

I VIZI FORMALI E PROCEDURALI DEL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE: TIPOLOGIE E RIMEDI

Sommario: 1. L'attuale quadro normativo. — 2. La valenza del termine inefficacia, quale sinonimo di illegittimità, contenuto nell'art. 18, comma 6, St. lav. — 3. La violazione del requisito di motivazione. — 3.1. Le conseguenze della violazione del requisito di motivazione del licenziamento intimato ai vecchi assunti nelle piccole aziende. — 4. Le singole violazioni attinenti al meccanismo disciplinare. — 4.1. La violazione della regola dell'affissione del codice disciplinare in luogo accessibile a tutti. — 4.2. La violazione della regola della necessaria e specifica contestazione. — 4.3. La violazione della regola della tempestività della contestazione. — 4.3.1. Omessa contestazione e tardiva contestazione: tutele a confronto. — 4.4. Le violazioni della procedura posta dalla contrattazione collettiva. — 4.5. La violazione della regola della immediatezza del licenziamento in presenza di contestazione tempestiva. — 4.5.1. La violazione della regola della immediatezza del licenziamento per mancato rispetto del termine stabilito dalla contrattazione collettiva. — 4.6. La violazione della regola della previa concessione del termine a difesa nel procedimento disciplinare e della necessità di audizione del lavoratore se richiesta. — 4.7. La violazione della regola di immutabilità della contestazione. — 5. La violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966.

1. L'attuale quadro normativo.

L'attuale art. 18 St. lav. dispone, al comma 6: “Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604 (1), e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7 (2) della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7 (3) della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, si applica il regime di cui al quinto comma (4), ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che 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 di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo”.

Per i nuovi assunti vale, in relazione alle grandi aziende, la regola posta dall'art. 4 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, che, a seguito dell'intervento di Corte cost. n. 150 del 2020, suona così: “Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 (5) del presente decreto”.

Ai sensi dell'art. 9 comma 1 del predetto d.lgs. l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'art. 4, comma 1 — per i nuovi assunti operanti nelle aziende minori (ossia nelle quali il datore di lavoro non raggiunga i

(1) Ove è stabilito che: “La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato”. Tale previsione non vale per i dirigenti, ai sensi dell'art. 2, comma 4, della legge stessa.

(2) Che si riporta, per comodità di lettura, nei commi di interesse: “1. Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. Esse devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano. 2. Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa. 3. Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato. (...). 5. In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa. (...)”.

(3) Descritta direttamente, per comodità di trattazione, nei passi di interesse, al successivo § 5.

(4) Che così, tra l'altro, dispone: “Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento (...)”.

(5) Trattasi delle tutele riferite ai casi di licenziamento discriminatorio, nullo, intimato in forma orale e ingiustificato.

requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, St. lav.) —, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità.

Nel prevedere la sanzionabilità delle violazioni formali o procedurali (considerate di scarsa consistenza), il legislatore ha evidentemente inteso stabilire un prezzo per un disagio patito dal lavoratore per effetto della violazione della sua dignità (lesa indubbiamente da un licenziamento disciplinare, senza dar modo al lavoratore medesimo di giustificarsi) e del suo diritto di difesa in fase stragiudiziale e giudiziale.

2. La valenza del termine inefficacia, quale sinonimo di illegittimità, contenuto nell'art. 18, comma 6, St. lav.

Come visto al paragrafo di apertura, il legislatore definisce inefficace il licenziamento — intimato ai vecchi assunti — affetto da vizi formali o procedurali.

Il termine inefficacia, tuttavia, non è qui utilizzato nella nota accezione di derivazione civilistica, bensì in senso atecnico, quale sinonimo di illegittimità.

Le implicazioni di una tale puntualizzazione si comprenderanno meglio allorché si affronterà, al § 3.1., il tema della tutela spettante ai vecchi assunti nell'ambito delle aziende minori.

3. La violazione del requisito di motivazione.

Il legislatore, attualmente, richiede che la motivazione, necessaria (6), debba essere contestuale alla comunicazione del licenziamento (7). Si ha pertanto violazione del requisito di motivazione qualora la motivazione manchi (o sia estremamente generica o incompleta, sì da non consentire al lavoratore di poter apprezzare, in qualche modo, il fatto) o non sia contestuale all'intimazione del licenziamento.

La predetta violazione dovrebbe essere configurabile anche in caso di motivazione non specifica che, tuttavia, consenta comunque al lavoratore, pur non immediatamente (e con aggravio di proprie attività), di percepire il fatto (8).

La violazione del requisito di motivazione pregiudica nettamente le esigenze difensive del lavoratore nella prima ipotesi citata (i.e.: motivazione mancante, assolutamente generica o incompleta) qualora i motivi non siano espressi neppure in una tempestiva contestazione disciplinare o nella procedura *ex art. 7* della legge n. 604 del 1966 (per i vecchi assunti).

Nella predetta ipotesi non può ovviamente riconoscersi alla violazione natura formale, perché la mancanza (o assoluta genericità) della motivazione equivale a licenziamento ingiustificato.

In particolare, il fatto, insuscettibile di esser provato, è da considerarsi “insussistente”, con conseguente applicazione, per i vecchi assunti, della tutela reintegratoria “attenuata”.

Per i nuovi assunti il trattamento sanzionatorio non è di agevole individuazione, poiché le conseguenze derivanti dall'insussistenza del fatto costituente mancanza del lavoratore non sono le stesse dell'insussistenza delle ragioni economiche poste a base del licenziamento.

Solo nel primo caso è infatti prevista la reintegra.

La tutela applicabile dovrebbe essere, però, anche qui, quella reintegratoria “attenuata”, poiché, nel silenzio del datore, può presumersi che il fatto da illustrare nella motivazione del licenziamento sarebbe stato quello la cui mancanza avrebbe comportato l'effetto ripristinatorio. In altri termini, è ragionevole ritenere che al silenzio del datore vengano riconosciute le conseguenze a quest'ultimo più sfavorevoli.

(6) Salvo, ovviamente, che per le ipotesi di licenziamento per le quali non è prevista la forma scritta.

(7) Cfr. Part. 2, comma 2, legge n. 604 del 1966. Si tenga tuttavia presente che l'art. 14, comma 2, del d.lgs. n. 104 del 2022 (c.d. “Decreto trasparenza”) prevede che «Fatta salva la disciplina di cui all'articolo 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604, i lavoratori estromessi dal rapporto o comunque destinatari di misure equivalenti al licenziamento adottate nei loro confronti dal datore di lavoro o dal committente possono fare espressa richiesta al medesimo dei motivi delle misure adottate. Il datore di lavoro o il committente fornisce, per iscritto, tali motivi entro sette giorni dall'istanza». In dottrina — cfr. O. MAZZOTTA, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in *Il codice civile. Commentario*, coordinato da F. D. BUSNELLI e G. PONZANELLI, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, 74 — è stato rilevato che la previsione “è di difficile coordinamento con il principio generale dell'inefficacia di un licenziamento comunicato senza l'indicazione dei motivi, a meno che non si debba ritenere la natura sostanzialmente abrogativa dell'art. 2 della l. n. 604/66 ad opera della più recente disposizione con l'introduzione — per la verità un pò surrettizia — di un termine che sia tale da sanare la precedente comunicazione carente dell'indicazione dei motivi”. Tuttavia, la salvezza prevista ad apertura della predetta disposizione sembra escludere l'abrogazione implicita del citato art. 2, potendo ritenersi che il termine di sette giorni per la comunicazione dei motivi si riferisca ad un atto di estromissione che non si manifesti come un licenziamento, ravvisabile eventualmente solo a seguito della riqualficazione del rapporto.

(8) A tale ultima ricostruzione potrebbe obiettarsi che la motivazione o è specifica o non lo è, non esistendo una via di mezzo.

Opinando diversamente, scatterebbe sempre la tutela indennitaria di cui all'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, con il paradosso di rendere per il datore medesimo maggiormente conveniente, soprattutto in presenza di rapporto di lavoro sorto da non molto tempo, un atteggiamento meramente passivo.

