

PARTE II
GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE RAVENNA, 12.1.2022 – Est. Bernardi – R.A. (avv. Criscuolo) c. T. Srl (avv. Mazzini).

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Contestazione – Correttezza e buona fede – Tardività – Tutela reintegratoria debole ex art. 18, c. 4, St. lav. – Sussistenza.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Tardività della contestazione disciplinare – Rilievo sostanziale – Insussistenza giuridica sopravvenuta del fatto.

Se un fatto non è stato tempestivamente represso, non avendo avuto il datore di lavoro alcun interesse a sanzionarlo in tempo utile, il licenziamento tardivo è evidentemente avvenuto non per quel fatto, sul quale si è appunto soprasseduto; dunque il fatto non può sussistere (giuridicamente) come fondamento di quel determinato tardivo licenziamento (essendo irrilevante stabilire se, col senno di poi, tale fatto, laddove tempestivamente contestato, sarebbe stato sussistente o meno). Il fenomeno potrebbe definirsi di insussistenza giuridica sopravvenuta del fatto. (1)

Un fatto «perdonato» (diventato quindi disciplinarmente irrilevante) non può ritornare a essere un fatto disciplinarmente rilevante e giustificare un licenziamento tardivo, solo perché il fatto in questione sussisteva prima che il datore di lavoro esercitasse la libera (ma vincolante) scelta di non reprimerlo. Pertanto, un fatto sul quale il datore ha inequivocabilmente (ossia mediante applicazione dei consolidati parametri giurisprudenziali al riguardo) soprasseduto al momento della commissione dello stesso, e nell'arco di tempo necessario per la sua emersione e valutazione, non può che essere considerato «giuridicamente» insussistente laddove posto a fondamento di un licenziamento tardivo, con conseguente applicazione del comma 4 dell'art. 18 St. lav. (2)

(1-2) LA «RIBELLIONE» DEI GIUDICI DI MERITO ALLA DECISIONE DELLE S.U.
IN TEMA DI TEMPESTIVITÀ DEL LICENZIAMENTO

SOMMARIO: 1. Il diritto vivente e la vincolatività delle pronunce delle Sezioni Unite. — 2. Il difetto di tempestività: la prima decisione della Cassazione. — 3. L'ordinanza del Tribunale di Ravenna: una soluzione rimediale diversa da quella indicata da Cass. n. 30985/2017, S.U. — 4. Le premesse delle Sezioni Unite ritenute incongrue rispetto alla soluzione adottata. — 5. Sussistenza del fatto e sua antigiusuridicità. — 6. Tempestività come elemento costitutivo del potere di recesso e natura sostanziale del vizio di tardività. — 7. La rilevanza del tempo nell'esercizio del potere disciplinare. — 8. L'esercizio di un potere unilaterale in un rapporto contrattuale sbilanciato. — 9. L'esercizio arbitrario del potere datoriale: la storia parallela di due bancari. — 10. Conclusioni.

1. — *Il diritto vivente e la vincolatività delle pronunce delle Sezioni Unite* — Il Tribunale di Ravenna, con l'ordinanza in commento, ha ritenuto applicabile a un licenziamento tardivo l'art. 18, c. 4, l. n. 300/1970 (tutela reale), anziché il c. 5 (tutela indennitaria), ponendosi in consapevole contrasto con «le conclusioni (ma non con buona parte delle motivazioni)» della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione 27.12.2017, n. 30985.

Il provvedimento del Tribunale di Ravenna stimola alcune riflessioni in ordine alla *vexata quaestio* relativa alla fattispecie della intempestività della contestazione disciplinare, mostrando come sia da ritenere tutt'altro che risolutivo l'approdo delle Sezioni Unite.

Prima di affrontare il merito della vicenda, si rende necessario comprendere quanto, in un ordinamento di *civil law*, sia limitativo per il giudice di merito – a differenza che per i giudici di legittimità, vincolati dall'art. 374, c. 3, c.p.c. (1) – un precedente con quel livello di autorevolezza.

In generale, si parla di «diritto vivente» quando ci si trova di fronte a un consolidato orientamento della Cassazione, frutto a sua volta di uno sforzo interpretativo congiunto che vede impegnati in primo luogo i giudici di merito che contribuiscono alla formazione del significato della disposizione.

Il diritto vivente è stato ritenuto sussistente – ai fini del giudizio di costituzionalità – qualora siano «numerose e distribuite nell'arco di un lungo periodo le pronunce della Corte di Cassazione» che hanno accolto una data interpretazione (C. cost. 17.3.1998, n. 64; C. cost. 14.11.2008, n. 373), ovvero «sussistano una serie di decisioni [...] tutte dello stesso segno» (C. cost. 29.5.2013, n. 107), valorizzando peculiarmente «il numero elevato, la sostanziale identità di contenuto [delle medesime] e la funzione nomofilattica dell'organo decidente» (C. cost. 14.3.2008, n. 64). La giurisprudenza di legittimità deve essersi evoluta secondo «una tendenza ormai uniforme da molti anni» (C. cost. 25.7.1984, n. 225), deve avere «caratteri di costanza e ripetizione» (*ex plurimis*: C. cost. n. 146 e n. 64 del 2008, n. 321 del 2007 e n. 376 del 2004) così da dare vita a «una interpretazione assolutamente dominante e consolidata» (C. cost. 8.2.2006, n. 41) (2).

Non sembrano emergere incertezze nel ritenere l'esistenza di un «diritto vivente» in presenza di pronunce delle Sezioni Unite che risolvono orientamenti non univoci. È stato giudicato sufficiente anche un solo arresto delle Sezioni Unite (C. cost. 8.6.1992, n. 260, con riferimento a Cass. 23.3.1992, n. 3394, S.U.) ma pur sempre quando «hanno ritenuto, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica [...] di superare [...] un contrasto» (C. cost. 22.12.2011, n. 338), in particolare se, dopo la pronuncia delle S.U., l'interpretazione è stata confermata dalla Cassazione anche in decisioni successive (C. cost. 14.5.2008, n. 130).

