

I dolori del giovane 18: note sul licenziamento disciplinare

Riccardo Del Punta

Sommario: 1. Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza della Cassazione. – 2. La forza espansiva dell’"insussistenza del fatto contestato". – 3. Che fare della tardività? – 4. Il licenziamento sproporzionato. – 5. Conclusioni.

1. Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza della Cassazione

Così giovane e così tormentato, l’art. 18 del 2012, e senza neppure la soddisfazione di potersela prendere con gli incerti del romanticismo, a dispetto di quello che potrebbe suggerire il titolo di questo articolo. Tormentata, del resto, ne era stata già la nascita, con un testo tirato da tutte le parti e perciò passato attraverso innumerevoli bozze, e che soltanto a fatica aveva trovato, si fa per dire, un proprio punto archimedeo.

La missione assegnata a questo prodotto normativo di emergenza era, tra l’altro, pressoché *impossibile*: superare la reintegrazione senza superarla, sì che venissero corretti alcuni eccessi del precedente regime e che il paese facesse i compiti richiesti dalla situazione internazionale (naturalmente adesso “dimenticata” dai più), ma senza che nessuna delle forze politiche che sostenevano il Governo in carica ne uscisse totalmente sconfessata.

Dopo di che, era prevedibile che, dal giorno dopo, l’art. 18 divenisse, almeno a livello dottrinale, un campo di battaglia, nel quale si sono confrontate concezioni differenti del diritto del lavoro, una delle quali col vento in poppa (come è stato comprovato dal rilancio operato dal d.lgs. n. 23/2015).

Di pretesti per diatribe interpretative, d’altronde, il nuovo art. 18 ne offriva in abbondanza, proprio a causa del parossismo compromissorio che si portava dietro. Era prevedibile, altresì, che le contese si indirizzassero soprattutto sulla materia del licenziamento disciplinare – cui sono dedicate queste note -, sia per la peculiare delicatezza della stessa, sia perché è lì che il legislatore del 2012 aveva profuso i maggiori sforzi per dettare al giudice i criteri di selezione della tutela.

Peraltro, al netto dell’irresistibile attrazione del giudiziario per la reintegrazione, a mio avviso la giurisprudenza della Cassazione ha offerto una lettura complessivamente equilibrata della norma, che cioè non marginalizza né l’una né l’altra tutela pur a dispetto del rilievo dominante dato (ma sulla base di argomenti controllabili e alla fine convincenti) all’ipotesi dell’“insussistenza del fatto contestato”.

E’ stato semmai nella giurisprudenza di merito, in specie di alcune aree del paese, che si è avvertita sovente una propensione a riassorbire, fosse anche soltanto per comodità di decisione, la biforcazione di tutele prevista dalla novella, e ad applicare quasi *de plano* la reintegrazione, sebbene attenuata nelle conseguenze patrimoniali. Ma riconosco che un giudizio del genere necessiterebbe di un maggiore supporto informativo.

2. La forza espansiva dell’"insussistenza del fatto contestato"

In fin dei conti, allorquando si sono concentrati sull’interrogativo se il fatto, la cui accertata insussistenza fa salva la tutela reintegratoria, ancorché attenuata, debba intendersi in senso restrittivamente “materiale” o più ampiamente “giuridico”, cioè comprensivo, oltre che dell’elemento oggettivo del fatto, dell’elemento soggettivo e di quello dell’antigiuridicità, la dottrina non ha avuto molta fantasia, giacché l’esperienza giurisprudenziale ha dimostrato che la realtà andava oltre questa semplice dicotomia.

Non c'è dubbio, peraltro, che l'analisi dovesse partire da lì. Al riguardo, non sto a ripetere quanto altrove osservato (da ultimo ne *Il "fatto materiale": una riflessione interpretativa*, Labor, n. 5-6/2016) circa la mia adesione alla tesi del fatto giuridico, pur con la sottolineatura che è fuor di luogo, in termini di analisi, contrapporre il fatto "giuridico" a quello "materiale", essendo il primo un concetto neutro che implica semplicemente che a un dato fatto, quale che sia, è ricollegata da una norma la produzione di effetti giuridici (fatta salva la valutazione sulla ragionevolezza costituzionale di tale imputazione).

L'assunto di questo indirizzo, insomma, è che il fatto rilevante, ai fini dell'art. 18, comma 4, non può che risultare da tutti gli elementi che sono stati contestati dal datore di lavoro ai fini disciplinari.

