratto, e tra questi il potere disciplinare in capo al datore di lavoro perché la volontà espressa dalla dottoressa Li. - al momento della consegna della lettera di recesso - di contestare la decisione aziendale e di impugnare il licenziamento escludeva che il diritto al preavviso lavorato potesse tramutarsi in quello alla indennità sostitutiva comportante la cessazione immediata del rapporto.

Avverso tale sentenza Al.Li. propone ricorso per cassazione, affidato a tre motivi.

Resiste con controricorso la s.p.a. Ri. Industria Chimica e Farmaceutica s.p.a.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione dell'art 2118 c.c. deducendo che, contrariamente a quanto affermato nella impugnata sentenza, l'obbligo di dare il preavviso non ha una efficacia reale ma soltanto obbligatoria perché il recedente è titolare di un diritto potestativo di sostituire al preavviso la relativa indennità facendo cessare immediatamente gli effetti del contratto indipendentemente quindi dall'eventuale consenso della controparte.

Con il secondo motivo riguardante un vizio di motivazione circa la ritenuta adesione alla cessazione immediata del rapporto di lavoro la ricorrente deduce in subordine - qualora si intendesse cioè ritenere il preavviso con efficacia reale - che la sentenza impugnata ha errato nell'affermare - anche in considerazione del contenuto della documentazione in atti - che la contestazione della legittimità del recesso volesse significare la volontà di proseguire il rapporto lavorativo e di rinunciare alla indennità di preavviso.

Con il terzo motivo si denuncia infine omessa motivazione con riferimento all'art. 2119 c.c. non avendo il giudice d'appello fornito alcuna valutazione in ordine alla configurabilità del comportamento addebitato come giusta causa di licenziamento, rimanendo così "del tutto incomprensibile perché alla stessa non sia riconosciuto il diritto all'indennità di preavviso".

2. Con il primo motivo la ricorrente sostiene l'efficacia obbligatoria del preavviso affermando che nel caso di specie il recesso ad nutum della società aveva determinato la cessazione del rapporto lavorativo con la conseguenza che doveva riconoscersi ad essa ricorrente la indennità di cui all'art. 2118 c.c.

2.1. È stato affermato dai giudici di legittimità che non deve dubitarsi dell'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, altrettanto immediatamente il rapporto si risolve, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva. Infatti l' art. 2118 c.c. non fa cenno alle necessità del consenso della parte non recedente; inoltre sarebbe incongruo richiedere che, per evitare la prosecuzione del rapporto durante il periodo di preavviso, all'atto unilaterale del licenziamento debba necessariamente accedere un accordo bilaterale sulla risoluzione immediata (cfr. in questi precisi termini; Cass. 19 gennaio 2004 n. 741).

2.2. Il riportato pronunciato della Corte di cassazione è confermativo del principio espresso - in relazione

ad una fattispecie di incumulabilità tra cassa integrazione guadagni straordinaria ed indennità sostitutiva di preavviso - dalle Sezioni Unite di questa Corte, secondo cui alla concezione reale del preavviso osta innanzitutto la definizione legislativa di cui all'art. 2118 c.c. ("indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso") in cui il condizionale di "sarebbe", come non ha mancato di rilevare la dottrina, sottintende una protasi inespressa se fosse proseguito il rapporto durante il periodo medesimo; e ciò esclude la volontà legislativa di intendere il rapporto come proseguito sino al termine del preavviso (in questi testuali sensi: Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994 n. 7914).

2.3. Ed ha fatto richiamo al dictum delle Sezioni unite anche una ulteriore decisione di questa Corte che, in linea con un orientamento elaborato in precedenza (Cass. 13 dicembre 1988 n. 6798, Cass. 10 febbraio 1989 n. 831, Cass. 6 luglio 1990 n. 7109, Cass. 25 agosto 1990 n. 8717), ha pure affermato che il periodo di preavviso costituisce prosecuzione del rapporto di lavoro solo nel caso in cui il lavoratore continui nella prestazione della sua attività, e che invece si verifica la interruzione immediata del rapporto di lavoro quando vi sia un accordo in proposito, anche per fatti concludenti, tra i quali l'accettazione senza riserve della indennità sostitutiva, evidenziando come sia contraria alla realtà una prosecuzione del rapporto di lavoro fino alla scadenza del periodo di preavviso quando di fatto non vi sono le prestazioni corrispettive delle parti e queste sono esonerate dall'obbligo di renderle (cfr. così: Cass. 29 luglio 1999 n. 8256, che precisa altresì come anche nella ipotesi di cessazione dell'attività produttiva dell'azienda, in cui pure spetta al lavoratore l'indennità di preavviso, non trovi giustificazione l'affermazione della prosecuzione del rapporto di lavoro sino al termine del periodo di preavviso, e come ad analogo effetto si pervenga quando l'indennità sostitutiva del preavviso sia accettata dal lavoratore, che subito dopo la risoluzione del rapporto trovi altra occupazione).

