

CASSAZIONE, 27.12.2017, n. 30985, S.U. – Pres. Canzio, Est. Berrino, P.M. Fuzio (diff.) – Banca Monte dei Paschi di Siena Spa (avv.ti C. Scognamiglio, R. Scognamiglio) c. C.M. (avv.ti Giorgio, Casini, Pluderi). Cassa Corte d'Appello di Firenze, 2.7.2015.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Contestazione – Correttezza e buona fede – Tardività – Reintegrazione – Esclusione – Risarcimento del danno – Tutela indennitaria forte – Art. 18, c. 5, St. lav.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Tardività della contestazione disciplinare – Rilievo sostanziale – Insussistenza della giusta causa.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Tardività della contestazione disciplinare – Correttezza e buona fede – Violazione – Tutela indennitaria forte – Art. 18, c. 5, St. lav.

La dichiarazione giudiziale di illegittimità del licenziamento disciplinare conseguente all'accertamento di un ritardo notevole e non giustificato della contestazione dell'addebito posto a base dello stesso provvedimento di recesso comporta l'applicazione della sanzione dell'indennità come prevista dal c. 5 dell'art. 18 St. lav. (1)

La mancanza di tempestività della contestazione disciplinare non ha un rilievo esclusivamente procedurale, ma ha carattere sostanziale, perché può far ritenere che il datore di lavoro voglia soprassedere al licenziamento ritenendo non grave o comunque non meritevole della massima sanzione la colpa del lavoratore o in quanto costituisce una dichiarazione implicita, per facta concludentia, dell'insussistenza in concreto di alcuna lesione del suo interesse quale creditore della prestazione. (2)

La violazione della regola della immediatezza della contestazione disciplinare costituisce violazione dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., con la conseguenza che, sussistendo l'inadempimento posto a base del licenziamento ma non essendo tale provvedimento preceduto da una tempestiva contestazione disciplinare in violazione dei principi indicati, va applicato il c. 5 dell'art. 18 St. lav. (3).

(1-3) LICENZIAMENTO DISCIPLINARE E TARDIVITÀ DELLA CONTESTAZIONE:
LA «TERZA VIA» DELLA CORTE DI CASSAZIONE (*)

SOMMARIO: 1. Il caso sottoposto alla Corte. — 2. Il principio dell'immediatezza della contestazione. — 3. La tesi del vizio procedurale. — 4. La nullità del licenziamento: critica. — 5. La tardività come vizio sostanziale che non rende insussistente il fatto contestato. — 6. La «terza via» della Cassazione. — 7. Le ricadute in materia di contratto a tutele crescenti.

1. — *Il caso sottoposto alla Corte* — Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza in esame, hanno risolto il contrasto di giurisprudenza, ritenuto di «massima importanza» dalla stessa ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (1), relativo alla sanzione da applicare, a seguito della riforma dell'art. 18 St. lav., in presenza di un licenziamento disciplinare ritenuto illegittimo per violazione del principio di immediatezza della contestazione (2).

Il caso deciso dalla Corte, infatti, riguarda il licenziamento di un lavoratore al quale erano stati contestati inadempimenti contrattuali connotati da una particolare gravità, ma a distanza di circa due anni dalla loro commissione. Il recesso era stato impugnato soltanto sotto il profilo della sua tardività rispetto alla commissione degli addebiti, e pertanto i comportamenti del lavoratore sono stati ritenuti pacifici tra le parti, senza necessità di procedere all'istruttoria.

I giudici del merito, nei diversi gradi del giudizio, hanno ritenuto illegittimo il licenziamento per violazione del principio dell'immediatezza, ma hanno assunto decisioni tra di loro differenti con riferimento alle conseguenze sanzionatorie. Il giudice della fase sommaria, infatti, aveva ritenuto di accogliere la domanda di reintegrazione sul posto di lavoro, in ragione dell'argomento secondo cui un fatto tardivamente contestato deve essere valutato giuridicamente insussistente (3). Il Tribunale, poi, a seguito dell'opposizione proposta dal datore di lavoro, ha qualificato il difetto di tempestività come un vizio procedurale, riconoscendo al lavoratore la tutela indennitaria debole prevista dal sesto comma dell'art. 18 (4). La Corte d'Appello, invece, nel riformare la sentenza di primo grado, ha ritenuto di dover disporre la reintegrazione del lavoratore, valutando l'eccessivo spazio di tempo intercorso tra la conoscenza dell'illecito e la contestazione di avvio del procedimento disciplinare come una inerzia significativa della rinuncia del datore di lavoro all'esercizio del diritto potestativo di recesso, con la conseguente nullità del licenziamento per giusta causa.

La Cassazione, chiamata a decidere la controversia, ha rimesso alle Sezioni Unite il compito di individuare, appunto, quale sia il regime sanzionatorio da applicare in questo caso.

(*) Il commento alla sentenza è frutto di una riflessione comune. Tuttavia, i paragrafi 1 e 2 sono ascrivibili a Valerio Speciale, e gli altri paragrafi a Enrico Raimondi.

(1) Cass. n. 10159/2017, ord. – Est. Curcio. Cfr. Caruso 2017, 56 ss.; De Mozzi 2017, 1108 ss.; Del Punta 2017, 119 ss.; Tullini 2017, 101 ss.