Non pregiudica, per converso, le esigenze difensive la motivazione che, ad esempio, a seguito di richiesta da parte del lavoratore, venga comunicata entro un breve termine dall'intimazione del licenziamento.

Qui la regola della contestualità è violata, ma il lavoratore è in grado, comunque, di poter approntare una difesa adeguata da sviluppare nel futuro giudizio.

L'eventuale disagio patito deriva da una partenza un po' più ritardata — rispetto a quanto dovrebbe accadere normalmente — del lavoratore medesimo, rispetto a quella del datore, nella predisposizione della linea di difesa; il che, tuttavia, non si ripercuote negativamente, in modo significativo, sul soddisfacimento dell'esigenza difensiva.

È quindi esatto riconoscere alla illustrata violazione (9) natura effettivamente formale; in tale prospettiva la sanzione indennitaria rappresenta il prezzo del sopra rappresentato, tollerabile, disagio.

Non pregiudica, del pari, le predette esigenze la motivazione contestuale che non sia estremamente specifica, ma che tuttavia consenta al lavoratore di comprendere, pur non “a prima vista”, il nucleo dell'infrazione e comunque orientarsi per predisporre una linea difensiva.

Qualora si aderisca alla tesi, sopra prospettata, che una motivazione di tal fatta costituisca effettiva violazione, quest'ultima dovrebbe considerarsi di natura formale, poiché il disagio patito dal lavoratore deriva soprattutto dalla difficoltà incontrata nel circoscrivere, in breve tempo, l'episodio.

Ovviamente non sarà sempre agevole distinguere con successo l'ipotesi della motivazione non particolarmente specifica ma intelligibile (si da poter essere precisata in giudizio) da quella estremamente generica e, quindi, equiparabile al nulla, in quanto priva dei suoi elementi qualificanti.

3.1. Le conseguenze della violazione del requisito di motivazione del licenziamento intimato ai vecchi assunti nelle piccole aziende.

Poiché l'art. 18 St. lav. si applica ai lavoratori (assunti entro il 6 marzo 2015 a tempo indeterminato) occupati nelle grandi aziende, si pone il problema di individuare la sanzione applicabile ai licenziamenti privi di motivazione (o con motivazione generica) intimati in quelle minori.

Secondo quanto visto al § 2, non essendo il licenziamento inefficace in senso tecnico, è plausibile ritenere che, nel caso, si applichi la tutela obbligatoria di cui all'art. 8 della legge n. 604 del 1966 (10).

Rimane l'anomalia per cui il datore di lavoro “sotto soglia” (ma con più di 15 dipendenti) potrebbe essere tenuto (alla riassunzione o) al pagamento di un'indennità massima di 14 mensilità per un lavoratore con 20 anni di anzianità, mentre, nelle medesime condizioni, un datore di lavoro “sopra soglia” sarebbe tenuto al pagamento di un'indennità massima di (sole) 12 mensilità.

4. Le singole violazioni attinenti al meccanismo disciplinare.

Si tratta, a questo punto, di verificare la effettiva portata delle violazioni del procedimento disciplinare — anche concernenti, per completezza di trattazione, adempimenti posti a monte e a valle ed incidenti, comunque, sulla legittimità del licenziamento — ipotizzabili nel corso delle varie tappe che scandiscono il procedimento in questione e di indicare, di volta in volta, la possibile sanzione a seconda delle tesi accolte.

Nel far ciò si seguirà l'ordine per fasi in cui si articola la sequenza procedimentale.

(9) Che non può essere negata; a fronte, infatti, della chiara previsione normativa, il rilascio della motivazione anche con un sol giorno di ritardo rispetto alla data di intimazione del licenziamento costituisce vizio formale (salvo ritenere, ma con una indubbia forzatura, che la motivazione tardiva integri, da un lato, revoca del precedente licenziamento ed intimazione di uno nuovo).

(10) V. Cass. 5 settembre 2016, n. 17589 - in *Lav. giur.*, 2017, 487, con nota di E. GIORGI, *Inefficacia del licenziamento e conseguenze sanzionatorie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 227, con nota di R. DI MEO, *L'interpretazione contra legem del licenziamento inefficace nelle pmi e il livellamento verso il basso delle “tutele” in una recente pronuncia della Corte di Cassazione* -: “Nel regime di tutela obbligatoria, in caso di licenziamento inefficace per violazione del requisito di motivazione ex art. 2, comma 2, della l. n. 604 del 1966, come modificato dall'art. 1, comma 37, della l. n. 92 del 2012, trova applicazione l'art. 8 della medesima legge, in virtù di un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata della novella del 2012 che ha modificato anche l'art. 18 della l. n. 300 del 1970, prevedendo, nella medesima ipotesi di omessa motivazione del licenziamento, una tutela esclusivamente risarcitoria”. In senso conforme v., di recente, Cass. 15 giugno 2022, n. 19323.

4.1. La violazione della regola dell'affissione del codice disciplinare in luogo accessibile a tutti.

La regola della preventiva (rispetto all'ipotetica commissione dell'infrazione) affissione del codice disciplinare di cui all'art. 7, comma 1, St. lav. (11), mira a rendere tangibile un principio cardine del meccanismo disciplinare, incentrato sulla concezione della finalità punitiva della sanzione solo in correlazione con un illecito posto in essere consapevolmente dall'autore (e nella cognizione della eventuale sanzione applicabile).

Il compimento del fatto di cui si ignora la illegittimità non giustifica, infatti, al pari di quanto avviene nel sistema penalistico, una reazione, anche in funzione dissuasiva, finalizzata al ripristino dell'ordine violato; l'iniziativa, per converso, sarebbe solo idonea ad essere percepita dall'incolpato quale censurabile e sterile misura afflittiva.

Da ciò consegue che la previa affissione (ovviamente quando necessaria) (12) costituisce adempimento non facente parte del procedimento disciplinare (che inizia con la formulazione della contestazione), bensì costituisce di quest'ultimo una condizione di ammissibilità.

In altri termini, il procedimento disciplinare può essere attivato legittimamente solo in quanto la tipologia di infrazione sia stata previamente posta nella conoscibilità del lavoratore ai sensi di legge (giacché mediante l'onere della pubblicità si è inteso conferire effettività, anche con riferimento alla comunità di impresa, al principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*") (13).

Se l'espressione "fatto contestato", contenuta nell'art. 18, comma 4, St. lav. e nell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, esprime il significato di inadempimento, la tutela applicabile a fronte della violazione dovrebbe coincidere con quella reintegratoria "attenuata".

Qui, infatti, la mancata affissione non consente di ritenere che il fatto commesso possa considerarsi inadempimento imputabile, ossia riconducibile all'autore sul versante oggettivo e soggettivo, difettando nell'autore medesimo la consapevolezza dell'illegittimità dell'atto compiuto o solo della sanzionabilità in modo radicale di esso.

La maggioranza della dottrina è, ad ogni modo, dell'avviso che, nel caso, debba applicarsi la tutela indennitaria forte (14).

Nella giurisprudenza di merito è stata ritenuta applicabile la tutela indennitaria debole (15).

4.2. La violazione della regola della necessaria e specifica contestazione.

Se la contestazione disciplinare manca (o è estremamente generica) (16) ed il licenziamento non è motivato, la violazione non può ritenersi meramente procedimentale o solo formale (17).

Qui, infatti, il lavoratore viene a conoscenza del fatto integrante giusta causa o giustificato motivo soggettivo solo con la memoria di costituzione (18); fino ad allora non è in grado di interloquire in alcun modo sulla vicenda che ha dato origine al suo licenziamento.

(11) Che, per comodità di lettura si riporta: "Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. Esse devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano".

(12) Perché l'infrazione non poteva essere percepita dal lavoratore nella sua palese contrarietà alle regole basilari del rapporto di lavoro.

(13) Cfr., sul punto, Cass. 1° settembre 2003, n. 12735, in *Not. giur. lav.*, 2004, 340.

(14) In tal senso v. M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav. per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, 873, e P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in L. Di Paola (a cura di), *La riforma del lavoro*, Giuffrè, 2013, 313.

