

## **Nuove riflessioni sulla risoluzione del rapporto per pensionamento di vecchiaia (\*)**

*Abstract: viene evidenziato il sussistente contrasto, in seno alla sezione lavoro della Cassazione, in ordine alla spettanza (o meno) del preavviso (di norma in forma di indennità sostitutiva) per la risoluzione del rapporto dei lavoratori ultrasessantenni che abbiano maturato i requisiti di età e contributivi per il pensionamento di vecchiaia e per i quali siano state pattuite nei contratti collettivi clausole di risoluzione automatica.*

### **Premessa**

Recenti sentenze della Suprema corte di Cassazione – emesse tra il 2017 e il 2018, a partire da quella di Cass. n. 1743 del 24 gennaio 2017 <sup>(1)</sup> – hanno nuovamente passato in esame la fattispecie della cessazione del rapporto per raggiunti limiti di età (all'epoca, 65 anni), giungendo alla conclusione della non spettanza del preavviso (o della indennità sostitutiva) correlato all'atto risolutivo datoriale ex art. 2118 cod. civ., dietro l'affermazione che la comunicazione aziendale, effettuata in regime di tutela reale al lavoratore, tramite cui lo si preavverte che al compimento dell'età per il pensionamento di vecchiaia (all'epoca, 65 anni) il suo rapporto verrà a risolversi automaticamente, non costituirebbe intimazione di licenziamento (impugnabile ed invalidabile, perché disposta in tempi non caratterizzati dalla titolarità aziendale ad esercitare legittimamente l'atto di recesso *ad nutum*, dispiegabile solo dopo il compimento dei 65 anni e non prima). Giacché – argomenta la Cassazione nelle citate, recenti decisioni riferite in nota – una volta riscontrata la presenza, nel contratto collettivo applicabile al rapporto individuale, di clausole contemplanti la risoluzione automatica del medesimo al compimento dei 65 anni (previa anticipata comunicazione scritta in tempi almeno pari alla misura contrattuale del preavviso), la risoluzione in questione costituirebbe mera applicazione delle pattuizioni contrattuali collettive, notoriamente regolanti altresì i contratti individuali di lavoro per asserita loro efficacia *erga omnes*, in via di fatto.

Ci riproponiamo, in questo scritto, di riesaminare la problematica della spettanza o meno del preavviso (o della relativa indennità sostitutiva, in caso di dispensa aziendale dal prestarlo in forma lavorata) per il lavoratore che abbia raggiunto i requisiti di età per il pensionamento di vecchiaia, intendendosi contenutisticamente per “preavviso” – a dispetto della qualificazione nominale imperniata sul fatto comunicativo – la notoria “protrazione” del rapporto dichiarato cessato, per un arco temporale definito contrattualmente, funzionale ad ammortizzare il trauma psicologico della “fine lavoro” ed, eventualmente, riorganizzare le proprie abitudini di vita; quindi non già come preavviso asseritamente lavorato in costanza di rapporto ante compimento dell'età pensionabile, ma decorrente da

---

(\*) Il presente articolo sostituisce, per aggiornamento, il precedente sullo stesso tema reperibile in rete, pubblicato sulle riviste telematiche Altalex e Filodiritto, con il titolo “Risoluzione del rapporto per età pensionabile e preavviso”.

<sup>(1)</sup> Cass. n. 1743/2017 (Pres. Bronzini, Rel. Piccone) è stata seguita, in senso conforme, da Cass. 29/8/2017 n. 20499 (Pres. Bronzini, Rel. Piccone) e da Cass. 14/3/2018, n. 6157 (Pres. Balestrieri, Rel. Garri), tutte quante legittimanti la clausola di risoluzione automatica del rapporto senza preavviso o indennità sostitutiva - sempreché contemplata dalla contrattazione collettiva - al raggiungimento dei 65 anni, previa comunicazione aziendale anticipata in corso di rapporto effettuata in misura pari o superiore temporalmente ai mesi di preavviso contrattuale (che pertanto viene considerato accordato, *ad abundantiam*, come preavviso lavorato).

quella data in poi. Protrazione effettiva in caso di “preavviso lavorato”, suscettibile di rinuncia o dispensa da parte datoriale (costituente la regola per i pensionandi), al ricorrere della quale si sostituisce la corresponsione dell’alternativa indennità sostitutiva.

Problematica caratterizzata, oramai, da orientamenti controversi tali da rendere indilazionabile l’intervento compositivo delle Sezioni Unite.