(2) Per un primo commento alla sentenza, cfr.: Del Punta 2017, 122 ss.; Ghinoy 2018; Terzi 2018.

(3) Così come è stato sostenuto anche da Cass. 31.7.2017, n. 2513.

(4) In adesione a quanto affermato da Cass. 9.7.2015, n. 14324.

È evidente, infatti, che, a seguito del venire meno dell'«uniformità sanzionatoria dell'art. 18» (5) e della previsione di una pluralità di tutele da riconoscere a seconda del vizio che ha inficiato la legittimità dell'atto di recesso, il compito dell'interprete non è agevole e potrebbe essere diretto, talvolta, ad aumentare il più possibile gli spazi per la tutela reintegratoria, seppur nella sua versione depotenziata (6).

In particolare, come è noto, è proprio con riferimento al licenziamento disciplinare che si registrano ancora tesi tra di loro contrastanti. Si possono soltanto ricordare, senza dover approfondire ulteriormente la questione che ha diviso maggiormente gli studiosi, le differenti posizioni in ordine all'interpretazione dell'«insussistenza del fatto contestato» (7). In tale ambito, infatti, sono state espresse tesi differenti e ci si è chiesti se, nella valutazione della sussistenza o meno dell'addebito disciplinare, sia necessario considerare elementi ulteriori rispetto alla mera condotta materiale, compresi i presupposti stessi dell'esercizio legittimo del potere disciplinare.

In questo contesto, era inevitabile che si determinasse una pluralità di opinioni anche con riferimento alla violazione del principio di immediatezza della contestazione disciplinare. L'interrogativo che si è posto, infatti, è se esso deve essere considerato come un vizio procedurale o sostanziale del licenziamento (8). La questione non è di poca importanza, dal momento che, nel primo caso, la tutela da riconoscere al lavoratore è quella prevista dal sesto comma dell'art. 18; nel secondo caso, invece, le soluzioni proposte sono differenziate. Considerato il vizio sotto il profilo sostanziale, alcuni interpreti ritengono che la tardività della contestazione rende insussistente, ai fini disciplinari, il comportamento del lavoratore, con il conseguente riconoscimento della tutela reintegratoria debole, mentre altri, invece, sostengono la applicabilità della tutela indennitaria di cui al quarto comma dell'art. 18 (9).

In verità, proprio le argomentazioni dei giudici di merito e le differenti soluzioni adottate dalla stessa Cassazione dopo il 2012 (10) dimostrano che il tema è molto complesso.

La decisione in esame, come si vedrà, ha risolto questo contrasto interpretativo con una soluzione originale, sostenuta a seguito di una interpretazione sistematica sia dell'art. 7 sia dell'art. 18 St. lav. La Corte, infatti, ha seguito una strada differente dal binomio vizio sostanziale/vizio procedurale e ha percorso una «terza via» che porta a concludere che la violazione del principio dell'immediatezza, oltre a non rappresentare un vizio meramente procedurale, determina l'illegittimità del licenziamento a prescindere dalla valutazione del fatto posto a suo fondamento.

2. — *Il principio dell'immediatezza della contestazione* — È bene precisare, prima di entrare nel merito del contenuto della decisione, che la sentenza si colloca nel-

(5) Tosi, Puccetti 2017, 1914. Uniformità sanzionatoria ritenuta «iniqua» da Pisani (2015, 107).

(6) Cfr. Magnani 2013, 779 ss.

(7) Il dibattito è molto noto e consente di non considerare tutti i saggi in materia. Ci si limita, pertanto, a rinviare, tra gli ultimi, a Giubboni, Colavita 2017.

(8) Come ricorda la stessa sentenza in commento.

(9) Tosi, Puccetti 2017.

(10) Cfr. De Mozzi (2017, 1108), che ricorda le diverse interpretazioni adottate dalla Cassazione.

l'orientamento della giurisprudenza di merito e di legittimità che si è formato dopo l'entrata in vigore della legge n. 300/1970. Tale interpretazione desume il principio dell'immediatezza della contestazione disciplinare dall'art. 7 St. lav., riletto in conformità ai canoni generali di correttezza e buona fede che devono essere rispettati nel caso di esercizio del potere disciplinare (11). In proposito, la Corte ha ribadito che, sebbene la disposizione non lo enunci espressamente, «l'obbligo della contestazione tempestiva dell'addebito rientra nel procedimento disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970» e il principio di tempestività «può risiedere anche in esigenze più importanti del semplice rispetto delle regole, pure esse essenziali, di natura procedimentale, vale a dire nella necessità di garantire al lavoratore una difesa effettiva e di sottrarlo al rischio di un arbitrario differimento dell'inizio del procedimento disciplinare» (12).

L'art. 7 della legge n. 300 del 1970, quindi, ha una natura bivalente. Esso, nella misura in cui impone di seguire un determinato procedimento prima di irrogare la sanzione, assume, in primo luogo, una funzione procedurale. Tuttavia, dal momento che la disposizione è posta a tutela dell'esigenza di difesa del lavoratore incolpato, inevitabilmente lesa se la reazione datoriale dovesse manifestarsi a distanza di molto tempo dall'inadempimento contrattuale che giustifica l'esercizio del potere disciplinare, essa assume una connotazione che incide sulla legittimità stessa dell'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro. Il che spiega la differenza sostanziale tra gli altri vizi procedurali che giustificano l'applicazione della tutela obbligatoria debole di cui all'art. 18, sesto comma (13).