(15) V. A. Torino 5 ottobre 2017 - in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, 178, con nota di F. LAMBERTI, *Omessa affissione del codice disciplinare e tutela applicabile* - "In caso di licenziamento disciplinare, l'omessa affissione del codice disciplinare determina una violazione procedurale, sanzionabile ai sensi dell'art. 18, comma 6, St. lav.". Nel senso che fra i vizi procedimentali andrebbe incluso anche quello circa la "conoscibilità delle norme disciplinari", v. Corte cost. 16 luglio 2020, n. 150.

(16) Sulla implicita equiparazione della contestazione generica a quella mancante v., Cass. 24 luglio 2018, n. 19632, secondo cui "ove la contestazione sia stata formulata in maniera generica per una parte dell'addebito, è corretto l'operato del giudice di merito che abbia valutato, ai fini della verifica circa la legittimità, o meno, della sanzione, solo i fatti specificamente contestati, senza tener conto dei fatti genericamente indicati".

(17) In senso contrario v. Cass. 10 agosto 2016, n. 16896, in un caso in cui la completa illustrazione delle ragioni del licenziamento era avvenuta solo in sede di giudizio: "Nell'ipotesi in cui la contestazione disciplinare, finalizzata al licenziamento, non contenga una sufficiente e specifica descrizione della condotta tenuta dal lavoratore, è applicabile l'art. 18, comma 6, St. lav. (nella formulazione "*ratione temporis*" vigente, risultante dalla l. n. 92 del 2012), con riferimento alle ipotesi di vizi di forma attinenti alla motivazione del recesso, come ora disciplinata dall'art. 2, comma 2, della l. n. 604 del 1966".

(18) Ossia a giudizio già iniziato.

Dovrebbe conseguire che se la ragione del licenziamento non è specificamente esternata prima del giudizio, non può procedersi all'accertamento giudiziale della stessa, rientrandosi così nell'ipotesi dell'insussistenza del fatto contestato.

La plausibilità della conclusione poggia sull'assunto che, in materia di licenziamento disciplinare, la contestazione non può essere contenuta direttamente nella memoria difensiva.

Tale ultimo aspetto non sembra approfondito dalla giurisprudenza di merito (19) che, pur giungendo nella sostanza alla sopra esposta conclusione, argomenta unicamente nel senso che l'ipotesi dell'inesistenza del fatto contestato ricomprende implicitamente anche quella di inesistenza della contestazione.

La stessa Suprema Corte (20), in un'ipotesi in cui il licenziamento era assistito da una motivazione, ha affermato che «il radicale difetto di contestazione dell'infrazione determina l'inesistenza dell'intero procedimento, e non solo l'inosservanza delle norme che lo disciplinano, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria, di cui al comma 4 dell'art. 18 della l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, richiamata dal comma 6 del predetto articolo per il caso di difetto assoluto di giustificazione del provvedimento espulsivo, tale dovendosi ritenere un licenziamento disciplinare adottato senza alcuna contestazione di addebito» (21).

In buona sostanza, secondo questa impostazione, la contestazione disciplinare, sebbene sia una motivazione, in qualche modo, anticipata del recesso datoriale (tant'è che in quest'ultimo viene di norma richiamata *per relationem*), gioca, in quanto componente essenziale del procedimento disciplinare, un ruolo del tutto autonomo; infatti, essa potrebbe intervenire anche un giorno prima del licenziamento (potendo in tal caso considerarsi tardiva, con le conseguenze su cui *infra*), ma non, per la prima volta, sotto forma di motivazione, nel licenziamento stesso (22).

La predetta impostazione si espone tuttavia al rilievo che il difetto di contestazione nell'ambito del procedimento disciplinare potrebbe non produrre alcun pregiudizio alla difesa del lavoratore, qualora la formulazione degli addebiti sia contenuta nella motivazione del licenziamento intimato tempestivamente (23); in tale ultimo caso, pertanto, la violazione dovrebbe comportare l'applicazione della tutela indennitaria debole.

Va ad ogni modo evidenziato che, attualmente, voci diversificate si registrano sia in dottrina che nella stessa giurisprudenza della Cassazione, la quale ha affermato la natura formale del vizio di genericità della contestazione

(19) Cfr., ad esempio, Trib. Milano 24 aprile 2013, ove è stato ritenuto che non avendo il datore di lavoro contestato alla lavoratrice i fatti posti a base del licenziamento, deve ritenersi che non abbia ritenuto tali fatti di rilevanza disciplinare. V., ancora, Trib. Campobasso, citata in V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, cit., 466. Per l'ipotesi della genericità della contestazione v. Trib. Milano 15 aprile 2015, n. 11340, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 1037, con nota di F. MERCURI, *Genericità della contestazione dell'addebito e insussistenza del fatto contestato*, che ha ritenuto applicabile la tutela reintegratoria attenuata.

(20) V. Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745.

(21) In senso conforme v. Cass. 24 febbraio 2020, n. 4879, in *Giur. it.*, 2020, 1154, con nota di M. MOCELLA, *Immutabilità della contestazione disciplinare dopo le riforme della disciplina dei licenziamenti*. Il nucleo argomentativo poggia sul rilievo che «ai sensi dell'art. 18, comma 4, St. lav., tale tutela è prevista in caso di «insussistenza del fatto contestato», che implicitamente non può che ricomprendere anche l'ipotesi di inesistenza della contestazione (...) si ritiene che la previsione normativa, che parla di «fatto contestato» (fatto materiale contestato nel regime del d.lgs. 23 del 2015), sia indicativa della necessità che il fatto, la cui sussistenza o insussistenza deve essere accertata in giudizio, sia delineato nei suoi esatti termini e contorni in sede di contestazione. Ciò risulta coerente anche con la esigenza di riconoscere idonee garanzie di difesa al lavoratore in sede di giustificazioni».

(22) Sia consentito il rinvio a L. DI PAOLA, I FEDELE, *Licenziamento individuale. Parte III: Omessa contestazione disciplinare. Integrazione della motivazione del licenziamento. Contestazione o licenziamento tardivi*, in *IUS Lavoro - il Giuslavorista*, (ius.giuffre.it), 29 aprile 2020.

(23) Per un approfondimento della questione sia consentito il rinvio a L. DI PAOLA, *Licenziamento disciplinare: omessa contestazione dell'infrazione in violazione dell'art. 7 St. lav. e tutela reintegratoria "attenuata"*, in *IUS Lavoro - il Giuslavorista*, (ius.giuffre.it), 1° febbraio 2017. Cfr., altresì, L. DI PAOLA, I FEDELE, *op. cit.*: «proprio ragionando sul piano del diritto di difesa del lavoratore nel giudizio, il punto davvero rilevante dovrebbe essere non tanto (o non solo) l'omissione della contestazione quanto che tale omissione si perpetui, sotto forma di omessa motivazione del licenziamento: infatti, in questo caso il lavoratore che agisca in giudizio si troverà davvero esposto a difendersi da un «non fatto», così giustificandosi l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata per l'insussistenza del fatto contestato. Viceversa, ove — omessa la contestazione — intervenga la motivazione del licenziamento, il lavoratore avrà gli elementi per procedere alla predisposizione della difesa nel processo, ed allora la violazione dell'omessa contestazione dovrebbe essere riguardata unicamente come vizio formale passibile di tutela indennitaria debole. Ad analoga conclusione dovrebbe pervenirsi allorché ci si trovi di fronte ad una divergenza sostanziale fra la contestazione e la motivazione del licenziamento: infatti, come nel caso della contestazione del tutto omessa, la motivazione consente al lavoratore di approntare la difesa nel giudizio, con la precisazione che, in questo caso, la pregressa contestazione deve intendersi assorbita e superata dalla motivazione divergente (realizzandosi la violazione della regola della immutabilità della contestazione, avente natura procedurale) e non potrà più entrare nell'orizzonte decisorio del giudice».

(24), con riferimento ad un caso in cui il datore aveva provato il fatto così come precisato in giudizio (onde, è plausibile ritenere, nella memoria difensiva).

Per i nuovi assunti nelle grandi aziende si applica, a seconda dell'indirizzo che si ritenga maggiormente plausibile, o la tutela reintegratoria attenuata (25) (e, per gli occupati nelle aziende minori, quella indennitaria ridotta di cui agli artt. 3, comma 1, e 9, comma 1) oppure la tutela indennitaria forte o debole.