### **1. L’orientamento più recente sul tema, peraltro ancora minoritario**

Il nuovo orientamento delineato dalle sentenze riferite in nota 1 - che può ancora essere considerato minoritario, ma apparentemente in fase crescente – è stato prospettato in occasione della riforma di talune sentenze di merito, riforma che ha sortito l’effetto di negare al lavoratore la spettanza dell’indennità sostitutiva del preavviso (o del preavviso lavorato), in considerazione: a) **sia** del fatto che nel contratto collettivo applicato dalle aziende ricorrenti (compagnie assicurative e Trenitalia) ai dipendenti, sussisteva una clausola di risoluzione automatica del rapporto al raggiungimento dei requisiti per il pensionamento di vecchiaia, pattuita fra gli agenti contrattuali contrapposti, b) **sia** del fatto che le società avevano comunicato con largo anticipo al dipendente (che non aveva effettuato opzione per la prosecuzione, ex art. 6, legge n. 54/82) che il suo rapporto si sarebbe concluso con il raggiungimento dell’età pensionabile (all’epoca, 65 anni).

La sentenza n. 1743/2017 (da considerarsi capofila dell’orientamento riproposto di recente) si è così espressa: *«la risoluzione datoriale del rapporto di lavoro a causa del raggiungimento dei limiti massimi d’anzianità lavorativa effettuata prima del compimento dei sessantacinque anni del dipendente ma destinata ad operare al momento di tale evento e non seguita da allontanamento del lavoratore dal posto di lavoro non costituisce licenziamento, difettandone il presupposto della volontà di interrompere un rapporto in corso, bensì un semplice atto risolutivo, che, **se conforme alla contrattazione collettiva e se non contestato dal destinatario con riguardo alla sua legittimità**, non è sottoposto alla medesima normativa del licenziamento, sicché non si configura il diritto del lavoratore all’indennità di preavviso, tanto più che, in tale ipotesi, il preavviso è lavorato (Cassazione 29 novembre 2004, n. 22427; Cassazione 20 febbraio 2013, n. 4187); del resto, l’articolo 2118, secondo comma, cod. civ. prevede l’obbligo del datore di lavoro di corrispondere al lavoratore l’indennità sostitutiva del preavviso in ogni caso di licenziamento individuale che non sia preceduto da periodo di preavviso lavorato (Cassazione 21 gennaio 2014, n. 1148); in altri termini, l’inizio del regime di recedibilità “ad nutum” del rapporto di lavoro, contemporaneo alla fine del regime di recedibilità causale, attribuisce al datore di lavoro il potere di far cessare immediatamente il rapporto, purché (e salva l’ipotesi di giusta causa ex art. 2119 cod. civ.) il lavoratore abbia avuto la possibilità di giovare del periodo di preavviso grazie ad una tempestiva intimazione del licenziamento, valida anche se resa già in regime di recedibilità causale, sicché è legittimo un cd. licenziamento che, sebbene intimato in regime di recedibilità causale e privo di giustificazione, sia destinato a produrre effetto solo al raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età del lavoratore e, quindi, in coincidenza del subentrare del regime di recedibilità “ad nutum” (Cassazione 16 maggio 1995, n. 5356; Cassazione 28 novembre 2007, n. 24722)».*

Con tale motivazione, la citata sentenza viene ad inserirsi - a pieno titolo e con effetti di rafforzamento - nel filone dell’orientamento minoritario che nega la spettanza del preavviso o dell’indennità sostitutiva alla risoluzione del rapporto conseguente al raggiungimento dei requisiti per il pensionamento ai 65 anni, argomentando sulla base della ricostruzione della *ratio* del preavviso che affianca il licenziamento di cui all’art. 2118 cod. civ. *Ratio* individuata, da un lato, nell’esigenza di impedire che il lavoratore si trovi,

all'improvviso e contro la sua volontà, di fronte alla rottura del contratto e, in conseguenza di ciò, versare in una impreveduta situazione di disagio economico, e, dall'altro, in quella di consentire che il lavoratore stesso possa usufruire di un tempo minimo per trovarsi una nuova occupazione o di organizzare la propria esistenza nell'imminenza della cessazione del rapporto di lavoro.

