

Costantino Cordella

La tempestività della contestazione e/o del recesso e il regime sanzionatorio applicabile

Sommario: **1.** Qualche considerazione dal recente passato. **2.** Alcuni rilievi dalle Sezioni Unite. **3.** Le precisazioni e le conseguenze della più recente Cass. 21569/2018.

1. *Qualche considerazione dal recente passato*

Tra le regole sul procedimento disciplinare nel settore privato quella sulla tempestività (o immediatezza) della contestazione non è espressamente ricavabile dal tenore testuale dell'art. 7 dello Statuto. È infatti una regola di formazione giurisprudenziale¹, già affermata, prima dell'entrata in vigore della l. 300/1970, come corollario del principio di correttezza e buona fede del datore di lavoro e imposta – principalmente (v. *infra*) – al fine di instaurare il contraddittorio tra i contraenti e garantire il diritto di difesa al lavoratore.

L'estensione del principio di tempestività della contestazione al licenziamento disciplinare si deve, però, proprio all'art. 7: prima dello Statuto la necessità di una preventiva contestazione del licenziamento per inadempimento del lavoratore era finanche considerata incompatibile con il carattere “immediato” del licenziamento in tronco². Fu la Corte costituzionale, con la sentenza 204 del 1982³, ad estendere le garanzie dell'art. 7 (almeno per i primi tre commi) al licenziamento disciplinare (sia esso per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo) e a riconoscere così anche il diritto alla

¹ V. la giurisprudenza citata da ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, 2003, III, cap. 15, note 76 e 77.

² V. MONTUSCHI, *Il licenziamento disciplinare secondo il diritto vivente*, in RIDL, 1996, I, p. 13 ss.; ICHINO, *op. cit.*, § 486.

³ V. la sentenza del 30 novembre 1982, n. 204, in GC, 1983, I, p. 15.

contestazione tempestiva dell'addebito riconducibile ad una sanzione espulsiva.

Di lì in avanti, e fino alle recenti riforme del decennio scorso, il tema del vizio che inficia il licenziamento irrogato in difetto di immediatezza, della contestazione o dello stesso recesso, è stato risolto dalla giurisprudenza secondo il principio della “sufficienza della tutela”⁴. Alla violazione delle regole procedurali in materia di licenziamento conseguiva l'applicazione dell'apparato sanzionatorio riconosciuto dalla legge in base al regime di stabilità cui era riconducibile il rapporto di lavoro. A seconda che fosse adottata la stabilità reale, obbligatoria o la recedibilità *ad nutum* la violazione delle regole procedurali, tra cui quella della tempestività degli atti, seguiva il relativo regime sanzionatorio⁵.

In tale maniera – dando conto delle finalità di questa interpretazione – era garantito che a fronte di vizi “formali” non si irrogassero sanzioni più gravi di quelle derivanti da carenze sostanziali, quali l'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo di licenziamento⁶.

La situazione è evidentemente mutata a seguito, prima della l. 92 del 2012 e poi del d.lgs. 23 del 2015, che hanno regolato espressamente le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione dell'art. 7⁷. Se, da un lato, non c'è stato più bisogno di tener conto delle regole sostanziali al fine di irrogare le sanzioni in caso di violazione dei requisiti formali legati al procedimento, dall'altro, e in special modo per la tempestività dell'azione disciplinare, i problemi non sono certamente scemati. Si è assistito, anzi, a un ampio dibattito incentrato – tra gli altri profili – sulla riconducibilità o meno della tardività della contestazione ai vizi che fanno ritenere insussistente il fatto contestato al lavoratore e, così facendo, applicano la disciplina sostanziale dell'art. 18, comma 4, l. 300/1970 (o quella dell'art. 3, d.lgs. 23 del 2015, per gli assunti dopo il marzo 2015)⁸.

⁴ V., in particolare, Cass. sez. un. 26 aprile 1994 n. 3966 e 18 maggio 1994 n. 4844, entrambe in *FI*, 1994, I, p. 1708 ss.