4.3. La violazione della regola della tempestività della contestazione.

Il requisito della immediatezza è insito nella contestazione, onde la mancanza dello stesso determina conseguenze sanzionatorie sulla cui esatta identificazione sono state registrate, in passato, posizioni variegate, con la conseguenza che si è reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite, che, con articolata pronuncia (26), hanno optato, valorizzando il principio di buona fede nell'esecuzione del rapporto di lavoro — la cui violazione si risolve in un inadempimento (27) — per la tutela indennitaria forte, affermando, innanzitutto, il seguente principio: “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 del provvedimento di recesso, ricadente *ratione temporis* nella disciplina dell'art. 18 st.lav., così come modificato dal comma 42 dell'art. 1 della l. n. 92 del 2012, comporta l'applicazione della sanzione dell'indennità prevista dal comma 5 dello stesso art. 18 St. lav.” (28).

Ciò sul centrale rilievo 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 dal trascorrere di 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” (29).

Il principale problema — ove l'indirizzo delle Sezioni Unite dovesse essere nel tempo confermato, registrandosi attualmente, anche sulla scorta di pronunzie dei giudici di merito (30), molte voci dottrinali discordi

(24) V. Cass. 10 agosto 2016, n. 16896, cit.; nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano 22 gennaio 2013, secondo cui in caso di genericità della contestazione si applica l'art. 18, comma 6, St.lav.

(25) Cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, I, 329, sul rilievo che il presunto inadempimento non risulterebbe contestato e, dunque, si configurerebbe un'ipotesi di insussistenza del fatto materiale contestato, documentalmente provata, con conseguente diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro senza necessità di ulteriori allegazioni in giudizio.

(26) Cass., sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30985.

(27) Cfr. il seguente passo: “si è in presenza di un vizio che si concretizza, in realtà, in una forma di inadempimento della parte datoriale ai generali doveri di correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori che attiene propriamente alla fase successiva ed attuativa della comunicazione del provvedimento espulsivo, senza alcun concorso alla formazione della causa che ha dato origine al recesso datoriale. In definitiva può ritenersi che si è in presenza di un vizio funzionale e non genetico della fattispecie sanzionatoria”. Pertanto, la tempestività della contestazione non può essere ritenuta elemento costitutivo del recesso datoriale; così Cass. 12 novembre 2018, n. 28926.

(28) Il quale, come si legge nella stessa motivazione, è da ritenersi espressione della volontà del legislatore di attribuire alla c.d. tutela indennitaria forte una valenza di carattere generale.

(29) Valorizzando, in particolare, tale passaggio motivazionale, Trib. Ravenna 12 gennaio 2022 — in *Lav. giur.*, 2022, 622 e ss., con nota critica di C. GAROFALO, *Le tutele applicabili al licenziamento disciplinare intempestivo: un dibattito mai sopito*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, II, 273 e ss., con commento di F. TESTA, *La tardività della contestazione disciplinare come “insussistenza giuridica sopravvenuta del fatto”* — ha di contro affermato che “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). Si tratta di un fenomeno che potrebbe chiamarsi di insussistenza giuridica sopravvenuta del fatto. Un fatto «perdonato» (divenuto quindi disciplinarmente irrilevante) non può ritornare ad 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 4 comma dell'art. 18”.

(30) V. quella citata alla nota precedente.

(31) orientate nel senso della tutela reintegratoria “attenuata” — sarà quindi ora stabilire, in concreto, ove il lavoratore aspiri alla tutela indennitaria “forte”, quando il ritardo possa considerarsi — con apprezzamento rimesso al giudice del merito ed in linea generale sottratto al sindacato di legittimità, salvo la sussistenza di profili di illogicità ed irragionevolezza — non solo notevole, ma anche ingiustificato (con prova liberatoria, deve ritenersi, a carico del datore).

Sembra invece doversi escludere che il lavoratore, ai fini dell’operatività dell’ingiustificatezza, debba effettuare allegazioni ulteriori oltre quella della tardività della contestazione, ad esempio basate sul pregiudizio alla difesa (32).

Ed infatti la deduzione della tardività include automaticamente in sé la violazione degli interessi che il principio di immediatezza intende salvaguardare.

Parallelamente, dovrebbe escludersi che l’avvenuto accertamento, ad opera del giudice, della tardività, costituita da un ritardo notevole e non giustificato (in difetto del quale non può parlarsi di tardività in senso tecnico) della contestazione dell’addebito, debba esser integrato, ai fini del riconoscimento della tutela indennitaria forte, dalla verifica in concreto (che darebbe luogo a non poche complicazioni) circa la ricorrenza, nel caso specifico, del pregiudizio alle esigenze difensive del lavoratore (33).

La Corte ha peraltro precisato — in tal modo riconoscendo la duplice valenza della tardività della contestazione, secondo la teoria del “doppio binario” — che “ove la legge o le norme di contratto collettivo prevedano dei termini per la contestazione dell’addebito posto a base del provvedimento di recesso (...), il mancato rispetto dei detti termini integra violazione di natura procedimentale e comporta l’applicazione della sanzione indennitaria di cui al comma 6 dello stesso art. 18 St. lav.” (34).

La ragione della diversificazione delle tutele, benché non espressamente illustrata nella sentenza delle Sezioni Unite, dovrebbe risiedere nel fatto che, in quest’ultimo caso, la violazione ha carattere effettivamente procedurale, perché l’unico interesse leso è quello del lavoratore alla certezza di una determinata situazione giuridica che lo riguarda, ossia quella di vedersi contestati gli addebiti entro un determinato arco temporale, decorrente dall’avvenuta conoscenza dei fatti ad opera del datore, di solito assai breve (15 o al più 30 giorni); in linea generale non vi è, qui, diversamente dal primo caso, alcun affidamento del lavoratore medesimo a non subire procedimenti disciplinari e neppure una violazione del suo diritto di difesa. Ed infatti l’inutile scadenza del termine non attesta, ragionevolmente, né una inerzia significativa implicante un intento datoriale di non perseguire l’illecito disciplinare, né un pregiudizio alle esigenze difensive del lavoratore, che sarà comunque nelle condizioni di raccogliere adeguatamente il materiale istruttorio a lui utile in vista dell’eventuale irrogazione della sanzione.

La situazione però dovrebbe mutare ove la contestazione sia formulata, ad esempio, a distanza di un anno dalla scadenza del termine legale o convenzionale; in tale ipotesi, alla violazione procedurale si sovrappone quella di natura sostanziale che, appunto, si realizza allorquando vengano pregiudicate esigenze difensive del lavoratore e venga leso il suo affidamento, ingenerato da una prolungata e non giustificata inerzia del datore, a non vedersi perseguito disciplinarmente. Pertanto, nella predetta ipotesi dovrebbe applicarsi la sola tutela indennitaria forte (dovendo in essa ritenersi assorbita quella debole, essendo da escludersi il cumulo delle tutele, ai sensi del richiamato comma 6 dell’art. 18 St. lav., ove è previsto che ove il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, applica le tutele di cui ai commi quarto, quinto e settimo, ossia quella reintegratoria attenuata o quella indennitaria “forte”).

(31) Cfr., tra gli altri, R. SANLORENZO, *Licenziamenti e vizi procedurali: disarmonie nel sistema delle tutele*, in *Lav. dir. Europa*, 2023; A. PICCININI, *La “ribellione” dei giudici di merito alla decisione delle S.U. in tema di tempestività del licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2022, II, 148 ss.; E. M. MASTINU, *Le irregolarità procedurali tipiche e atipiche nella disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, 734 e ss.

(32) Come invece ritenuto in passato in alcune pronunzie; cfr., ad esempio, Cass. 21 aprile 2005, n. 8305: “Nel licenziamento per motivi disciplinari e con riferimento al principio della tempestività della contestazione posto dall’art. 7 dello Statuto dei lavoratori, qualora il lavoratore non deduca alcun concreto pregiudizio all’esercizio del proprio diritto di difesa, deve escludersi la violazione della garanzia prevista dal suddetto articolo”.

(33) Cfr., in tale direzione, Cass. 18 maggio 2018, n. 12231.