Personalmente, anzi, reputo che il riferimento al fatto "materiale" non abbia una vera capacità di tenuta neppure là dove tale espressione è stata effettivamente impiegata da un legislatore influenzato dal dibattito sviluppatosi dopo la riforma del 2012, cioè nell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015.

Non sorprende, quindi, che la giurisprudenza della Cassazione si sia posta su questa stessa strada. Ma così facendo essa vi ha apportato un *quid pluris* di riflessioni interpretativo-applicative che hanno contribuito a dare un'idea più chiara della fattispecie.

La prima implicazione dell'approccio del "fatto giuridico" è quella di ricomprendere nell'insussistenza di esso l'ipotesi del fatto sussistente, ma privo di connotati di illiceità, o persino di rilevanza giuridica.

Questo è stato in effetti confermato, con il crisma della definitività, da una delle sentenze caposcuola del recente orientamento, vale a dire Cass. n. 20540/2015 (per una recente ripresa, v. Cass. n. 29062/2017).

Interessanti, come casistica, sono anche Cass. n. 18418/2016, che ha confermato la sentenza che aveva reintegrato il lavoratore, cui era stato contestato di essere maleducato con il personale che formava, di aver rifiutato di ridiscutere il superminimo e di aver lamentato un demansionamento, reputando tali condotte prive dei caratteri dell'antigiuridicità e illiceità; e Trib. Milano 24 novembre 2015 (in *Notiz. giurispr. lav.*, 2016,159), la quale ha ribadito che l'irrelevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale, nel caso di un licenziamento intimato per avere il lavoratore indebitamente utilizzato la bacheca sindacale, affiggendovi un volantino inneggiante alla lotta per il progresso e contro il potere, senza che si producessero conseguenze sul lavoro, né tensioni in azienda.

Rientra nel capitolo della carenza dell'antigiuridicità, con l'unica differenza che essa discendeva indirettamente, nel caso, dalla carenza del potere di licenziare, in ragione del *ne bis in idem* e dell'avvenuta transazione della lite, anche il principio (affermato da Trib. Bari 6 dicembre 2016, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 295, con nota di V. Speciale) per cui è riconducibile all'insussistenza del fatto contestato l'ipotesi di un licenziamento disciplinare intimato in carenza di potere, per essere stata irrogata, in relazione al medesimo fatto (effettuazione di un trasloco personale con l'ausilio di dipendenti del datore di lavoro, punito prima con una sospensione e poi riqualificato a seguito della sopravvenuta condanna penale), una precedente sanzione conservativa, oltretutto accettata dal lavoratore in sede di conciliazione assistita.

E' espressione del medesimo concetto portante (fatto = tutti gli elementi contestati) il principio per cui, se è stato contestato al lavoratore di aver tenuto un comportamento "abituale", ma nel processo è emerso soltanto un comportamento "episodico", il fatto deve considerarsi insussistente (Cass. n. 23669/2014).

Nello stesso ordine di idee, si è affermato che qualora il codice disciplinare *ex* CCNL preveda che, per essere passibile di licenziamento, una condotta deve avere caratteristiche o implicazioni qualificate, ad es. deve avere arrecato un "grave nocumento" all'azienda o a terzi, ma tale connotato di gravità non sia risultato dal processo, non si ha una mera sproporzione del licenziamento bensì una radicale insussistenza del fatto (Cass. n. 20545/2015).

Questo indirizzo è importante perché rischia di comportare l'attrazione, da parte dell'ipotesi in esame, della figura del licenziamento sproporzionato, sebbene questa rientri di massima, stando alla stessa Cassazione, nel campo della tutela economica (v. *infra*, § 4).

E' il classico inceppo non calcolato, che può sbilanciare l'asse sanzionatorio a favore della reintegrazione, con l'involontaria collaborazione delle tante previsioni aperte che figurano nei codici disciplinari contrattuali. Ma è difficile contestare la correttezza del ragionamento.

E' invece scontato, per altro aspetto, che l'ipotesi in discorso include anche il caso del fatto non imputabile al lavoratore per carenza di consapevolezza e volontarietà (Cass. n. 10119/2016).

Infine, è stata equiparata all'insussistenza del fatto contestato l'ipotesi del licenziamento disciplinare intimato in difetto radicale della contestazione dell'infrazione, giacché determinante l'inesistenza dell'intero procedimento e non soltanto l'inosservanza delle norme che lo disciplinano (Cass. n. 25745/2016).