3. L'indicato indirizzo giurisprudenziale aderisce, quindi - seppure con alcune differenze sul versante motivazionale e delle conseguenze fattuali - alla tesi della c.d. efficacia obbligatoria del preavviso che, condivisa da una parte della dottrina giuslavoristica, configura il preavviso come un istituto volto a trasformare il contratto di lavoro a tempo indeterminato, assegnandogli un termine finale, sicché il preavviso stesso assume efficacia nei sensi indicati, potendo essere liberamente e discrezionalmente sostituito da una indennità, con l'ulteriore effetto che il rapporto lavorativo deve considerarsi cessato al momento della ricezione dell'atto di recesso, risultando da tale momento ininfluenti eventuali avvenimenti sopravvenuti.

4. Questa Corte ritiene di ribadire questo indirizzo anche se non ignora la contraria opinione, che ha avuto riscontro sia in dottrina che in giurisprudenza, secondo cui il preavviso ha un'efficacia reale perché durante tale periodo di tempo continuano in ogni caso a verificarsi tutti gli effetti del contratto (cfr. al riguardo tra le altre: Cass. 9 giugno 1994 n. 5596; Cass. 5 febbraio 1992 n. 1236, cui adde, Cass. 26 luglio 2002 n. 11118, che - dopo avere rimarcato che, solo dietro accordo di entrambe le parti a rinunciare alla prestazione lavorativa durante il periodo di preavviso, può essere consentita la corresponsione di una indennità sostitutiva di preavviso con effetti estintivi immediati - riafferma, in mancanza di detto accordo, il principio dell'efficacia reale del preavviso, con il corollario della piena operatività del rapporto di lavoro e di tutte le obbligazioni connesse fino alla scadenza del termine di preavviso).

4.1. In questa ottica ricostruttiva il preavviso è stato pure equiparato ad un termine, che sospende l'effetto del recesso, per cui durante tutto il suo corso il rapporto lavorativo continua ad essere regolato dalla medesima disciplina che lo regolava prima del recesso e con la piena applicabilità delle norme di legge e dei contratti collettivi sopravvenuti.

5. Ragioni di ordine letterale e logico-sistematico inducono a condividere l'indirizzo volto ad assegnare al preavviso efficacia obbligatoria.

5.1. Ed invero 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 terzo 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).

5.2. Anche a non volere considerare l'interpretazione letterale della norma - da tutti reputata come elemento favorevole alla tesi della efficacia obbligatoria del preavviso - come di per sé capace di accreditare la suddetta efficacia in base al brocardo in claris non fit interpretatio (in giurisprudenza per la validità di tale criterio, sebbene non legislativamente espresso, sia per quanto riguarda l'ermeneutica del contratto che quella della norma giuridica, vedi ex plurimis: Cass. 13 luglio 2004 n. 12957; Cass. 2 novembre 1995 n. 11392; Cass. 11 agosto 1972 n. 2681, cui adde Cass. 12 giugno 1963 n. 1568, secondo cui è fondamentale canone di ermeneutica, fissato dall'art. 12 delle preleggi, che la norma giuridica deve essere interpretata innanzi tutto e principalmente, dal punto di vista letterale, non potendosi al testo "attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato fatto proprio dalle parole secondo la connessione di esse"), sussistono ragioni di ordine logico-sistematico che portano ad escludere la portata reale dell'istituto scrutinato.

5.3. È opinione di comune condivisione che l'istituto del preavviso risponde all'elementare esigenza che, nel contratto a tempo indeterminato, la parte receduta non si trovi all'improvviso di fronte alla rottura del contratto affinché, in caso di dimissioni, il datore abbia il tempo per sostituire il collaboratore e, in caso di licenziamento, il lavoratore non sia improvvisamente privato dei beni della vita che dal posto di lavoro

derivano e abbia tempo per trovarsi altra occupazione (cfr. in giurisprudenza per analoga affermazione; Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994 n. 7914 cit).