(34) Negli stessi termini v. Cass. 18 maggio 2018, n. 12231, cit.

4.3.1. Omessa contestazione e tardiva contestazione: tutele a confronto.

Come abbiamo visto ai paragrafi precedenti, la S.C. ritiene che, nell'area della tutela reale, la omessa contestazione dia luogo alla tutela reintegratoria attenuata e la tardiva contestazione alla tutela indennitaria forte (salvo l'ipotesi in cui sia violato il termine posto dalla contrattazione collettiva).

Tuttavia, come già osservato al precedente § 4.2, non sembra subire un grave pregiudizio il lavoratore che, ad esempio, venga estromesso dall'azienda in difetto di contestazione ma con licenziamento motivato a distanza di tre mesi dall'ipotetica commissione dell'infrazione. Egli, infatti, subito dopo il licenziamento, potrà predisporre adeguatamente, visto l'esiguo lasso di tempo trascorso dall'accadimento dei fatti, la strategia difensiva in vista del processo.

Ben più grave è il pregiudizio che il dipendente subisce ove la contestazione sia stata sì formulata, ma a notevole distanza di tempo da quando il datore ha avuto conoscenza dell'infrazione; qui il lavoratore avrà immaginabili difficoltà a ricostruire l'accaduto e ad approntare un efficace apparato probatorio a discarico, a nulla valendo che una contestazione vi sia stata e che essa sia stata successivamente seguita da un licenziamento motivato che ad essa abbia fatto rinvio.

Sul punto, sembra dunque apprezzabile un difetto di coerenza nel quadro di modulazione delle tutele.

4.4. Le violazioni della procedura posta dalla contrattazione collettiva.

Si tratta di stabilire cosa accada in caso di violazione di una procedura posta — per la legittima intimazione del licenziamento — dalla contrattazione collettiva, in sostituzione di quella legale (o anche in aggiunta) a maggior garanzia della posizione del lavoratore.

Al riguardo è plausibile ritenere che si applichi — non essendo ostativo il richiamo operato dal legislatore alla sola previsione di cui all'art. 7 St. lav. — la stessa tutela prevista per le singole violazioni procedurali legali aventi la medesima natura.

Pertanto, ad esempio, se il contratto collettivo prevede un termine per la presentazione delle giustificazioni più lungo di quello legale, l'intimazione del licenziamento in data antecedente allo spirare del termine in questione darà luogo alla tutela indennitaria debole.

Il problema potrebbe porsi qualora vi fosse una regola procedurale convenzionale non sovrapponibile ad una legale, suscettibile anche di ampliare le scansioni del procedimento disciplinare.

Si pensi ad un'ipotesi in cui fosse previsto che il datore debba dare al lavoratore notizia dell'inizio delle "indagini preliminari" e della loro chiusura, con la fissazione di un termine, decorrente da tale data, per la formulazione della contestazione.

Si pensi, ancora, al caso in cui fosse previsto che il datore, prima dell'intimazione del licenziamento, debba comunicare al lavoratore le prove di cui dispone.

Per stabilire — in caso di violazione di tali previsioni — a quale area di tutela attingere, occorrerà procedere alla individuazione dell'ipotesi legale di contenuto sostanzialmente identico o affine.

Nel primo esempio fatto, il mancato avviso al potenziale incolpato dell'inizio delle indagini preliminari a suo carico ovvero la violazione del termine (perentorio) entro cui formulare la contestazione si risolve nella violazione del principio di immediatezza della contestazione; con la precisazione, a tale ultimo riguardo, che si applicherà, tenuto conto della riportata (al § 4.3.) statuizione delle Sezioni Unite, la tutela indennitaria "debole", sempre che, ovviamente, il ritardo nella formulazione della contestazione non possa comunque considerarsi notevole (35).

(35) Ma nel senso che, in tal caso, il pregiudizio al lavoratore sarebbe dato dalla lesione del suo affidamento nella mancata applicazione della sanzione, v. E. M. MASTINU, *op. cit.*, 741: "(...) non si deve trascurare di considerare che uno dei beni protetti dalla regola dell'immediatezza è la libertà del lavoratore, nella specifica declinazione dell'affidamento che, decorso un certo termine, non potrà più essere assoggettato a sanzione. E rispetto a questo interesse, l'inosservanza di un termine convenzionale breve vale quanto il ritardo notevole e ingiustificato che, nel *dictum* delle Sezioni Unite, impedisce la degradazione della intempestività a mero accidente procedurale. Non vi è dunque differenza così rilevante fra l'ipotesi del superamento del termine convenzionalmente stabilito e l'intempestività generica; e se alla seconda si ataglia la tutela indennitaria forte o addirittura la reintegrazione in servizio, medesima sanzione dovrebbe essere collegata anche alla prima". Può tuttavia sul punto replicarsi che, in tal caso, l'affidamento tutelabile non è quello nella mancata applicazione della sanzione, bensì nella mancata contestazione, che difficilmente può essere pregiudicato in modo apprezzabile ove siano trascorsi pochi giorni dalla scadenza del termine convenzionale. Sul delicato tema v. quanto si dirà al successivo § 4.5.1.

Peraltro, occorrerà verificare, a questo punto, se un ritardo non notevole (ma sempre ingiustificato) possa comunque integrare violazione procedurale, pur se nessuna norma del contratto collettivo o della legge preveda termini per la predetta contestazione disciplinare.

Nel secondo esempio, la mancata disponibilità, in capo al lavoratore, delle prove raccolte dal datore, potrebbe costituire ipotesi analoga a quella di esercizio del potere disciplinare in difetto di concessione del termine a difesa.

4.5. La violazione della regola della immediatezza del licenziamento in presenza di contestazione tempestiva.

La regola dell'immediatezza del licenziamento non rientra tra quelle procedurali di cui all'art. 7 St. lav.

Il tema, pertanto, viene trattato in questa sede per completezza, essendo opportuno considerare di seguito tutte le varie fasi dell'intera procedura disciplinare (la cui disciplina invece si arresta, nella previsione dell'art. 7 St. lav., all'individuazione del termine, decorrente dalla contestazione, prima dello spirare del quale non può irrogarsi la sanzione), che si chiude con l'intimazione del licenziamento.

Essendo il requisito della immediatezza (o tempestività) del licenziamento (36) condizione per il legittimo esercizio del potere (37), la mancanza del predetto requisito dovrebbe comportare – al pari di quanto visto per l'ipotesi di tardività della contestazione - la ingiustificatezza non qualificata del licenziamento stesso, con conseguente applicabilità, per i vecchi assunti, della tutela indennitaria forte di cui all'art. 18, comma 5, St. lav., e, per i nuovi, quella prevista all'art. 3, comma 1, e 9 del d.lgs. n. 23 del 2015.

4.5.1. La violazione della regola della immediatezza del licenziamento per mancato rispetto del termine stabilito dalla contrattazione collettiva.

Il licenziamento non è tempestivo anche qualora sia intimato oltre il termine ad esempio previsto per la conclusione del procedimento disciplinare da una clausola della contrattazione collettiva (38).

(36) Comunque, anche esso volto a garantire la pienezza del diritto di difesa dell'incolpato; v. Cass. 15 settembre 2014, n. 19400.

(37) Cfr., in giurisprudenza, tra le tante, Cass. 10 settembre 2013, n. 20719, cit., ove è statuito, in motivazione, che l'immediatezza della comunicazione del provvedimento espulsivo rispetto al momento della mancanza addotta a sua giustificazione, ovvero rispetto a quello della contestazione, si configura quale elemento costitutivo del diritto al recesso del datore di lavoro, in quanto la non immediatezza del provvedimento espulsivo induce ragionevolmente a ritenere che il datore di lavoro abbia soprasseduto al licenziamento.