È il caso di precisare che la decisione della Corte non incide sull'indirizzo, ormai consolidato, che impone di valutare il principio di immediatezza in senso relativo. In sostanza, è necessario tenere conto di quando il datore di lavoro ha avuto effettivamente cognizione della condotta illecita del dipendente, e non di quando essa sia stata realizzata (14). Tra la commissione del fatto e l'avvenuta conoscenza, infatti, può trascorrere più o meno tempo, in ragione delle dimensioni e dell'organizzazione aziendale, della gravità degli addebiti e della oggettiva complessità del loro accertamento (15). Questo spiega perché si è affermato che la tardività della contestazione può rappresentare un motivo di illegittimità del licenziamento soltanto qualora il trascorrere del tempo ha effettivamente ostacolato l'esercizio del diritto di difesa del lavoratore incolpato (16). In ragione di tale principio, molte decisioni hanno ritenuto che il lavoratore deve allegare fatti e circostanze dalle quali poter desumere che il tempo trascorso dalla commissione dei fatti gli abbia impedito una effettiva difesa nell'ambito del procedimento disciplinare. Come si vedrà, il principio espresso dalla sentenza in esame indurrà, inevitabilmente, a modificare questo tipo di orientamento, per le ragioni che saranno esaminate.

(11) Le sentenze che affermano questo principio sono numerose; tra le più recenti, cfr. Cass. 8.2.2011, n. 3043; Cass. 13.2.2012, n. 1995; Cass. 21.3.2014, n. 6715.

(12) Principio già sostenuto da Cass. 27.6.2013, n. 16227; Cass. 27.2.2014, n. 4724; Cass. 11.4.2016, n. 7031.

(13) Su cui cfr. Pisani 2015, 109 ss.

(14) Cass. 4.12.2017, n. 28974.

(15) Cass. 15.6.2016, n. 12337; Cass. 25.1.2016, n. 1248; Cass. 12.1.2016, n. 281.

(16) Cass. 16.5.2000, n. 6348; Cass. 26.5.2000, n. 6925.

La sentenza non affronta il problema del rispetto del principio della immediatezza anche con riferimento al momento in cui il datore di lavoro decide di irrogare la sanzione, soprattutto quando essa si traduce nella volontà di interrompere definitivamente il rapporto. In questo caso, gli argomenti che inducono a ritenere illegittimo il licenziamento possono essere differenti e ulteriori da quelli appena esaminati, dal momento che la contestazione degli addebiti può essere effettuata con tempestività, ma non l'irrogazione del provvedimento sanzionatorio. Si pensi al datore di lavoro che decida di irrogare il licenziamento a distanza di molto tempo dall'esame delle giustificazioni rese dal dipendente. Questa inerzia, invero, può essere considerata sia come un indice rilevatore del venir meno dell'interesse datoriale ad adottare il provvedimento espulsivo sia come elemento che dimostra l'insussistenza della giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. o del giustificato motivo soggettivo (17). La tardività nell'irrogazione del licenziamento, in sostanza, così come nell'apertura del procedimento disciplinare, dimostra che l'inadempimento del dipendente non è così grave da non consentire la prosecuzione neppure temporanea del rapporto e, comunque, che esso non è così importante da indurre il datore di lavoro a risolvere definitivamente il rapporto (18).

Differente, inoltre, è l'ipotesi in cui il datore di lavoro, nel tempo intercorrente tra la contestazione e il licenziamento, abbia adottato comportamenti inequivocabilmente incompatibili con la volontà di recedere dal rapporto. Si pensi, ad esempio, a un addebito di sottrazione di danaro o di merce mosso a un cassiere. In queste ipotesi, se dopo la contestazione il dipendente continuasse a essere adibito alle medesime mansioni che hanno occasionato l'avvio del procedimento disciplinare, il lavoratore potrebbe legittimamente fare affidamento sul fatto che il datore di lavoro abbia ritenuto di non procedere a irrogare il provvedimento espulsivo, nonostante la commissione del fatto. Ma, anche in questo caso, senza ricorrere a categorie giuridiche astratte di dubbia cittadinanza nel nostro ordinamento (19), il comportamento inerte del datore di lavoro esclude che l'addebito mosso possa essere qualificato in termini di giusta causa o di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali.

A ben vedere, un discorso ancora differente deve essere condotto a proposito del rispetto del procedimento disciplinare seguito dal datore di lavoro, in base alle previsioni dell'art. 7 St. lav. o della contrattazione collettiva, che può prevedere termini ulteriori a quelli legali soprattutto con riferimento al momento di adozione della sanzione disciplinare. La violazione della procedura, legale o contrattuale, infatti, non comporta automaticamente un pregiudizio alla difesa del lavoratore. In questo caso, è evidente che il licenziamento è illegittimo per un vizio procedurale e non perché sia stato effettivamente leso il diritto di difesa del dipendente o il suo affidamento sulla tolleranza datoriale.