(1) Una Sezione semplice della Cassazione è tenuta a uniformarsi alla decisione delle Sezioni Unite salvo che esistano motivazioni per un nuovo invio alle stesse Sezioni Unite, come prescritto dall'art. 374, terzo comma, c.p.c.: «Se la Sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

(2) Salvato 2015

Perché si possa parlare di diritto vivente dovremmo quindi essere di fronte a un «orientamento *granitico* della Corte di Cassazione, una forza tanto maggiore quando il formarsi del significato della norma è frutto di uno sforzo condiviso di interpretazione. Il precedente diventa così “autorevole” e dunque capace di condizionare le decisioni dei giudici inferiori» (3).

(Solo) in questo senso, quindi, il diritto vivente può essere inteso «limite» al potere interpretativo del giudice in favore della «certezza del diritto», intesa come prevedibilità della decisione giudiziaria.

Ma è un limite dalla portata comunque limitata: l'uniformità della giurisprudenza può fondarsi solo sul valore «persuasivo» (4) di precedenti che sono – occorre ricordarlo – di per sé «non vincolanti», essendo i giudici soggetti – *ex art. 101, c. 2, Cost.* – solo alla legge.

2. — *Il difetto di tempestività: la prima decisione della Cassazione* — Come si è detto, le Sezioni Unite sono intervenute per dirimere un contrasto interpretativo in ordine alle conseguenze sanzionatorie del licenziamento tardivo. Risulta pertanto utile – anche per le ragioni che svilupperemo – risalire all'origine del contenzioso giudiziario sul tema, e quindi alla sentenza 6.11.2014, n. 23669, con la quale la Corte di Cassazione, dopo meno di due anni e mezzo dalla pubblicazione della l. n. 92/2012 (5), ha inteso fissare due principi [da notare che i principi stessi, entrambi «sfavorevoli» al lavoratore, sono contenuti in un *obiter dictum* (6) e non erano quindi funzionali alla decisione del caso concreto, risoltosi con la conferma della sentenza della Corte d'Appello di Venezia che aveva disposto la reintegrazione del lavoratore licenziato].

Il primo di essi è relativo alla natura del «fatto» nel licenziamento disciplinare che, se accertato, non consentirebbe la reintegra ai sensi dell'art. 18, comma 4, l. n. 300/1970, come riformato dalla stessa legge Fornero. A tal proposito la decisione per ben quattro volte utilizza l'aggettivo «materiale», che verrà poi ripreso dal legislatore del *Jobs Act* (art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/15) nel tentativo di delimitare ulteriormente la possibilità della reintegrazione (7). Il secondo principio riguarda il principio di immediatezza della contestazione che viene ricondotto, appunto, a violazione di una mera

(3) Galluccio 2016.

(4) Cfr. Campanelli 2015, 192 ss.

(5) Tempi veramente brevi per tre gradi di giudizio, a conferma della funzionalità della legge stessa, quantomeno per quello che riguarda i tempi processuali. Si auspica che la prevista abolizione del rito da parte della legge delega sulla riforma del processo civile non li pregiudichi, stante la prevista permanenza di una corsia preferenziale per le cause aventi a oggetto domanda di reintegra.

(6) Come scrive Martelloni (2015): «Il rischio si affaccia anche sulla vicenda per cui è causa, specie quando, sempre con *obiter dictum*, la Corte tratteggia l'ambito d'applicazione della tutela indennitaria debole (per vizio *ex art. 18, c. 6*), includendovi la tardività della contestazione, generica e tardiva [...] Tanto meglio sarebbe stato riconoscere che il principio d'immediatezza della contestazione trascende l'art. 7 St. lav., né rileva al solo fine di consentire un'adeguata difesa, incidendo sul disvalore del comportamento contestato e sullo stesso interesse all'esercizio del potere disciplinare».

(7) Ma vd. Cass. 8.5. 2019, n. 12174, in *LG*, 2019, n. 12, 1096 ss., citata anche nell'ordinanza in commento.

«regola processuale», sanzionabile con un indennizzo da 6 a 12 mensilità ai sensi del comma 6 dell'art. 18. Vedremo, nella parte finale di questa nota (par. 9), le conseguenze paradossali che avrebbero potuto scaturire proprio da tale decisione; conseguenze, invero, non dissimili qualora l'opzione sanzionatoria sia sempre dell'indennizzo, seppure nella forma «più generosa» (da 12 a 24 mensilità, come previsto dal c. 5 dello stesso articolo) individuata dalle Sezioni Unite.

3. — *L'ordinanza del Tribunale di Ravenna: una soluzione rimediale diversa da quella indicata da Cass. n. 30985/2017, S.U.* — Il caso concreto preso in esame dall'ordinanza del Tribunale di Ravenna parte da una fattispecie di infrazioni disciplinari con caratteristiche diverse da quelle esaminate dalle Sezioni Unite, relative – queste ultime – ad addebiti la cui esistenza e gravità non risulterebbero contestate; ma essendo altrettanto pacifica l'inerzia datoriale, per circa due anni, nell'esercizio del potere disciplinare.

Il giudice monocratico riporta, da p. 2 a p. 10, tutta la contestazione disciplinare, etichettando alcuni degli addebiti «in parte come direttamente privi di rilievo disciplinare, in parte come del tutto generici e in parte allo stato indimostrati».

Rispetto a questi, quindi, ha avuto buon gioco per accogliere «nel merito» la domanda.