(38) In materia, acquisisce rilevanza il profilo dell'interpretazione delle previsioni della contrattazione collettiva che fissano un termine, previa indicazione del momento di decorrenza di quest'ultimo, entro il quale il lavoratore può procedere al licenziamento; cfr., ad esempio, Cass. 16 luglio 2018, n. 18823: "La comunicazione del provvedimento è tempestiva, ai sensi dell'art. 55 del c.c.n.l. per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a., se inoltrata entro il trentesimo giorno dal termine di scadenza della presentazione delle giustificazioni, come risulta già dal tenore letterale della disposizione — ove si fa riferimento all'invio e non alla ricezione — oltre che dalla natura decadenziale del termine ivi previsto, sicché l'effetto impeditivo di essa va collegato al compimento, da parte del soggetto onerato, unicamente dell'attività necessaria ad avviare il procedimento di comunicazione, purché demandato ad un servizio idoneo a garantire un adeguato affidamento". Per un caso in cui non erano state presentate le giustificazioni ad opera del lavoratore, v. Cass. 27 settembre 2019, n. 24157: "In tema di procedimenti disciplinari, l'art. 8, comma 4, del c.c.n.l. industria metalmeccanica privata del 20 gennaio 2008 si interpreta nel senso che il termine finale di sei giorni entro il quale il datore deve irrogare la sanzione trova applicazione solo in caso di presentazione delle giustificazioni, considerato che sia il predetto termine finale che la «fictio» dell'intervenuta accettazione delle giustificazioni sono evidentemente collegate all'esercizio, da parte del lavoratore, della specifica facoltà che l'ordinamento appresta". V., ancora, Cass. 13 ottobre 2021, n. 27935, ove è affermato che "La disposizione di cui all'art. 41 del c.c.n.l. per il personale dipendente delle strutture associate all'AIOP, ARIS e FDG — secondo cui il provvedimento disciplinare non può essere «adottato dal datore di lavoro oltre il termine di trenta giorni dalla presentazione della deduzione da parte del lavoratore» — non pone alcuna decadenza per l'ipotesi di recesso comunicato all'interessato oltre il predetto termine, in quanto la disposizione in questione, interpretata sulla base del suo tenore letterale, attribuisce rilievo al momento in cui il provvedimento è deliberato dagli organi competenti e non a quello in cui viene portato a conoscenza del lavoratore". In relazione a tale ultima pronuncia sia consentito il rinvio a L. DI PAOLA, *Questioni sul termine fissato dalla contrattazione collettiva per l'intimazione del licenziamento*, in *IUS Lavoro - il Giuslavorista*, (ius.giuffre.it), 13 dicembre 2021, il quale rileva che "a tale impostazione potrebbe muoversi l'obiezione che la semplice deliberazione del licenziamento ad opera del competente organo societario non sembra poter assumere rilievo giuridico nell'ambito del procedimento disciplinare; la scansione procedimentale è infatti il derivato di atti del datore e del lavoratore aventi necessariamente rilevanza esterna. Del resto, non è dato cogliere la *ratio* dell'incidenza di un atto meramente interno sulla tempistica prevista dalla contrattazione collettiva per l'irrogazione della sanzione disciplinare; la previsione di un termine assicura la certezza delle situazioni giuridiche, che si consegue solo allorquando entrambe le parti del rapporto siano edotte delle reciproche iniziative. Pare difficile, peraltro, immaginare una mera «adozione» del licenziamento ad opera del datore individuale, la cui deliberazione non necessita di essere consacrata in un atto formale dotato di rilievo aggiuntivo rispetto alla mera volizione interna".

E poiché il termine entro cui irrogare il licenziamento è fuori della procedura di cui all'art. 7 St.lav., dovrebbe rimanere l'applicabilità del rimedio residuale dell'art. 18, comma 5, St. lav (39) e, per i nuovi assunti, dovrebbe operare la tutela di cui agli artt. 3, comma 1, e 9 del d.lgs. n. 23 del 2015.

Tuttavia, la S.C. ha espresso soluzioni differenti — in riferimento a previsioni collettive, pur appartenenti a c.c.n.l. diversi, di analogo tenore (40) — con due successive pronunzie tra di loro contrastanti.

Nella prima ha affermato che il vizio è procedurale, con conseguente applicazione della tutela indennitaria debole (41); sullo sfondo vi è, probabilmente, l'idea che il richiamo all'art. 7 St. lav. ad opera dell'art. 18, comma 6, St. lav., non debba considerarsi limitato al solo procedimento disciplinare di concezione legale, bensì vada interpretato in maniera più ampia, sì da ricomprendere — in ossequio ai canoni di logica e ragionevolezza — anche quello di creazione negoziale nonché quei profili che vanno semplicemente ad innestarsi sul procedimento di matrice statutaria.

Ma potrebbe replicarsi che l'applicazione della tutela indennitaria “debole” postula che il contenuto della norma negoziale debba muoversi all'interno del perimetro disegnato dalla procedura di cui all'art. 7 St. lav. od essere almeno affine a quello tratteggiato da una previsione legale (avuto riguardo al richiamo esplicito, operato dall'art. 18 St. lav., alla procedura di cui all'art. 7 St. lav. e non alla semplice “procedura disciplinare”).

Nella seconda pronunzia, invece, ha affermato che il vizio è sostanziale, con applicazione della tutela reintegratoria attenuata (42).

Ciò sul principale rilievo che “il ritardo nell'irrogazione della sanzione, contravvenendo un silenzio che vale come accettazione delle difese del lavoratore, si risolve in un venire *contra factum proprium*, contrario alla clausola di buona fede che presidia il rapporto di lavoro”, con conseguente “insussistenza del fatto contestato per avere il datore di lavoro accolto le giustificazioni a discolpa del dipendente e dunque per la totale mancanza di un elemento essenziale della giusta causa. L'addebito mosso a carico del lavoratore era, infatti, venuto a cadere per l'intervenuta implicita ammissione da parte del datore di lavoro dell'insussistenza della condotta illecita che rendeva il fatto contestato non più configurabile come mancanza sanzionabile”.

Ma anche qui potrebbe obiettarsi che la violazione della buona fede costituisce un inadempimento comportante l'applicabilità della tutela indennitaria “forte” (43).

Da ultimo, in linea con la prima sentenza citata, è stato affermato che “La violazione del termine per l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento disciplinare, stabilito dalla contrattazione collettiva, è idonea a integrare una violazione della procedura di cui all'art. 7 St. lav., tale da rendere operativa — ove la sanzione sia costituita da un licenziamento disciplinare — la tutela prevista dall'art. 18, comma 6, dello stesso Statuto, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, purché il ritardo nella comunicazione del predetto licenziamento non risulti, con accertamento in fatto riservato al giudice di merito, notevole e ingiustificato, tale da ledere in senso non solo formale ma anche sostanziale il principio di tempestività, per l'affidamento in tal modo creato nel

(39) Cfr., in tal senso, Trib. Venezia 8 febbraio 2015. In dottrina V. E. BARRACO, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. giur.*, 2015, 130.

(40) Congegnate nel senso che se il provvedimento non è comminato entro un determinato numero di giorni successivi alla presentazione delle giustificazioni, queste si ritengono accolte.

(41) Cass. 16 agosto 2016, n. 17113, in *IUS Lavoro - il Giuslavorista*, (*ius.giuffreli.it*), 17 ottobre 2016, con nota di L. DI PAOLA, *Licenziamento intimato oltre il termine stabilito dalla contrattazione collettiva: quale sanzione?*: “La violazione del termine per l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento disciplinare, stabilito dalla contrattazione collettiva (nella specie, dall'art. 8, comma 4, del c.c.n.l. Metallmeccanici), è idonea a integrare una violazione della procedura di cui all'art. 7 St. lav., tale da rendere operativa la tutela prevista dall'art. 18, comma 6, dello stesso Statuto, come modificato dalla l. n. 92 del 2012”.