Esigenza che il legislatore codicistico si è peritato di tutelare dotando il licenziamento, ex art. 2118 cod. civ., dell'obbligo del preavviso a carico del soggetto che lo dispone; esigenza che risulterebbe - secondo questo orientamento - insussistente o marginale per il lavoratore il cui rapporto cessa per raggiungimento dei requisiti pensionistici ai 65 anni (età, all'epoca, per la pensione di vecchiaia) e nei cui confronti il datore di lavoro abbia avuto «l'accortezza» di preavvertirlo anticipatamente, comunicandogli - in corso di rapporto assistito da stabilità reale ex art. 18 Statuto dei lavoratori - la data successiva di scadenza del rapporto di lavoro, coincidente con il compimento dell'età per la fruizione della pensione di vecchiaia. Per la validità di tale atto risolutivo, l'orientamento di cui trattasi richiede al datore di lavoro la cautela di effettuare tale comunicazione con un anticipo temporale almeno pari ai mesi di preavviso che il contratto collettivo applicabile ha previsto per il licenziamento ex art. 2118 cod. civ. . Ciò garantito scrupolosamente da parte aziendale, l'orientamento in questione giunge ad attribuire la qualificazione di "preavviso" - in base a questo espediente - al periodo (strutturato da vari mesi) compreso fra la data della comunicazione datoriale **antecedente** alla cessazione e la data della cessazione stessa, coincidente con il compimento dei 65 anni. Preavviso inteso, in maniera formalistica (e non contenutistica), quale "preavvertimento", "ora per allora" - in tempi antecedenti alla prossima cessazione del rapporto - che ad una certa data futura (i 65 anni) il rapporto in atto verrà automaticamente a risolversi. Preavvertimento che il datore di lavoro è tenuto (a) ed avrà l'accortezza di rispettare, al fine di non far crollare questa costruzione artificiosa, nonché a tacitazione di coloro che eccepissero il mancato rispetto datoriale dell'obbligo legale di concessione del preavviso. Preavviso configurato, pertanto, in forma del tutto anomala, nonostante l'asserita natura di "preavviso lavorato", in quanto si sovrappone, in corso di rapporto, al tempo riservato alla normale prestazione che il lavoratore ha diritto di effettuare integralmente per tutta la durata del rapporto non ancora giunto a risoluzione, con la conseguenza per cui, sostituendosi ad una porzione della normale prestazione in servizio per una misura pari ai mesi di ipotetico preavviso lavorato, ne riduce, per atto unilaterale datoriale - quindi indebitamente - l'intera durata, legittimamente pretendibile di essere svolta dal lavoratore.

Così argomentando, tale orientamento minoritario finisce per legittimare, nei confronti del lavoratore ultra sessantenne, una tipologia di preavviso "antecedente" (quindi lavorato) alla data di cessazione del rapporto, mentre - com'è noto - in caso di intimazione di un licenziamento *ad nutum* ex art. 2118 cod. civ., il preavviso è contemporaneo all'intimazione rescissoria e, se lavorato, è disposto per essere prestato nel periodo successivo, futuro.

Nella specifica fattispecie decisa da Cass. n. 1743/2017, l'orientamento di cui si tratta, ritiene che venga salvaguardata la regola del preavviso quando la volontà datoriale di risolvere il rapporto venga comunicata al lavoratore con un anticipo tale da consentire di riorganizzare la propria vita nell'imminenza della perdita del posto di lavoro; sostiene altresì che, mancando il legittimo affidamento sulla prosecuzione del rapporto di lavoro oltre il sessantacinquesimo anno di età, nulla vieta che il preavviso possa svolgersi mentre dura ancora il regime di recedibilità causale (cfr., Cass. 16 maggio 1995, n. 5356).

Sostiene additionally, questo orientamento, che la comunicazione anticipata del datore di lavoro al lavoratore (in numero di mesi almeno pari a quelli del preavviso

contrattuale) afferente la scadenza del rapporto ai 65 anni - prevista da **clausola** di risoluzione automatica **pattuita dagli agenti contrattuali nei contratti collettivi** - sarebbe idonea ad assolvere, in forma di cd. preavviso lavorato, l'obbligo del preavviso richiesto dall'art. 2118 cod. civ. anche per il recesso *ad nutum*, ipotizzando in tal modo di tacitare i dissenzienti.

Adduce, inoltre, che tale modalità rescissoria sarebbe legittima a condizione che non venga contestata dal lavoratore, naturalmente mediante impugnativa della comunicazione anticipatrice della risoluzione del rapporto al maturare dei requisiti pensionistici ai 65 anni (si ritiene, nel termine legale dei 60 giorni, di cui al licenziamento ingiustificato).

## **2. L'orientamento sinora maggioritario**

Ad evitare equivoci va comunque detto che, **sia** il sopra riferito orientamento cd. minoritario allo stato (ma apparentemente in corso di consolidamento), **sia** quello ancora maggioritario, convengono entrambi sul riscontro imprescindibile che, nell'ordinamento lavoristico privato - a differenza di quello regolante il rapporto di impiego con la pubblica amministrazione, tramite il decreto legislativo n. 165/2001 - le causali risolutive del rapporto sono caratterizzate da **tipicità** e **tassatività** (così, *ex plurimis*, Cass. nn. 10527/2010, 28847/2008, 13871/2007, ecc., e recentissimamente Cass. 11 gennaio 2019 n. 521).

