

## La circolare di lavoro e previdenza n. 12/2023

# Indennità sostitutiva del preavviso esclusa dal computo del Tfr: commento a Cassazione n. 1581/2023

Ludovica Tavella – avvocato – partner Studio Legale Ferrarese Parotto Tavella – Avvocati del Lavoro

Con [sentenza n. 1581/2023](#) la Suprema Corte ha chiarito che, in caso di licenziamento, l'indennità di mancato preavviso non rientra nella base di calcolo del Tfr poiché non dipendente dal rapporto di lavoro essendo invece, una volta intervenuto il recesso, riferibile ad un periodo non lavorato. Gli Ermellini, nel richiamare il più recente e ormai prevalente orientamento della Cassazione sulla natura obbligatoria del preavviso, hanno quindi ribadito che, laddove una delle parti receda con effetto immediato, il rapporto si risolve con l'unico obbligo per il recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso restando, da quel momento, ininfluenti eventuali avvenimenti sopravvenuti, a meno che non sia il recedente stesso ad acconsentire, avendone interesse, alla continuazione del rapporto di lavoro, protraendone l'efficacia sino al termine del preavviso. Conseguentemente, non essendoci effettivo servizio, il periodo di mancato preavviso dev'essere escluso dal computo delle mensilità aggiuntive, delle ferie e del Tfr. Sulla base di tale argomentazione la Suprema Corte ha respinto la domanda del lavoratore volta all'ottenimento del Tfr maturato sull'indennità sostitutiva del preavviso.

### Il caso affrontato dagli Ermellini

La sentenza in commento trae origine dal giudizio promosso da un dirigente di un istituto bancario, licenziato per giustificato motivo oggettivo con corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso. Tra le varie domande, il lavoratore chiedeva, nello specifico - e per quanto qui interessa -, la condanna della banca datrice di lavoro all'integrazione del Tfr mediante pagamento delle differenze derivanti dall'esclusione dell'indennità sostitutiva del preavviso dalla relativa base di calcolo.

La Banca si difendeva sostenendo come l'indennità in questione non andava computata, stante l'immediata cessazione del rapporto di lavoro seguita al licenziamento intimato. La Banca evidenziava inoltre come l'articolo 29, comma 1, Ccnl di categoria – che in sostanza ricalca la nozione omnicomprensiva di retribuzione di cui all'[articolo 2120](#), cod. civ. sulla disciplina del trattamento di fine rapporto – preveda che, ai fini del calcolo del Tfr, la retribuzione annuale comprende oltre allo stipendio

gli emolumenti che compongono il trattamento economico e hanno carattere continuativo anche se periodici ed esclude invece quelli aventi carattere eccezionale, quali rimborsi spese e i trattamenti ex articolo 21, Ccnl o similari corrisposti al dirigente trasferito o in missione.

Sul punto, il Tribunale adito respingeva la domanda del lavoratore. La Corte d'appello, chiamata a pronunciarsi, accoglieva invece tale richiesta volta all'ottenimento del Tfr maturato sull'indennità sostitutiva del preavviso, affermando la computabilità di detta indennità ai fini della liquidazione del Tfr, trattandosi di emolumento avente causa, e non mera occasione, nel rapporto di lavoro e pertanto rientrante nella previsione di cui all'[articolo 2120](#), cod. civ. (e del Ccnl di categoria).

Diversamente da quanto ritenuto dalla Corte territoriale, la Banca deduceva invece che l'indennità sostitutiva del preavviso non vi rientrerebbe, atteso che non consiste in un trattamento economico avente carattere continuativo ma piuttosto in un emolumento di carattere eccezionale.

Della questione veniva investita la Corte di Cassazione.

### Il periodo di preavviso

L'articolo 2120, cod. civ., rubricato *“Disciplina del trattamento di fine rapporto”*, al comma secondo stabilisce che:

*Salvo diversa previsione dei contratti collettivi la retribuzione annua, ai fini del comma precedente [ossia per il calcolo del Tfr ndr], comprende tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese.*

Dunque, l'indennità sostitutiva del preavviso rientra o meno nella base di calcolo del Tfr?

Prima di scendere nel merito della decisione assunta al riguardo dalla Suprema Corte con la sentenza in commento, preme richiamare quale sia la finalità del preavviso e gli orientamenti formati nel tempo nella giurisprudenza della Cassazione in ordine alla sua efficacia, reale ovvero obbligatoria.