Ma l'ordinanza ne individua anche altri caratterizzati dall'essere, rispetto alla data di contestazione, documentalmente risalenti all'anno precedente (o, addirittura, a due anni prima) «in ordine ai quali la società non ha mai esercitato alcun potere disciplinare in tempi ragionevoli e prossimi agli stessi, pur avendo la totale e completa disponibilità della relativa documentazione, peraltro fornita in buona parte dallo stesso lavoratore»: definisce questi ultimi «tardivamente contestati e sanzionati (e, dunque, privi di antiggiuridicità)», rivendicando una soluzione rimediale diversa da quella individuata dalle Sezioni Unite.

Va subito evidenziato che queste ultime, con la sentenza n. 30985/2017, hanno ritenuto di non dover riportare l'ipotesi della tardività della contestazione di addebito «all'area dei vizi procedurali» contemplati dal comma 6 dell'art. 18, in nome degli interessi protetti dalla regola dell'immediatezza. Interessi che trovano fondamento, per usare le parole della stessa Corte, in «esigenze più importanti del semplice rispetto delle regole, pur esse essenziali, di natura procedimentale, vale a dire nella necessità di garantire al lavoratore una difesa effettiva e di sottrarlo al rischio di un arbitrario differimento dell'inizio del procedimento disciplinare».

Nello stesso tempo, però, i giudici di legittimità hanno scartato la possibilità di reintegra, non ritenendo di poter ricondurre il caso concreto – come evidenzia il giudice di merito – alla fattispecie della «insussistenza del fatto contestato ovvero alla sua ascrivibilità alle condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili» in ragione della circostanza che «nella fattispecie in esame il fatto posto a base dell'addebito era stato accertato prima che lo stesso venisse contestato».

4. — *Le premesse delle Sezioni Unite ritenute incongrue rispetto alla soluzione adottata* — Vi sono alcuni passaggi della sentenza delle S.U. del 2017 che, per il giudice ravennate,

avrebbero dovuto indurre le stesse ad approdare a conclusioni diverse, in particolare laddove, in sintesi:

– Si riconosce che «l'inerzia del datore di lavoro di fronte alla condotta astrattamente inadempiente del lavoratore può essere considerata quale *dichiarazione implicita* [tutti i corsivi in lingua italiana delle citazioni anche successive sono mie, per enfatizzare la portata delle parole usate], per *facta concludentia*, dell'*insussistenza in concreto di alcuna lesione* del suo interesse»: un silenzio, quindi, pregno di significato, esplicativo di un'ammissione di mancato interesse ad agire.

– Si valorizza il principio dell'«immediatezza della contestazione» come idoneo «ad assicurare al lavoratore incolpato *il diritto di difesa* nella sua effettività»: indubbiamente la procedura di cui all'art. 7 St. lav. ha tale finalità, come altrettanto indubbiamente doversi difendere per fatti accaduti in tempi remoti compromette irrimediabilmente la concreta possibilità di reperire elementi giustificativi.

– Si valorizza il principio dell'«immediatezza della contestazione» come idoneo «a tutelare il *legittimo affidamento* del prestatore – in relazione al carattere facoltativo dell'esercizio del potere disciplinare, nella cui esplicazione il datore di lavoro deve comportarsi *in conformità ai canoni della buona fede* – sulla mancanza di connotazioni disciplinari del fatto incriminabile». E ancora si attribuisce valore di un (inammissibile) «*venire contra factum proprium*», alla contestazione tardiva, *in contrasto con i «principi di buona fede e correttezza* di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ.»: anche sotto questo profilo sarebbe inammissibile consentire al titolare del diritto/potere di recesso di poterlo strumentalmente esercitare in mala fede, in funzione di elusione della disciplina vincolistica delle disposizioni statutarie in vigore all'epoca dei fatti, come la giurisprudenza di legittimità aveva pacificamente escluso. La regola dell'immediatezza, infatti, pur da intendere in senso relativo, «rappresenta in ultima analisi un corollario del principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) e un criterio di verifica dell'uso non distorto del potere disciplinare rispetto alle finalità per le quali esso è stato attribuito al datore di lavoro (cfr.: Cass. n. 13167/2009; Cass. n. 20719/2013)» (Cass. 4.2.2015, n. 2021) (8).

– Si sottolinea la «prevalenza» del «*diritto del lavoratore a una pronta ed effettiva difesa*» su «*l'interesse del datore di lavoro a prolungare le indagini in assenza di una obbiettiva ragione*» (senza che la complessità dell'organizzazione aziendale possa giustificare il ritardo), tutelando «*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*»: la tutela della parte «debole» di un rapporto contrattuale caratterizzato da uno squilibrio di poteri costituisce, tra l'altro, realizzazione dei principi di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, c. 2, Cost.

(8) Conformi: Cass. 11.5.2016, n. 9680, in banca dati <https://onelegale.wolterskluwer.it/>; Cass. 12.1.2016, n. 281, in banca dati <https://onelegale.wolterskluwer.it/>; Cass. 13.2.2015, n. 2902, in <https://www.wikilabour.it/>; Cass. 6.5.2015, n. 9102, in banca dati <https://onelegale.wolterskluwer.it/>; Cass. 9.8.2013, n. 19115, in <http://www.mgiudiziario.it/mgiudiziario/> – massime civili della Cassazione di agosto 2013.

Il Tribunale di Ravenna, partendo quindi dalle «condivise» premesse delle Sezioni Unite, perviene a diverse conclusioni.

5. — *Sussistenza del fatto e sua antiggiuridicità* — Il Tribunale di Ravenna centra la sua critica alla sentenza nomofilattica sullo specifico punto dell'asserito difetto del requisito della «insussistenza del fatto». Su questo il provvedimento del giudice monocratico non è isolato. È stato ipotizzato che le S.U. vogliano implicitamente aderire a quella teoria che la considera «come insussistenza della condotta contestata nella sua materialità, a prescindere dalla natura della condotta stessa» (9). Come correttamente evidenziato in sede di commento a tale decisione, è stato rilevato che – in tale ipotesi – si tratterebbe di una lettura «non condivisa dalla quasi totalità della dottrina e della giurisprudenza per l'assurdità delle conseguenze a cui darebbe luogo, a iniziare dalla possibilità di sanzionare con la sola indennità risarcitoria un licenziamento per una condotta in sé esistente ma irrilevante sul piano disciplinare, non attinente agli obblighi che derivano dal rapporto di lavoro, lecita o addirittura doverosa, con palese irrazionalità».