Tuttavia, nella vigenza dell'art. 18 *ante* riforma, la violazione dei tempi procedurali, nel rendere illegittimo il licenziamento, determinava sempre e comunque la

(17) Con conseguente rilevanza d'ufficio; cfr., in proposito: Cass. 5.4.2003, n. 5396; Cass. 16.9.2004, n. 18772; Cass. 6.9.2006, n. 19159; Cass. 27.1.2009, n. 1890; Cass. 28.11.2013, n. 26655. *Contra*, Tosi, Puccetti 2017.

(18) Della stessa opinione Del Punta 2017; Pisani 2015, 97 ss.

(19) Si condivide, in proposito, quanto affermato da De Mozzi 2017, 1110.

reintegrazione del dipendente, senza necessità di procedere a istruire il processo. Di conseguenza, anche nel caso in cui gli addebiti potessero essere dimostrati in giudizio, sotto il profilo della loro idoneità a integrare le fattispecie di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, il giudice non poteva fare altro che ordinare la reintegrazione (20). La finalità della riforma del 2012, quindi, è stata quella di impedire la reintegrazione del dipendente nel caso in cui, in assenza di vizi procedurali, il licenziamento sarebbe stato ritenuto legittimo alla luce delle fattispecie di giusta causa e di giustificato motivo previste dalla legge.

3. — *La tesi del vizio procedurale* — La Corte, nel caso in esame, ha confermato i principi fino a ora ricordati e, al fine di individuare il regime di tutela da riconoscere al lavoratore, ha seguito il metodo suggerito dalla dottrina sin dall'entrata in vigore della legge n. 92/2012, che impone di distinguere il piano della valutazione circa la legittimità del recesso da quello delle tutele da riconoscere al lavoratore estromesso (21).

Se la tardività nell'esercizio del potere disciplinare rende illegittimo il licenziamento, la questione che le Sezioni Unite hanno dovuto tentare di risolvere ha riguardato, come si è detto, il regime di tutela da riconoscere in favore del dipendente. In modo condivisibile, i giudici di legittimità hanno escluso che si tratti di un vizio procedurale che comporta l'applicazione del regime indennitario debole previsto dal sesto comma dell'art. 18 St. lav. (22).

La decisione è coerente con la finalità dell'art. 7 St. lav., la cui qualificazione esclusivamente in termini di norma procedurale avrebbe determinato fondati dubbi di coerenza costituzionale. È noto, infatti, che la funzione della disposizione statutaria è quella di garantire al lavoratore la possibilità di difendersi, in contraddittorio, per tutelare la propria dignità professionale e morale a fronte della contestazione di un inadempimento contrattuale che può condurre alla cessazione definitiva del rapporto di lavoro (23). Non vi è dubbio che una sanzione esigua come quella prevista dal sesto comma dell'art. 18 St. lav. rischierebbe di rendere monetizzabile lo stesso diritto di difesa del lavoratore, con evidenti profili di illegittimità costituzionale di questo esito interpretativo (24).

Seppure con altri argomenti, le Sezioni Unite hanno ribadito il medesimo principio. La tempestività risponde a esigenze di tutela del lavoratore che prescindono dall'esistenza di procedure che il datore di lavoro deve osservare nell'esercizio del potere disciplinare. In proposito, la sentenza ha chiarito che le regole contenute nell'art. 7, così come quelle eventualmente previste dalla contrattazione collettiva, sono strumentali a scandire il procedimento nelle sue varie fasi, e la loro violazione dà luogo alla tu-

(20) Si tratta di una delle criticità che «aveva ormai accumulato» il vecchio art. 18 (Cester 2016, 1101).

(21) La distinzione indicata nel testo è di Maresca (2012, 438 ss.). La stessa opinione è espressa da De Luca Tamajo (2015, 272).

(22) Principio, invece, sostenuto da Cass. 6.11.2014, n. 23669. Questa sentenza, come è noto, ha affermato che la reintegrazione può essere disposta esclusivamente nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'insussistenza del fatto materiale posto alla base del licenziamento.

(23) C. cost. 25.7.1989, n. 427, in *RIDL*, 1989, II, 641 ss., con nota di Pera; C. cost. 1.7.1992, n. 309, in *FI*, 1992, I, 2321.

(24) Speciale 2012, 544. Riprende questa tesi (Galardi 2013, 307).

tela indennitaria debole, soltanto quando non sia anche violato «il principio generale di carattere sostanziale della tempestività della contestazione».

In sostanza, e in coerenza con la riforma del 2012, la violazione degli oneri procedurali previsti dallo Statuto dei lavoratori, o dalla contrattazione collettiva, che non si sostanzia in una contestazione tardiva comporta l'applicazione della tutela obbligatoria debole (25).

Del resto, questa conclusione è coerente con la stessa formulazione dell'art. 18. Al di là dell'infelice previsione dell'inefficacia del licenziamento per violazione del requisito di motivazione, l'accostamento della procedura di conciliazione preventiva in caso di licenziamento economico a quella prevista dall'art. 7, legge n. 300 del 1970, dimostra come il legislatore ha fatto riferimento alla commissione di errori del datore di lavoro nell'esercizio delle sue prerogative datoriali e non certo al caso in cui la tardività del licenziamento incida, da un lato, nella valutazione della giusta causa o del giustificato motivo oggettivo o, dall'altro, sulla legittimità in sé del potere di recesso.

