

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 dicembre 2017 n. 30985 – Pres. Di Canzio, Rel. Berrino – B.M.D.P.D.S. s.p.a. (avv.ti C. e R. Scognamiglio) v. C.B. (avv.ti Casini e Pluderi)**

**Licenziamento disciplinare soggetto alla tutela ex art. 18 l. 300/1970 – Tardività della contestazione di addebito – Natura sostanziale del vizio – Valenza di carattere generale della tutela indennitaria forte ex art. 18, co. 5, l. 300/1970 – Applicabilità.**

*La dichiarazione giudiziale di risoluzione 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, ricadente "ratione temporis" nella disciplina della l. n. 300 del 1970, art. 18 così come modificato dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, art. 1, comma 42 comporta l'applicazione della sanzione dell'indennità come prevista dalla l. n. 300 del 1970, art. 18, comma 5.*

★ ★ ★

## Alessandro Di Casola

### Tardività della contestazione:

### la “via mediana” del 5° comma dell’art. 18 St. lav.

**Sommario:** 1. Premessa. 2. L’*iter* argomentativo e la soluzione adottata. 3. Osservazioni critiche. 4. L’“appiglio” della mancata previsione espressa dell’obbligo di tempestività della contestazione tra proceduralità della norma e sostanzialità del vizio. 5. (*Segue*) Ricadute pratico-applicative. 6. La tardività della contestazione nella disciplina sanzionatoria: generalità del comma 5 vs ce-devolezza del comma 6. 7. L’intrinseca disomogeneità dei vizi accomunati sotto l’ombrello della tutela indennitaria attenuata.

#### I. Premessa

Con la sentenza n. 30985 del 27 dicembre 2017<sup>1</sup>, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate sull’ormai annosa questione circa le conseguenze del licenziamento disciplinare viziato dalla tardività di contestazione dell’addebito<sup>2</sup>.

Com’è noto, la l. 92/2012, modificando l’art. 18 dello Statuto, ha rotto l’equazione, prima esistente, tra illegittimità del licenziamento e reintegrazione, sostituendola con un novero di sanzioni dal grado di afflittività crescente rispetto alla gravità del vizio del licenziamento. Tenendo da canto i licenziamenti discriminatori (e le altre fattispecie a questi assimilati dal primo comma dell’art. 18), per i quali è rimasto in vigore il più garantista regime reintegratorio *old style*, il nuovo art. 18 dello Statuto prevede la reintegrazione, assistita da un’indennità risarcitoria omnicomprensiva, fino a 12 mensilità,

<sup>1</sup> Allo stato, già annotata da DE ANGELIS, *Ripensando all'immediatezza della contestazione*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT - 362/2018; PERRINO, in FI, 2018, I, c. 504 ss.; PISANI, *Licenziamento disciplinare – tardività del licenziamento disciplinare: le Sezioni Unite escludono la reintegrazione*, in GI, 2018, p. 409 ss.

<sup>2</sup> In dottrina, tra gli interventi più recenti, v. (in ordine alfabetico) ALBI, *Il licenziamento disciplinare illegittimo per tardiva contestazione degli addebiti tra vecchio e nuovo diritto*, in questa rivista, 2016, p. 406 ss.; DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di immediatezza nel licenziamento disciplinare*, in DRI, 2017, p. 1108 ss.; DI PAOLA, *Difetto di tempestività della contestazione disciplinare: violazione procedurale e/o sostanziale?*, in RIDL, 2017, II p. 503 ss.; PISANI, “Tardività-ingiustificata” e “tardività-vizio procedimentale” del licenziamento disciplinare e relative sanzioni, in MGL, 2014, p. 289 ss.; ID., *Le tutele esclusivamente risarcitorie per le tardività del licenziamento disciplinare*, in MGL, 2017, pp. 489–507; SILVESTRI, *Immediatezza della contestazione disciplinare e relatività del concetto*, in LG, 2018, p. 80 ss.; TOSI, PUCETTI, *Licenziamento - La dissoluzione di una riforma nella tardività della contestazione disciplinare*, in GI, 2017, p. 1910 ss.

nei soli casi di insussistenza del fatto contestato o di riconducibilità dello stesso a sanzioni conservative previste dal codice disciplinare o dai contratti collettivi applicati; ovvero, negli altri casi in cui non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo, la corresponsione di una mera indennità risarcitoria, di importo compreso tra 12 e 24 mensilità. Tale importo viene dimezzato dal successivo 6° comma – per quanto qui interessa – qualora la violazione riguardi *unicamente* l’obbligo di motivazione del licenziamento, la procedura disciplinare di cui all’art. 7 della l. 300/1970 ovvero quella di conciliazione prevista dall’art. 7 della l. 604/1966 per il caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Infatti, la norma fa espressamente salvo il caso in cui si riscontrino vizi di giustificazione del licenziamento, con applicazione delle più severe sanzioni previste per tali ipotesi.

Di qui la coniazione del c.d. “vizio (meramente) procedurale”, espressione che, tra gli operatori, identifica una sorta di vizio minore del licenziamento, fosse solo perché sanzionato con una misura scarsamente afflittiva e dagli effetti, in verità, molto poco deterrenti.

Identico metodo nell’articolazione delle sanzioni conseguenti al licenziamento illegittimo è stato utilizzato dal legislatore del d.lgs. 23/2015, nel quale è stata riproposta la distinzione tra vizi “sostanziali” e vizi “procedurali”, con una notevole riduzione della sanzione (soltanto economica) prevista per i secondi: il che, in alcuni casi, ne rende a dir poco risibile la (già menomata) efficacia deterrente<sup>3</sup>.