Non condivido, invece, che possa essere riportata al fatto insussistente la mera genericità della contestazione di addebito, in quanto essa, oltre a privare il lavoratore della possibilità di addurre prove a discarico, impedirebbe al giudicante di delimitare e accertare il fatto (Trib. Milano 15 aprile 2015, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 1037). Questa opinione disattende, a mio avviso, la volontà del legislatore, pur nella consapevolezza della possibile labilità del distinguo tra una contestazione generica e una mancante.

3. Che fare della tardività?

Con l'ordinanza interlocutoria n. 10159/2017, la Sezione Lavoro della Cassazione aveva rimesso alle Sezioni Unite la questione del rimedio sanzionatorio applicabile nel caso in cui il licenziamento disciplinare, e in particolare quello per giusta causa, sia stato invalidato perché il relativo addebito era stato contestato tardivamente rispetto alla cognizione dello stesso.

La vicenda riguardava un licenziamento per giusta causa intimato il 18 febbraio 2013 a un preposto di banca che, nel periodo febbraio-settembre 2010, aveva consentito o comunque favorito, coinvolgendo il personale di sportello, la negoziazione di assegni per un ingente importo in violazione della normativa bancaria, cioè permettendo ai clienti e non della filiale di incassare (per lo più in contanti) il retratto di numerosi titoli tratti su banche corrispondenti, spesso fuori piazza.

La Corte di Appello di Firenze aveva giudicato tardivo il licenziamento, e, con un apparente strappo interpretativo, ispirato dalla proposta – circolata in dottrina - di recupero del diritto comune nei buchi della riforma del 2012, aveva dichiarato il licenziamento nullo e disposto perciò la reintegrazione del lavoratore.

L'ordinanza sopra citata ha ritenuto, invece, che la sanzione andasse comunque cercata all'interno dell'art. 18, ma si è trovata di fronte due diverse posizioni: quella di Cass. n. 23669/2014, secondo cui la non immediatezza della contestazione integrerebbe un mero vizio procedurale, mentre la non immediatezza del recesso sarebbe un vizio sostanziale, passibile della tutela economica; e quella di Cass. n. 2513/2017, che sulla scia del risalente orientamento teso a configurare l'immediatezza del provvedimento espulsivo (e della contestazione a monte) come un elemento costitutivo del diritto di recesso per motivi disciplinari e in particolare per giusta causa, ha ritenuto il difetto di tale requisito equiparabile all'insussistenza del fatto, in quanto implicitamente rivelatore dell'irrelevanza disciplinare di quella condotta per la prosecuzione del rapporto di lavoro.

Le Sezioni Unite, con pronuncia n. 30985/2017, hanno risolto la questione in un senso – applicazione della tutela economica *ex art. 18, comma 5* - che condivido (in conformità a quanto sostenuto in *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli, a cura di, *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, F. Angeli, Milano, 2014, 13-58, qui 44-45), anche se lo hanno fatto con passaggi motivazionali non sempre efficaci.

Va detto, anzitutto, che l'approccio della pronuncia è di stampo strettamente esegetico. Lo scopo che essa si è proposta è esclusivamente quello di dove incasellare l'ipotesi della tardività del

recesso nell'impianto sanzionatorio dell'art. 18, col cui testo, di conseguenza, si è mantenuta in ravvicinato contatto.

Questo potrà suscitare gli appunti critici di chi, in particolare a proposito della razionalizzazione del principio di immediatezza o tempestività (v. *infra*), avrebbe preferito un maggiore approfondimento attorno al tema del potere datoriale e dei suoi limiti. Non abbraccerei una tale critica, giacché ritengo, di contro, che le Sezioni Unite siano state sagge a restare sul punto, senza perdere di vista il proprio specifico obiettivo interpretativo. Non era questa, insomma - anche perché vertente sull'interpretazione di una norma rimediale e non sostanziale -, la sede più adatta a prese di posizione di maggiore respiro.

Si possono isolare, nella motivazione, tre parti.

In primo luogo, le Sezioni Unite hanno negato che il vizio in discorso sia riconducibile alle ipotesi di nullità di cui al 1° comma dell'art. 18, cui corrisponde la tutela reale cd. piena. Una conclusione invero scontata, e anche sfasata rispetto alla Corte territoriale, che come si è detto aveva tentato l'azzardo della nullità di diritto comune, in ciò stoppata già dall'ordinanza n. 10159/2017, che aveva riportato la barra sull'art. 18.