4. — *La nullità del licenziamento: critica* — La Cassazione, inoltre, non ha condiviso la tesi di chi ravvisa nella violazione dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970 un motivo di nullità del licenziamento. La sentenza, infatti, ha chiarito che la tutela reintegratoria piena deve essere riconosciuta nelle ipotesi di nullità indicate dal primo comma dell'art. 18, ovvero quando il recesso sia inefficace perché intimato oralmente.

In quest'occasione, la Corte ha escluso che il licenziamento potesse ritenersi nullo perché «il caso di cui ci si occupa non trova collocazione in alcuna delle ipotesi tipiche elencate nel primo comma del novellato art. 18 ai fini dell'applicabilità della tutela reale piena, rappresentando queste ultime delle specifiche ipotesi di nullità o inefficacia espressamente prefigurate dalla stessa norma». In sostanza, dal momento che non vi è alcuna norma di legge che sanzioni con la nullità l'atto compiuto in violazione dell'art. 7 St. lav., non è possibile disporre la reintegrazione piena del dipendente licenziato tardivamente.

Questo tipo di interpretazione, invero, è discutibile. L'art. 18, primo comma, come è noto, riconosce la tutela reintegratoria piena «ad altri casi di nullità previsti dalla legge». Il rinvio effettuato dalla disposizione, invero molto generico, potrebbe giustificare una lettura differente da quella sostenuta dalla Cassazione, la quale sembra aver preso a riferimento il testo introdotto dall'art. 2, d.lgs. n. 23 del 2015.

La Corte, infatti, sembra sostenere che la reintegrazione deve essere comminata esclusivamente quando, oltre alle ipotesi di nullità previste direttamente dal primo comma, siano rinvenibili ulteriori disposizioni che espressamente qualificano nullo l'atto di recesso. Questa tesi, che in realtà non sembra sostenibile neppure con riferimento alla disciplina sul contratto a tutele crescenti (26), non è convincente. Si potrebbe sostenere, infatti, proprio in ragione della valenza attribuita dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità all'art. 7 dello Statuto, che la violazione del principio desumibile da questa disposizione si traduce nel mancato rispetto di una norma

(25) *Contra*, Maresca (2012, 433), il quale ha sostenuto che la tardività della contestazione deve essere sanzionata con la tutela indennitaria debole, mentre la tardività del recesso con quella forte o, in alcune ipotesi, con la reintegrazione debole.

(26) Come sostiene Persiani 2015, 393 ss.

imperativa che, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, c.c., determina la nullità dell'atto di recesso.

In verità, il ragionamento della Corte è, da questo punto di vista, censurabile, anche se coerente con quanto la Cassazione ha da tempo asserito in relazione alla violazione dell'art. 7 della l. n. 300 del 1970 nell'ambito della tutela obbligatoria prevista dalla l. n. 604/1966 e dalla l. n. 108/1990 (27). Anche in questo caso, la violazione procedurale viene equiparata dalla Suprema Corte a un licenziamento ingiustificato, con applicazione del medesimo regime sanzionatorio. Nella sentenza, infatti, si afferma che «l'inerzia del datore di lavoro di fronte alla condotta astrattamente inadempiente del lavoratore può essere considerata quale dichiarazione, implicita, *per facta concludentia*, dell'insufficienza in concreto di alcuna lesione del suo interesse». Si esclude, quindi, che si tratti di un'ipotesi di nullità.

5. — *La tardività come vizio sostanziale che non rende insussistente il fatto contestato* — La Corte, inoltre, ha mostrato di non condividere la tesi secondo cui il giudice deve dichiarare l'insussistenza del fatto contestato in tutte le ipotesi in cui venga meno il potere disciplinare del datore di lavoro. Si è sostenuto che, anche se il comportamento tardivamente addebitato è stato realmente commesso, il venire meno dell'esercizio del potere disciplinare renderebbe il fatto giuridicamente insussistente perché non più contestabile (28), al pari della condotta esistente ma che non presenti alcun profilo di anti giuridicità, ovvero come quando il fatto non sia più addebitabile per «consumazione» del potere disciplinare (29).

È stato, tuttavia, obiettato che la violazione del principio di tempestività non determina il venire meno del potere disciplinare, né tantomeno che questo vizio può tradursi in una valutazione dell'insussistenza del fatto. Si è detto, infatti, che «una cosa è che il fatto, comunque definito, non sussista; un'altra cosa che sussista ma sia fatto valere tardivamente dal datore di lavoro» (30). La violazione del principio di tempestività, quindi, deve essere considerata come una delle altre ipotesi di illegittimità del licenziamento, al pari del difetto di proporzionalità, del quale, invero, sarebbe una specificazione (31). Altri studiosi, invece, hanno ritenuto che il principio di immediatezza non è idoneo a connotare la giusta causa di recesso, dal momento che non esclude, di per sé, la gravità dell'addebito. Di conseguenza, la tardività può avere sia una valenza meramente procedurale sia una connotazione sostanziale, a seconda che essa abbia pregiudicato effettivamente il diritto di difesa e l'affidamento del lavoratore sull'illiceità o sulla tolleranza del comportamento contestato (32). Parte della dottrina, inoltre, ha ritenuto che l'ipotesi in esame è difficilmente riconducibile alle previsioni contenute nell'art. 18 St. lav. (33) e che la sanzione deve essere individuata all'interno dei principi di diritto civile.