### La funzione del preavviso

Come noto, ai sensi dell'[articolo 2118](#), cod. civ., comma 1, sia il datore di lavoro che il lavoratore possono recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato dando un preavviso nei termini e nei modi stabiliti, in genere, dalla contrattazione collettiva.

Il preavviso consiste quindi nel periodo di tempo che decorre dalla comunicazione del recesso sino al momento dell'effettiva cessazione del rapporto.

Il periodo di preavviso dovrebbe consentire al lavoratore licenziato di riuscire a reperire una nuova occupazione e al datore di lavoro che riceve le dimissioni del proprio dipendente di poter trovare un sostituto.

La finalità del preavviso è quindi quella di evitare che la cessazione immediata del rapporto di lavoro possa cagionare un pregiudizio alla parte che subisce il recesso.

Non vi è obbligo di preavviso in caso di recesso esercitato durante o al termine del periodo di prova<sup>1</sup>, di recesso per giusta causa<sup>2</sup>, di risoluzione del contratto di lavoro a tempo determinato per scadenza naturale del termine o di risoluzione del rapporto per mancata ripresa in servizio del dipendente a seguito della reintegrazione disposta dal giudice.

La durata del preavviso è disciplinata dalla contrattazione collettiva e generalmente differisce in base alla categoria di inquadramento del dipendente ed alla sua anzianità di servizio.

Durante il periodo di preavviso il lavoratore dovrebbe continuare a prestare la propria attività lavorativa; in questo caso, sulle parti continuano a gravare tutti gli obblighi derivanti dalla legge e dal contratto. Può però accadere che il lavoratore che si sia dimesso abbia già reperito una nuova occupazione o che il datore di lavoro che abbia intimato il licenziamento preferisca dispensare il dipendente dal servizio.

In questi casi, quindi, il preavviso non viene lavorato e la parte recedente è tenuta a corrispondere all'altra la relativa indennità sostitutiva.

L'[articolo 2118](#), comma 2, cod. civ. stabilisce infatti che:

*“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<sup>3</sup>”.*

### L'efficace reale ovvero obbligatoria del preavviso: i due distinti orientamenti

Nel tempo si sono formati 2 distinti orientamenti in ordine all'efficacia del preavviso.

Quello più risalente, e a lungo dominante, sosteneva l'efficacia reale del preavviso. Secondo questo orientamento durante il decorso del preavviso, indipendentemente dal fatto che questo venga lavorato o meno, il contratto di lavoro continua a produrre i suoi effetti, restando quindi del tutto invariati gli obblighi fondamentali, i diritti ed i doveri delle parti contraenti, salvo ovviamente il caso in cui le parti pattuiscano diversamente.

<sup>1</sup> Cfr. articolo 2096, comma 3, cod. civ..

<sup>2</sup> Cfr. articolo 2119, comma 1, cod. civ..

<sup>3</sup> Il successivo articolo 2121, cod. civ. stabilisce i criteri per il calcolo dell'indennità sostitutiva del preavviso.

Conseguentemente, secondo la tesi dell'efficacia reale del preavviso, eventuali accadimenti quali, ad esempio, la malattia, l'infortunio o la gravidanza, occorsi in costanza di preavviso, sono idonei a sospendere detto periodo di preavviso che riprenderà a decorrere una volta cessata la causa di sospensione. Il recesso, quindi, produce i propri effetti solamente una volta decorso il termine di preavviso.

L'inversione di tendenza è avvenuta con la sentenza n. 11740/2007 con la quale la Corte di Cassazione ha affermato che:

*“Alla stregua di una interpretazione letterale e logico-sistematica dell'articolo 2118, cod. civ., nel contratto di lavoro a tempo indeterminato il preavviso non ha efficacia reale, che comporta, in mancanza di accordo tra le parti circa la cessazione immediata del rapporto, il diritto alla prosecuzione del rapporto stesso e di tutte le connesse obbligazioni fino alla scadenza del termine, ma efficacia obbligatoria, con la conseguenza che nel caso in cui una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, il rapporto si risolve altrettanto immediatamente, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva e senza che da tale momento possano avere influenza eventuali avvenimenti sopravvenuti, a meno che la parte recedente, nell'esercizio di un suo diritto potestativo, acconsenta, avendone interesse, alla continuazione del rapporto lavorativo, protraendone l'efficacia sino al termine del periodo di preavviso. Tale interpretazione corrisponde non solo all'assetto ordinamentale dell'epoca in cui è entrata in vigore la normativa codicistica, nella quale mancava un articolato sistema di tutela della stabilità del posto di lavoro, ma anche a quello attuale, caratterizzato, ogni qualvolta il legislatore ha avuto di mira l'assimilazione di un rapporto di lavoro ad un rapporto stabile ed efficace, dalla previsione di un apparato di misure idonee allo scopo. (Nella specie la S.C., rilevato che il datore di lavoro aveva esercitato il recesso unilateralmente, manifestando l'intento di corrispondere l'indennità sostitutiva, mentre dagli atti non risultava che la lavoratrice, che si era limitata a dichiarare di voler impugnare il licenziamento, avesse rinunciato all'indennità o chiesto di continuare il rapporto, ha cassato - decidendo nel merito - la sentenza d'appello che aveva negato il diritto della ricorrente di conseguire il pagamento della indennità di preavviso)<sup>4</sup>”.*

Il più recente ed ormai consolidato orientamento ritiene quindi che il preavviso abbia efficacia obbligatoria, pertanto qualora una delle parti receda dal contratto di lavoro, il rapporto si risolve immediatamente, con l'unico obbligo per il recedente di corrispondere all'altra parte l'indennità sostitutiva del preavviso e senza che da tale momento possano avere influenza eventuali avvenimenti

<sup>4</sup> Cfr. Cassazione n. 11740/2007.

sopravvenuti (malattia, infortunio, gravidanza etc.), salvo ovviamente che la parte recedente non abbia interesse alla continuazione del rapporto lavorativo protraendo così l'efficacia sino al termine del preavviso.

La Cassazione ha inoltre precisato che:

*“Ne consegue che tale indennità [l'indennità sostitutiva del preavviso ndR] non rientra nella base di calcolo delle mensilità supplementari, delle ferie e del trattamento di fine rapporto spettante al lavoratore dimissionario, non riferendosi ad un periodo lavorato dal dipendente<sup>5</sup>”.*

E ancora:

*“Né l'indennità di mancato preavviso, né l'indennità di mancato godimento delle ferie rientrano nella base di computo del Tfr del personale delle Ferrovie dello Stato, ora Rete Ferroviaria Italiana Spa. Non la prima, siccome non dipendente dal rapporto di lavoro, per la sua riferibilità a un periodo non lavorato, una volta avvenuta la cessazione del predetto rapporto, per la natura obbligatoria del preavviso, comportante la risoluzione immediata del rapporto. Non la seconda, in quanto esclusa dal calcolo del Tfr in modo non indiretto ma chiaro ed univoco, non già per espressa menzione e tuttavia ben ricavabile dalla disciplina, in via più generale, di un'autonoma e diversa nozione di retribuzione ai detti fini, contenuta negli accordi collettivi nazionali 1° febbraio 1996 e 24 settembre 1996<sup>6</sup>”.*

Infine, mentre secondo la tesi della natura reale del preavviso (per la quale parte recedente ha diritto alla prosecuzione del rapporto fino alla scadenza del relativo periodo), sarebbe impossibile ipotizzare una rinuncia al preavviso della parte non recedente idonea a determinare l'immediata estinzione del rapporto, all'opposto, secondo la tesi della natura obbligatoria (per la quale la parte recedente è libera di optare tra la prosecuzione del rapporto durante il preavviso e la corresponsione dell'indennità sostitutiva dello stesso con immediata cessazione del rapporto – obbligazione alternativa) si configurerebbe in capo alla parte non recedente un diritto di credito dalla stessa liberamente rinunciabile.

Al riguardo la Cassazione, con la recente [ordinanza n. 27934/2021](#), ha infatti affermato che la rinuncia del datore di lavoro al periodo di preavviso, a fronte delle dimissioni del lavoratore, non fa sorgere il diritto di quest'ultimo al conseguimento dell'indennità sostitutiva, attesa la natura obbligatoria del preavviso. Il dipendente dimissionario non ha quindi diritto al pagamento dell'indennità sostitutiva laddove il datore, ricevute le dimissioni, lo abbia esonerato dal prestare l'attività lavorativa durante il periodo di preavviso, in quanto la rinuncia ad un diritto non può essere fonte di un'obbligazione in assenza di una clausola contrattuale individuale o collettiva.

