



L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA DEL PREAVVISO non incide sul Tfr*

Qualora il preavviso non sia lavorato avendo esso natura obbligatoria e non reale, il lavoratore ha diritto esclusivamente alla indennità sostitutiva del preavviso ma non anche al suo calcolo nel Tfr

• DI POTITO DI NUNZIO *Consulente del Lavoro in Milano* e DI LAURA ANTONIA DI NUNZIO *Avvocato in Milano* •

L'indennità sostitutiva del preavviso non incide sul calcolo del trattamento di fine rapporto: è la Corte di Cassazione 19 gennaio 2023, n. 1581 ad affermarlo in una sentenza che sta facendo discutere, ma i cui contenuti sono, in realtà, tutt'altro che inediti nel panorama giurisprudenziale.

IL CALCOLO DEL TFR

Per comprendere l'approdo a cui sono arrivati i giudici di legittimità nella sentenza n. 1581/2023 in commento, occorre innanzitutto ricordare come si calcola il Tfr, somma alla quale viene riconosciuta natura di retribuzione differita, a maturazione progressiva, il cui diritto alla percezione sorge unicamente al momento della cessazione del rapporto di lavoro, salvo i casi di anticipo stabiliti per legge. L'art. 2120, comma 2, c.c. dispone che, salvo diversa previsione dei contratti collettivi, la retribuzione annua da prendere a base di calcolo del Tfr comprende tutte le somme corrisposte "in dipendenza" del rapporto di lavoro, "a titolo non occasionale" e con esclusione dei rimborsi spesa. Secondo i giudici di legittimità l'indennità di mancato preavviso non rientra nella base di computo del Tfr "poiché essa non è dipendente dal rapporto di lavoro, essendo invece riferibile ad un periodo non lavorato, una volta avvenuta la cessazione del detto rapporto". Superato infatti l'orientamento secondo cui al preavviso debba essere riconosciuta efficacia reale e dando ormai per assodata, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la sua natura meramente obbligatoria, se parte recedente sceglie di non far lavorare il preavviso, il rapporto di lavoro cessa immediatamente, col solo obbligo di

corrispondere alla parte non recedente un'indennità parametrata alla retribuzione che sarebbe spettata per il periodo non lavorato. "Ne consegue che il periodo di mancato preavviso deve essere escluso dal computo delle mensilità aggiuntive, delle ferie e del Tfr in quanto essendo mancato l'effettivo servizio, il lavoratore ha diritto esclusivamente alla indennità sostitutiva del preavviso ma non anche al suo calcolo per quel che qui interessa nel Tfr posto che il preavviso di licenziamento non ha effetto reale".

NATURA DEL PREAVVISO: REALE O OBBLIGATORIA?

Pertanto, la prima questione alla quale la Corte ha dovuto rispondere è se l'indennità sostitutiva del preavviso sia o meno da ritenere una somma che "dipende" dal rapporto di lavoro, ossia un importo dovuto quale corrispettivo della controprestazione cui il lavoratore è tenuto nei confronti di parte datoriale. La risposta a tale quesito necessitava però di un precedente chiarimento circa la natura da riconoscere al preavviso, se reale od obbligatoria. Fino a pochi anni fa l'opinione dominante in dottrina e in giurisprudenza riteneva che il preavviso avesse efficacia reale, ossia che il rapporto di lavoro e le connesse obbligazioni proseguissero a tutti gli effetti per l'intera durata del preavviso, salva l'ipotesi di accettazione da parte del lavoratore dell'indennità sostitutiva del preavviso. Secondo l'ormai superata teoria dell'efficacia reale del preavviso, parte datoriale non poteva scegliere a sua insindacabile discrezione se far lavorare il preavviso o risolvere immediatamente il rapporto alla consegna del recesso con pagamento dell'indennità sostitutiva: se il lavoratore non accettava l'indennità, il rapporto di lavoro ➤

* Pubblicato su *Corriere delle Pagine*, 9 marzo 2023.



L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA DEL PREAVVISO NON INCIDE SUL TFR

proseguiva fino alla scadenza del periodo di preavviso contrattualmente previsto, con conseguente prosecuzione di tutte le obbligazioni connesse al rapporto, comprese la maturazione della retribuzione, delle ferie, del Tfr, ecc.