(27) Cass. 26.4.1994, n. 4844, S.U.

(28) Principio sostenuto da Cass. 31.1.2017, n. 2515; Di Paola 2018, 341.

(29) Speciale 2017.

(30) Del Punta 2017, 124.

(31) *Ivi*, 129.

(32) Tosi, Puccetti 2017, 1916. Cfr. Pisani 2015, 109 ss.

(33) Mazzotta 2012, 19.

Le Sezioni Unite, come anticipato, chiariscono che la violazione del principio di immediatezza rappresenta un'ipotesi di assenza di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, che può coincidere o meno con l'insussistenza del fatto contestato.

Nel caso deciso dalla Cassazione, «il fatto posto a base dell'addebito era stato accertato prima che lo stesso venisse contestato, seppur con notevole ritardo, al lavoratore», e tale circostanza rende comprensibile, in ragione delle premesse adottate, l'applicazione dell'indennità tra le dodici e le ventiquattro mensilità.

Tuttavia, ciò non consente di ritenere che, in presenza di una contestazione tardiva, l'unico rimedio applicabile è rappresentato dall'indennità risarcitoria prevista dal quinto comma dell'art. 18 St. lav. Il giudice, infatti, una volta ritenuto che il recesso è illegittimo, perché la violazione del principio di immediatezza della contestazione rivela l'autovalutazione, da parte del datore di lavoro, della carenza di gravità del comportamento, è, comunque, tenuto a giudicare sulla sussistenza o meno del fatto contestato. Quest'ultimo, inteso sia nella sua materialità sia nella sua giuridicità, è infatti un elemento diverso dalla mancanza di giusta causa e dalla tardività della contestazione. Di conseguenza, se il fatto, tardivamente contestato, è insussistente o riconducibile a una sanzione conservativa prevista dal Ccnl, ne dovrebbe derivare la reintegrazione in forma attenuata. Al contrario, qualora si dimostri la sua esistenza, il lavoratore avrà diritto all'indennità risarcitoria tra le dodici e le ventiquattro mensilità.

Questa conclusione è giustificata anche alla luce dell'affermazione, contenuta nella sentenza, secondo cui «il fatto oggetto di addebito disciplinare è pur sempre valutabile dal giudicante, il quale dovrà solo verificare se l'inadempienza al generale principio di immediatezza della contestazione finisca per inficiare la validità del licenziamento, per individuare poi il tipo di tutela applicabile».

6. — *La «terza via» della Cassazione* — La Corte, tuttavia, ha giustificato l'applicazione della tutela indennitaria forte in ragione di argomenti differenti da quelli fino a ora esaminati.

In continuità con un precedente orientamento, la decisione interpreta l'art. 7 alla luce degli obblighi di correttezza e buona fede. In tal modo, la sentenza desume l'esistenza della «regola generale della tempestività», che non soddisfa esclusivamente l'esigenza di assicurare il diritto di difesa, ma anche quella «di impedire che l'indugio del datore di lavoro possa avere effetti intimidatori», con la finalità di «tutelare l'affidamento che il dipendente deve poter fare sulla rinuncia dello stesso datore di lavoro a sanzionare una mancanza disciplinare».

La Cassazione, dunque, attribuisce una plurima valenza sostanziale alla tardività della contestazione. Essa, da un lato, costituisce «sintomo» della carenza della giustificazione del recesso, sotto il profilo della sua gravità e della sua incapacità, quindi, a ledere l'interesse del datore di lavoro. D'altro canto, la carenza di tempestività determina gli effetti sopra descritti, che hanno un rilievo certamente non riducibile alla tutela del diritto di difesa. Ma la Corte Suprema non si ferma qui. Essa, infatti, sostiene che la tardività «si concretizza, in realtà, in una forma di inadempimento della parte datoriale ai generali doveri di correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori che attiene propriamente alla fase successiva e attuativa della comunicazione del provvedimento espulsivo, senza alcun concorso alla formazione della causa che ha dato origine al recesso datoriale».

Ma, allora, ciò significa che non si è in presenza né di un vizio solo procedurale, né di un vizio che attiene esclusivamente alla ragione causale del licenziamento. La tardività, dunque, non viene considerata soltanto come un elemento che priva di giustificazione il recesso, ma come vizio che, *in sé*, comporta la sua illegittimità, a prescindere se la condotta sia riconducibile a una giusta causa o a un giustificato motivo soggettivo e senza considerare se essa abbia effettivamente pregiudicato il diritto di difesa del lavoratore.