Il nodo della questione che, con tutta evidenza, ha ispirato sia la giurisprudenza precedente alla sentenza in commento, sia, molto probabilmente, anche le Sezioni Unite, è il seguente: atteso che il nuovo art. 18 prevede sanzioni differenziate in base ai vizi del licenziamento, e che la (più mite) disciplina è prevista per i vizi formali e/o procedurali, per applicare la sanzione corretta diventa centrale separare ciò che è (meramente) procedurale da ciò che, invece, ha natura sostanziale.

Su quest’ultimo punto la giurisprudenza precedente ha spaziato note-

<sup>3</sup> Infatti, per gli assunti dopo il 4.3.2015, la condanna per il datore di lavoro che abbia irrogato un licenziamento afflitto da un vizio formale e/o procedurale può addirittura essere pari a due (sole) mensilità, qualora il lavoratore vanti un’anzianità inferiore ai due anni. Da precisare che, al momento della consegna del presente contributo all’Editore, il d.l. 12 luglio 2018 n. 87 (c.d. “decreto dignità”) non è stato ancora convertito dal Parlamento e che lo stesso, nella versione attualmente vigente, non modifica il *quantum* dell’indennità risarcitoria di cui all’art. 4, d.lgs. 23/15 (prevista per i vizi formali e/o procedurali del licenziamento).

volmente. Infatti, a fronte del medesimo vizio (*i.e.* tardività della contestazione disciplinare), si è ritenuta dapprima applicabile, sia pure in un *obiter dictum* contenuto nella prima pronuncia della S.C. sull'art. 18 novellato, la tutela indennitaria attenuata di cui al comma 6<sup>4</sup>: orientamento seguito altresì da alcune pronunce successive<sup>5</sup>. In altro caso, con una soluzione ai limiti del “pilatesco”, si è affermata semplicemente l'applicabilità di una sanzione (meramente) indennitaria, senza specificazione del regime da applicare in concreto<sup>6</sup>: demandando, di fatto, al Giudice del rinvio la scelta tra i due regimi previsti (5° o 6° comma)<sup>7</sup>. Più di recente, la Corte, modificando il proprio orientamento, ha invece applicato la più dura sanzione reintegratoria, sebbene nella forma attenuata (4° comma), facendo leva sull'irregolarità del “fatto contestato” derivante dall'abnorme ritardo nella contestazione stessa<sup>8</sup>.

Del tutto opportuna, pertanto, rimane la rimessione della questione alle Sezioni Unite, fatta con l'ordinanza interlocutoria n. 10159 del 21.4.2017: la quale, sebbene con qualche omissione<sup>9</sup>, passa in rassegna i vari orientamenti in materia fino a quel momento assunti dalle sezioni semplici della Suprema Corte.

<sup>4</sup>V. Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, in *RIDL*, 2015, II, p. 25 ss. con note di DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, p. 32 ss. e di MARTELLONI, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs Act*, p. 39 ss., nonché in *DRI*, 2015, p. 229 ss. con nota di FERRANTE, *La Cassazione si pronunzia per la prima volta sull'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori riformato: trovato il bandolo della matassa?*, e in *GI*, 2014, con nota di FIORILLO, *Licenziamento disciplinare e tutela reale: la rilevanza del “fatto materiale”*. Qui la Corte fa una differenza tra la “violazione del requisito della “tempestività”, evidentemente intendendo per tale il provvedimento espulsivo adottato con ingiustificato ritardo rispetto all'inizio del procedimento disciplinare, ovvero alla presentazioni delle giustificazioni da parte del lavoratore, e la violazione del principio di “immediatezza della contestazione”, ritenendo quest'ultimo vizio rientrante entro il comma 6 dell'art. 18.

<sup>5</sup>Cass. 26 agosto 2016 n. 17371, in *www.iusexplorer.it*, e, sebbene con riferimento alla tempestività del provvedimento espulsivo, Cass. 16 agosto 2016 n. 17113, in *www.ilgiuslavorista.it*, 2017, con nota di DI PAOLA, *Licenziamento intimato oltre il termine stabilito dalla contrattazione collettiva: quale sanzione?*; su entrambe, v. TOSI, PUCCHETTI, *op. cit.*

<sup>6</sup>V. Cass. 9 luglio 2015 n. 14324, secondo cui, per il caso di tardività della contestazione disciplinare, “la tutela prestata è limitata al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva da determinarsi fra un minimo ed un massimo di mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto”.

<sup>7</sup>Nel caso in esame, la Corte d'Appello di Napoli ha applicato l'indennità di cui all'art. 18, co. 6, l. 300/70: v. App. Napoli 15 giugno 2017 n. 1351, inedita.

<sup>8</sup>V. Cass. 31 gennaio 2017 n. 2513, in *RIDL*, 2017, II, p. 503 ss., con nota di DI PAOLA, *Difetto di tempestività*, *cit.*

<sup>9</sup>Come acutamente segnalato da TOSI, PUCCHETTI, *op. cit.*, l'ordinanza interlocutoria, nel

## 2. *L’iter argomentativo e la soluzione adottata*

Il caso posto all’esame delle Sezioni Unite riguarda un licenziamento intimato al termine di un procedimento disciplinare iniziato circa due anni dopo la scoperta, da parte del datore di lavoro, degli illeciti disciplinari commessi dal dipendente. I precedenti gradi di giudizio avevano avuto esiti opposti, come non è infrequente in tali casi, proprio a causa della mancanza di una disciplina “univoca” in materia di tardività della contestazione: reintegrazione in fase sommaria, tutela indennitaria debole in opposizione e, nuovamente, reintegrazione in appello.

I passaggi argomentativi salienti della (lunga) sentenza possono essere così riassunti.