A tale proposito l'ordinanza in commento – riprendendo il brano della motivazione della sentenza delle S.U. che definisce «pur essenziali» le regole di natura processuali – osserva che la loro violazione non può che comportare l'«antigiuridicità» del recesso: trova quindi incoerente aver trascurato il dibattito sviluppatosi sul cd. «fatto materiale».

In particolare le S.U. non avrebbero dovuto ignorare l'unanime approdo secondo cui per poter procedere al licenziamento «deve sussistere un fatto di «inadempimento», un fatto disciplinarmente rilevante, un fatto – appunto – «antigiuridico», come accertano (citate in motivazione) Cass. n. 29072/2017 (non reperita), Cass. 16.5.2016, n. 10019, Cass. 13.10.2015, n. 20540, Cass. 8.5.2019, n. 12174 (quest'ultima addirittura – come evidenzia il giudice – con «riferimento alla differente normativa di cui al d.lgs. n. 23/15, che pure parla di fatto materiale»). L'accertamento del difetto di tardività avrebbe dovuto condurre i giudici di legittimità «... (nella teoria del fatto di rilevanza giuridica o di rilievo disciplinare che dir si voglia) a una plana collocazione dell'ipotesi *de qua* nell'ambito del fatto insussistente».

Se non c'è stata – osserva il Tribunale di Ravenna – insussistenza in concreto di alcuna lesione dell'interesse datoriale, e se c'è stato quindi abbandono datoriale alla repressione, il licenziamento non può ricondursi a quello stesso fatto sussistente «prima che il datore di lavoro esercitasse la libera (ma vincolante) scelta di non reprimerlo [...] Un fatto “perdonato” (divenuto quindi disciplinarmente irrilevante) non può ritornare a essere un fatto disciplinarmente rilevante e giustificare un licenziamento tardivo, solo perché il fatto in questione sussisteva prima che il datore di lavoro esercitasse la libera (ma vincolante) scelta di non reprimerlo».

Il Tribunale di Ravenna, quindi, preferisce restare nel solco delle numerose decisioni della Suprema Corte – peraltro citate dalle stesse Sezioni Unite – secondo cui «un fatto non tempestivamente contestato *ex art. 7 St. lav.* non può che essere considerato come “insussistente” non possedendo l'idoneità a essere verificato in giudizio. Si tratta in realtà di una violazione formale o procedurale commessa dal datore di la-

(9) Terzi 2018.

voro a carattere radicale che, coinvolgendo i diritti di difesa del lavoratore, impedisce in radice che il giudice accerti la sussistenza o meno del “fatto”, e quindi di valutarne la commissione effettiva, anche a fini della scelta tra i vari regimi sanzionatori. Non essendo stato contestato idoneamente *ex art. 7*, il “fatto” è “*tamquam non esset*” e quindi “insussistente” ai sensi dell’art. 18 novellato. Sul piano letterale la norma parla di insussistenza del “fatto contestato” (quindi contestato regolarmente) e quindi, a maggior ragione, non può che riguardare anche l’ipotesi in cui il fatto sia stato contestato abnormemente e cioè in aperta violazione dell’art. 7»: (vd., per tutte, Cass. 31.1.2017, n. 2513).

Il giudice di merito, a sua volta, ribadisce che «se» il fatto la cui insussistenza comporta la reintegra (attenuata) «deve essere contestato», deve esserlo «in modo regolare», e conseguentemente l’irregolarità della contestazione farebbe venir meno anche il fatto di rilevanza disciplinare, e conia pertanto questa definizione: «insussistenza giuridica sopravvenuta del fatto», deducendone la conseguente applicazione del comma 4 dell’art. 18.

6. — *Tempestività come elemento costitutivo del potere di recesso e natura sostanziale del vizio di tardività* — La convinzione che l’asserito accertamento del fatto in sé non dovrebbe portare alle conseguenze cui sono approdate le S.U., è del resto conforme alle quasi unanimi opinioni dottrinali sul testo originario dell’art. 18 St. lav., secondo le quali l’immediatezza della contestazione era pacificamente ritenuta «elemento costitutivo del potere datoriale di licenziare, dove l’espressione alludeva esattamente all’incidenza del vizio sul motivo disciplinare del licenziamento, fosse questo una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo» (10).

In termini non difformi si era pronunciata la prevalente giurisprudenza. A fronte, infatti, del già citato incongruo *obiter* che si legge in Cass. 6.11.2014, n. 23669, e delle poche, successive, decisioni conformi che hanno ricondotto la fattispecie al vizio di forma sanzionato con l’indennità di cui al c. 6 dell’art. 18 (11), concordiamo sul fatto che «la giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato l’applicabilità in questa materia della cosiddetta regola dell’immediatezza, in forza dell’art. 7, cc. 3 e 4, St. lav., configurandola, quale *elemento costitutivo del diritto al recesso del datore di lavoro*» (Cass. 4.2.2015, n. 2021) (12).

(10) Mastinu (2019), a cui si fa rinvio per le esaurienti argomentazioni e per gli ampi e approfonditi richiami dottrinali e giurisprudenziali. Sul punto, Mastinu: Cass. 8.6.2009, n. 13167; Cass. 10.9.2013, n. 20719; Cass. 13.2.2015, n. 2902; Cass. 21.4.2017, n. 10159; in dottrina: Mainardi 2002, Papaleoni 1996, 278; Buoncristiani 2012, 22 ss.; Tullini 1994, 213 ss.