⁵ Invero, nell'area del c.d. libero recesso le garanzie previste dall'art. 7 dello Statuto furono riconosciute solo con la sentenza della Corte costituzionale 25 luglio 1989 n. 427, in *RIDL*, 1989, II, p. 641 ss.

⁶ In senso critico v. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 24.

⁷ Rispettivamente, art. 18, comma 6, l. 300/1970, come introdotto dall'art. 1, comma 42, della l. 92/2012 e art. 4, comma 1, del d.lgs. 23/2015.

⁸ In dottrina cfr. *ex plurimis* DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur*

In questo breve intervento non sarà possibile dar conto delle posizioni dottrinali sui molteplici regimi sanzionatori ritenuti astrattamente applicabili. Verrà esaminato invece l'assetto delineato dalla – fondamentale sul tema – sentenza delle Sezioni unite del 2017⁹, che ha garantito maggiore certezza sulle sanzioni irrogabili, ma ha lasciato irrisolte diverse delle questioni, di ordine più sistematico, pure emerse dal dibattito dottrinale. Infine, qualche considerazione seguirà l'analisi della più recente sentenza 21569/2018.

2. *Alcuni rilievi dalle Sezioni Unite*

Poiché le modifiche all'art. 18 St. lav. introdotte nel 2012 prevedono espressamente le conseguenze sanzionatorie da connettere alla violazione delle regole dell'art. 7 St. lav., e cioè l'indennità "attenuata" stabilita al comma 6, il problema sottoposto alle Sezioni Unite è stato quello di poter applicare, nei casi più gravi, il regime rimediabile più incisivo e dissuasivo della reintegrazione (art. 18, commi 1 o 4) o, almeno, dell'indennità "forte" (art. 18, comma 5).

Tale diversa qualificazione è motivata dalla particolare rilevanza che il principio della immediatezza della contestazione e/o del recesso può acquisire ai fini delle garanzie difensive del lavoratore¹⁰, della tutela del suo affidamento¹¹, ma anche per l'interesse a evitare l'indugio malizioso del datore di lavoro e il ritardo determinato da finalità intimidatrici¹².

Nei casi in cui il potere disciplinare è esercitato a distanza di molto tempo o in cui il datore di lavoro assume un comportamento logicamente

già vecchio) art. 18, in *RIDL*, 2015, II, p. 32 ss.; v. i contributi di TULLINI, *I vizi procedurali del licenziamento disciplinare: a proposito della regola dell'immediatezza*, p. 68 ss.; DEL PUNTA, *I dolori del giovane 18: note sul licenziamento disciplinare*, p. 86 ss., e CARUSO, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediabile tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, p. 100 ss., in CARUSO (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale - Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, vol. 7/2017; DI PAOLA, *Difetto di tempestività della contestazione disciplinare: violazione procedurale e/o sostanziale?*, in *RIDL*, 2017, II, p. 503 ss.; DE MOZZI, *Le Sezioni unite si pronunciano sulle conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di immediatezza nella contestazione*, in *ADL*, 2018, p. 804 ss.

⁹ Cass. sez. un. 27 dicembre 2017 n. 30985, in *DRI*, 2018, p. 923 ss. con nota di LUNARDON.

¹⁰ V. *amplius* DI PAOLA, *op. cit.*, pp. 505-507.

¹¹ In senso critico DE MOZZI, *op. cit.*, § 3.

¹² V., in questo senso, già ICHINO, *op. cit.*, § 484.

incompatibile con la volontà di recedere – come in caso di affidamento al lavoratore di incarichi fiduciari di maggiore responsabilità – è apparso insufficiente ricondurre la violazione a uno dei vizi procedurali, cui l'art. 18 comma 6 ricollega il riconoscimento dell'indennità di più modesta entità. Più adeguato è sembrato, secondo parte della giurisprudenza e della dottrina precedenti¹³, ritenere tale tipo di violazione come un vizio sostanziale, e applicare così il regime previsto per l'insussistenza del fatto.