In secondo luogo - e più in tema -, le Sezioni Unite hanno escluso, dissentendo questa volta da Cass. n. 2513/2017, che la non immediatezza o tardività della contestazione o del licenziamento sia equiparabile all'insussistenza del fatto.

Anche questa posizione appare difficilmente contestabile: una cosa è che il fatto, comunque definito, non sussista; un'altra è che sussista ma sia stato fatto valere tardivamente dal datore di lavoro.

Veniamo infine al vero nodo della questione: assodato che non si tratta di insussistenza del fatto, la tutela economica di riferimento è quella valevole per gli altri casi in cui il licenziamento è ingiustificato, *ex* comma 5 (12-24 mensilità), o quella per vizi formali o procedurali, *ex* comma 6 (6-12 mensilità)? Fermo che non parlerei, come è entrato invece nell'uso, di tutela forte o debole, dal momento che le due tutele, pur entrambe economiche o più esattamente indennitarie, si applicano a vizi qualitativamente diversi.

Da questo momento, al di là della correttezza della conclusione cui è pervenuta, la motivazione della pronuncia ha perduto smalto.

Le Sezioni Unite si sono trovate di fronte, a onor del vero, a un compito non semplice, cui nel vigore del precedente testo normativo, ove tutti i vizi portavano alla medesima sanzione, non era necessario assolvere: quello di precisare la natura giuridica (procedurale o sostanziale) di un vizio, la tardività del licenziamento disciplinare, creato dalla giurisprudenza stessa.

Da cui il dilungarsi della pronuncia sulla ragion d'essere di questo costrutto giurisprudenziale in relazione agli interessi in gioco, che sono poi quello del lavoratore esposto al licenziamento, pur in bilanciamento con quello contrapposto del datore di lavoro.

Nell'accostarmi all'*iter* logico-giuridico seguito dalla pronuncia, suggerisco, anzitutto, di considerare sinonimi (e mi pare che così li intendano anche le Sezioni Unite) i termini "immediatezza" e "tempestività", il cui rovescio è la "tardività". I distinguo che si potrebbero fare al riguardo sembrano eccessivamente sottili, e poco utili.

Si sta qui parlando, è bene ancora premettere, non di termini temporali precisi dettati da qualche fonte per lo svolgimento di una procedura, bensì di quel periodo temporale non meglio determinato, ma comunque di rilevante durata, e ancorché da intendersi in senso relativo, cioè commisurato alla complessità degli accertamenti preliminari da effettuare sul fatto (giurisprudenza consolidata: v., ad es., Cass. n. 2935/2013), trascorso il quale la giurisprudenza è abituata a considerare tardiva una contestazione o eventualmente (qualora la procedura venga espletata ma il provvedimento finale tardi a essere adottato) anche un licenziamento disciplinare.

Ciò premesso, l'esordio del ragionamento è di quelli problematici, là dove si afferma che "*l'obbligo della contestazione tempestiva dell'addebito rientra nel procedimento disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970*", anche se 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 ancora: "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...".

A prima vista potrebbe sembrare che, in questo passaggio, la Corte si sia complicata inutilmente la vita. A mio parere, infatti, l'art. 7 resta fondamentalmente la fonte di una normativa procedurale, per cui l'asserita derivazione dall'art. 7 del principio dell'immediatezza della contestazione può giustificarsi, al massimo, nel senso molto ampio che il bene protetto dall'art. 7 è il diritto di difesa del lavoratore, per cui la tempestività della contestazione è necessaria affinché egli possa difendersi con efficacia.

Ma, anche in tale prospettiva, la derivazione non è tanto dalla norma procedimentale in questione, quanto dal principio costituzionale del diritto alla difesa (anche al di fuori del processo), e forse anche da altri come il pure menzionato principio di buon fede.

Occorre tener presente, tuttavia, che le Sezioni Unite avevano come necessario riferimento la giurisprudenza della Sezione Lavoro, nella quale l'assunto per cui l'art. 7 esprime per implicito anche un principio di immediatezza della contestazione è apparso sin da tempi remoti (v., ad es., Cass. n. 3845/1987).

Ne segue che, avendo da sciogliere il nodo della natura procedurale o no del vizio, le Sezioni Unite non potevano prescindere da questo indirizzo, consapevoli com'erano che, sinché la norma di riferimento restava quella di cui all'art. 7, il regime sanzionatorio corrispondente sarebbe stato quello previsto dall'art. 18, comma 6, che invece la pronuncia intendeva scongiurare.