(11) Cass. 9.7.2015, n. 14324, che parla genericamente di indennizzo senza specificare quale comma dell’art. 18 sia applicabile; Cass. 16.8.2016, n. 17113; Cass. 26.8.2016, n. 17371; Cass. 2.5.2017, n. 10642, che concentra la sua attenzione sulla cumulabilità tra preavviso e indennità di cui all’art. 18, c. 6. Tutte in banca dati <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(12) In dottrina, cfr. Marazza (2015, nota 43), che cita Del Punta (2015), per il quale i requisiti in questione sarebbero entrambi rilevanti ai fini della legittimità del licenziamento, per ragioni sostanziali e non procedurali, «essendo l’immediatezza/tempestività della reazione un elemento costitutivo dell’illecito disciplinare, in quanto sintomo dell’impossibilità di prosecuzione del rapporto di lavoro». Negli stessi termini: Speciale, 2013, 264 ss.; Barbieri 2013, 11 ss.

Principio peraltro ribadito da una recente ordinanza della Corte di Cassazione, successiva al provvedimento del Tribunale di Ravenna: «osserva questa Corte (sul punto, Cass. n. 1248/2016) che in tema di licenziamento disciplinare, l'immediatezza del provvedimento espulsivo rispetto alla mancanza addotta a sua giustificazione, ovvero a quello della contestazione, si configura quale elemento costitutivo del diritto al recesso del datore di lavoro, in quanto la non immediatezza della contestazione o del provvedimento espulsivo induce ragionevolmente a ritenere che il datore di lavoro abbia soprasseduto al licenziamento ritenendo non grave o comunque non meritevole della massima sanzione la colpa del lavoratore» (Cass. 31.1.2022, n. 2869, ord.) (13).

Ma se la tempestività del licenziamento è un elemento costitutivo del recesso datoriale, correttamente ci si è domandato: «E a cosa allude questa espressione se non alle ripercussioni dell'anomalia considerata sul motivo del licenziamento che, per l'appunto, è il presupposto costitutivo dell'atto datoriale di recesso?» (14).

La tesi è supportata anche da ulteriori valutazioni che inducono a ritenere il vizio di tardività della contestazione come non procedurale ma sostanziale, considerando che le relative disposizioni, «ancorché inserite in un contesto di norme procedurali, hanno rango di norme sostanziali, che regolano il corretto esercizio del potere di recesso datoriale» (15), capaci quindi di integrare quel «difetto di giustificazione del licenziamento» invocato nell'ordinanza in commento (16).

Che sia prevalente in giurisprudenza e dottrina l'opinione che riconosce alla tempestività della contestazione natura anche sostanziale, individuando in essa un elemento costitutivo del recesso, lo ammette anche la dottrina contraria (17).

Ma forse non ha neppure senso porre il problema in termini manichei. È stato giustamente osservato: «L'art. 7 della l. n. 300/70 [...] ha una natura ambivalente. Esso, nella misura in cui impone di seguire un determinato procedimento prima di irrogare la sanzione, assume, in primo luogo, una funzione procedurale. Tuttavia, dal momento che la disposizione è posta a tutela dell'esigenza di difesa del lavoratore incolpato, inevitabilmente lesa se la reazione datoriale dovesse manifestarsi a distanza di molto tempo dall'inadempimento contrattuale che giustifica l'esercizio del potere disciplinare, essa assume una connotazione che incide sulla legittimità stessa dell'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro» (18).

(13) Quanto all'aspetto sanzionatorio la Corte ha dichiarato riservata al giudice del merito – e insuscettibile di nuovo esame in sede di legittimità – la valutazione «sul considerato ritardo, sulle ragioni che lo hanno determinato, sulle conseguenze di esso e tale valutazione deve ritenersi, si ribadisce, insuscettibile di nuovo esame in sede di legittimità» (nel caso di specie la Corte d'Appello aveva condannato la società a una indennità risarcitoria di 15 mensilità).

(14) Mastinu 2019, 743.

(15) Cass. 3.9.2018, n. 21569, in banca dati <https://onelegale.voltersklunver.it/>.

(16) Analogamente, per quanto concerne il difetto di contestazione, è stato da ultimo ritenuto applicabile il c. 4 dell'art. 18 da Cass. 24.2.2020, n. 4879, in <https://www.wikilabour.it/>.

(17) De Angelis (2018, 4, nota 16), che cita: Cass. 1.3.2018, n. 4881; Cass. 13.2.2015, n. 2902, in *Massimario del Foro Italiano*, 2015, 111 ss.; Cass. 10.9.2013, n. 20719, in *Massimario del Foro Italiano*, 2013, 729 ss.; in dottrina: Mazzotta 2016, 102 ss.; Albi 2016, 410 ss.; Del Punta 2015, II, 38; Martelloni 2015, 43; Marinelli 2015, 166 ss.; Tursi 2015; Speciale 2014, 386 ss.

(18) Speciale, Raimondi 2019.

7. — *La rilevanza del tempo nell'esercizio del potere disciplinare* — Del resto, che il tempo abbia una rilevanza nell'esercizio del potere disciplinare ci viene confermato sia dalla legge che dalle disposizioni dei contratti collettivi.

Quanto alla legge, è noto che l'art. 7 St. lav. espressamente dispone: «Non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari *decorsi due anni* dalla loro applicazione».

Sembra convincente ritenere che la scelta del legislatore di non attribuire alcuna rilevanza disciplinare ad addebiti già sanzionati quando sia trascorso un certo lasso di tempo (individuato dalla legge in un biennio) trovi la propria *ratio* nell'esigenza di proteggere il dipendente da una soggezione eterna all'esercizio discrezionale dei poteri datoriali; *ratio* non dissimile a quella propria del principio di tempestività della contestazione e/o del provvedimento.