<sup>5</sup> Cfr. Cassazione n. 21216/2009.

<sup>6</sup> Cfr. Cassazione n. 17248/2015.

La Suprema Corte ha infatti evidenziato che:

*“Dalla natura obbligatoria del preavviso discende che la parte non recedente, che abbia - come nel caso di specie - rinunciato al preavviso, nulla deve alla controparte, la quale non può vantare alcun diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro fino a termine del preavviso; alcun interesse giuridicamente qualificato è, infatti, configurabile in favore della parte recedente; la libera rinunziabilità del preavviso esclude che ad essa possano connettersi a carico della parte rinunziante effetti obbligatori in contrasto con le fonti dell'obbligazioni indicate nell'articolo 1173, cod. civ.<sup>7</sup>”*

### La motivazione della sentenza

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte, dando continuità al proprio più recente e ormai prevalente orientamento in materia, sottolinea come il preavviso abbia efficacia obbligatoria e come pertanto comporti la risoluzione immediata del rapporto di lavoro, con l'unico onere per il recedente di corrispondere la relativa indennità sostitutiva.

In assenza di effettivo svolgimento della prestazione lavorativa, il periodo di mancato preavviso deve quindi essere escluso dal computo delle mensilità aggiuntive, delle ferie e del Tfr.

Conseguentemente, e con specifico riferimento al caso di specie, per il mancato preavviso il dipendente ha diritto esclusivamente al riconoscimento della relativa indennità sostitutiva e non anche all'inclusione della stessa nella base di calcolo del Tfr.

Gli Ermellini precisano infatti che:

*“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 (cfr. Cassazione n. 21270/2012 e n. 21216/2009). La natura obbligatoria del preavviso comporta la risoluzione immediata del rapporto, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva e senza che da tale momento possano avere influenza eventuali avvenimenti sopravvenuti, a meno che la parte recedente, nell'esercizio di un suo diritto potestativo, acconsenta, avendone interesse, alla continuazione del rapporto lavorativo, protraendone l'efficacia sino al termine del periodo di preavviso (cfr. Cassazione n. 22443/2010, n. 15495/2008 e n. 11740/2007)<sup>8</sup>”*

Gli Ermellini concludono quindi sottolineando che:

*“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*

<sup>7</sup> Cfr. Cassazione n. 27394/2021; in senso conforme cfr. Tribunale di Padova, 7 marzo 2019.

<sup>8</sup> Cfr. la sentenza in commento al punto 10.2, pag. 10.

*esclusivamente alla indennità sostitutiva del preavviso ma non anche al suo calcolo per quel che qui interessa nel Tfr posto che, come detto, il preavviso di licenziamento non ha efficacia reale, bensì obbligatoria, e dunque qualora una delle parti receda con effetto immediato il rapporto si risolve e residua l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva (Cassazione n. 21216/2009 e n. 17248/2015)<sup>9</sup>”.*

In altre parole, stante l'obbligatorietà del preavviso, la relativa indennità sostitutiva, non essendo corrisposta a fronte della prestazione lavorativa resa, e non avendo quindi natura retributiva in senso stretto, sarebbe esclusa dal computo del Tfr.

Confermando la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato con esonero dal preavviso la Cassazione, sulla base delle summenzionate considerazioni, accoglie il ricorso incidentale della banca datrice di lavoro e, ribaltando quanto stabilito dalla Corte territoriale sul punto, conclude per la non debenza dell'integrazione del Tfr richiesta dal dipendente.

Si tratta di una pronuncia che non mancherà di far discutere, per la qualificazione data ai requisiti di “dipendenza” e “non occasionalità” di cui al comma 2, [articolo 2120](#), cod. civ..



La nuova serie di **podcast** sulle riviste Euroconference

**LAVORO**

**Euroconference**  
Editoria

**Segui il canale Euroconference Editoria su Spotify e ascolta gli ultimi episodi**

<sup>9</sup> Cfr. la sentenza in commento al punto 10.2, pag. 11.