La storia giurisprudenziale del principio di immediatezza va ben oltre, comunque, la connessione con la norma statutaria, come le Sezioni Unite hanno ricostruito, per quanto senza quel riordino argomentativo che le circostanze avrebbero potuto suggerire.

Si legge, nella pronuncia, che *"il fondamento logico-giuridico della regola generale della tempestività della contestazione disciplinare non soddisfa solo l'esigenza di assicurare al lavoratore incolpato l'agevole esercizio del diritto di difesa, quando questo possa essere compromesso da un lasso di tempo eccessivo rispetto all'epoca di accertamento del fatto oggetto di addebito, ma appaga anche l'esigenza di impedire che l'indugio del datore di lavoro possa avere effetti intimidatori, nonché quella di tutelare l'affidamento che il dipendente deve poter fare sulla rinuncia dello stesso datore di lavoro a sanzionare una mancanza disciplinare allorquando questi manifesti, attraverso la propria inerzia protratta nel tempo, un comportamento in tal senso concludente"*.

Si tratta, come si vede, di tre distinti argomenti, che indicheremo come l'argomento del diritto di difesa (v. *supra*), l'argomento della spada di Damocle (cioè l'esigenza di non tenere il lavoratore troppo a lungo il lavoratore sotto la minaccia del licenziamento), e l'argomento della rinuncia implicita, dato il trascorrere di troppo tempo, all'irrogazione del recesso.

Serviva però, nel contempo, un canone trasversale che li tenesse assieme tutti, e le Sezioni Unite lo hanno trovato, o hanno creduto di trovarlo, nei principi della buona fede e della correttezza contrattuali, da ritenere violati là dove il datore di lavoro abbia *"ritardato oltremodo e senza un'apprezzabile giustificazione la contestazione disciplinare"*.

In tale caso *"il problema non è più quello della violazione dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, quanto piuttosto l'altro della interpretazione secondo buona fede della volontà delle parti nell'attuazione del rapporto di lavoro. Invero, posto che l'obbligazione dedotta in contratto ha lo scopo di soddisfare l'interesse del creditore della prestazione, l'inerzia del datore di lavoro di fronte alla condotta considerata quale dichiarazione implicita, per facta concludentia, dell'insussistenza in concreto di alcuna lesione del suo interesse"*.

Peraltro, ai loro stessi fini, a mio avviso le Sezioni Unite avrebbero dovuto risalire ancora oltre nella genesi del principio di immediatezza, che è nato nella giurisprudenza come requisito intrinseco della fattispecie della giusta causa. Vale a dire sulla base del ragionamento (che ho sempre trovato convincente, e non tanto per una meccanica attribuzione di effetti negoziali al passare del tempo, quanto per un'analisi della fattispecie in discussione) che, essendo la giusta causa caratterizzata dall'impossibilità della prosecuzione anche provvisoria del rapporto, da cui discendeva l'immediatezza dell'effetto risolutivo, era logicamente incompatibile con questa forma di recesso il trascorrere di un lungo lasso di tempo tra la cognizione dei fatti e l'irrogazione dell'atto, pur concedendo tutto il concedibile ad un'accezione dell'immediatezza in senso relativo

Si prendano due massime qualsiasi degli anni '80 del secolo scorso:

- Cass., 8 giugno 1981, n. 3697: *“È illegittimo il licenziamento in tronco intimato dopo un lungo lasso di tempo dall'accertamento dei fatti in quanto il licenziamento in tronco si caratterizza, distinguendosi da quello per giustificato motivo, proprio e soltanto in virtù della immediatezza del suo effetto risolutivo; esso è infatti previsto «qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto» e perciò occorre che il datore di lavoro lo intimi appena avuto notizia della predetta causa”*;

- Cass., 6 luglio 1983, n. 4536: *“Il licenziamento in tronco si caratterizza, distinguendosi da quello per giustificato motivo, in virtù dell'immediatezza del suo effetto risolutivo e, pertanto, occorre che il datore di lavoro lo intimi appena abbia avuto notizia della predetta causa o abbia espletato le necessarie indagini, essendo incompatibile con questa forma di recesso il trascorrere di un notevole lasso di tempo, senza plausibile ragione, fra l'accertamento dei fatti e la manifestazione della volontà di recedere”*.