A ben vedere, la Cassazione è andata oltre al dibattito lavoristico che si è potuto soltanto sinteticamente descrivere e, nel ricorrere ai principi di correttezza e buona fede, la cui violazione rappresenta un inadempimento datoriale che prescinde dalla motivazione del licenziamento, ha seguito una «terza via». In base alla sentenza, infatti, la valutazione della tardività rappresenta un momento autonomo rispetto a quello che attiene alla qualificazione del fatto contestato al dipendente, e la tardività della contestazione comporta, a prescindere dalla giustificazione o meno del licenziamento, l'applicazione della tutela indennitaria forte, anche qualora il dipendente si sia reso effettivamente colpevole di un grave inadempimento contrattuale che integra gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo. Non si spiegherebbe, altrimenti, perché la Corte ha affermato che «sussistendo l'inadempimento posto a base del licenziamento, ma non essendo tale provvedimento preceduto da una tempestiva contestazione disciplinare a causa dell'accertata contrarietà del comportamento del datore di lavoro ai canoni di correttezza e buona fede, la conclusione non può essere che l'applicazione del quinto comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori».

A seguito di questa decisione, quindi, gli scenari possibili sono diversi.

In presenza di vizi procedurali differenti dalla tardività, qualora il fatto contestato dovesse essere dimostrato in giudizio dal datore di lavoro, il lavoratore sarà tutelato con l'indennità debole, salvo che il giudice non valuti che l'inadempimento contrattuale non sia così grave da giustificare il licenziamento. Al contrario, qualora la contestazione intervenga a distanza di molto tempo dalla effettiva conoscenza della commissione dell'illecito, la sanzione sarà sempre la tutela indennitaria da dodici a ventiquattro mensilità a prescindere dall'accertamento dei fatti addebitati al dipendente, anche qualora il datore di lavoro abbia fornito la prova in giudizio della sussistenza del fatto e della sua gravità.

Il principio espresso dalla Corte, inoltre, per le argomentazioni utilizzate dai giudici di legittimità, deve essere rispettato, logicamente, anche nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato a distanza di molto tempo dalla definizione del procedimento disciplinare. In questo caso, vi sarebbe, egualmente, la violazione dei principi di correttezza e buona fede, con la conseguenza che, anche se i fatti contestati dovessero essere dimostrati in giudizio e fossero connotati da una gravità tale da integrare le fattispecie legittimanti il recesso, il giudice non potrà che dichiarare risolto il rapporto e condannare il datore di lavoro al risarcimento del danno da dodici a ventiquattro mensilità.

7. — *Le ricadute in materia di contratto a tutele crescenti* — Le conclusioni espresse dalla Cassazione determinano precise conseguenze anche con riferimento

alla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 23/2015 in materia di contratto a tutele crescenti, attualmente oggetto di giudizio di legittimità costituzionale (34).

Nell'attesa di conoscere l'esito del promosso giudizio di costituzionalità della disciplina, il principio espresso dalle Sezioni Unite ha una ricaduta sulle decisioni che i giudici di merito dovranno adottare nel caso di un recesso disciplinare tardivo nell'ambito di un contratto a tutele crescenti. Anche in questo caso, infatti, il legislatore ha differenziato i criteri di determinazione dell'indennità risarcitoria a seconda che il licenziamento sia dichiarato illegittimo perché ingiustificato ovvero perché intimato in violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970, e ha previsto la tutela reintegratoria piena nelle ipotesi di nullità «espressamente» previste dalla legge.

Sotto quest'ultimo profilo, sarà estremamente difficile sostenere la tesi della nullità del licenziamento disciplinare perché tardivo, per le ragioni che sono già state illustrate in precedenza. Inoltre, non sembra neppure percorribile la strada che conduce alla tutela reintegratoria debole, applicabile soltanto qualora il fatto contestato al dipendente dovesse essere dimostrato nella sua «materialità» e a prescindere da qualsiasi giudizio di proporzionalità con il grado di inadempimento del lavoratore. La tardività della contestazione, infatti, non coincide con la insussistenza del fatto materiale. E soltanto qualora anche tale presupposto sarà rinvenibile opererà la reintegra attenuata che assorbirà il regime connesso alla sola violazione della regola della immediatezza.

In base al principio espresso dalle Sezioni Unite con la sentenza in esame, si dovrà distinguere il caso in cui il datore di lavoro abbia disatteso il termine dei cinque giorni previsto dalla legge per consentire al dipendente di fornire proprie giustificazioni, o abbia violato eventuali termini introdotti dal contratto collettivo applicato, dall'ipotesi in cui la contestazione disciplinare sia effettuata in violazione del principio di immediatezza, così come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità. Nel primo caso, infatti, si sarà in presenza di un licenziamento illegittimo per vizio procedurale, che attribuisce al lavoratore il diritto a una indennità risarcitoria che non è determinata in due mensilità per ogni anno di servizio, ma nella metà. Nell'altro caso, invece, esclusa la tutela reintegratoria, il dipendente estromesso avrà diritto alla medesima indennità dovuta in caso di ingiustificatezza dell'atto di recesso.

In proposito, è stata ravvisata una disparità nel trattamento sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 23 del 2015 con riferimento ai dipendenti di quei datori di lavoro che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 18 St. lav., e ai quali, per tale motivo, non trova applicazione la disciplina in materia di tutele «crescenti». Per questa categoria di lavoratori, quindi, l'illegittimità del licenziamento per vizi procedurali dovrebbe essere sanzionata con le nullità di diritto comune, con diritto al pagamento delle retribuzioni dalla messa in mora fino all'effettivo ripristino del rapporto (35). In verità questa tesi si presta ad alcune considerazioni critiche. In primo luogo, la disciplina delle «protezioni crescenti» si applica anche alle imprese al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 18. L'unica differenza sta nella riduzione dell'indennità risarcitoria, che, sia in caso di assenza di causa giustificativa del recesso, sia in presenza di vizi pro-

(34) Per tali aspetti si rinvia a Speziale 2016, 111 ss.