In primo luogo, la Corte esclude l’applicabilità dei primi tre commi dell’art. 18 (tutela reintegratoria piena), perché la tardività della contestazione non può essere ricondotta ad alcuna causa di nullità del licenziamento ivi richiamata.

Allo stesso modo, discostandosi da quanto affermato da Cass. 2513/17, esclude l’applicabilità della tutela reintegratoria attenuata di cui al 4° comma: in ragione, da un lato, della tassatività della disciplina ivi contemplata (“insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa...”) e, dall’altro, della pacifica – o, comunque, accertata – sussistenza dei fatti contestati, ancorché in maniera ingiustificatamente tardiva.

Si giunge così al dilemma dell’applicabilità del 5° o del 6° comma: vale a dire, pur sempre di una tutela meramente indennitaria, nella misura “forte” (12-24 mensilità), oppure “attenuata” (6-12 mensilità). Questione la cui soluzione, a parere della Corte, sembra dipendere, in massima parte, dalla natura – meramente procedurale oppure sostanziale – da riconoscersi al sottostante obbligo. E infatti, i giudici, in primo luogo, osservano che seppure è vero che l’obbligo di contestazione degli addebiti nasce dall’art. 7 dello Statuto – dunque, dalla norma “procedurale” richiamata dal comma 6 dell’art. 18 – è altrettanto vero che tale disposizione non richiede espressamente la tempestività della contestazione stessa: così “aprendo la via” ad una potenziale fuoriuscita dal 6° comma, altrimenti difficilmente sostenibile<sup>10</sup>.

passare in rassegna l’orientamento che riterrebbe applicabile il co. 6 dell’art. 18 omette il richiamo a Cass. n. 17371/16 e n. 17113/16 (quest’ultima sulla tempestività del provvedimento conclusivo del procedimento disciplinare).

<sup>10</sup> Cfr. punto 9 delle “Ragioni della decisione”: “(...) se, per un verso, è certo che l’obbligo

Sulla scorta di ciò, la Corte procede alla ricostruzione dell'obbligo di tempestività della contestazione nella duplice, classica, chiave di rispetto dei canoni di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 cod. civ.) e di garanzia "multiforme" del lavoratore. Al quale i fatti vanno contestati appena possibile: per consentirgli un'adeguata difesa; per tutelare il suo legittimo affidamento alla mancata attivazione del procedimento disciplinare; per evitare la creazione di un illegittimo strumento di ricatto nelle mani del datore di lavoro, attesa la facoltatività del potere in questione<sup>11</sup>.

Sebbene compiutamente esplicitato solo in sede riepilogativa, la Corte utilizza anche un terzo argomento a sostegno della natura sostanziale dell'obbligo di tempestività della contestazione, tratto dai doveri di correttezza e buona fede: il datore di lavoro, contestando in maniera ingiustificatamente tardiva l'addebito, andrebbe in sostanza *contra factum proprium*. Elemento, quest'ultimo, da ravvisarsi nel prolungato comportamento inerte del datore di lavoro: trattasi, infatti, di una condotta tale da ingenerare nel lavoratore, legittimamente, una presunzione dell'insussistenza – in concreto – di alcuna lesione dell'interesse datoriale, oppure, della decisione di non dare seguito disciplinare all'inadempimento<sup>12</sup>, o, in ogni caso, di non applicare una sanzione espulsiva<sup>13</sup>.

Gli argomenti appena riportati vengono utilizzati dalla Corte per affermare, in primo luogo, la valenza di "principio generale di carattere so-

della contestazione tempestiva dell'addebito rientra nel procedimento disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970, d'altro canto, è pur vero che ciò non implica automaticamente che la violazione del principio della tempestività della contestazione disciplinare, così come elaborato dalla giurisprudenza, debba essere sempre sanzionata attraverso il meccanismo della indennità attenuata, di cui al sesto comma del citato art. 18, per il solo fatto che tale norma contempla, tra le ipotesi di applicazione di tale più lieve sanzione, quelle derivanti dalla violazione delle procedure di cui all'art. 7 della stessa legge n. 300 del 1970 e dell'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 704, unitamente alla violazione del requisito della motivazione. Invero, il principio della tempestività della contestazione lo si desume dal contesto della lettura della norma di cui all'art. 7 della legge n. 300/70, dal momento che questa non lo enuncia in maniera espressa (...)", miei i corsivi.

<sup>11</sup> Cfr., ancora, la parte finale del punto 9 delle "Ragioni della decisione".

<sup>12</sup> Punto 11 delle "Ragioni della decisione", *infra*.

<sup>13</sup> Da notare che si accenna ad una sorta di scelta abdicativa del datore di lavoro rispetto al licenziamento già nel punto 10 delle "Ragioni della decisione": "In effetti, la mancanza di tempestività della contestazione disciplinare può indurre a ritenere, fino a quando la stessa non venga eseguita, che il datore di lavoro voglia soprassedere al licenziamento ritenendo non grave o comunque non meritevole della massima sanzione la colpa del lavoratore (...)".

stanziale della tempestività”<sup>14</sup> e, in secondo luogo, la sua non riconducibilità ai vizi enunciati dal comma 6 dell’art. 18, ai fini dell’applicabilità della sanzione ivi prevista (tutela indennitaria debole). Trattandosi di un vizio del licenziamento che deriva dal mancato rispetto dei doveri di correttezza e buona fede da parte del datore di lavoro – sostiene la Corte – la tardività della contestazione, quale vizio sostanziale, deve essere ricondotta al 5° comma dell’art. 18 (e non al 6° comma): norma “da ritenersi espressione della volontà del legislatore di attribuire alla c.d. tutela indennitaria forte una valenza di carattere generale”<sup>15</sup>.