Nel contempo, la contrattazione collettiva, anche laddove prevede la recidiva come elemento costitutivo della fattispecie (nel qual caso dovrà essere contestata per la validità del provvedimento), attribuendo quindi rilevanza a precedenti provvedimenti conservativi, non consente di prenderli in esame ove essi siano stati irrogati oltre i termini di legge.

E persino in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporta opera ugualmente il criterio della tempestività del recesso, sebbene la valutazione del tempo decorso fra la data di detto superamento e quella del licenziamento — al fine di stabilire se la durata di esso sia tale da risultare oggettivamente incompatibile con la volontà di porre fine al rapporto — vada condotta con criteri di minor rigore che tengano conto di tutte le circostanze all'uopo significative (19).

L'elemento tempo condiziona quindi l'esercizio del potere di recesso, neutralizzandolo.

Ciò a maggior ragione quando il licenziamento disciplinare di cui si tratta viene definito «per giusta causa», come nel caso affrontato dal Tribunale di Ravenna (in cui la contestazione disciplinare era stata accompagnata dalla «immediata sospensione cautelare non disciplinare»): la dottrina, a tale proposito, ha avuto buon gioco a evidenziare la contraddizione tra un gravissimo inadempimento che non dovrebbe consentire la prosecuzione, neanche provvisoria, del rapporto di lavoro, come recita l'art. 2119 c.c., e la prolungata prosecuzione del rapporto stesso: il fatto si rivelerebbe in tal caso privo della sua stessa qualificazione (20).

8. — *L'esercizio di un potere unilaterale in un rapporto contrattuale sbilanciato* — È stato osservato che «il potere disciplinare (un *unicum* nei rapporti di diritto privato) intanto è riconosciuto dall'ordinamento in quanto sia finalizzato alla realizzazione dell'interesse

(19) Così Cass. 23.1.2008, n. 1438, in banca dati <https://onegale.wolterskluwer.it/>, in un caso in cui la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto la concessione al lavoratore di un congedo parentale, dopo il superamento del periodo di comporta, incompatibile con la volontà di rescindere il rapporto; cfr. anche Cass. 29.7.1999, n. 8235, in banca dati <https://onegale.wolterskluwer.it/>.

(20) Marazza 2015.

contrattuale giuridicamente rilevante per il quale è attribuito. Al di fuori di questo ambito il potere disciplinare non ha presupposto giuridico. L'ordinamento non consente l'esercizio arbitrario di poteri punitivi privati» (21). Partendo da questi presupposti è stato sviluppato un ragionamento sull'anomalia di un rapporto contrattuale in cui venga attribuita alla parte economicamente forte la possibilità di incidere, estinguendolo, il rapporto stesso anche al di fuori dei presupposti normativi, per il perseguimento di fini diversi (e non necessariamente illeciti) da quelli per i quali il potere disciplinare è attribuito: la mancanza di una reazione dell'ordinamento realmente dissuasiva a un uso distorto del potere disciplinare reintroduce una concezione della subordinazione quale assoggettamento della persona del lavoratore al semplice volere del datore di lavoro, sicuramente lesiva della sua dignità, in violazione dell'art. 41 della Costituzione (22). «Appare, pertanto, intrinsecamente contraddittorio, non solo rispetto alla condotta del datore di lavoro ma anche rispetto ai valori costituzionali, considerando rilevante un fatto che non ha leso in maniera significativa l'interesse tutelato dal contratto», poiché in tal modo si legittimerebbe «il mero arbitrio del contraente più forte, in violazione dei principi dell'affidamento, degli obblighi contrattuali di correttezza e buona fede e della stessa civiltà del lavoro» (23). Ne consegue che: «Solo temperando la libertà dell'impresa con quella dell'individuo lavoratore assicurando a quest'ultimo un sistema di rapporti che non implichi la sua soggezione, anche temporalmente illimitata, al datore di lavoro si rende concreto il limite inteso dal legislatore costituzionale non solo come vincolo solidaristico che assicura la libertà umana e libertà dal bisogno, ma ancora prima come affermazione della dignità umana di ciascuno» (24).

La condotta del datore va quindi valutata con scrupolo e rigore: così ha fatto il Tribunale di Ravenna nel momento in cui ha ritenuto che l'aver soprasseduto per un tempo significativo a qualsivoglia iniziativa evidenzia un inequivoco disinteresse datoriale all'esercizio del potere disciplinare. Analogamente, «l'assenza della lesione dell'interesse datoriale comporta che vi sia un'assenza altresì dell'inadempimento da parte del lavoratore e dunque del fatto posto a base del licenziamento o della sua rilevanza disciplinare. Ma se così fosse, rientreremmo nell'ambito di applicazione della tutela reintegratoria che invece la Corte aveva sbrigativamente escluso proprio sulla base dell'indiscusso accertamento della sussistenza del fatto» (25).

9. — *L'esercizio arbitrario del potere datoriale: la storia parallela di due bancari* — Per evidenziare le conseguenze paradossali che possono conseguire all'accoglimento acritico dei principi sanciti dalle S.U. diventa esemplare fare riferimento a un caso concreto, sviluppatosi parallelamente a quella del bancario C.B. incappato nella pronuncia delle S.U. del 2017, da cui il Tribunale di Ravenna ha preso le distanze.

E.S., direttore di una filiale di una banca, licenziato in data 31.7.2012 a seguito di

(21) Terzi 2018.

(22) *Ivi*.

(23) Grillo Pasquarelli 2022.

(24) Nardin 2017.

(25) De Luca 2018, 358.

contestazione del 19.7.2012 per (presunti) fatti risalenti al 2010 e 2011, veniva reintegrato – dopo le due fasi di 1° grado e la sentenza della Corte d'Appello di Venezia – con sentenza definitiva dalla Corte di Cassazione del 6.11.2014, n. 23669 (la già citata e pluricommentata decisione che ha aderito alla tesi per cui la reintegrazione sarebbe esclusa dalla sola «condotta materiale» del lavoratore a prescindere dal disvalore del fatto).