5.4. Orbene, va in primo luogo rilevato che se si volesse riconoscere efficacia reale al preavviso, imponendo una continuazione del rapporto lavorativo in ogni caso di recesso (e specificatamente anche nelle ipotesi di assenza di una comune volontà in tali sensi), si finirebbe per legittimare una soluzione incompatibile con l'assetto ornamentale dell'epoca della codificazione, che si caratterizzava - stante la mancanza di un articolato sistema di garanzia in termini di tutela (obbligatoria o reale) del posto di lavoro - per un generale riconoscimento del principio del recesso ad nutum.

La norma scrutinata - la cui lettura non può, è necessario ribadirlo, prescindere dal contesto temporale in cui è stata emanata - si collegava quindi ad un sistema in cui era ancora evidente l'intento del legislatore di garantire la libertà dell'individuo da vincoli di soggezione a durata indeterminata ed in cui si riscontrava - come è stato pure evidenziato - una logica simmetrica tra la costituzione e la cessazione del rapporto di lavoro, nel comune segno della libera determinazione ad opera della volontà delle parti.

6. Alla stregua delle considerazioni svolte questa Corte ritiene che non occorre il consenso di entrambe le parti per impedire la prosecuzione del rapporto sino alla scadenza del termine di preavviso, potendosi pervenire a tale risultato anche unilateralmente, e cioè da parte del solo recedente (contra, però in maniera espressa anche, Cass. 7 ottobre 1975 n. 3190).

6.1. Ed invero, nel caso di specie si viene a configurare una obbligazione alternativa in capo alla parte recedente perché questa "nel rispetto della lettera e della ratio dell'art. 2118 c.c. - può, nell'esercizio di un diritto potestativo, recedere dal rapporto con effetti immediati dietro l'obbligo verso la parte receduta di una "indennità equivalente all'importo della prestazione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso", o può acconsentire, allorquando ne abbia interesse, alla continuazione del rapporto lavorativo protraendone l'efficacia sino al termine del periodo di preavviso.

6.2. A ben vedere una tale soluzione fatta propria dal legislatore codicistico - talvolta contrattualmente recepita dall'autonomia sindacale attraverso clausole volte a consentire in determinati casi il recesso senza preavviso con pagamento della indennità sostitutiva e con effetto risolutivo immediato (per la legittimità di tali clausole cfr.: Cass. 7 settembre 1981 n. 5054 avente ad oggetto le clausole del contratto collettivo per le aziende di credito) determina un accostamento della nozione giuridica del preavviso a quella propria della scienza economica, dove è, come è stato notato, molto diffusa la considerazione dell'onere del preavviso come un puro e semplice firing cost aggiuntivo rispetto all'indennizzo solitamente comminato per il licenziamento ingiustificato.

7. Quanto ora detto induce ad ammortizzare ogni timore che possa sorgere sul piano garantistico e di tutela del lavoratore.

Ed infatti, in una ottica di doverosa disaggregazione della normativa sul preavviso da quella sul

licenziamento, regolante il recesso del datore di lavoro, il danno subito dal lavoratore (illegittimamente licenziato) - ad esempio: per non avere potuto godere di un nuovo e più favorevole trattamento normativo intervenuto durante il periodo di preavviso - che non risulta coperto stante la natura retributiva della indennità ex art. 2118 comma 2, c.c. (cfr. per la natura retributiva di tale indennità: Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994 n. 7914 cit.; in una ottica risarcitoria, limitativa però dei danni, non liquidabili oltre l'ammontare della suddetta indennità, vedi: Cass. 18 febbraio 1960 n. 279; Cass. 21 luglio 1956 n. 2841) è suscettibile di trovare pieno ristoro nell'ambito della tutela risarcitoria garantita in maniera specifica dall'art. 18 stat. lav. o in via generale dall'art. 2043 c.c.