Causali che si risolvono, in maniera esclusiva:

- a) nel licenziamento in tronco, per giusta causa, *ex art.* 2119 cod. civ.,
- b) nel licenziamento (per giustificato motivo soggettivo e oggettivo e *ad nutum* per gli ultra sessantenni con diritto alla pensione di vecchiaia), per tutti quanti con preavviso, *ex art.* 2118 cod. civ.,
- c) nelle dimissioni del lavoratore, *ex art.* 2118 cod. civ.,
- d) nella risoluzione per mutuo consenso, *ex art.* 1372, comma 1, cod. civ. (cfr. Cass. 24/6/2008 n. 17150),
- e) nello spirare dei termini per la ripresa del servizio del lavoratore ingiustificatamente licenziato, previsti dall'articolo 18, comma 5, legge 300/70,
- f) nonché nella morte del prestatore.

Secondo l'orientamento allo stato maggioritario, pertanto, dalla **tipicità** e **tassatività** delle causali, discende la nullità, *ex art.* 1418 cod. civ. - per contrarietà a norme imperative - delle clausole di risoluzione automatica del rapporto al raggiungimento di una certa età o anzianità contributiva, inidonee ad inserirsi legittimamente nel novero delle causali rescissorie del rapporto di lavoro privato, anche nel caso in cui siano state pattuite nei contratti collettivi di lavoro.

Pertanto il raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età, senza alcuna manifestazione di recesso con preavviso *ex art.* 2118 c.c., da parte del datore di lavoro, che, comunque, avrebbe dovuto essere effettuata a partire dal momento in cui si riappropria del potere di recesso *ad nutum*, e non prima, non vale ad interrompere il rapporto (Cass. 5 febbraio 2007 n. 2380).

Nutrita risulta essere la giurisprudenza di merito e di Cassazione in tal senso; a tale orientamento prevalente appartiene Cass. 14 ottobre 2005 n. 19903, la quale ha statuito che: «*al di fuori dell'ipotesi in cui la contrattazione collettiva contenga una clausola di stabilità relativa, prevedente la risoluzione automatica (senza preavviso) del rapporto lavorativo al raggiungimento di una certa età del lavoratore, il conseguimento da parte di*

*quest'ultimo dell'età pensionabile accompagnata dal possesso dei requisiti contributivi, se abilita il datore di lavoro a procedere al licenziamento ad nutum ex art. 2118 cod. civ. - in ragione dell'esaurimento del regime di stabilità reale - non esonera lo stesso dal concedere il preavviso di licenziamento e, in difetto della relativa intimazione, al pagamento della indennità sostitutiva».*

Tale impostazione è stata ribadita da Cass. 17 aprile 2015 n. 7899, la quale ha respinto il ricorso di un'azienda che sosteneva la non spettanza dell'indennità sostitutiva del preavviso in ragione dell'asserita validità del licenziamento per raggiungimento dell'età pensionabile intimato in un periodo in cui il lavoratore godeva del regime cd. di stabilità reale (ossia, di interdetto licenziamento, se non per giusta causa o per giustificato motivo), ma destinato a produrre effetti nel periodo, successivo al raggiungimento dei limiti d'età, caratterizzato quest'ultimo da libero recesso, *ad nutum*, del datore di lavoro.

La decisione in questione ha affermato che: *«sul punto, pur non senza contrasti, si registra una giurisprudenza assolutamente prevalente, secondo cui il presupposto del raggiungimento dell'età massima prevista dall'articolo 11 della legge n. 604 del 1966 (poi riprodotto nell'articolo 4 legge n. 108/1990) - il verificarsi del quale determina la cessazione del regime di stabilità del rapporto di lavoro e quindi la libertà di recesso del datore di lavoro - deve sussistere al momento in cui questo manifesta la relativa volontà, non essendo sufficiente che detto presupposto sussista alla data fissata per l'estinzione del rapporto, con la conseguenza che il licenziamento intimato prima del venir meno della garanzia della stabilità deve considerarsi illegittimo in mancanza di giusta causa o giustificato motivo di recesso e non può assumere efficacia per un tempo successivo (Cassazione, 27 maggio 1995, n. 5977; Cassazione, 29 marzo 1995, n. 3754; Cassazione 8 febbraio 1994, n. 6179; Cassazione 20 febbraio 1990, n. 1238; Cassazione, 18 dicembre 1993, n. 12558; Cassazione, 30 maggio 1989, n. 2613; Cassazione, 16 gennaio 1987, n. 351; contra, Cassazione, 16 maggio 1995, n. 5356)».*