Non senza qualche forzatura, si è dunque consolidata la tesi secondo la quale il fatto contestato tardivamente, poiché antiguridico, è *tamquam non esset*, ovvero, secondo una posizione più moderata, rientra nelle “altre ipotesi” dell'art. 18, comma 5, per le quali, “non ricorr[endo] gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa”, è applicabile l'indennità “forte”¹⁴.

Sul tema, la soluzione adottata dalle Sezioni unite è improntata a un forte pragmatismo, ma non è esente da imperfezioni.

Poiché tra le tesi emerse v'è stata quella che applica il rimedio della reintegra “piena” ex art. 18, comma 1, la Corte, *in limine*, ha fatto leva sul dato testuale della disposizione per evidenziare l'assenza di un preciso riferimento legislativo che autorizzi a far presupporre la contestazione e/o il licenziamento tardivi come un'ipotesi di nullità. Tale soluzione è stata così esclusa, malgrado, sotto il profilo sistematico, sia rimasta in tal modo irrisolta la questione di coniugare i casi relativi alle sanzioni conservative, in cui la violazione del principio della tempestività genera l'annullamento della sanzione, con quelli riguardanti i provvedimenti espulsivi in cui, al contrario, lo stesso effetto non sarebbe praticabile¹⁵.

La Corte ha poi affrontato e risolto in senso negativo la questione dell'applicabilità (anche) della reintegra “attenuata” del comma 4, negando esplicitamente la fondatezza delle tesi che riconducono la contestazione e/o il recesso tardivi ad ipotesi di insussistenza del fatto generatore del licenziamento.

¹³ V. DI PAOLA, *op.cit.*, p. 504; M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all'italiana” a confronto*, in *DLRI*, 2012, p. 559; cfr. Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513; Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745.

¹⁴ Cfr. DEL PUNTA, *I dolori del giovane*, cit., p. 95; PISANI, *Tardività del licenziamento disciplinare: le Sezioni Unite escludono la reintegrazione*, in *GI*, 2018, p. 409.

¹⁵ Incongruenza rilevata già da MONTUSCHI, *op.cit.*, p. 24 s. e ricordata da TULLINI, *op.cit.*, p. 71.

In particolare, ha fatto ricorso al ragionamento proposto *ad adiuvandum* per escludere l'applicazione dell'art. 18, comma 1, in base al quale il vizio relativo alla tardività attiene alla fase successiva ed attuativa della comunicazione del provvedimento espulsivo e non concorre, quindi, alla formazione della "causa" che dà origine al recesso del datore di lavoro. In tale prospettiva le Sezioni Unite hanno sottolineato che, se il vizio è "funzionale" e non "genetico", il fatto non tempestivamente contestato dal datore di lavoro non può ritenersi di per sé insussistente¹⁶.

Tale posizione, che come detto è avversata da una parte della dottrina, affronta la questione ponendosi dalla prospettiva, più comune, in cui l'esercizio del potere si verifica a seguito dell'*effettiva* commissione di un fatto da parte del lavoratore. Così facendo, essa non riflette sull'eventualità, meno frequente e più subdola, ma non da escludere, in cui il fatto colposo commesso dal lavoratore sia invece creato ad arte dal datore, per simulare l'esistenza di un recesso giustificato.

Malgrado l'onere di provare la colpa del lavoratore sia a carico del datore di lavoro, in una situazione in cui il fatto è contestato con molto ritardo il lavoratore è fortemente pregiudicato nel reperire il materiale probatorio che può scagionarlo dall'addebito. Si creano in tal caso le condizioni per le quali il fatto "sussiste" solamente perché il lavoratore non è stato in grado di provare le circostanze contrarie che lo scagionano, data la tardività della contestazione. Anche sotto questo profilo, dunque, la soluzione delle Sezioni Unite lascia qualche insoddisfazione.