Immediatamente dopo tale pronuncia – e facendo leva proprio su di essa – in data 18.11.2014 la stessa banca datrice di lavoro soccombente contestava al lavoratore gli stessi fatti (sotto una apparente diversa prospettazione giuridica) per licenziarlo nuovamente il 5.12.2014. Dopo il primo e secondo grado a lui favorevole, E.S. approdava di nuovo in Cassazione, più o meno contemporaneamente al collega C.B.

Nel caso di quest'ultimo, con ordinanza del 21.4.2017, n. 10159, la Sezione lavoro rimetteva gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, con il noto risultato (26).

Analoga sorte sarebbe spettata a E.S., se solo la banca datrice di lavoro avesse avuto l'accortezza di aggiungere un ulteriore diverso addebito alla vecchia contestazione. La Cassazione, che si è pronunciata con sentenza del 23.10.2018, n. 26815, avrebbe potuto non respingere il ricorso «nel merito» – ritenendo, come ha ritenuto, che l'identità degli addebiti non consentisse il rinnovato esercizio del potere disciplinare in applicazione del principio di consunzione – e quindi condannare la banca a un mero indennizzo economico: è infatti impensabile che la Corte potesse rimettere nuovamente alle Sezioni Unite la questione, a distanza di pochi mesi dalla decisione n. 30985/2017.

Avremmo così avuto una pronuncia di applicazione del c. 5 dell'art. 18, su fatti accaduti sette/otto anni prima – addirittura prima dell'entrata in vigore della legge Fornero! – nei confronti di un lavoratore ormai reintegrato, anche nei fatti, da anni (dopo due processi, e – sostanzialmente – otto gradi di giudizio).

Tale scenario fornisce la misura delle conseguenze che potrebbero derivare dal consentire un uso illimitato (nel tempo) del potere disciplinare. È stato detto, a proposito dell'applicazione del comma 6: «Non vi è dubbio che una sanzione esigua come quella prevista dal sesto comma dell'art. 18 St. lav. rischierebbe di rendere monetizzabile lo stesso diritto di difesa del lavoratore, con evidenti profili di illegittimità costituzionale di questo esito interpretativo» (27). Ma identiche considerazioni valgono anche ove si ritenga applicabile il comma 5: non è infatti la misura dell'indennità a rendere meno «monetizzabile» il diritto di difesa.

Torna a pennello, quindi, la critica alla sentenza delle S.U. di lasciare potenzialmente spazio all'esercizio arbitrario di poteri punitivi privati: se la tardività è significativa della insussistenza in radice dell'interesse tutelato con il potere di licenziamento

(26) È stata proprio l'ordinanza interlocutoria a suggerire l'alternativa tra il c. 4 e il c. 5 dell'art. 18, come può dedursi dalla massima: «Si tratta allora di individuare quale sia la corretta lettura della norma tra illegittimità del licenziamento disciplinare per “insussistenza del fatto contestato”, comportante una tutela reintegratoria (art. 18, comma 4), e illegittimità del licenziamento per “altre ipotesi”, comportante una tutela indennitaria (art. 18, comma 5)»: Cass. 21.4.2017, n. 10159, in banca dati <https://onegale.wolterskluwer.it/>.

(27) Speciale, Raimondi 2019, 351.

disciplinare (e a maggior ragione con la lesione dell'elemento fiduciario del rapporto), manca la causa giuridica tipica dell'atto negoziale riconosciuta dall'ordinamento. In tal caso l'atto risolutorio confligge con una norma imperativa quale è sicuramente l'art. 41, c. 2, Cost., posta a tutela della dignità del lavoratore nel rapporto di lavoro, la cui natura immediatamente precettiva non può essere negata (28).

Si consentirebbe in tal modo al titolare del diritto/potere di recesso di poterlo strumentalmente esercitare in malafede, in funzione di elusione della disciplina vincolistica delle disposizioni statutarie in vigore all'epoca dei fatti, come la giurisprudenza di legittimità aveva pacificamente escluso: «La regola dell'immediatezza rappresenta in ultima analisi un corollario del principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) e un criterio di verifica dell'uso non distorto del potere disciplinare rispetto alle finalità per le quali esso è stato attribuito al datore di lavoro (cfr. Cass. n. 13167 del 2009; Cass. n. 20719 del 2013)» (Cass. 4.2.2015, n. 2021; conformi: Cass. 11.5.2016, n. 9680; Cass. 15.2.2016, n. 2902; Cass. 12.1.2016, n. 281; Cass. 1.2.2015, n. 2902).

Non è condivisibile la tesi secondo cui la violazione degli obblighi di buona fede non sarebbe una violazione di legge, rientrando solo tra «le altre ipotesi» di illegittimità del recesso: se, infatti, nel rapporto tra decorso del tempo ed esercizio dei poteri disciplinari essa non viene sanzionata con la reintegra, ogni abuso è possibile.

E forse la strada per ottenere questo esito è proprio quella suggerita dal Tribunale di Ravenna, che ha ricondotto l'illegittimità della contestazione tardiva alla categoria dell'insussistenza del fatto: risultato che trova comunque conforto anche in una più ampia valutazione dei limiti al potere datoriale, che non dovranno mai sfociare nell'abuso del diritto.

10. — *Conclusioni* — La soluzione cui sono pervenute le Sezioni Unite con sentenza n. 30985/2017 (che escludono l'applicabilità dei cc. 4 e 6, per ritenere applicabile il 5), disattesa dal Tribunale di Ravenna, non sembra svolgere quell'adeguata funzione nomofilattica finalizzata a superare un contrasto caratterizzato da un numero elevato e qualificato di decisioni.