Come si noterà, all'epoca il requisito dell'immediatezza era ritenuto un connotato caratterizzante del licenziamento per giusta causa, e dunque un tratto che differenziava questo dal licenziamento per giustificato motivo soggettivo, e così è stato per lungo tempo.

Soltanto in una seconda fase la giurisprudenza ha esteso tale requisito anche al licenziamento per giustificato motivo soggettivo, il che l'ha costretta a cercare, per esso, una giustificazione più ampia, che in effetti si è variamente indirizzata verso gli argomenti (effettività della difesa del lavoratore e interesse di questi a non essere lasciato nell'incertezza circa il futuro del rapporto) ripresi anche dalle Sezioni Unite nella pronuncia in discorso.

Ed è appunto in questa giurisprudenza, con particolare riguardo all'argomento del diritto di difesa, che è riapparsa la connessione, ora divenuta malandrina nell'ottica dell'art. 18, con l'art. 7.

Si veda, ad es., Cass., 9 novembre 2000, n. 14551: *“La differenza tra licenziamento per giusta causa e licenziamento per giustificato motivo soggettivo non attiene - sulla base di una corretta interpretazione della normativa applicabile in materia - alla diversa consistenza temporale del requisito della immediatezza: requisito che deve connotare in misura analoga le cennate due ipotesi di licenziamento disciplinare - come, d'altronde, tutte le sanzioni disciplinari con riferimento al principio ex art. 7 Stat. lav. a mente del quale la contestazione disciplinare deve avvenire in immediata connessione temporale con il fatto addebitato sì da evitare che il datore di lavoro possa ritardare detta contestazione in modo da rendere difficile la difesa da parte del dipendente (Cass. n. 3845/1987) ovvero da utilizzare l'eventuale reiterazione dell'infrazione come elemento di maggiore gravità da porre a fondamento di una più grave sanzione disciplinare (Cass. n. 5309/1987, Cass. n. 6691/1982) -, in quanto l'elemento temporale connesso alla "immediatezza" riguarda propriamente gli effetti conseguenti all'irrogazione della sanzione espulsiva”*.

Quasi identiche le espressioni usate, quindici anni dopo, da Cass., 11 agosto 2015, n. 16683: *“La differenza tra licenziamento per giusta causa e licenziamento per giustificato motivo soggettivo non attiene - sulla base di una corretta interpretazione della normativa applicabile in materia - alla diversa consistenza temporale del requisito dell'immediatezza (così Cass. n. 14551 del 2000). Le già richiamate ragioni che impongono l'immediatezza della contestazione disciplinare, correlate alla necessità di garantire il diritto di difesa del lavoratore ed a non*

perpetuare l'incertezza sulla sorte del rapporto, sono presenti infatti in entrambe le richiamate ipotesi di licenziamento disciplinare”.

Va aggiunto, però, che la derivazione originaria del principio dall'art. 2119, c.c., non si è mai perduta, e questo è accaduto, mi pare, sotto la forma dell'argomento della rinuncia datoriale implicita, per il tempo trascorso, a far valere la giusta causa.

In varie occasioni, del resto, tale derivazione ha continuato ad essere esplicitata, al pari di quel che accadeva nelle pronunce degli anni '80. Si veda, ad es., Cass., 5 marzo 2003, n. 3245: *“La tempestività del licenziamento, intesa come immediatezza della reazione datoriale al «fatto» del lavoratore, può ritenersi elemento costitutivo nella ipotesi di recesso per giusta causa (o giustificato motivo soggettivo), derivando dalla formulazione dell'art. 2119 c.c., e, in particolare, dal rilievo che in tale disposizione assume l'impossibilità, anche provvisoria, di prosecuzione del rapporto...”.*

Infatti, come si è già visto, nelle Sezioni Unite in commento sono ritornati tutti e tre gli argomenti, il che suggerisce una valutazione conclusiva.

Il tortuoso incedere della seconda parte della motivazione della pronuncia trova una scusante almeno parziale nell'obiettivo oscillazione del principio di immediatezza tra giustificazioni sostanziali e procedurali, la cui genesi si è qui ricostruita pur per sommi capi.

Tuttavia, alla fine dei giochi, ritengo che la qualificazione del requisito in questione come costitutivo del diritto o potere di licenziamento per giusta causa - da cui discende che un licenziamento tardivo è niente di più e di meno di un licenziamento che difetta di giusta causa - continui a essere quella più “pesante” ai fini dell'attribuzione al principio di una natura (almeno prevalentemente) sostanziale piuttosto che di una (almeno prevalentemente) procedurale.