Dopo aver ribadito tale principio, la Corte precisa altresì che “diversamente, qualora le norme del contratto collettivo o la stessa legge dovessero prevedere dei termini per la contestazione dell’addebito disciplinare, la relativa violazione verrebbe attratta, in quanto caratterizzata da contrarietà a norma di carattere procedimentale, nell’alveo dell’applicazione del sesto comma dell’art. 18...”. Anche tale ultimo passaggio, come si vedrà, è molto importante ai fini qui rilevanti, giacché l’applicazione del 5° o del 6° comma dipenderebbe dal “se” un certo obbligo è oggetto di previsione espressa o meno di una norma procedimentale: sia essa della legge o del contratto collettivo<sup>16</sup>.

### 3. Osservazioni critiche

La pronuncia in commento induce a molteplici riflessioni.

In primo luogo, non convince l’aver contrapposto – beninteso, nell’ottica sanzionatoria – proceduralità e sostanzialità del vizio: in qualche modo presupponendo che la natura procedurale di una norma sia incompatibile con un’origine – o meglio, un rilievo – sostanziale dell’obbligo sottostante. Sostanza che invece, nel caso di specie, assume forma per mezzo della norma procedurale di cui all’art. 7 St. lav.

Venendo al piano sanzionatorio e alla specifica questione affrontata dalla Corte, si ha forte la sensazione che i Giudici – almeno in alcune parti della sentenza – abbiano dato per presupposto che il comma 6 dell’art. 18 punisca violazioni di obblighi, non tanto previsti dall’art. 7 St. lav. (o comunque a

<sup>14</sup> Punto 10 delle “Ragioni della decisione”, *infra*.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> V. quanto sostenuto nel paragrafo 5.

questo correlati), quanto, piuttosto, di *rilievo esclusivamente procedurale*: cioè, come se il semplice rilievo sostanziale del vizio, pur se riconducibile all'art. 7 St. lav., impedisse l'applicazione della sanzione di cui al comma 6.

Nel ragionamento svolto, la Corte incorre in due passaggi dalla tenuta piuttosto debole: il primo, riguardante l'estrapolazione dell'obbligo di contestazione tempestiva dalla procedura *ex art. 7 St. lav.*; il secondo, concernente i rapporti tra comma 6 e comma 5 dell'art. 18, che, nel caso di specie, vengono ricostruiti sulla base della "generalità" del secondo, piuttosto che, come richiesto dalla norma, della cedevolezza del primo.

4. *L'“appiglio” della mancata previsione espressa dell'obbligo di tempestività della contestazione tra proceduralità della norma e sostanzialità del vizio*

Iniziando dal primo, nella parte motiva della sentenza, la Corte riconosce sì – come d'altronde non potrebbe non fare – che il principio della tempestività della contestazione deriva dall'obbligo di contestare l'addebito prima di irrogare qualsiasi sanzione disciplinare, posto dal co. 1 dell'art. 7 St. lav., ma poi, subito dopo, fa leva sulla mancata espressa previsione, in quest'ultima norma, dell'obbligo di contestazione tempestiva per “estrarre” tale obbligo dalla procedura in parola (dando ad esso, per contrasto, valore sostanziale) e, di conseguenza, negare la riconducibilità della sua violazione alla fattispecie contemplata dal comma 6 del novellato art. 18.

Già questo passaggio appare assai debole: è incontestabile che l'art. 7 St. lav. non prevede l'obbligo che la contestazione sia tempestiva, ma è altrettanto incontestabile che la tempestività è un obbligo accessorio a quello di contestazione dell'addebito, normato dal predetto art. 7. Dunque, non solo inscindibile da tale ultima norma, ma, addirittura, da questa dipendente: basta solo pensare che, se non ci fosse l'obbligo di contestare, non potrebbe discutersi della tempestività della contestazione.

Sulla scorta di ciò, prova parecchio l'interpretazione fatta propria dalla Corte, secondo cui il vizio “procedurale” contemplato dal comma 6 sarebbe riscontrabile solo in relazione a fattispecie espressamente previste dalla procedura *ex art. 7* (ad esempio, l'obbligo di contestazione o quello di sentire il lavoratore a difesa) e non (anche) ad altri obblighi da tale procedura scaturenti, per non dire da questa dipendenti (e ciò da un punto di vista logico, prima ancora che giuridico): come nel caso della tempestività. Se la legge –

che la si condivida o meno<sup>17</sup> – prevede che il vizio del procedimento disciplinare porti ad una determinata (più mite) sanzione, è evidente che tale debba essere la sanzione correlata a quel vizio e agli altri da questo dipendenti, senza che l’indagine sulla mera proceduralità dello stesso possa incidere sulla scelta del regime sanzionatorio applicabile.

In altre parole, qui non è in rilievo la natura meramente procedurale o meno dell’obbligo di contestazione tempestiva, quanto, invece, la sua riconducibilità all’art. 7 St. lav. (norma espressamente richiamata dall’art. 18, co. 6). Fermo restando che non pare possano esprimersi dubbi sul rilievo sostanziale di tale obbligo – e, in merito, il ragionamento della Corte è pienamente condivisibile – il punto centrale della questione è che tale ultima caratteristica, alla stregua del nuovo art. 18, non è condizione sufficiente a escludere l’applicabilità del comma 6 all’ipotesi della sua violazione.