(42) Cass. 3 settembre 2018, n. 21569 - in *IUS Lavoro - il Giuslavorista*, (*ius.giuffreli.it*), 22 novembre 2018, con nota di A. MAGLIANO, *Licenziamento per giusta causa e termine previsto dalla contrattazione collettiva*; in *Dir. rel. ind.*, 2019, 338 e ss., con nota di F. SANTINI, *La violazione dei termini contrattuali del procedimento disciplinare tra tutela reale e indennitaria* -: “La violazione del termine di cui all'art. 21, n. 2, comma 3, del c.c.n.l. gas e acqua del 2011, secondo cui, se il provvedimento disciplinare non viene emanato nei dieci giorni lavorativi successivi al quinto giorno dal ricevimento della contestazione, le giustificazioni si riterranno accolte, non integra una mera violazione di natura procedimentale ma comporta la totale mancanza della giusta causa per effetto dell'ammissione del datore di lavoro dell'insussistenza della condotta illecita sanzionata; ne deriva che, in tale ipotesi, la tutela applicabile è quella di cui all'art. 18, comma 4, della l. n. 300 del 1970 e non quella di cui al comma 6 della predetta norma”. Nella stessa linea sembrerebbe muoversi, mediante il riferimento alla “consumazione del potere disciplinare”, Cass. 13 ottobre 2022, n. 30155, ove è affermato che “L'art. 72, comma 3, del c.c.n.l. Agidae vigente nel 2014 va interpretato nel senso che la consumazione del potere disciplinare di irrogazione della sanzione si realizza con il decorso di sei giorni dallo spirare del termine minimo inderogabile di dieci giorni previsto a favore del lavoratore per fornire le proprie giustificazioni, oppure elasso il più ampio arco temporale previsto dal singolo datore di lavoro nella lettera di contestazione disciplinare”.

(43) Cfr., per riferimenti, la citata Cass., sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30985.

lavoratore sulla mancanza di connotazioni disciplinari del fatto e per la contrarietà del ritardo datoriale agli obblighi di correttezza e buona fede” (44).

Tale orientamento sembra maggiormente convincente, poiché potrebbe al riguardo ritenersi che la violazione, benché non attenga tecnicamente alla procedura di cui all’art. 7 St. lav. e non trovi quindi una correlazione con una violazione legale, determini, tuttavia, rispetto alla legge, un miglioramento della posizione del lavoratore ed un contestuale aggravamento della posizione del datore (giacché un licenziamento intimato, ad esempio, dopo trenta giorni dalla contestazione non sarebbe, in difetto di un termine, tardivo, e, pertanto, non presenterebbe alcun vizio), con la conseguenza che la tutela debba essere modulata sulla base dell’interesse che la previsione convenzionale ha inteso proteggere. E non pare dubbio che l’interesse in questione, qui, sia quello del lavoratore alla mera certezza di una situazione giuridica che lo riguarda, ossia lo stesso interesse che nel sistema è protetto con l’applicazione della tutela indennitaria “debole” in caso di sua lesione (ed infatti anche la tutela indennitaria “forte” potrebbe rilevarsi attualmente eccessiva a fronte di un licenziamento intimato, ad esempio, dopo due giorni dalla scadenza del termine stabilito dalla contrattazione collettiva per la sua irrogazione).

Tale orientamento sembra ragionevole anche in relazione a licenziamenti tardivi in presenza di clausole contrattuali le quali dispongano che, spirato il termine contrattuale, le giustificazioni del lavoratore si intendono accolte.

Infatti, non sembra accoglibile, in tali casi, la tesi dell’archiviazione del procedimento disciplinare fondata sulla consumazione del potere (a salvaguardia dell’affidamento del lavoratore nella “non applicazione” della sanzione a fronte di un fatto che il datore stesso ha ritenuto non possedere elevata valenza disciplinare), con la conseguenza che l’addebito non potrebbe più essere posto a supporto del licenziamento.

Basti rilevare che mentre una rinuncia al potere di licenziare è certamente ravvisabile nell’ipotesi in cui il datore, dopo la formulazione della contestazione, rimanga inerte per un consistente lasso di tempo, ciò non pare così scontato ove l’arco temporale intercorso tra contestazione e licenziamento sia invece di pochi giorni; qui la rinuncia è solo l’effetto di una “fictio” creata dalla contrattazione collettiva, che tuttavia può determinare conseguenze assai rilevanti sul piano della tutela applicabile, anche ove il datore licenzi, ad esempio, il lavoratore dopo un sol giorno dalla scadenza del termine, con pregiudizio davvero inesistente a carico del lavoratore medesimo (il cui affidamento nella “non irrogazione” del licenziamento non sembra plausibilmente suscettibile di concretizzarsi in maniera effettiva, sì da richiedere una particolare protezione).

In buona sostanza, sembrerebbe essere più in sintonia con l’attuale panorama normativo ammettere che le clausole in questione possano essere interpretate nel senso che esse non determinano una consumazione del potere di licenziare in capo al datore, oppure, in alternativa, che vengano reputate illegittime ove non contenenti termini più congrui (ossia due o tre mesi) alla scadenza dei quali le giustificazioni del lavoratore possano ritenersi accolte.

4.6. La violazione della regola della previa concessione del termine a difesa nel procedimento disciplinare e della necessità di audizione del lavoratore se richiesta.

La violazione della regola della previa concessione del termine a difesa — che si risolve nella mancata osservanza del termine di cinque giorni tra contestazione e sanzione — nel procedimento disciplinare è chiaramente di natura procedurale, non ledendo le esigenze difensive del lavoratore in vista del processo (45) (essendo per converso la violazione del diritto di difesa nel procedimento disciplinare di modesta entità).

A fronte della predetta violazione, si applica, sia ai vecchi che ai nuovi assunti, la tutela indennitaria debole illustrata al § 1.

(44) Così Cass. 21 aprile 2023, n. 10802, che ha cassato la sentenza del giudice di merito — che, accertata la violazione dell’art. 55, comma 4, del c.c.n.l. per i dipendenti di Poste Italiane spa, il quale prevede l’archiviazione del procedimento in caso di mancato invio al lavoratore della comunicazione del provvedimento entro 30 giorni dal termine di scadenza della presentazione delle giustificazioni, aveva ritenuto applicabile la tutela reintegratoria c.d. «attenuata» di cui all’art. 18, comma 4, St. lav. — sul rilievo che, nel caso in esame, la comunicazione del licenziamento era avvenuta in data di poco successiva a quella di scadenza del termine in questione.

(45) Cfr., in tal senso, Cass. 31 agosto 2020, n. 18136: “La violazione del termine a difesa di cinque giorni tra la contestazione dell’addebito e la sanzione, integra una violazione di natura procedurale ex art. 7 St. lav. e rende operativa la tutela prevista dal successivo art. 18, comma 6, quale modificato dalla l. n. 92 del 2012, non sussistendo alcuna lesione delle esigenze difensive del lavoratore in vista del processo”.

Stesso discorso vale ove sia disattesa la regola della necessaria audizione del lavoratore che ne abbia fatto richiesta (46).

È dubbio se alle regole sopra indicate possa equipararsi quella secondo cui il datore è tenuto ad offrire al lavoratore la documentazione aziendale utile allo svolgimento della sua difesa nell'ambito del procedimento disciplinare (47).

Ove si optasse per l'affermativa, la violazione sarebbe procedurale, suscettibile di esser sanzionata, al pari delle precedenti, con la predetta tutela indennitaria.

4.7. La violazione della regola di immutabilità della contestazione.

Il principio della immutabilità dei fatti contestati da porsi a base della sanzione è posto al fine di preservare il diritto di difesa del lavoratore nell'ambito del procedimento disciplinare.

Qualora, infatti, la motivazione del licenziamento recasse la descrizione di infrazioni non considerate nella contestazione, al dipendente verrebbe sottratta la garanzia di poter replicare in fase disciplinare.

La violazione del principio si risolve, in buona sostanza, in licenziamento motivato, intimato tempestivamente, non preceduto da previa contestazione.

Ove pertanto si ritenga — in conformità a quanto sostenuto dalla Cassazione (e v., sul punto, il § 4.2.) —, che l'omessa contestazione disciplinare sia equiparabile all'ipotesi di accertata insussistenza del fatto, allora il vizio avrà valenza sostanziale, e spetterà sia ai nuovi che ai vecchi assunti la tutela reintegratoria (48).

Qualora, invece, si opti per l'idea che il momento centrale della difesa, la cui violazione rende il recesso ingiustificato, si esplica nel processo, dovrà per conseguenza ritenersi che la violazione del principio di necessaria corrispondenza tra addebito contestato e addebito posto a fondamento del licenziamento integra vizio formale, con conseguente applicazione, sia ai vecchi che ai nuovi assunti, della tutela indennitaria debole illustrata al § 1.