Giungendo al rimedio che la Corte ritiene, invece, adeguato a "ripagare" il lavoratore illegittimamente licenziato a causa di una contestazione tardiva, i giudici di legittimità hanno fatto ricorso ai commi 5 e 6 dell'art. 18. L'indennità "forte" di cui al comma 5 è stata riconosciuta in virtù del carattere sostanziale che la violazione del principio della tempestività della contestazione assume se il ritardo è notevole e ingiustificato e, dunque, capace di ledere le garanzie difensive o l'affidamento del lavoratore. Al contrario, l'indennità "debole" è stata ricondotta alle ipotesi meno gravi, relative a violazioni formali dei termini stabiliti dalla contrattazione collettiva per la contestazione o il successivo recesso.

¹⁶ Punto 8 della sentenza a Sezioni Unite.

3. *Le precisazioni e le conseguenze della più recente Cass. 21569/2018*

Rispetto a questa *summa divisio*, a ridosso di quanto detto già in dottrina, si possono fare delle precisazioni suggerite dalla più recente giurisprudenza.

Merita in particolare di essere evidenziato quanto affermato nella più recente sentenza Cass. 21569/2018¹⁷, in cui la violazione del termine previsto dalla contrattazione collettiva per l'adozione del provvedimento espulsivo è stata sanzionata con la reintegra attenuata *ex art. 18*, comma 4. Pur muovendosi nella medesima logica "positivista" delle Sezioni Unite, mantenendosi cioè nei gangli delle sanzioni "speciali" dell'art. 18 e senza, dunque, "sforare" nel diritto comune¹⁸, questa decisione reca un'importante precisazione sul ruolo che la contrattazione collettiva può assumere in tema di tempestività degli atti aventi valenza disciplinare.

Si è giunti a evidenziare che le regole procedurali negoziate in sede collettiva possono essere valide non solo a determinare vizi formali, ma anche a stabilire garanzie "sostanziali". Il fatto contestato al lavoratore è stato infatti considerato "insussistente", perché il contratto collettivo applicabile prevede espressamente che il silenzio del datore di lavoro nell'adozione del provvedimento espulsivo, a seguito delle giustificazioni del lavoratore incolpato, valga come "accettazione delle difese" promosse da quest'ultimo¹⁹.

Ne deriva in tal modo la necessità di aggiornare l'insegnamento delle Sezioni Unite, evidenziando che la contestazione o il recesso tardivi, rispetto a un termine previsto dalla contrattazione collettiva, rivestono natura di vizi procedurali che trasmodano in vizi sostanziali, non solo se la tardività fuoriesce ampiamente dai limiti temporali previsti, ma anche se le previsioni collettive collegano alla violazione effetti diversi, quali l'insussistenza del fatto contestato.

Dal punto di vista pratico, tra l'altro, la sentenza del 2018 mette in risalto il rischio di un cortocircuito, da non sottovalutare, perché comporta la possibilità di una ingiustificata differenziazione nel trattamento sanzionatorio. Da un lato, è permessa l'applicazione della reintegra attenuata *ex art. 18*,

¹⁷ Cass. sez. lav. 3 settembre 2018, n. 21569, non annotata.

¹⁸ Nel senso della applicabilità della nullità e della tutela reale di diritto comune all'ipotesi della contestazione e/o del recesso gravemente tardivi v. CARUSO, *op. cit.*, p. 136; TULLINI, *op. cit.*, spec. p. 81.

¹⁹ Cass. 21569/2018, punto 2.

comma 4 (o art. 3, comma 2, d.lgs. 23/2015), quando sono violati i termini (solitamente di durata molto ridotta) previsti nelle disposizioni collettive. Dall'altro, quando i contratti collettivi non stabiliscono termini di scadenza per la contestazione o il recesso, resta applicabile il solo rimedio indennitario dell'art. 18, comma 5 (o dell'art. 3, comma 1, d.lgs. 23/2015), anche se gli atti sono stati compiuti con gravissimo ritardo (magari a distanza di anni dal fatto).