La legge, in definitiva, indica espressamente e tassativamente i casi in cui va applicata la tutela indennitaria debole e non subordina l’applicazione di tale più mite sanzione a una determinata proprietà del vizio (la sua “mera” proceduralità). Piuttosto, come si vedrà nel prosieguo, prevede una disciplina cedevole verso sanzioni più dure in presenza di un difetto di giustificazione del licenziamento. Di conseguenza, al più, è su tale ultimo elemento che potrebbe farsi leva, ferma restando, a nostro avviso, la difficile superabilità dell’accessorietà dell’obbligo di tempestività a quello di contestazione. Obbligo, quest’ultimo, la cui violazione viene (invece) correttamente fatta rientrare dalla Corte nella sanzione di cui al comma 6, a prescindere dalla sua natura sostanziale.

##### 5. (Segue) *Ricadute pratico-applicative*

Sulla scorta della mancata previsione (espressa) da parte dell’art. 7 dell’obbligo di contestazione tempestiva, nonché del suo rilievo sostanziale, la Corte ne riconduce la violazione alla sanzione di cui al comma 5. Subito dopo, però, precisa – come accennato – che qualora tale norma avesse previsto, o in futuro prevedesse, espressamente, un simile obbligo, “la relativa violazione verrebbe attratta, in quanto caratterizzata da contrarietà a norma di carattere procedimentale, nell’alveo dell’applicazione del sesto comma dell’art. 18...”.

<sup>17</sup> V., per considerazioni sul punto, il paragrafo 7.

Con questo passaggio la Corte sembra voler rimarcare la fedeltà dell'orientamento assunto ai dettami della riforma del 2012: subordinando, sul piano sanzionatorio, l'affermato rilievo sostanziale dell'obbligo di tempestività della contestazione disciplinare al fatto che lo stesso sia oggetto di una previsione espressa da parte della norma procedimentale e, dunque, ammettendo che in tal caso la tardività della contestazione possa essere sanzionata con la tutela indennitaria attenuata.

Rimanendo ancorati al dato letterale dell'art. 18 – e in particolare del comma 6 – la soluzione appare condivisibile. Tuttavia, nell'economia della sentenza, desta qualche perplessità che tutta l'argomentazione spesa – in chiave interpretativo-ricostruttiva – sul rilievo sostanziale dell'obbligo di contestazione tempestiva sia destinata a svanire nel caso in cui la legge o la contrattazione collettiva dovessero prevedere un obbligo in tal senso. Nell'ipotesi considerata, la Corte rinviene nel comma 6 una sorta di limite invalicabile; da questo punto di vista, in ragione del tenore delle argomentazioni utilizzate sul punto della sostanzialità dell'obbligo, sorprende che la Corte non abbia provato a far leva sulla cedevolezza: principio che, com'è noto, caratterizza le sanzioni previste dal citato comma 6<sup>18</sup>.

Non è da escludersi che la Corte, sul punto, abbia inteso dare “un colpo al cerchio e uno alla botte”. Leggendo le motivazioni, in assenza della precisazione da ultimo riportata, si sarebbe potuto ritenere che l'interpretazione fatta propria dalla Corte fosse tacitamente abrogativa del comma 6, nella parte in cui si riferisce a violazioni della procedura di cui all'art. 7 St. lav. E infatti, il medesimo rilievo sostanziale che la Corte ha ravvisato nella tempestività della contestazione disciplinare è proprio, altresì, degli altri obblighi ivi previsti: quello di contestazione scritta; di sentire il lavoratore a difesa; di attendere almeno 5 giorni prima di irrogare la sanzione disciplinare. Di conseguenza, se l'accento fosse rimasto unicamente sul rilievo sostanziale dell'obbligo, è chiaro che non vi sarebbe stato alcuno spazio per applicare il sesto comma a fronte di qualsivoglia (altra) violazione della procedura di cui all'art. 7.

Non può sottacersi, però, che la soluzione adottata dalla Corte rischia di risultare paradossale: *in primis*, perché, in base all'orientamento assunto dalle Sezioni Unite, la tardività della contestazione riceverà la tutela indennitaria forte, mentre la violazione degli (altri) obblighi previsti dall'art. 7 St.

<sup>18</sup> Su questo, v. quanto sostenuto nel paragrafo 6.

lav. – la cui origine sostanziale non pare possa essere in alcun modo negata – verrà assoggettata al più mite regime di cui al comma 6.

In secondo luogo, perché, ragionando *de jure condendo*, non v’è dubbio che l’eventuale previsione di un termine entro cui iniziare il procedimento disciplinare risponderebbe a finalità di garanzia ulteriore del lavoratore, peraltro corrispondenti a quelle evidenziate dalla Corte nella sentenza in commento. Tale operazione, però, allo stato, si risolverebbe in una *deminutio* di tutele per quest’ultimo: la previsione espressa di un simile obbligo, infatti, farebbe che sì che la sua violazione verrebbe sanzionata con una misura notevolmente più blanda di quella attuale (tutela indennitaria attenuata, anziché forte).

Infine, ragionando su piani paralleli, a fronte di quanto detto, altrettanto perplessi lascia l’apertura, data quasi per scontata, alla sanzione di cui al 6° comma anche nel caso della violazione di una previsione procedimentale del contratto collettivo<sup>19</sup>: fonte non richiamata dal comma in parola. Orbene, a livello interpretativo, tale soluzione ben si comprende e risulta altresì condivisibile: la Corte estende, in via interpretativa, l’operatività della più blanda sanzione prevista per la violazione di norma procedurale della legge anche al medesimo tipo di norma contrattual-collettiva, magari specificativa di quell’obbligo. Tuttavia, raffrontando ciò con quanto sin qui detto, si ha la sensazione che i Giudici abbiano usato due pesi e due misure. Da un lato, estendendo, quasi automaticamente, l’operatività del comma 6 a una fonte non prevista dalla medesima disposizione, hanno assunto un condivisibile atteggiamento sostanzialista. Dall’altro, negando l’applicabilità del comma 6 all’ipotesi della contestazione tardiva, si sono attestati su un orientamento formalista, perché la circostanza invocata ha tutta l’aria di essere un appiglio: ossia, il ricordato difetto di previsione espressa dell’obbligo di tempestività da parte dell’art. 7 St. lav.