7.1. E che la soluzione seguita si lasci preferire perché risponde oltre che, come visto, all'assetto ordinamentale dell'epoca in cui la norma codicistica è stata emanata, anche a quello attuale, risulta con chiarezza solo che si consideri che, ogni volta che il legislatore ha inteso rendere operativo un rapporto lavorativo (non più assistito dalla comune volontà delle parti ed in cui venga conseguentemente a cessare la corrispettività tra prestazione lavorativa e retribuzione) sino in qualche misura ad assimilarlo sul piano meramente fattuale ad un rapporto valido ed efficace, ha perseguito tale finalità, in caso di illegittimità della condotta, sanzionando il datore di lavoro attraverso il riconoscimento della nullità assoluta (cfr. ad esempio: art. 2 legge 9 gennaio 1963 n. 7) o della invalidità (attraverso l'esercizio di una azione costitutiva; cfr. ad esempio: art. 18 stat. lav.) del rapporto lavorativo, e nel caso in cui non si riscontri, invece, alcuna condotta addebitabile, recuperando - in un ottica di bilanciamento di interessi contrapposti ma ugualmente protetti a livello costituzionale - in termini di efficacia un rapporto che risulta sospeso in ragione del venir meno della corrispettività tra retribuzione e prestazione lavorativa (cfr. art. 2110 c.c.).

8. Conseguenze da quanto sinora detto che il ricorso va accolto.

Ed invero nella presente controversia - il cui thema decidendum risulta oramai limitato, stante il contenuto delle censure di cui al ricorso, soltanto all'esame della fondatezza della domanda della indennità di preavviso - come è stato accertato dalla impugnata sentenza la società ricorrente ha receduto dal rapporto di lavoro unilateralmente, manifestando con la lettera di recesso l'intento di non proseguire il rapporto con la Li. e di corrisponderle la relativa indennità sostitutiva. Da nessun atto processuale, inoltre, risulta la volontà della suddetta Li. di rinunciare all'indennità di preavviso e di volere continuare il rapporto non potendo dalla mera dichiarazione di impugnare il licenziamento evincersi una tale volontà, che può trovare fondamento in altra autonoma e distinta causale.

9. Per concludere, l'esposto iter argomentativo comporta - contrariamente a quanto statuito dal giudice di merito sul presupposto della efficacia reale del preavviso - l'accoglimento della domanda della suddetta Li., con l'assorbimento delle non esaminate censure di cui al secondo e terzo motivo del ricorso.

10. Ai sensi dell'art. 384 c.p.c., non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la controversia va decisa nel merito con la condanna della s.p.a. Ri. - Industria Ch. e Fa. - al pagamento delle somma di euro 63.214,32 a titolo di indennità di preavviso, oltre alla rivalutazione monetaria dalla data del licenziamento e agli interessi sulla somma rivalutata come per legge.

11. Ricorrono giusti motivi - tenuto conto della natura della controversia e delle questioni trattate - per compensare interamente tra le parti le spese dell'intero processo.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e decidendo nel merito condanna la società ricorrente al pagamento, a favore di Al.Li. della somma di euro 63.214,32 a titolo di indennità di preavviso oltre alla rivalutazione monetaria dalla data del licenziamento nonché agli interessi legali sulla somma rivalutata. Compensa tra le parti le spese dell'intero processo.

[1] Tale orientamento è strutturato da Cass.15.5.2007 n. 11094, inedita in cartaceo allo stato; Cass. 30.8.2004 n. 17334, in Lav. giur. 2005, 283; Cass. 23.7.2004 n. 13883 (in tema di dimissioni) in Not. giurisp. lav. 2005, 111; Cass. 22.7.2002, n. 11118, in Lav. prev. Oggi 2002, 1340; Cass. 21.11.2001 n. 14646, in Not. giurisp. lav. 2002, 198; Cass. 2.11.2001, n. 13580, ivi 2002, 18; Cass. 9.6.1994 n. 5596, inedita a quanto consta; Cass. 5.2.1992 n. 1236, ivi 1992, 558; Cass. 13.12.1988 n. 6798, ivi 1989, 160 Cass. 7.10.1975 n. 3190.

[2] Questo orientamento lo si ritrova asserito in: Cass. 21.5.2007 n. 11740, inedita allo stato; Cass. 19.1.2004 n. 741, in Mass. giur. lav. 2004, 601; Cass. 29.7.1999 n. 8256, in Not. giurisp. lav 1999, 640; Cass., Sez. Un., 29.9.1994 n. 7914, in Mass. giur. lav. 1994, 552; Cass. 25.8.1990 n. 8717, in Not. giurisp. lav. 1990, 904; Cass. 6.7.1990 n. 7109, Cass. 10.2.1989 n. 831.

[3] In Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, Il recesso ordinario, Milano 1962.

[4] In La mora del creditore nel rapporto di lavoro, Milano 1965, 154 e ss.

[5] *****, La vicenda giuridica della c.d. efficacia reale del preavviso di recesso, in Lav. prev. Oggi, 2004, 1865 e ss.