Nello stesso senso, la recentissima Cass. 11 gennaio 2019 n. 521 (Pres. Bronzini, Rel. Ponterio) che, in fattispecie di raggiungimento dell'età pensionabile da parte di un dirigente – senza, peraltro, che il ccnl applicabile al rapporto contenesse alcuna clausola di risoluzione automatica per il compimento dei 65 anni - ribadisce: *«...sulla questione dei termini e delle modalità di risoluzione del rapporto in coincidenza con il raggiungimento dell'età per il conseguimento della pensione di vecchiaia e dell'esistenza o meno del diritto del lavoratore ad un periodo di preavviso, nell'ambito del rapporto di lavoro privatistico, questa Corte (da ultimo, Cass. n. 6157 del 2018) ha più volte statuito che la tipicità e tassatività delle cause d'estinzione del rapporto escludono risoluzioni automatiche al compimento di determinate età ovvero con il raggiungimento di requisiti pensionistici, diversamente da quanto accade nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (...); dalla L. 1 maggio 1990, n. 108, art. 4 si desume che, nel lavoro privato, il compimento dell'età pensionabile o il raggiungimento dei requisiti per la effettiva attribuzione del diritto al trattamento pensionistico di vecchiaia (D.Lgs. n. 248 del 2007, art. 6, comma 2-bis) da parte del lavoratore determinano soltanto la recedibilità "ad nutum" dal rapporto di lavoro e, dunque, il venire meno del regime di stabilità, non già la automatica estinzione del rapporto stesso, sicché, in assenza di un valido atto risolutivo del datore di lavoro, il rapporto prosegue con diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni anche successivamente al compimento del sessantacinquesimo anno di età (Cass. n. 9312 del 2014; Cass. n. 3237 del 2003; Cass. n. 3907 del 1999); ne consegue che, nel campo dei rapporti di lavoro di natura privatistica, per la risoluzione del rapporto per limiti di età anagrafica del lavoratore, al datore di lavoro è imposto comunque l'obbligo di*

**preavviso** (Cass. n. 2339 del 2004; Cass. n. 5576 del 2001; Cass. n. 12890 del 2000; Cass. n. 10782 del 2000; Cass. n. 6396 del 1995)»

Opinione condivisa anche in dottrina, ove si trova la seguente affermazione: «poiché la facoltà di recedere *ad nutum* accordata al datore di lavoro nei confronti del lavoratore che abbia raggiunto l'età per il pensionamento di vecchiaia può essere esercitata solo alla data del compimento di detta età - giacché se esercitata in precedenza nel corso del rapporto dotato di stabilità reale sarebbe invalidata dietro impugnazione del lavoratore - **il recesso del dipendente per raggiungimento dei limiti di età non può essere "comunicato" in via anticipata in modo da far coincidere la scadenza del cd. preavviso lavorato con il compimento dell'età pensionabile**; infatti poiché fino al raggiungimento di tale limite di età non è consentito il recesso *ad nutum* ed il raggiungimento del limite di età in sé non costituisce "giusta causa" di licenziamento (legittimante la risoluzione in tronco, senza preavviso, *n.d.r.*), prima del raggiungimento del limite di età sarebbe precluso il licenziamento e, di conseguenza, il decorso del preavviso» <sup>(2)</sup>.

### **3. Nostre conclusioni**

Così delineati i due orientamenti contrastanti, esprimiamo l'avviso che l'orientamento minoritario raggiunge conclusioni artificiali e giuridicamente insoddisfacenti:

**a)** perché, pur riconfermando la **tipicità** ed **esclusività** delle causali di risoluzione del rapporto di lavoro privato, dota le clausole collettive di risoluzione automatica degli stessi effetti rescissori delle esclusive causali estintive, sottraendole all'invalidazione dietro impugnativa ed inserendole surrettiziamente tra le causali estintive del rapporto di lavoro privato. Non si dubita che l'accordata salvezza affondi in null'altro che in una sorta di rispetto e di non interferenza della magistratura sugli assetti normativi scaturenti da atti di autonomia collettiva, remore che potrebbero anche risultare condivisibili se tali clausole (pattuite fra i contrapposti agenti contrattuali dei lavoratori e degli imprenditori), fossero frutto di mediazioni fra agenti contrattuali dotati di forza negoziale equipollente, mentre è del tutto notoria la sproporzione sussistente tra la forza delle associazioni datoriali e quella delle associazioni sindacali dei lavoratori; talché, molto spesso, gli assetti contrattuali sono la risultanza delle forti e insistenti pressioni delle potenti associazioni dei datori di lavoro (determinanti anche cedimenti compromissori da parte delle organizzazioni sindacali dei lavoratori nei confronti e a danno di interessi di categorie di lavoratori sacrificabili con minori remore, quali quelli destinati a breve a non essere più attivi, cioè a dire i pensionandi o i pensionati). Cedimenti compromissori che, una volta sanciti in un contratto collettivo - esteso, in via di fatto, *erga omnes* a tutti i componenti dell'azienda - sortiscono il solo effetto di far conseguire un risparmio di costi per le aziende;

**b)** perché non risulta sufficientemente appagante la ricostruzione - invero limitativa - della *ratio* del preavviso (che affianca il licenziamento ex art. 2118 cod. civ.) elaborata da tale orientamento, individuata nel fornire al lavoratore uno spazio temporale utile alla riorganizzazione della propria esistenza futura, successiva all'estinzione del rapporto (anche, ma non necessariamente, in vista di una nuova occupazione). *Ratio* restrittivamente connotata, in quanto fotografa pressoché esclusivamente la situazione dei lavoratori attivi colpiti da rescissioni inopinate e inaspettate del rapporto.

---

<sup>(2)</sup> Così Mimmo G., *Il preavviso*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, a cura di Pellacani G., Giappichelli 2013.

Invero, la cessazione dal lavoro costituisce un evento traumatico per tutti i lavoratori, sebbene maggiormente per i lavoratori attivi e molto meno per i pensionandi; verso entrambi, peraltro, il cd. preavviso lavorato (o l'alternativa indennità sostitutiva in caso di dispensa datoriale dal prestarlo in forma lavorata) dispiega - secondo la *ratio* legislativa - la sua funzione ammortizzatrice e di accompagnamento retribuito verso la definitiva cessazione del trattamento corrispettivo della prestazione di lavoro, colorandosi quasi di una funzione assistenziale.

Vero è che, nel confronto con i lavoratori attivi licenziati, il pensionando versa in condizioni più favorevoli per la presenza di un trattamento pensionistico, anche se non particolarmente brillante in quanto determina, comunque, una contrazione non indifferente del tenore di vita posteriore al pensionamento, contrazione già sensibilissima per gli attuali e ancor più lo sarà per i futuri pensionandi, stante la sostanziosa riduzione del futuro trattamento pensionistico.

La realistica notazione, tuttavia, non giustifica l'opinione - fatta seguire dalla soluzione applicativa - della non necessità o dell'irrelevanza del preavviso per i pensionandi, tanto più se la soluzione viene adottata in via interpretativa e senza alcun supporto testuale di legge, dotando la "comunicazione" datoriale - di asserita segnalazione al lavoratore del prossimo pensionamento ai 65 anni - dell'idoneità a conseguire gli stessi effetti dell'intimazione di licenziamento *ex art.* 2118 cod. civ., senza accordare ai lavoratori il beneficio del preavviso (in forma lavorata o indennitaria sostitutiva).

Una volta che non si possa mettere in dubbio - come non si può - l'inidoneità delle clausole contrattuali a fungere da risoluzione automatica del rapporto, per contrasto - e con effetti di nullità *ex art.* 1418 cod. civ. - con la tassatività di quelle in esclusiva previste dal nostro ordinamento lavoristico, va detto... delle due l'una:

- che se la comunicazione/segnalazione/memorandum al lavoratore del prossimo pensionamento ai 65 anni costituisce intimazione di licenziamento e, pertanto sarebbe idonea a far decorrere il preavviso lavorato che esonera l'azienda dal pagamento dell'indennità sostitutiva esso, essa è invalidabile dietro impugnazione del lavoratore in quanto assunta nel corso del rapporto caratterizzato da recedibilità causale;