#### 6. *La tardività della contestazione nella disciplina sanzionatoria: generalità del comma 5 vs cedevolezza del comma 6*

Venendo al secondo nucleo di perplessità prima menzionato, rileva la modalità con cui la Corte ha estrapolato il vizio di tardività della contesta-

<sup>19</sup> Un precedente, anche se relativamente all’ipotesi di un termine entro cui adottare la sanzione disciplinare, è rinvenibile in Cass. 17113/16, cit.

zione dalla sanzione di cui al comma 6, per riconnetterlo a quella indennitaria forte prevista dal comma 5 dell'art. 18.

Come visto poc'anzi, la Corte poggia tale conclusione sulla seguente triplice considerazione: la mancata previsione espressa, nell'art. 7 St. lav., del principio di tempestività della contestazione; il rilievo non meramente procedurale di tale obbligo; il carattere generale della sanzione di cui al comma 5. Nel fare la predetta operazione, la Corte compie un salto logico-interpretativo: ricorre direttamente al "principio di generalità" del comma 5 senza, però, dare conto delle ragioni per cui la questione non poteva essere risolta sulla base dei rapporti interni tra i diversi regimi sanzionatori di cui al novellato art. 18. Rapporti che, per quanto riguarda il comma 6, sono improntati al principio della cedevolezza verso le sanzioni più afflittive: "il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo delle tutele previste dal presente comma, quelle previste dai commi quarto, quinto o settimo".

Venendo al comma 5, vale la pena ricordare che tale norma non nasce come *previsione generale*: destinata cioè a ricomprendere qualsiasi tipo di vizio del licenziamento che non sia riconducibile alle ipotesi previste dai commi 1, 4, 6 e 7; bensì, richiede espressamente che, ai fini della sua operatività, non ricorrano gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo per ragioni diverse da quelle richiamate dai predetti altri commi dell'art. 18. Non v'è dubbio che trattasi, a differenza delle altre, di una norma sanzionatoria "aperta", dunque non riguardante un *numerus clausus* di ipotesi, ma ciò non vuol dire che, per ciò solo, preveda un rimedio di carattere generale: proprio perché la sua operatività è subordinata all'esistenza di un vizio che comporta la mancata ricorrenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo. Sotto questo profilo, il comma 5 è essenzialmente una norma residuale, ma, lo si ribadisce, non rispetto a qualsivoglia ipotesi di illegittimità del licenziamento, bensì solo in relazione ai casi di mancata ricorrenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo, a condizione che gli stessi non siano già contemplati negli altri commi dell'art. 18.

Come si è visto, nel percorso logico-argomentativo che la Corte porta avanti c'è un passaggio che parrebbe assai significativo a tal fine: là dove si definisce *contra factum proprium* il comportamento del datore di lavoro. Il quale, pur essendo venuto a conoscenza dell'esistenza di un illecito disciplinare, abbia sopraspeduto per un tempo ingiustificatamente lungo all'utilizzo

del relativo potere sanzionatorio – lasciando dunque presumere al lavoratore l’irrelevanza disciplinare dell’inadempimento, ovvero la rinuncia all’utilizzo del relativo potere – salvo poi, in un momento ancora successivo, avviare l’azione disciplinare.

Ebbene, tale considerazione incide chiaramente sulla ricorrenza degli estremi della giusta causa: in quanto la prosecuzione del rapporto di lavoro in una fase, anche potenzialmente lunga, successiva alla scoperta del fatto che legittima il licenziamento in tronco, nega in radice la compromissione irreversibile del vincolo fiduciario richiesta dall’art. 2119 cod. civ. Ciò avrebbe imposto, in via interpretativa, di azionare il meccanismo residuale del comma 6, in favore del comma 5, anziché ricorrere alla natura “generale” di tale ultimo rimedio.

Tuttavia, lo stesso ragionamento si presenta in termini assai più problematici nei confronti del giustificato motivo soggettivo, dal momento che lo stesso non richiede una cessazione immediata del rapporto di lavoro, ma, anzi, impone che lo stesso prosegua per il periodo – talvolta assai lungo – del preavviso<sup>20</sup>. Di conseguenza, sebbene non si possa negare che la prosecuzione del rapporto, tanto più se prolungata, costituisca atteggiamento del datore di lavoro scarsamente compatibile con la volontà estintiva, appare piuttosto arduo sostenere che ciò vada a incidere sulla ricorrenza degli *estremi* del giustificato motivo soggettivo, al fine di attivare il rapporto di cedevolezza del comma 6 in favore del comma 5<sup>21</sup>.

Di qui – si può ipotizzare – la scelta della Corte di ricondurre, sul piano sanzionatorio, la fattispecie in questione alla “valenza di carattere generale” del quinto comma dell’art. 18, piuttosto che, in ossequio al principio di cedevolezza espressamente previsto nel sesto comma, ad un “difetto di giustificazione del licenziamento”<sup>22</sup>.

Sennonché, il salto interpretativo intrapreso dalla Corte per sostenere

<sup>20</sup> V. PISANI, *Tardività-ingiustificatezza*, cit.; DE MOZZI, *op. cit.*, si esprime per un rilievo, ai fini appena esaminati, di una prosecuzione del rapporto, a condizione, però, che vada oltre i termini di preavviso da darsi al lavoratore in caso di licenziamento.