[6] In Mass. giur. lav. 2004, 601 ss., con nota di S. Bruzzone, sul punto a pagina 603.

[7] In La cessazione del rapporto di lavoro, in Enciclopedia Giuridica del Lavoro, diretta da ***** - Padova 1980, vol.5, 49 e ss. - al Cap. VI, Preavviso (ed esonero unilaterale tramite indennità sostitutiva).

[8] Vedila in Lav.giur. 2005, 283. In precedenza, nello stesso senso e da vecchia data, si registrano: Pret. Milano 4.4.1979, in Or. giur. lav., 1979, 758; conf. Pret. Milano 18.8.1980, ibidem, 1980, 904; Cass. 19.12.1981, n. 6733, in Riv. it. dir. lav., 1982, II, 751 con nota di Pirelli; Pret. Genova 27.9.1983, in Foro it., 1985, I, 2431, il cui orientamento comune così suona: «Mentre l'obbligo del preavviso lavorabile non può essere preventivamente limitato o escluso dalla volontà delle parti, rientra invece nella loro libera disponibilità la regolamentazione dei successivi profili economici connessi allo svolgimento del rapporto, nel senso che, manifestato il recesso, le parti possono anticipare o posporre la cessazione del rapporto rispetto ai termine del preavviso lavorabile e regolarne gli effetti economici».

[9] Così, Cass. 13.3.1978, n. 1257, in Not. giurisp. lav., 1978, 326 e Cass. 21.1.1982, n. 403, in Giust. civ., 1982, I, 1266.

[10] Conf. ex plurimis, *****, Diritto del lavoro, Napoli 1990, 245.

[11] Così, per tutte, Cass. n. 451/1981; Cass. 27.6.2003 n. 10272; Cass. 30.8.2004 n. 17334.

[12] Così, per tutte, Cass. n. 4624/1980.

[13] Così Cass. sez. lav. 25.7.1994 n. 6901 - est.*****o - in Not. giurisp. lav. 1994, 772 (ove trovasi menzione di altre conformi); cui adde, Cass. 27.5.1995, n. 5977, in Lav. prev. oggi, 1996, 1281.

[14] Così, Cass. sez. lav. 20.3.1998, n. 2986 - est. ***** - in Not. giur. lav. 1998, 331; più di recente Cass. 6.2.2004, n. 2339 - est. Vigolo - in Lav. e prev. oggi 2004, 531; conf. 30.7.1991, n. 8448 in Mass. giur. lav. 1991, 554; Cass. 20.2.1990, n. 1238, ivi, Mass.Cass. 1990, 46, n. 159; Cass. 30.5. 1991, in Not. giurisp. lav. 1989, 582.

[15]
In Not. giurisp. lav. 2006, 646 e ss.

[16] In Not. giurisp. lav. 2006, 646.

[17] Per il quale «quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti».

[18] Per il quale «in mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata il periodo di preavviso».

[19] In Not. giurisp. lav.
2000, 468.

[20] Nello stesso senso, v. App. Milano, 2.8.2003, in Or. giur. lav., 2003, I, p. 596; Trib. Milano, 5.4.2002, ivi 2002, I, p. 333; Trib. Firenze, 11.6.1997, in Riv. it. dir. lav., 1998, II, 142. Contra: App. Milano, 20.4.2004, in Riv. crit. dir. lav., 2004, 665.

[21] E' orientamento consolidato della Cassazione ritenere che l'indennità stabilita dall'art. 8 l. n. 604 del 1966 assorba in via forfettaria ogni conseguenza dell'illecito, v., ex plurimis, Cass., 18. 2. 1980, n. 1208, in Riv. giur. dir. lav., 1980, II, 607; Cass., 15.5.1976, n. 1722, in Mass. giur. lav., 1977, 125; Cass., 28. 10.1974, n. 3236, in Not. giurispr. lav., 1975, 176, n. 80; Cass., 28.10.1975, n. 3625, in Mass. giur. lav., 1976, 41; Cass., 15.7.1972, n. 2450, ivi, 1973, 204.

[22] In sede di merito, conf., in precedenza, Trib. Milano 16.4.2003, est. *****, in D&L, Riv. crit. dir. lav. 2003, 789, con nota di ***** d'Elci, Sul diritto all'indennità di mancato preavviso in caso di licenziamento illegittimo nell'area della tutela obbligatoria.

<https://www.diritto.it/si-riapre-il-dibattito-sulla-cd-efficacia-reale-del-preavviso/>