E ritengo che tale natura non muti neppure nel (pur meno semplice) caso del licenziamento per giustificato motivo soggettivo, per quanto rivelato anche dalla connessione, valorizzata dalle Sezioni Unite, col principio, appunto sostanziale, di buona fede.

Così come di natura sostanziale sarebbero altri principi, come ad es. il principio di proporzionalità, dei quali il principio di tardività dovesse essere ritenuto, a livello dottrinale, una specificazione.

A quel punto la conseguenza che ne deriva è semplice, giacché il vizio integrato dalla violazione del requisito in discorso ricade nelle *“altre ipotesi”* nelle quali è accertata l'inesistenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, di cui all'art. 18, comma 5, cui corrisponde la tutela economica tra 12 e 24 mensilità, come da principio di diritto delle Sezioni Unite (nel quale sembra esservi, peraltro, un errore materiale, dove la dichiarazione giudiziale di risoluzione è riferita al licenziamento disciplinare, piuttosto che al rapporto di lavoro estinto da un licenziamento disciplinare).

Resta un ultimo nodo, legato a un passaggio finale della pronuncia: *“Diversamente, qualora norme di 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 natura procedimentale, nell'alveo di applicazione del sesto comma del citato art. 18 che, nella sua nuova formulazione, è collegato alla violazione delle procedure di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970 e dell'articolo 7 della legge n. 604 del 1966”.*

Questo brano sta suscitando particolari perplessità tra i primi lettori della sentenza, ma anche qui mi sento in controtendenza. Come è noto, numerose norme collettive arricchiscono la normativa procedurale di cui all'art. 7, prevedendo termini per l'effettuazione della contestazione una volta accertati i fatti (e qui c'è il problema, che mi esimo dall'affrontare, dell'interazione con un eventuale procedimento penale) o per l'irrogazione dell'eventuale sanzione una volta ricevute le giustificazioni, scritte ed eventualmente anche orali, del lavoratore.

Ebbene, questi sono tipici termini procedimentali, tant'è che sono molto più brevi rispetto ai tempi medio-lunghi che vengono in gioco *sub specie* di immediatezza, per cui è corretto che la violazione degli stessi sia assoggettata alla tutela economica di cui all'art. 18, comma 6.

Ne discende che, in un'ipotetica situazione in cui vi fosse sia un problema di immediatezza che uno di inosservanza di un termine procedimentale, il ricorso del lavoratore in impugnativa di un licenziamento disciplinare potrebbe rivendicare, in via gradata:

a) la tutela ripristinatoria/reintegratoria per insussistenza del fatto, intesa nel senso ampio che si è visto *retro*, § 2;

b) la tutela economica tra 12 e 24 mensilità per violazione del principio di immediatezza o tempestività;

c) la tutela economica tra 6 e 12 mensilità per violazione di un termine procedimentale.

Non va dimenticato, al riguardo, che l'art. 18, comma 6, ultimo periodo, consente al lavoratore di domandare al giudice, di fronte al quale sia stato lamentato un vizio formale o procedurale del recesso (ipotesi *sub c*), di accertare *“che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento”*, come da ipotesi *sub a-b*.

Trattasi, invero, di un classico esempio di norma ridondante, essendo ovvio che, se anche il chiarimento in oggetto non fosse stato dato, il lavoratore avrebbe potuto dolersi egualmente del difetto di giustificazione del recesso rivendicando la corrispondente tutela.

4. Il licenziamento sproporzionato

Il maggiore terreno di applicazione della tutela economica *ex art.* 18, comma 5, è comunque quello del licenziamento genericamente sproporzionato, per quanto la Cassazione ha avuto modo di chiarire in alcune pronunce (ad es., Cass. n. 23669/2014; Cass. n. 10119/2016; Cass. n. 13178/2017).

Si è già visto, tuttavia, come anche in quest'area la tutela ripristinatoria-reintegratoria faccia pressione su quella economica, nella misura in cui il licenziamento giudicato sproporzionato per non avere, il fatto contestato, quei requisiti di gravità postulati da una norma collettiva che preveda, anche tramite formule aperte, i fatti passibili di licenziamento, subisce un *upgrading* a licenziamento per insussistenza del fatto contestato.

Esaminiamo ora il caso inverso, che è contemplato dal comma 4 attraverso la previsione, come seconda ipotesi di applicazione della tutela ripristinatoria-reintegratoria, del caso in cui il fatto rientri *“tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”*.