<sup>21</sup> Il che, ragionando in termini prospettici, potrebbe anche condurre alla conversione del licenziamento da giusta causa in giustificato motivo soggettivo: infatti, a causa della tardività della contestazione, difetterebbe la prima ma non il secondo. Sull’obbligo giudiziale di verifica, anche d’ufficio, della ricorrenza del giustificato motivo soggettivo in caso d’insussistenza della giusta causa, v., da ultimo, Cass. 4 gennaio 2016 n. 21, in *GL*, 2016, 5, p. 95.

<sup>22</sup> Ipotesi che, a norma del comma 6, legittima l’applicazione dei regimi sanzionatori previsti negli altri commi, ferma restando la sussistenza dei rispettivi presupposti.

l'applicabilità del comma 5 appare, ancora una volta, ben più lungo e complesso di quello che sarebbe stato necessario per ricondurre la tardività della contestazione – come già fatto da alcuni precedenti di sezione semplice – al comma 6. In tal caso, infatti, si sarebbe trattato solo di ricomprendere la tempestività entro il fondamentale obbligo di contestazione, previsto espressamente dall'art. 7 St. lav. Ciò che, peraltro, come si è visto, la medesima sentenza ha fatto, senza alcuna remora, in relazione a obblighi procedurali ulteriori, previsti dalla contrattazione collettiva (fonte neppure richiamata dalla norma), o anche che dovessero essere previsti, in futuro, per via legislativa.

Tutto ciò non può far altro che accrescere i dubbi sulla corrispondenza tra la soluzione adottata dalla Corte e la *ratio* della l. 92/12: la cui forza di resistenza rispetto a interpretazioni siffatte, in tale frangente, si mostra più intensa di quanto si potesse immaginare *ab initio*.

#### 7. *L'intrinseca disomogeneità dei vizi accomunati sotto l'ombrello della tutela indennitaria attenuata*

Se, da un lato, rimangono ferme le considerazioni critiche, sin qui svolte, sulla soluzione adottata dalla Corte, dall'altro, considerata l'autorevolezza dell'organo giudicante, non ci si può esimere dal fare uno sforzo ulteriore: nel tentativo di individuare possibili ragioni dell'opzione, fatta dai Giudici, per un'interpretazione così restrittiva – per non dire forzata – dei vizi della procedura disciplinare sanzionabili con la tutela di cui al comma 6 dell'art. 18.

In effetti, prendendo spunto da quanto sostenuto dalla Corte sulla sostanzialità del vizio di tardività della contestazione e incrociando tale fattispecie (a nostro avviso, come si è visto, riconducibile all'art. 7 St. lav.) con le altre ipotesi richiamate dal medesimo comma 6 dell'art. 18, salta all'occhio che tale norma equipara, sul piano sanzionatorio, situazioni, in realtà, tra loro neppure comparabili<sup>23</sup>. Più precisamente: a) violazioni formali (assenza di

<sup>23</sup> Si esprimono in termini critici sull'inclusione nel comma 6 dell'art. 18 delle violazioni dell'art. 7 St. lav., o, in ogni caso, sottolineandone le difficoltà interpretativo-applicative, *ex plurimis*, CARINCI F, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *ADL*, 2013, p. 461 ss.; D'ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, p. 363 ss.; FONTANA,

motivazione contestuale del licenziamento); b) violazioni di rilievo meramente procedimentale (art. 7 l. 604/66, come novellato dalla stessa legge 92/12); c) violazioni di norme (pur) procedurali, ma espressione di obblighi sottostanti dal rilievo assolutamente sostanziale (art. 7 St. lav.), o, per utilizzare le parole della Consulta, “correlati a principi di civiltà giuridica”<sup>24</sup>.

Pare infatti indubitabile che, nell’economia del nuovo art. 18, al difetto di motivazione contestuale richiamato nel comma 6 possa attribuirsi un rilievo esclusivamente formale, dal momento che il licenziamento disciplinare consegue sempre a un procedimento aperto da contestazione: la quale, in buona sostanza, unitamente agli altri eventuali atti del procedimento, diviene anche il motivo del licenziamento. Di conseguenza, in presenza di idonea contestazione, ma di mancanza di motivazione contestuale (espressa o *per relationem*) della lettera di licenziamento, si ha un vizio soltanto formale<sup>25</sup>, consistente nella mancata ripetizione dei motivi del licenziamento, ovvero nella mancata esplicitazione della decisione datoriale di non tener conto delle giustificazioni presentate (passaggio insito nella decisione stessa di licenziare e, dunque, del tutto implicito e desumibile). Diverso, naturalmente, è il caso – forse di scuola – di un licenziamento viziato da assenza “sostanziale” di motivazione: ossia, d’inesistenza di una previa procedura disciplinare a cui ricollegare una lettera di licenziamento (anch’essa) priva di qualsivoglia motivazione. Qui verrebbe in soccorso il menzionato principio di cedevolezza del comma 6, in ragione del “difetto di giustificazione” da cui il licenziamento rimarrebbe afflitto, con applicazione della tutela reintegratoria<sup>26</sup>.

*Problemi applicativi dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in RIDL, 2014, I, p. 273 ss.; GALARDI, *Il licenziamento inefficace*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 299 ss.; MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in ADL, 2012, p. 612 ss.; MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in RIDL, 2012, II, p. 415 ss.; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in RIDL, 2012, I, p. 521 ss.

<sup>24</sup> Il riferimento è alla nota sentenza della C. Cost. 25 luglio 1989 n. 427, che ha riaffermato un principio già espresso in C. Cost. 29 novembre 1982 n. 204. Sul punto, v. anche Cass. Sez. Un. 26 aprile 1994 n. 3965.

