

Quale efficacia per il periodo di preavviso lavorato?

CRISTINA SPADARO

In tema di recesso dal contratto di lavoro a tempo indeterminato ritorna di attualità il dibattito sulla efficacia del preavviso.

Come è noto l'art. 2118 c.c., frutto di una concezione liberistica del rapporto di lavoro, regola il recesso unilaterale stabilendo che ciascuno dei contraenti possa recedere dal contratto dandone preavviso nel termine e nei modi stabiliti dalla contrattazione collettiva, dagli usi o secondo equità (co. 1).

La ratio della disposizione è quella di tutelare l'interesse del destinatario del recesso alla prosecuzione del rapporto al fine di fronteggiare i danni, più o meno gravi, derivanti da un'improvvisa risoluzione contrattuale.

Il legislatore del '42 ha altresì disciplinato le conseguenze derivanti dal mancato preavviso sancendo l'obbligo per il recedente di corrispondere alla controparte una indennità pari all'importo della retribuzione che gli sarebbe spettata per detto periodo (c.d. indennità sostitutiva del preavviso) (art. 2118, co. 2, c.c.).

Orbene, mentre non desta alcuna perplessità la naturale efficacia reale del cd. «preavviso lavorato», a dividere l'orientamento giurisprudenziale è il caso in cui, viceversa, il lavoratore sia esonerato dallo svolgimento della propria attività nel relativo periodo.

Secondo alcune pronunce, infatti, il recesso resterebbe sospeso ed il rapporto di lavoro permarrrebbe in vita sino alla scadenza del termine di preavviso, con conseguenziale sopravvivenza delle connesse obbligazioni (c.d. efficacia reale). Da cui, *in un caso*, l'applicazione delle norme di legge e dei contratti collettivi sopravvenuti durante il decorso del periodo considerato, *in un altro*, la sospensione dello stesso in caso di malattia o infortunio (art. 2110 c.c.). Il tutto fatta salva diversa volontà delle parti, ancorché manifestata tacitamente per fatti concludenti (Cass. n. 17334/2004; Cass. n. 13883/2004; Cass. n. 13580/2001).

Secondo altre statuizioni, invece, il rapporto di lavoro si estinguerrebbe immediatamente, anche in assenza di accordo, con l'unico obbligo in capo al recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva (c.d. efficacia obbligatoria): ciò in considerazione non solo del tenore letterale dell'art. 2118 c.c. (*in claris non fit interpretatio*), di fatto privo di qualsivoglia riferimento alla necessità del consenso della parte receduta per il perfezionamento del recesso *ad nutum*, ma anche della previsione di cui al terzo comma, prescrivente a carico del datore di lavoro la corresponsione della indennità in caso di morte del prestatore

(Cass. n. 741/2004; Cass. S.U. n. 7914/1994).

In tale ambito si collocano due recenti ed antitetici interventi della Suprema Corte, entrambi relativi al licenziamento di personale dirigenziale esonerato dalla prestazione dell'attività lavorativa durante il periodo di preavviso a fronte della corresponsione dell'indennità sostitutiva.

Con *il primo*, la Cassazione viene a sposare la tesi dominante statuendo che dal recesso ex art. 2118 c.c. scaturisca l'obbligo di preservare tutti i diritti retributivi che sarebbero maturati nel corso del periodo di preavviso: e cioè l'obbligo di pagare un'indennità equivalente al trattamento economico-normativo che sarebbe spettato nel caso in cui il periodo in considerazione fosse stato lavorato, attesa la prioritaria necessità di tutelare gli interessi della parte receduta (Cass. n. 11094/2007).

Con *il secondo*, per converso, la Corte disattende l'orientamento maggioritario facendo leva sulla base *sia* dell'interpretazione letterale della norma sul recesso unilaterale, *sia* di argomentazioni di carattere storico e logico-sistemico.

In specie, secondo i giudici di legittimità, la teoria della c.d. efficacia obbligatoria, *da un lato*, sarebbe l'unica soluzione coerente

con l'assetto normativo dell'epoca della codificazione, in cui l'attenzione del legislatore era focalizzata sulla esigenza di garantire la libera recidibilità, *dall'altro*, risulterebbe più aderente alla realtà del mercato del lavoro in quanto idonea ad accostare la nozione giuridica del preavviso a quella propria della scienza economica, di fatto segnata dalla conside-

razione dell'onere del preavviso come *firing cost*, e cioè una sorta di tariffa legale per la monetizzazione del danno da perdita del posto di lavoro, aggiuntivo all'indennizzo comminato per il licenziamento ingiustificato.

Il tutto per affermare l'esistenza in capo al recedente del diritto potestativo di sostituire il preavviso con la corresponsione della

relativa indennità, a prescindere dal consenso manifestato dall'altra parte del rapporto di lavoro (Cass. n. 11740/2007).

Trattasi di opposti orientamenti, a fronte dei quali è auspicabile un intervento compositivo delle Sezioni Unite, nella speranza che i diritti della parte più debole del rapporto siano adeguatamente tutelati.