

Il preavviso spacca i giudici

Da "Il Sole 24 Ore" del 22 agosto 2007

È tornato a farsi vivo il dibattito sull'efficacia del preavviso e sulle conseguenze nel rapporto di lavoro. Il pretesto arriva con la sentenza 11740/07 della Cassazione (si veda «Il Sole-24 Ore» del 18 luglio scorso) relativa al licenziamento di una dirigente, esonerata dal prestare attività durante il periodo di preavviso a fronte della corresponsione dell'indennità sostitutiva. I giudici di legittimità si sono espressi per l'efficacia obbligatoria del preavviso.

Indiscutibile è la naturale efficacia reale del preavviso nel caso in cui il lavoratore prenda attività lavorativa nel relativo periodo, restando fermi i diritti e gli obblighi facenti capo alle parti.

Al contrario, nel caso in cui il datore di lavoro, nell'esercitare il recesso, esoneri il prestatore dallo svolgimento dell'attività durante il periodo di preavviso, l'orientamento dei giudici si divide. Infatti, secondo alcuni, il licenziamento sarebbe inefficace e il rapporto di lavoro proseguirebbe giuridicamente fino alla scadenza del termine di preavviso con tutte le relative conseguenze. Secondo altri, il rapporto di lavoro si estinguerebbe immediatamente con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva.

In base alla prima tesi, l'obbligo di corrispondere un'indennità sostitutiva in mancanza di preavviso previsto dall'articolo 2118, secondo comma, del Codice civile, non attribuisce al datore recedente la facoltà di ottenere l'estinzione immediata del rapporto in cambio di una controprestazione economica. Solo con il consenso del lavoratore il datore che abbia esercitato il recesso potrà ottenere l'estinzione anticipata, consenso che può essere manifestato anche tacitamente attraverso comportamenti concludenti, come l'accettazione da parte del lavoratore dell'indennità sostitutiva del preavviso (Cassazione 2318/04 e 12134/05).

Una delle conseguenze più frequenti dopo un licenziamento fondato sull'efficacia reale del preavviso è che il lavoratore non accetti la risoluzione del rapporto e cada malato, inviando al datore il certificato di malattia fino alla scadenza del periodo di comporto. In tal modo, l'effetto sospensivo della malattia sul termine di preavviso paralizza il licenziamento fino alla scadenza del periodo di comporto, da cui inizia nuovamente a decorrere il periodo di preavviso con un forte esborso economico del datore, obbligato a mantenere in vita il rapporto senza che possa eccepire alcunché.

In base al secondo orientamento, seguito dalla Cassazione nella sentenza 11740/07, si sostiene che, in forza dell'articolo 2118, secondo comma, del Codice civile, l'unica conseguenza del recesso immediato consiste nell'obbligo per il recedente di corrispondere un'indennità di natura risarcitoria non facendosi alcun cenno alla necessità del consenso della parte non recedente, posizione fatta propria dalla sentenza 741/04. È interessante annotare le ragioni logico-sistematiche evidenziate dalla Corte per escludere la portata reale dell'istituto, partendo dalla ratio già focalizzata dalle Sezioni unite nella sentenza 7914/94, e rispondente all'esigenza, nel contratto a tempo indeterminato, che 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 prestatore 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. Partendo da tale premessa la Corte, nella sentenza 11740/07, afferma che «se si volesse riconoscere efficacia reale al preavviso, imponendo una continuazione del rapporto in ogni caso di recesso (anche senza una comune volontà in tale senso), si finirebbe per

legittimare una soluzione incompatibile con l'assetto ordinamentale dell'epoca della codificazione che si caratterizzava – stante la mancanza di un articolato sistema di garanzia in termini di tutela del posto di lavoro – per un generale principio del recesso ad nutum. La norma scrutinata si collegava quindi a un sistema in cui era evidente l'intento del legislatore di garantire la libertà dell'individuo da vincoli di soggezione a durata indeterminata e in cui si riscontrava una logica simmetrica tra costituzione e cessazione del rapporto di lavoro, nel comune segno della libera determinazione a opera della volontà delle parti». Pertanto, la Corte ritiene che non occorra 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.

«E invero – affermano i giudici di legittimità – nel caso di specie si viene a configurare un'obbligazione alternativa in capo alla parte recedente perché questa, nel rispetto dell'articolo 2118 del Codice civile, può, nell'esercizio del diritto potestativo, recedere dal rapporto con effetti immediati dietro l'obbligo verso la parte receduta di un'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». Secondo la Corte, inoltre, la soluzione fatta propria dal legislatore codicistico determina un accostamento della nozione giuridica del preavviso a quella della scienza economica dove l'onere del preavviso è considerato come un firing cost, ossia una sorta di tariffa legale per la "monetizzazione" del danno da perdita del posto di lavoro, aggiuntivo rispetto all'indennizzo comminato per il licenziamento ingiustificato.

di Stefano Taddei