- che se, invece - come sostiene l'orientamento minoritario in esame, per sottrarla all'impugnazione del lavoratore - detta comunicazione viene "spacciata" come una sorta di *memorandum*, addirittura rivolto per mera correttezza al lavoratore, pattuita in una clausola compromissoria di ccnl legittimante un *escamotage* a danno di una compagine debole di lavoratori (in quanto destinati ad essere a breve non più attivi e, quindi, nel raffronto, sacrificabili dalle OO.SS. con minor remora), l'assolvimento da parte datoriale dell'obbligo del cd. preavviso lavorato (che si deve attualizzare tramite una "protrazione" del rapporto che si svolge dopo l'intimazione risolutiva ed in continuità con essa) risulta pacificamente vanificato. Al tempo stesso, la pretesa che i mesi antecedenti all'estinzione del rapporto per raggiungimento dei 65 anni siano da considerare "preavviso lavorato", oltre ad essere giuridicamente errata assume un'apparenza mistificatoria, poiché in realtà detti mesi costituiscono svolgimento della normale prestazione dedotta in contratto, che il lavoratore ha il diritto di svolgere integralmente per tutta la sua durata che si conclude con l'intimazione del licenziamento con preavviso, durata che - nella configurazione del conferimento di uno pseudo "preavviso lavorato" in corso di rapporto, antecedentemente all'intimazione di licenziamento e alla sua contemporanea cessazione - finirebbe per essere pregiudicata e ridotta per amputazione sostitutiva da parte dell'improprio e anomalo "preavviso lavorato", stante la loro impossibile coesistenza contemporanea.

Ne consegue l'affermazione, da parte nostra, che in caso di licenziamento *ad nutum* per raggiunta età per il pensionamento di vecchiaia, il lavoratore ha diritto che gli venga offerta dal datore di lavoro una "protrazione" del rapporto quale forma corretta di "preavviso lavorato", contemporanea all'inizio di decorrenza del licenziamento (coincidente con il compimento dell'età utile per la fruizione della pensione di vecchiaia) e non un fittizio "preavviso lavorato", interno al rapporto in corso, implicante una pari amputazione della durata della normale prestazione lavorativa esigibile integralmente dal prestatore fino alla data di decorrenza del licenziamento adottato in regime di libero recesso. A fronte di dispensa datoriale dal prestare, in forma lavorata, il periodo di preavviso, spetterà al lavoratore la relativa indennità sostitutiva.

Addizionalmente va evidenziato come questa elaborazione concettuale, da noi sottoposta a critica, consegua gli stessi effetti preclusivi della spettanza dell'indennità sostitutiva del preavviso, disposti dal legislatore tramite l'articolo 6, legge n. 54/1982 (quindi per via legislativa e non già interpretativa) per la cessazione del rapporto di quei lavoratori anziani che, ai sensi della legge precitata, abbiano effettuato, in prossimità dell'età pensionabile, opzione per la sua prosecuzione al fine di raggiungere la massima anzianità contributiva o di incrementarne la propria.

Peraltro, questo orientamento minoritario assertore della validità del licenziamento notificato "ora per allora" (recentemente riproposto dopo un apparente abbandono, per preferenza giurisprudenziale verso il più lineare e giuridicamente corretto orientamento maggioritario), cerca di accreditare la legittimità di una clausola di risoluzione automatica del rapporto alla maturazione dei requisiti pensionistici di vecchiaia – pattuita, come molte altre, senza una cognizione tecnicistica dei lavoratori destinatari, da parte dei contrapposti agenti della contrattazione collettiva di categoria - richiamando, in maniera del tutto non conferente, il pensiero della Corte costituzionale espresso nella sentenza n. 174/1971 (reiterato nella sentenza n. 15/1983), laddove la Consulta ha escluso la presunta incostituzionalità dell'asserito trattamento deteriore per il recesso datoriale dal rapporto dei pensionati di vecchiaia – effettuabile *ad nutum* senza forma scritta e motivazione - rispetto all'analogia risolta nei confronti dei lavoratori in servizio, per i quali il recesso datoriale (licenziamento) necessita delle garanzie della forma scritta e motivazione (*ex lege* n. 108/1990).

Per la precisione, alla valutazione di Corte cost. n. 15/1983 era stato sottoposto il dubbio di una presunta incostituzionalità del trattamento diversificato (*ex lege* n. 108/1990, improntato da libero recesso al compimento dei 65 anni) del dipendente privato che maturi il diritto alla pensione di vecchiaia **in corso di rapporto** e quello caratterizzato da recesso vincolato, goduto dal dipendente pubblico anche dopo la fruizione di analogo trattamento pensionistico (in fattispecie fruito da maresciallo dell'arma benemerita in pensione, riacquisito in azienda privata per incrementare il proprio esiguo reddito, poi licenziato *ad nutum* dall'azienda con richiamo analogico al licenziamento discrezionale dei fruitori di pensione di vecchiaia nell'impiego privato).