Ad esempio, nel caso di Cass. n. 13178/2017 (relativo a una serie di contestazioni di consapevole contrasto alle direttive aziendali, mosse a un dirigente medico di una Fondazione ospedaliera), il giudice di merito aveva anche escluso che i comportamenti in questione integrassero una mera inosservanza delle direttive, per la quale era prescritta una sanzione conservativa. Da cui l'affermazione per cui *“La valutazione di non proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato ed accertato rientra poi nell'articolo 18, comma 4, solo nell'ipotesi in cui lo scollamento tra la gravità della condotta realizzata e la sanzione adottata risulti dalle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, che ad essa facciano corrispondere una sanzione conservativa. Al di fuori di tale caso, la sproporzione tra la condotta e la sanzione espulsiva rientra nelle "altre ipotesi" in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, per le quali l'articolo 18, comma 5, prevede la tutela indennitaria c.d. forte”*.

Anche qui, però, c'è il granello di sabbia che può inceppare il motore. E' chiaro, infatti, che la possibilità di riportare un certo fatto, per via di interpretazione, a qualcuna delle formule previste dai CCNL per identificare le condotte passibili di sanzioni conservative c'è sempre, o quasi. Ad esempio, se un CCNL prevede che una *“negligenza grave”*, magari così qualificata perché produttiva di danni all'azienda o a terzi, sia punibile col licenziamento, e una *“negligenza semplice”* con la multa o una sospensione, vi sarà sempre la possibilità di qualificare una condotta in termini

di negligenza semplice, di conseguenza applicando, per tale via, la tutela ripristinatoria-reintegratoria.

Così ragionando, però, tutti i licenziamenti sproporzionati rientrerebbero, passando dalla finestra, nell'area di questa tutela, per cui l'affermazione generale della Cassazione, sopra riportata, ne uscirebbe svuotata.

E' quel che accade, in effetti, in molta giurisprudenza di merito, che oltretutto è poco controllabile dalla Corte, nella misura in cui questa non può ingerirsi nelle interpretazioni dei contratti collettivi fatte nei pregressi gradi di giudizio.

A mio avviso, invece, la previsione dell'art. 18, comma 4, dovrebbe richiedere, per potersi applicare, che il fatto contestato risulti tra le "condotte" punibili con una sanzione conservativa. Dovrebbe richiedere, insomma, che quella in questione sia stata tipizzata dal codice disciplinare come una "condotta", e dunque con una significativa precisazione dei suoi elementi costitutivi.

Ciò in quanto soltanto in un caso del genere – nel quale la non punibilità di un dato fatto con il licenziamento era conoscibile in anticipo dal datore di lavoro - è possibile ritenere che quel licenziamento sia stato "sbagliato", per cui il datore che lo ha irrogato in dispregio del CCNL, "merita", per così dire, di essere sanzionato con la reintegrazione. Ad esempio, se un CCNL prevede la sospensione per il lavoratore che danneggia colposamente gli strumenti aziendali, il fatto si può considerare sufficientemente individuato, per cui il datore di lavoro avrebbe dovuto essere consapevole in anticipo che non poteva sanzionarlo col licenziamento.

Lo stesso non si può plausibilmente predicare, invece, di un fatto qualsiasi riconducibile, ma soltanto con un più discrezionale esercizio interpretativo, a una formula generale, come quella della negligenza semplice.

Ciò detto, è evidente che il discrimine tra le due ipotesi, che è poi lo stesso su cui si gioca la problematica ragionevolezza della diversità di trattamento istituita dalla norma, è molto sottile. Ragion di più per gestirlo con misura.

5. Conclusioni

Dall'insieme della ricostruzione fatta emerge una significativa capacità di adattamento della tutela ripristinatoria-reintegratoria, sebbene la vicenda della sanzione della tardività del recesso abbia ridato linfa alla tutela economica.

Resta da vedere come la giurisprudenza di merito reagirà alle indicazioni della Suprema Corte, in particolare per quel che concerne il licenziamento tardivo e quello sproporzionato.

E' facilmente prevedibile, peraltro, che la disciplina del licenziamento continuerà a essere al centro di accesi confronti. La prossima tappa sarà probabilmente l'attesa sentenza della Corte costituzionale sul "contratto a tutele crescenti": anche da lì verranno importanti indicazioni per un sistema che non ha ancora trovato un condiviso assestamento.