Il lavoratore, dal canto suo, rimaneva imbrigliato al rapporto ormai concluso, non potendo impegnarsi in un altro rapporto di lavoro fino al termine del periodo di preavviso, in quanto doveva considerarsi a disposizione del datore di lavoro recedente fino alla scadenza del preavviso.

I MOTIVI DELLA DECISIONE DELLA CASSAZIONE

L'orientamento ormai prevalente, basandosi su un'interpretazione più fedele alla lettera della norma contenuta nell'art. 2118 c.c., ricollega all'istituto del preavviso natura meramente obbligatoria, attribuendo alla parte recedente il diritto potestativo di determinare se il preavviso debba essere lavorato, con conseguente prosecuzione del rapporto di lavoro fino a scadenza del termine, oppure debba essere indennizzato, con cessazione immediata del rapporto di lavoro. Dunque, in questa diversa prospettiva se effettivamente viene prestata durante il preavviso attività lavorativa, il dipendente maturerà tutti gli emolumenti legati al rapporto di lavoro, compresa l'incidenza sul Tfr delle somme retributive percepite in questo periodo; se invece il lavoratore viene esonerato dal prestare in servizio il periodo di preavviso, la relativa indennità non potrà essere annoverata tra i compensi che, ai sensi del secondo comma dell'art. 2120 sopra citato, formano la base di calcolo del Tfr, in quanto non "dipende" dal rapporto di lavoro, quanto piuttosto dalla sua risoluzione.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Sicuramente si tratta di una sentenza che creerà un nutrito dibattito, nonostante - lo si ripete - enunci un principio di diritto già sostenuto in precedenza in qualche sentenza della Suprema Corte (tra le più recenti, Cass. Civ. Sez. Lav., 05/10/2009, n. 21216 e Cass. Civ. Sez. Lav., 27/08/2015, n. 17248), anche se non rappresentava un approdo consolidato. Dibattito che può avere un senso solo se il contratto collettivo applicato non prevede la modalità di calcolo del

Tfr. Diversamente il dibattito è inesistente. Infatti, si ricorda che il legislatore disciplina le modalità di calcolo del Tfr solo nel caso in cui il contratto nulla prevede in tal senso.

E proprio in quest'ultima ipotesi che si inserisce il dibattito in quanto aveva indotto molti operatori, seppure in via prudenziale, a riconoscere al lavoratore licenziato l'incidenza dell'indennità sostitutiva del preavviso sul Tfr, emolumento la cui erogazione potrà essere in futuro omessa proprio sulla base del pronunciamento in commento.

Alcuni commentatori hanno già sostenuto la disparità di trattamento economico che tale principio di diritto fa conseguire ad una mera scelta discrezionale di parte datoriale a discapito del lavoratore.

Il riconoscimento dell'indennità sostitutiva in luogo del preavviso lavorato porterà a parte datoriale un risparmio economico non indifferente, considerato anche l'attuale coefficiente di rivalutazione del trattamento di fine rapporto, e conseguentemente una perdita considerevole per il lavoratore.

Si ritiene tuttavia che i giudici di legittimità abbiano coerentemente tratto da premesse generalmente condivise, quali l'obiettivo contenuto della norma contenuta nell'art. 2120, comma 2 c.c. e la natura obbligatoria del preavviso, le corrette conclusioni.

L'indennità sostitutiva del preavviso non può essere intesa come somma che dipenda (leggasi "legata e conseguente") al naturale e fisiologico svolgimento del rapporto di lavoro; si tratta piuttosto di un indennizzo che - seppur parametrato alla retribuzione persa per il periodo di preavviso non prestato - non può produrre tutti i benefici che solo l'effettiva prestazione può generare. Tanto più che non rientra neppure nel concetto di "non occasionalità" richiesto dal menzionato art. 2120 c.c. per le somme da annoverare nella base di calcolo del Tfr.

Una volta consolidato l'orientamento che sostiene la natura obbligatoria del preavviso, non potrà che consolidarsi - come logica conseguenza - anche il principio di diritto per cui nel calcolo del Tfr non incide l'indennità sostitutiva del preavviso.