L'orientamento minoritario ne trascrive la massima all'interno delle proprie sentenze con finalità di supporto alla propria tesi; peraltro, mentre va detto da parte nostra che le considerazioni della Corte costituzionale (n. 174/'71 e n. 15/'83) sono del tutto condivisibili, va al tempo stesso evidenziato che il loro richiamo non è assolutamente conferente ai fini di avallare una pretesa legittimazione di una forma di risoluzione del rapporto dei lavoratori pensionandi, realizzata tramite il conferimento di un anomalo "preavviso lavorato" all'interno del tempo devoluto alla resa della normale prestazione lavorativa in servizio effettivo, che, in tal modo, risulta illegittimamente pregiudicato e ridotto per impossibile

coesistenza contemporanea della continuativa prestazione lavorativa ordinaria con il sopravveniente pseudo “preavviso lavorato”.

Massima, che così recita: «*In una società come quella attuale, in cui si hanno disoccupazione e sottoccupazione, l'assenza di una piena tutela del diritto al lavoro (per difetto di garanzie di stabilità del posto) per i lavoratori che **abbiano già conseguito la pensione di vecchiaia** trova ragionevole giustificazione nel godimento, da parte loro, di tale trattamento previdenziale ed una ratio siffatta non solo opera anche rispetto ai lavoratori pensionati per vecchiaia già al momento della costituzione del rapporto (in quanto rioccupatisi altrove, n.d.r.), ma legittima altresì la possibilità che di questi, come degli altri che conseguono il pensionamento nel corso del rapporto, sia possibile il licenziamento senza l'osservanza della forma scritta, prevista soltanto in funzione del diritto alla stabilità, non garantita alle testé menzionate categorie di lavoratori» (Corte costituzionale n. 15/1983).*

Come già detto, la citata decisione della Corte costituzionale risulta pienamente condivisibile in quanto sancisce l'estensione - **ai già pensionati privati e pubblici** che si rioccupino presso aziende terze - del regime risolutorio (meno favorevole rispetto ai lavoratori attivi), riservato a coloro che maturano i requisiti pensionistici di vecchiaia **in corso di rapporto**, per i quali ultimi, si noti bene, le minori garanzie (licenziamento *ad nutum* senza obbligo di forma scritta e motivazione, **ma con preavviso ex art. 2118 cod. civ.**) scattano – unitamente all'obbligo di fornire il preavviso - dalla data del possesso dei requisiti di età, non prima.

Ad evidenziare la scarsa pertinenza dell'utilizzo – da parte dell'orientamento minoritario - del pensiero della Consulta a sostegno dell'asserita legittimità della risoluzione automatica ai 65 anni dietro semplice comunicazione non costituente intimazione rescissoria nonché dell'anomalo pseudo “preavviso lavorato” decorrente in corso di rapporto ancora assistito da recedibilità causale - vale la considerazione che “*l'assenza di una piena tutela del diritto al lavoro*” per pensionati e pensionandi discende comunque da ragionata e ragionevole previsione legislativa che, in fattispecie di cui alla sentenza n. 174/71 e n. 15/83 ha superato positivamente il vaglio della Consulta, e, non già, da semplice procedimento ermeneutico.

Esprimiamo, infine, l'avviso che non appare condivisibile - dal lato giuridico, e non solo – legittimare *escamotages contra ius*, sebbene codificati in pattuizioni di ccnl (come è stato fatto dall'orientamento minoritario in esame, tramite trasformazione *ad hoc* degli ultimi mesi del rapporto di lavoro in atto, in cd. preavviso lavorato), implicanti il venir meno per i pensionandi dell'eventuale interesse alla continuità della prestazione lavorativa (oltre i 65 anni) per i mesi di preavviso ovvero il venir meno dell'importo di talune mensilità dell'indennità sostitutiva del medesimo, in caso di dispensa o rinuncia datoriale alla relativa prestazione. Addizionalmente non condivisibile, anche in ragione della considerazione metagiuridica e fattuale per cui, finora, l'indennità sostitutiva del preavviso, congiuntamente al Trattamento di fine rapporto (T.f.r.), concorrevano a strutturare un modesto “castelletto”, idoneo a rendere meno problematica l'esistenza futura - individuale e della famiglia allargata, comprensiva dei figli e nipoti disoccupati in questa situazione di crisi - del pensionato sottoposto ad una contrazione del reddito rispetto alla retribuzione percepita in servizio.

Preso atto, pertanto, del contrasto in atto nella sezione lavoro della Suprema corte, si rinnova l'auspicio per un autorevole intervento delle Sezioni unite, finalizzato a fornire la soluzione più giuridicamente corretta, al fine di prevenire l'intensificarsi di un contenzioso tra lavoratori in uscita e aziende.

Roma, 5/2/2019