<sup>25</sup> Sul vizio di forma per difetto di motivazione, v. LAZZARI, *Il licenziamento viziato nella forma dopo la l. 28 giugno 2012 n. 92*, in questa rivista, 2014, p. 693 ss.

<sup>26</sup> Ancora diverso, sebbene anch’esso sanzionato con l’applicazione della tutela reintegratoria ex art. 18, co. 4, è il caso del licenziamento motivato con qualche riferimento nella relativa lettera, ma intimato in difetto di previa contestazione (e, dunque, dell’intero procedimento disciplinare). Recentemente, in un caso del genere, la giurisprudenza ha applicato il 4° comma

Evidente è poi la differenza che passa tra l'obbligo di cui all'art. 7 l. 604/1966, consistente nel dover tentare preventivamente la conciliazione presso la DTL in caso di licenziamento per motivi oggettivi, e quelli di cui all'art. 7 dello Statuto. Mentre il primo non prevede alcun "controllo", né del lavoratore, né dell'organo amministrativo, sull'effettività delle ragioni poste a base del licenziamento – ma richiede solo di analizzare possibili alternative, tanto al licenziamento, quanto a un eventuale successivo giudizio (conciliazione) –, le garanzie di cui al secondo sono precipuamente volte a obbligare il datore di lavoro a esplicitare gli addebiti mossi al lavoratore e a consentire a costui di difendersi: dunque, negando di aver commesso tali fatti (ed eventualmente anche adducendo elementi a riprova di ciò), ovvero confutandone l'illiceità o, ancora, l'imputabilità. Insomma, le garanzie di cui all'art. 7 St. lav. sono in grado di incidere sulle ragioni sostanziali del licenziamento, mentre la sede conciliativa di cui all'art. 7 l. 604/66 non ha tale potere, né tale fine. Di conseguenza, all'obbligo da ultimo richiamato può attribuirsi valenza esclusivamente procedimentale e non sostanziale.

All'opposto di quanto sin qui detto in ordine agli artt. 2 e 7 della l. 604/66, evidentissima natura sostanziale<sup>27</sup> va riconosciuta a tutti gli obblighi imposti dalla procedura *ex art. 7 St. lav.*: i quali concorrono a creare – o anche a delimitare – il perimetro fattuale su cui debbono poggiare le valutazioni sull'eventuale integrazione delle causali legittimanti l'adozione della sanzione espulsiva<sup>28</sup>.

In altre parole, è nell'ambito delle garanzie procedimentali di cui all'art. 7 St. lav. che si costruisce il licenziamento, ovvero il processo decisionale che porta alla scelta di irrogare tale sanzione. Da questo punto di vista, tale ultima norma assume un rilievo del tutto diverso, e molto più pregnante, di quello proprio delle altre disposizioni richiamate dal comma 6 dell'art. 18: sicché, è palesemente squilibrata l'equiparazione, sul piano sanzionatorio, che delle stesse viene fatta dalla l. 92/12.

dell'art. 18, facendo leva sul principio di cedevolezza del comma 6 in presenza di un "difetto di giustificazione del licenziamento" e ritenendo integrata l'"insussistenza del fatto contestato" nel caso di un fatto non (ritualmente) contestato: v. Cass. 4 dicembre 2016 n. 25745, in [www.ilgiuslavorista.it](http://www.ilgiuslavorista.it), con nota di DI PAOLA, *Licenziamento disciplinare: omessa contestazione dell'infrazione in violazione dell'art. 7 St. Lav. e tutela reintegratoria "attenuata"*.

<sup>27</sup> Concordandosi, dunque, con quanto affermato dalla Corte nella sentenza in commento, sia pure in relazione al (solo) obbligo di contestazione tempestiva.

<sup>28</sup> Il rinvio è, nuovamente, a C. Cost. nn. 204/82 e 427/89.

La pronuncia delle Sezioni Unite, sebbene, come visto, abbia optato per una soluzione della questione riguardante la non tempestività della contestazione disciplinare tutt’altro che esente da critiche, ha l’indubbio merito di aver posto in innegabile evidenza tale difetto “genetico” della l. 92/12. Pertanto, non rimane che interrogarsi, tanto più alla luce delle – da più parti annunciate – prospettive di (ennesima) riforma, sull’opportunità di espungere dal comma 6 il richiamo all’art. 7 St. lav.: in un certo senso, recependo e mettendo a sistema il lavoro interpretativo portato avanti dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

Operazione che, in un certo senso, risulta oggi ancor più ardua, considerato che l’appena analizzato meccanismo di snodo tra i vari regimi sanzionatori previsto dalla l. Fornero è stato mutuato, tal quale, dal d.lgs. 23/2015<sup>29</sup>: norma che, all’art. 4 – non a caso rubricato “Vizi formali e procedurali” – continua ad “appaiare”, sul piano sanzionatorio, il vizio (formale) di motivazione e quelli, definiti procedurali, di cui all’art. 7, l. 300/70<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Su questo, *ex plurimis*, v. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, 2015, p. 310 ss.; NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *ADL*, 2015, p. 507 ss.; PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *ADL*, 2015, p. 97 ss.

<sup>30</sup> Manca, invece, il richiamo alla procedura di cui all’art. 7, l. 604/66, sol perché il d.lgs. 23/15 l’ha esclusa in relazione agli assunti dopo il 4.3.2015 (art. 3, co. 3). Si ribadisce quanto detto alla nota n. 3 circa l’attuale formulazione del d.l. 87/18 (non ancora convertito dal Parlamento al momento di consegna del presente contributo all’Editore): non modificativa dell’art. 4 d.lgs. 23/15.

**Key words**

Licenziamento disciplinare, tardività contestazione, tutela indennitaria forte.

Disciplinary dismissal, late objection, strong indemnity protection.