In particolare — e in principalità — perché, come ha evidenziato l'ordinanza in commento, la decisione dei giudici di legittimità ha ignorato l'ampissimo dibattito sull'antigiuridicità del fatto, concentrando la sua attenzione esclusivamente sui (pochi) precedenti segnalati dall'ordinanza n. 21.4.2017, n. 10159, della Sezione lavoro di rimessione degli atti al Primo Presidente.

Le Sezioni Unite, come detto, dopo un cenno alle due tesi (una che riconosceva la tutela indennitaria minore, per il vizio di forma, e l'altra per la tutela reale), pervengono a un'originale — e quindi neppure oggetto di specifico contrasto giurisprudenziale — soluzione di compromesso.

In questo si ravvisa una lacuna metodologica che — ad avviso di chi scrive — giustifica la «ribellione» dei giudici di merito, suggerendo un ulteriore approfondimento della materia anche da parte dei giudici di legittimità.

(28) Terzi 2018.

Nello stesso tempo, in presenza di poche e scarsamente approfondite decisioni sull'applicazione del comma 6 (e di nessuna decisione sull'applicazione del comma 5), l'approdo rimediabile delle Sezioni Unite appare di troppo facile «mediazione» (29), privilegiando una strada che «non soddisfa la necessità di accordare adeguato riconoscimento al valore del diritto di difesa del lavoratore nel procedimento disciplinare» (30).

Riteniamo, quindi, che se altre decisioni analoghe a quella del Tribunale di Ravenna pervenissero fino alla Cassazione, si potrebbero realizzare le condizioni per risolvere la questione davanti alle Sezioni Unite. Ove invece – come detto – la decisione delle S.U. del 2017 dovesse essere ritenuta «diritto vivente», si potrebbe riflettere su eventuali profili di illegittimità costituzionale di detto esito interpretativo.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2016), *Il licenziamento disciplinare illegittimo per tardiva contestazione degli addebiti tra vecchio e nuovo diritto*, in *DLM*, n. 2, 410 ss.
- Barbieri M. (2013), *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci Editore, Bari, 11 ss.
- Buoncristiani D. (2012), *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, Padova, 2012.
- Campanelli G. (2005), *Incontri e scontri tra Corte Suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Giappichelli, Torino.
- De Angelis L. (2018), *Ripensando alla immediatezza della contestazione*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 368, 1 ss.
- De Luca G. (2018), *La tardività allo specchio: vizio procedimentale ma non troppo*, in *LG*, n. 4, 354 ss.
- Del Punta R. (2015), *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in *RIDL*, n. 1, II, 32 ss.
- Galluccio A. (2016), *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in *Diritto penale contemporaneo*, <https://archiviodpc.dirittopenale.uomo.org/d/4393-diritti-viventi-a-confronto-a-proposito-della-questione-di-legittimita-costituzionale-nel-processo>, 20 giugno 2022.
- Gorla G. (1990), voce *Precedente giudiziale*, in *EG*, vol. XXIII, Roma, 4 ss.
- Grillo Pasquarelli F. (2022), *Licenziamento disciplinare illegittimo per tardività della*, in *QG*, 2-7 maggio, n. 18.
- Mainardi S. (2002), *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano.

(29) Ad analoga soluzione di «compromesso», ma con effetti pratici meno dirimenti, erano approdate sempre le Sezioni Unite con la decisione del 22.5.2018, n. 12568, in materia di licenziamento per mancato superamento del compito. Con tale sentenza, dopo aver dichiarato la nullità (anziché inefficacia) del recesso, i giudici riconducevano la fattispecie – quanto alla sanzione – «nel comma 7 anziché nel comma 1 (riservato ad altre ipotesi di nullità previste dalla legge)» dell'art. 18, con conseguente applicazione del regime reintegratorio attenuato anziché pieno: in quel caso, comunque, la garanzia del posto di lavoro veniva salvaguardata.

(30) Mastinu 2019, 734.

- Marazza M. (2015), *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (commento provvisorio dello schema al decreto)*, in *W.P. Csale «Massimo D'Antona»*.IT, n. 236, 1 ss.
- Marinelli F. (2015), *Il licenziamento individuale affetto da vizi formali o procedurali*, in M.T. Carinci, A. Tursi (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 166 ss.
- Martelloni F. (2015), *Nuovo art. 18. La Cassazione getta un ponte tra la Riforma Fornero e il Jobs Act*, in *RIDL* n. 1, II, 39 ss.
- Mastinu E.M. (2019), *Le irregolarità procedurali tipiche e atipiche della disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi*, in *ADL*, n. 4, 732 ss.
- Mazzotta O. (2016), *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, n. 1, II, 102 ss.
- Nardin M. (2017), *Il datore di lavoro e l'asso nella manica. Il licenziamento per giusta causa e la tardività della contestazione*, in <https://www.questionegiustizia.it>, 20 febbraio.
- Papaleoni M. (1996), *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, Napoli.
- Pisani C. (2013), *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *ADL*, n. 2, 264 ss.
- Salvato L. (2015), *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf, 20 giugno 2022.
- Speziale V. (2014), *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *RGL*, n. 2 e n. 3, I, 386 ss.
- Speziale V., Raimondi E. (2019), *Licenziamento disciplinare e tardività della contestazione: la «terza via» della Corte di Cassazione*, in *RGL*, n. 2, II, 351 ss.
- Terzi A. (2018), *Quale sanzione per il licenziamento tardivo?*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/quale-sanzione-per-il-licenziamento-tardivo-commento-alla-sentenza-della-cassazione-n-309852017-sez-unite_21-05-2018.php.
- Tullini P. (1994), *Ritualità e formalismo nel procedimento disciplinare*, in *RIDL*, n. 1, II, 213 ss.

Alberto Piccinini
Avvocato in Bologna