5. La violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966.

Per i vecchi assunti in regime di tutela reale il licenziamento per giustificato motivo oggettivo deve essere preceduto da una determinata procedura (49), delineata all'art. 7 della legge n. 604 del 1966 (50), che si apre con

(46) Cfr., al riguardo, Cass. 31 luglio 2015, n. 16265. In senso conforme v. Cass. 7 dicembre 2016, n. 25189 e, da ultimo, Cass. 7 marzo 2022, n. 7392: "In tema di licenziamento disciplinare, la violazione dell'obbligo del datore di lavoro di sentire preventivamente il lavoratore a discolpa, quale presupposto dell'eventuale provvedimento di recesso, integra una violazione della procedura di cui all'art. 7 St. lav. e rende operativa la tutela prevista dal successivo art. 18, comma 6, quale modificato dalla l. n. 92 del 2012". All'ipotesi della mancata audizione del lavoratore è equiparata quella in cui il datore consideri erroneamente tardive, in quanto in realtà tempestive, le giustificazioni scritte rese dal lavoratore medesimo; cfr., sul punto, Cass. 17 dicembre 2018, n. 32607.

(47) V., sul punto, Cass. 27 marzo 2018, n. 7581: "Il datore di lavoro, pur non essendovi obbligato dall'art. 7 St. lav., è tenuto a offrire in consultazione al lavoratore incolpato i documenti aziendali laddove l'esame degli stessi sia necessario al fine di consentirgli un'adeguata difesa, in base ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, indipendentemente dalla comprensibilità dell'addebito". È stato tuttavia precisato che il lavoratore che lamenti la violazione di tale obbligo ha l'onere di specificare i documenti la cui messa a disposizione sarebbe stata necessaria a fini difensivi; così Cass. 25 ottobre 2018, n. 27093.

(48) Cfr., sul punto, Cass. 25 marzo 2019, n. 8293: "Il principio di necessaria corrispondenza tra addebito contestato e addebito posto a fondamento della sanzione disciplinare, che vieta di infliggere un licenziamento sulla base di fatti diversi da quelli contestati, può ritenersi violato qualora il datore di lavoro allegghi, nel corso del giudizio, circostanze nuove che, in violazione del diritto di difesa, implicano una diversa valutazione dei fatti addebitati, salvo si tratti di circostanze confermatrici, in relazione alle quali il lavoratore possa agevolmente controdedurre, ovvero che non modificano il quadro generale della contestazione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, rispetto ad una contestazione relativa ad irregolarità nella negoziazione di titoli di credito, commesse da un dipendente di un istituto credito, non aveva valutato, ai fini della sussistenza della giusta causa, il diverso addebito, specificato solo nel corso del giudizio, della richiesta di prestiti ad un cliente per far fronte ad una forte esposizione debitoria)". Tuttavia, dalla lettura della sentenza in questione pare emergere che i fatti nuovi fossero stati adottati dal datore non con la lettera di licenziamento, che aveva fatto richiamo all'addebito formulato con la contestazione disciplinare, ma direttamente nel corso del giudizio; sicché è da escludere, in tal caso, la sussistenza di una violazione del principio di immutabilità, versandosi in una ipotesi di integrazione della motivazione del licenziamento nel corso del giudizio, la cui ammissibilità è stata pertanto esclusa nella pronunzia in questione.

(49) Non prevista per i nuovi assunti.

(50) Procedura che deve essere attivata prima dell'intimazione del licenziamento; cfr. Cass. 28 marzo 2019, n. 8660: "In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la procedura di conciliazione prevista dall'art. 7 della l. n. 604 del 1966, come novellata dall'art. 1, comma 40, della l. n. 92 del 2012, deve essere attivata prima dell'intimazione del licenziamento; qualora invece l'attivazione sia successiva alla formale comunicazione del recesso, il datore di lavoro incorre in una violazione procedurale rilevante ai fini dell'applicazione della tutela prevista dall'art. 18, comma 6, della l. n. 300 del 1970, senza che ciò tuttavia determini una sospensione del termine per impugnare il licenziamento stabilito dall'art. 6 della stessa l. n. 604 del 1966".

una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e trasmessa per conoscenza al lavoratore.

Nella comunicazione in questione il datore di lavoro deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo ed indicare i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato.

Le altre tappe della procedura (che prendono avvio con la convocazione delle parti ad opera della Direzione territoriale del lavoro per l'incontro finalizzato al raggiungimento di una conciliazione) prescindono dall'iniziativa datoriale, onde non può configurarsi rispetto ad esse alcuna violazione della procedura stessa.

Si tratta in primo luogo di stabilire se possa assumere rilievo una comunicazione inoltrata ad una Direzione territoriale del lavoro non competente, ossia del luogo ove il lavoratore non presta la sua opera.

Al quesito sembra doversi dare risposta negativa qualora il vizio sia stato sanato — essendo comunque avvenuto l'incontro davanti alla Direzione del luogo ove il dipendente lavora — o, deve ritenersi, non sia stato dal lavoratore stesso ritenuto a sé pregiudizievole nella prima occasione utile (è il caso del lavoratore che, ricevuta per conoscenza la comunicazione, nulla obietti circa l'errata individuazione della Direzione territoriale del lavoro e si rechi poi, sempre senza nulla rilevare, all'incontro stabilito) (51).

Occorre poi capire cosa accada qualora la comunicazione non sia stata inviata al lavoratore per conoscenza.

Qui è lecito ritenere che se la convocazione inoltrata al lavoratore dalla Direzione non contiene la comunicazione proveniente dal datore, il lavoratore medesimo può trovarsi nella impossibilità di arrivare pronto all'incontro finalizzato alla conciliazione.

Potrà però chiedere al datore di proseguire la discussione (cfr. l'art. 7, comma 6, della legge citata) oltre il termine fissato per la conclusione della procedura.

Qualora il datore esprima il proprio consenso, il lavoratore, sostanzialmente, venendo a conoscenza dei motivi del licenziamento in sede di incontro, recupererà il tempo perso.

In difetto di consenso deve ritenersi che la violazione procedurale sia compiuta, poiché il tentativo di conciliazione, senza una seria preparazione di entrambe le parti, non può ritenersi avvenuto.

La violazione maggiormente ipotizzabile è ad ogni modo quella concernente la omessa comunicazione sia alla Direzione territoriale che al lavoratore, nonché quella incompleta, ovvero priva dell'indicazione dei motivi (52).

In tale ultimo caso si tratta però di stabilire se il licenziamento intimato, a sua volta, senza indicazione dei motivi, possa dar luogo alla duplice violazione del requisito di motivazione e della procedura di cui al predetto art. 7.

Al quesito pare potersi dare risposta negativa, poiché trattasi di violazioni della stessa natura per le quali opera una sorta di assorbimento sul versante sanzionatorio.

Deve ritenersi che la procedura debba ritenersi violata qualora il licenziamento venga intimato quando non erano ancora decorsi i termini di legge.

Occorre poi chiedersi se l'indicazione dei motivi del licenziamento nell'ambito della procedura possa supplire al difetto di motivazione del licenziamento stesso.

Al quesito può darsi risposta positiva, poiché si presume che il licenziamento sia stato intimato per i motivi indicati in sede di procedura *ex art. 7, cit.*; ciò di cui potrà poi agevolmente trarsi conferma a seguito del deposito della memoria in giudizio.

Rimane da considerare l'ipotesi in cui nella comunicazione inoltrata dal datore di lavoro non vi sia cenno delle "eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato".

Deve però ritenersi che una tale omissione, non arrecando un sostanziale pregiudizio al lavoratore sul piano della preparazione all'incontro finalizzato alla conciliazione, non integri un vizio formale sanzionabile.

LUIGI DI PAOLA

(51) Cfr., sul punto, F. P. LUISO, *La composizione stragiudiziale delle controversie: la procedura di cui all'art. 7, l. n. 604/1966*, in *Lav. dir.*, 2014, 343.

(52) A tale ipotesi è equiparabile quella in cui i motivi esternati nel licenziamento siano diversi da quelli evidenziati nella comunicazione.