(35) Pisani 2015.

cedurali, verrà incrementata, in relazione all'anzianità di servizio, in misura pari alla metà di quella ordinaria. D'altra parte, il d.lgs. n. 23/2015 prevede una sanzione specifica per i vizi procedurali. Non si comprende, dunque, come sia possibile fare ricorso alla nullità di diritto comune, che può ovviamente operare solo in assenza di una disciplina speciale, nel nostro caso, invece, esistente.

In verità, per le imprese non soggette all'art. 18, il carattere sostanziale della tardività – espressiva sia dell'assenza di giusta causa o giustificato motivo, sia della violazione dei principi di correttezza e buona fede – determinerà l'applicazione del medesimo regime risarcitorio previsto per il recesso ingiustificato. Tuttavia, l'esiguità del risarcimento «depotenzierà» in questo caso l'effetto innovativo della interpretazione sostenuta dalle Sezioni Unite, garantendo al lavoratore una indennità di contenuto assai modesto.

In verità, un ulteriore profilo di irragionevolezza, rispetto a quelli che sono già stati evidenziati in giurisprudenza e in dottrina (36), può essere ravvisato nella enorme disparità di trattamento tra i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 e quelli già dipendenti a questa data, ai quali si applicano due regimi indennitari sensibilmente differenti tra di loro. Nel caso di illegittimità del recesso da un contratto a tutele crescenti per violazione del principio di immediatezza, infatti, il lavoratore potrebbe percepire un risarcimento del danno di gran lunga inferiore al minimo previsto dall'art. 18, quinto comma, St. lav. Il medesimo vizio, di fatto, viene trattato in modo differenziato, senza alcuna plausibile ragione sotto il profilo costituzionale.

Riferimenti bibliografici

- Carinci F. (2017), *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, «versione Fornero»*, in *ADL*, n. 4-5, I, 924 ss.
- Cester C. (2016), *I licenziamenti tra passato e futuro*, in *ADL*, n. 6, I, 1099 ss.
- De Luca Tamajo R. (2012), *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *RIDL*, n. 4, I, 1064 ss.
- De Luca Tamajo R. (2015), *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, «fatto» contestato*, in *ADL*, n. 2, I, 269 ss.
- De Mozzi B. (2017), *Le conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di immediatezza nel licenziamento disciplinare*, in *DRI*, n. 4, 1108 ss.
- Del Punta R. (2017), *I dolori del giovane 18: note sul licenziamento disciplinare*, in Caruso B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona», Collective Volumes*, n. 7, 119 ss.
- Di Paola L. (2017), *Difetto di tempestività della contestazione disciplinare: violazione procedurale e/o sostanziale?*, in *RIDL*, n. 3, I, 503 ss.
- Di Paola L. (2018), *I vizi formali e procedurali*, in Curzio P. et al. (diretto da), *Lavoro. Vicende ed estinzione del rapporto di lavoro*, III, Giuffrè, 335 ss.

(36) Speciale 2016, 111 ss.

- Galardi R. (2013), *Il licenziamento inefficace*, in Cinelli M. et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 299 ss.
- Ghinoy P. (2018), *Le conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di tempestività della contestazione disciplinare, alla luce dell'art. 18 della legge n. 92 del 2012*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1.
- Giubboni S., Colavita A. (2017), *La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 314.
- Lama R. (2017), *Licenziamento illegittimo per tardività della contestazione disciplinare: la questione rimessa alle Sezioni Unite*, in *Corriere giuridico*, 1061 ss.
- Magnani M. (2013), *Il giudice e la legge*, in *RIDL*, I, 779 ss.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, 415 ss.
- Mazzotta O. (2012), *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 159.
- Persiani M. (2015), *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *ADL*, n. 2, I, 393 ss.
- Pisani C. (2014), *«Tardività-ingiustificatezza» e «tardività-vizio procedimentale» del licenziamento disciplinare e relative sanzioni*, in *MGL*, n. 5, 289 ss.
- Pisani C. (2015), *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *ADL*, n. 1, I, 97 ss.
- Speciale V. (2012), *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, n. 3, I, 521, ss.
- Speciale V. (2016), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, n. 1, I, 111 ss.
- Speciale V. (2017), *La carenza di potere disciplinare per violazione del ne bis in idem e a seguito di conciliazione sindacale come ipotesi di insussistenza del fatto contestato*, in *RIDL*, n. 2, II, 295 ss.
- Terzi A. (2018), *Quale sanzione per il licenziamento tardivo?*, in *Questione Giustizia*, 21 maggio.
- Tosi P., Puccetti E. (2017), *La dissoluzione di una riforma nella tardività della contestazione disciplinare*, in *GI*, 1912 ss.
- Tullini P. (2017), *I vizi procedurali del licenziamento disciplinare: a proposito della regola dell'immediatezza*, in Caruso B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona», Collective Volumes*, n. 7, 101 ss.

Enrico Raimondi

Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio»

Valerio Speciale

Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio»