

ANNO XXV

ISSN 1126-5760

ADL

ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

FONDATI DA MATTIA PERSIANI

DIRETTI DA

Mattia Persiani e Franco Carinci

La gig economy e le nuove forme di tutela del lavoro
tra autonomia e subordinazione

Irregolarità procedurali tipiche e atipiche nella tutela
contro i licenziamenti illegittimi

La polifunzionalità del (risarcimento del)
danno da licenziamento ingiustificato

Le ferie annuali retribuite: diritto sociale essenziale
o autonomo privilegio di *status*?

4/2019

Luglio - Agosto

**La Tribuna**

INDICE SOMMARIO N. 4/2019

PARTE PRIMA

SAGGI

- GUIDO VIDIRI, *La gig economy e le nuove forme di tutela del lavoro tra autonomia e subordinazione* » 707
- ENRICO MARIA MASTINU, *Le irregolarità procedurali tipiche e atipiche nella disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi* » 728
- MARCO BIASI, *La polifunzionalità del (risarcimento del) danno da licenziamento ingiustificato: ragionando attorno a Corte Cost. n. 194/2018* » 753
- FEDERICO D'ADDIO, *Le ferie annuali retribuite: diritto sociale essenziale legato all'esecuzione del contratto di lavoro o autonomo privilegio di status?* . » 771

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

Note di Commento

- GIANLUCA LUCCHETTI, *Nuovi esperimenti interpretativi in materia di licenziamento: si scrive fatto materiale, si legge fatto disciplinarmente rilevante*, nota a Cass., Sez. Lav., 8 maggio 2019, n. 12174 » 805
- ROBERTO PETTINELLI, *Il sottile confine tra sciopero e autotutela individuale. Eccezione di inadempimento nella lente dell'antisindacalità*, nota a Cass., Sez. Lav., 1 aprile 2019, n. 9028 » 822
- ALESSANDRA QUAINI, *La reintegrazione nel licenziamento per motivo oggettivo ex art. 18 post Fornero: conferme e ripensamenti della giurisprudenza di Cassazione*, nota a Cass., Sez. Lav., 13 marzo 2019, n. 7167 » 840
- ELISABETTA SARTOR, *La difficile interpretazione dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015: il prezzo dell'incertezza*, nota ad App. Roma 9 aprile 2019 . » 852

ENRICO MARIA MASTINU
Prof. ass. di Diritto del Lavoro dell'Università di Cagliari

LE IRREGOLARITÀ PROCEDURALI TIPICHE E ATIPICHE NELLA DISCIPLINA DI TUTELA CONTRO I LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI

SOMMARIO: 1. Regolare ed eccezionale nella disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi. 2. L'intempestività della contestazione di addebito. La sistemazione delle Sezioni Unite. 2.1) Segue. *Critica*. 2.2) Segue. *La violazione dei termini prescritti dal contratto collettivo*. 3. Il licenziamento tardivo. 3.1) Segue. *Il licenziamento intimato oltre il termine previsto dal contratto collettivo in un recente arresto della Cassazione*. 4. Altri vizi innominati. Le violazioni delle regole sulla competenza. 5. Considerazioni conclusive.

1. Regolare ed eccezionale nella disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi. Uno dei frutti più maturi dell'elaborazione sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori è stata l'acquisizione che la reintegrazione nel posto di lavoro, in quanto rimedio con effetti ripristinatori alla violazione dei limiti posti alla facoltà di recesso datoriale, fosse il modello di tutela *regolare* o *primario* in materia di responsabilità da licenziamento illegittimo; proposizione nella quale si saldavano la premessa di valore che «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma», con la considerazione di sistema che la c.d. stabilità reale, al contrario di quella meramente obbligatoria, fosse «più vicina alle scelte di valore del legislatore in tema di responsabilità contrattuale», dai cui schemi il diritto del lavoro, al pari di ogni altra disciplina settoriale, «non deve derogare senza necessità (...)»⁽¹⁾.

Sul piano sistematico, la reintegrazione rappresentava un naturale complemento della regola della giustificazione necessaria del licenziamento, la quale, in quanto protegge l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro fino a quando non si verificano le condizioni materiali che legittimerebbero il datore di lavoro a recedere, esigerebbe, quale risposta alla sua violazione, prioritariamente la realizzazione coattiva del programma contrattuale inattuato, ossia la riassegnazione del posto di lavoro illecitamente sottratto⁽²⁾.

(1) Cass. SS.UU., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro It.*, 2006, pag. 710, con nota di A. PROTO PISANI, *La prova del requisito dimensionale ex art. 18, l. 300/1970: un grand arrêt delle Sezioni unite*. Nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost. 23 aprile 1998, n. 143.

(2) Auspice la struttura commissiva dell'atto di licenziamento, l'invalidità, che è presupposto della tutela reintegratoria, realizza in forma *reale*, cioè senza la mediazione di un'obbligazione risarcitoria, il

Sul piano pratico, l'applicazione più nota di questa idea è stata l'affermazione che l'onere di provare la dimensione dell'impresa ai fini della selezione del regime di tutela applicabile contro i licenziamenti illegittimi gravasse sul datore di lavoro, anziché sul lavoratore⁽⁸⁾.

Dopo le modifiche introdotte nell'art. 18 St. lav. dall'art. 1, c. 42, lett. b, l. 92/2012 e più ancora dopo il d.lgs. 23/2015, sulla premessa della riduzione dell'ambito di applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro, ma senza che fosse mutato il quadro delle priorità costituzionali di protezione del lavoro, la regola della primazia della tutela in forma specifica nella disciplina sanzionatoria del licenziamento

programma contrattuale inattuato. Il che, beninteso, non significa piena assimilabilità dei rimedi, perché la tutela derivante dall'invalidità è automatica; il risarcimento del danno in forma specifica è oggetto di un'obbligazione avente ad oggetto la ricostituzione del rapporto di lavoro, con neutralizzazione degli effetti dell'ingiustificato scioglimento, la cui fattispecie si compone di elementi propri: colpa, sebbene quella contrattuale sia presunta; nesso di causalità; compensazione del lucro con il danno; limitazione del risarcimento alla misura prevedibile al momento in cui l'obbligazione è sorta, etc. Sul punto cfr. M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. Riva Sanseverino - G. Mazzoni, Vol. II, Padova, 1971, pag. 593 e segg.; G. CANNATI, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, pag. 137 e seg., pag. 154 e segg.; M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pag. 17 e segg., spec. pag. 34 e seg.; ID., (Voce) *Licenziamenti*, in *Digesto, Disc. Priv.*, Torino, 1993, pagg. 201-202; ID., *Il diritto del lavoro tra sfregio della stabilità e attesa dello sviluppo*, in ID., *Diritto del lavoro in trasformazione (2010-2014)*, Torino, 2014, pag. XI e segg.; ID., *Lo Statuto dei lavoratori ha 40 anni e li porta bene*, ivi, pag. 56 e segg.; ID., *Il diritto del lavoro dentro e oltre il diritto civile*, ivi, pag. 61 e segg.; AA.VV., *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico*, Milano, 2011, pag. 154 e segg.; I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, pag. 224 e segg., testo e note 40 e segg. Sul tema si veda anche A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008; G. FONTANA, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, pag. 276; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 St. lav.*, in Cinelli-Ferraro-Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino, 2013, pag. 235 e segg. Sul piano della teoria generale della responsabilità civile, la primazia del risarcimento in forma specifica fra i rimedi contro l'inadempimento è idea largamente condivisa in dottrina. Cfr., per tutti, L. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, pag. 128; ID., *Intervento in* S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, pag. 151 e segg.; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per l'inadempimento*, in *Commentario del Codice civile Scialoja - Branca*, curato da F. Galgano, Bologna, 1990, spec. pag. 134 e segg.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III^a ed., Milano, 2006, pag. 797 e segg., spec. pag. 809, nota 30; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, pag. 9 e segg.; I. PAGNI, *L'effettività della tutela ecc.*, op. cit., pag. 214 e segg.; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014, pag. 907 e segg.; M. BARBIERI et al. (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano, 2004. *Contra*, G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

(8) Ancora Cass. SS.UU., 10 gennaio 2006, n. 141 cit. I termini del dibattito scientifico, che fu molto contrastato, sono ricostruiti da P. ALBI, *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Milano, 2013, pag. 193 e segg. e da M. MARINELLI, *L'onere della prova del requisito dimensionale del datore di lavoro*, in *Giur. It.*, 2014, pag. 209 e segg., cui si rinvia per riferimenti bibliografici.

illegittimo è stata misconosciuta dalla nostra giurisprudenza superiore e, con essa, l'ancoraggio di questo frammento fondamentale del diritto del lavoro al diritto civile delle obbligazioni. Senza altra persuasiva giustificazione che non fosse il richiamo all'intenzione e allo scopo perseguito dal legislatore⁽⁴⁾, e nell'indifferenza delle molte, autorevoli e argomentate opinioni della dottrina, contrarie all'idea che la differenziazione delle forme di tutela portasse necessariamente con sé l'inversione dell'ordine di priorità fra le stesse⁽⁵⁾, l'allargamento dell'ambito di applicazione del regime in origine considerato eccezionale (si intende, rispetto al diritto comune), cioè la tutela meramente indennitaria, avrebbe dato contenuto a una nuova regola: la reintegrazione, da primario che è stato, sarebbe divenuto rimedio d'eccezione rispetto alla tutela indennitaria, nuova protagonista, anzi dominatrice, della disciplina di settore⁽⁶⁾, a sua volta, ricostruita come un sottosistema autosufficiente, che

(4) Che lo scopo pratico perseguito dal legislatore del 2012 e del 2015 sia stato quello di ridurre o marginalizzare l'ambito di applicazione della reintegrazione a vantaggio della tutela meramente indennitaria si può anche convenire. Si può anche convenire che il d.lgs. 23/2015 abbia ribaltato sul piano quantitativo il rapporto fra tutela indennitaria e tutela reale. Ciò di cui si deve fondatamente dubitare è che queste premesse siano sufficienti, a livello sistemico, cioè nel rapporto con il diritto comune delle obbligazioni, «a ridurre la reintegrazione a sanzione residuale, applicabile in ben definite ipotesi, elevando di contro a regola generale la sanzione risarcitoria». Così, invece, G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs act tra luci e non poche ombre*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pag. 358.

(5) Cfr. M.T. CARINCI, *Licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 st. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, pag. 1057, nota 15; F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, pag. 312 e segg., e in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, pag. 461 e segg.; G. CANNATI, *Profili di incostituzionalità della riforma sui licenziamenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, pag. 201 e segg.; P. ALBI, *Garanzie dei diritti ecc.*, op. cit., pag. 193 e segg.; E. VILLA, «Sussistenza» e «insussistenza» del fatto nel licenziamento disciplinare, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, pag. 678 e segg.; B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediabile tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, pag. 493; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, pag. 530 e segg.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, pag. 214; C. CESTER, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *Giur. It.*, 2014, pag. 194; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI - D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, pag. 15 e segg.; A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, pag. 414; S. AURIEMMA, *Quali tutele in caso di nullità del licenziamento, prima del superamento del periodo massimo di comporta, per il perdurare della malattia?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, pagg. 1198-1199; L. DE ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo fra passato e presente*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, pag. 605 e segg.; R. RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 177/2013*, pag. 6.

(6) Cass. SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30985, che assolutizza una proposizione espressa in termini dubitativi nell'ordinanza di rimessione n. 10159 del 21 aprile 2017, in *Giur. It.*, 2017, pag. 1910. Sulla stessa linea, da ultimo, Cass. 8 maggio 2019, n. 12174, consultabile in *nel diritto.it*. La sentenza delle Sezioni unite si può leggere in *Giur. It.*, 2018, pag. 409, con nota di C. PISANI, *Tardività del licenziamento disciplinare: le Sezioni unite escludono la reintegrazione*, nonché in *Riv. Giur. Lav.*, 2018, pag. 346

non lascerebbe spazio a diverse qualificazioni formali di diritto comune ⁽⁷⁾. Con il che le recenti riforme della disciplina dei licenziamenti avrebbero messo capo ad un processo di specialità all'inverso: il diritto del lavoro, un tempo concepito, nell'insieme dei suoi istituti e regole, come un ramo dell'ordinamento giuridico «la cui specialità si ravvisa nell'obiettivo di colmare le disuguaglianze che, alla stregua del diritto comune, inevitabilmente si verificano tra lavoratori e datori di lavoro e richiedono istituti e norme volti ad attribuire ai lavoratori una congrua tutela dei valori personali» ⁽⁸⁾, diventa regressivo rispetto al diritto civile delle obbligazioni e non nella disciplina di un suo istituto secondario ⁽⁹⁾.

L'invito a non cedere «al cieco empirismo di isolare i problemi della disciplina dei licenziamenti dai principi generali del diritto delle obbligazioni» ha ceduto il

e segg., con nota di E. RAIMONDI – V. SPEZIALE, *Licenziamento disciplinare e tardività della contestazione: la «terza via» della Corte di Cassazione*, nonché in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, pag. 259 e segg., con nota di G. E. COMES, *Contestazione disciplinare tardiva: le S.U. applicano la tutela indennitaria forte*, nonché in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, pag. 922 e segg. con nota critica di F. LUNARDON, *Il principio di immediatezza della contestazione disciplinare tra normativa lavoristica e clausole di correttezza e buona fede*. In dottrina, l'idea è condivisa da A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, pag. 428; ID., *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, in L. FIORILLO – A. PERULLI (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, Vol. IV, *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2014, pag. 170 e segg.; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, pag. 153, che, a proposito della tutela indennitaria, discorre di «misura basica a vocazione generale»; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. NOGLER – L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milano, 2013, pag. 801; L. FIORILLO, *Licenziamento individuale per giusta causa e giustificato motivo e tecniche di tutela dopo il Jobs Act*, in F. BASENGHI – A. RUSSO (a cura di), *Flessibilità, sicurezza e occupazione alla prova del Jobs Act*, Torino, 2016, pag. 448 e segg.; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, pag. 24; ID., *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pag. 103; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, pagg. 57 e 59; M. TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, in C. CESTER (a cura di), op. cit., pag. 118; M. PAPALBONI, *Gli aspetti positivi della riforma del licenziamento individuale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, pag. 18; G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare ecc.*, op. cit., pag. 358; M. MARINELLI, *L'onere della prova*, op. cit., pag. 209 e segg.

(7) Sul profilo attinente al rapporto fra disciplina dei licenziamenti e diritto comune delle obbligazioni, cfr. C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it – 273/2015, pag. 83, nonché in F. CARINCI – M. PERSIANI (diretto da) *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. V, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, Cap. VIII, *Le tutele*; C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, pag. 13 e seg.

(8) R. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto civile e del lavoro ancora a confronto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, pag. 180.

(9) Si vedano sul punto anche le annotazioni critiche di A. MONTANARI, *Jobs act e tutela contrattuale della persona: un'involuzione*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016, pag. 660; A. PERULLI, *Una questione di "valore": il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, pag. 1059 e segg.

passo alla «tendenza, contraria al principio di unità e coerenza dell'ordinamento (art. 3 Cost.), (...) a considerare la predetta disciplina (...) quale regime speciale, avulso dal diritto comune» ⁽¹⁰⁾.

Alla prova delle verifiche applicative, i frutti non sono stati tutti buoni. Sulla questione della rilevanza del vizio di tardività della contestazione disciplinare si sono dovute pronunciare le Sezioni Unite della Cassazione ⁽¹¹⁾, peraltro senza riuscire a dirimere tutti i dubbi ⁽¹²⁾; sulla questione della tardività del licenziamento si registrano orientamenti apertamente contrastanti ⁽¹³⁾; sul trattamento da riservare alle anomalie procedurali atipiche, come è ad esempio il vizio di incompetenza, si procede senza riferimenti minimamente stabili; vi è incertezza anche intorno al profilo processuale della rilevanza d'ufficio del vizio di tardività, che si vorrebbe ammessa quando la tardività medesima riguardi il licenziamento ed esclusa quando riguardi la contestazione di addebito ⁽¹⁴⁾.

2. L'intempestività della contestazione di addebito. La sistemazione delle Sezioni Unite.

Nella vigente disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi, il problema della qualificazione formale e delle conseguenze della tardività della contestazione di addebito disciplinare ha la sua origine remota nella giurisprudenza formata sul testo originario dell'art. 18, St. lav. Sebbene all'epoca non avesse ricadute applicative distinguere fra vizi procedurali e vizi sostanziali, tutto essendo assoggettato al medesimo, uniforme trattamento sanzionatorio, vi era accordo nel considerare l'immediatezza della contestazione a stregua di *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 ⁽¹⁵⁾.

(10) Ancora Cass. SS.UU., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

(11) *Infra*, § 2.

(12) *Infra*, § 2.1.

(13) *Infra*, §§ 3 e 3.1.

(14) Cass. 12 novembre 2003, n. 17058, in *Or. Giur. Lav.*, 2003, pag. 918; Cass. 26 agosto 2016, n. 17371, in www.iusexplorer.it.

(15) Cass. 8 giugno 2009, n. 13167, in *Lav. Giur.*, 2009, pag. 1169; Cass. 10 settembre 2013, n. 20719, in *Foro It. (Massimario)*, 2013, pag. 729; Cass. 13 febbraio 2015, n. 2902, in *Foro It. (Mass.)*, 2015, pag. 111; Cass. (ord.), 21 aprile 2017, n. 10159, in *Giur. It.*, 2017, pag. 1910. In dottrina, per tutti, S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, *Comm. Schlesinger*, Milano, 2002, pag. 38; M. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Napoli, 1996, pag. 278; D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 2012, pag. 22 e segg.; P. TULLINI, *Ritualità e formalismo nel procedimento disciplinare*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, pag. 213 e segg.

Sul piano dei valori, la regola dell'immediatezza accordava tutela a due interessi fondamentali del lavoratore: l'integrità del suo diritto di difesa, che può esplicarsi tanto più efficacemente e pienamente quanto più i fatti contestati sono vicini nel tempo; la sua libertà, altrimenti dimidiata dalla soggezione indefinita a un potere di ricatto del datore di lavoro ⁽¹⁶⁾.

Una volta differenziate le fattispecie di illegittimità del licenziamento in funzione dell'applicazione di un regime sanzionatorio di diversa intensità, si è presto posto il problema se la tardività della contestazione di addebito dovesse rifluire nell'ipotesi di «violazione della procedura prevista dall'art. 7» (art. 18, c. VI, St. lav.) e così ricevere la tutela indennitaria di minore importo ⁽¹⁷⁾ oppure se potesse ridondare in un vizio più grave e dare ingresso a una tutela più intensa, indennitaria (art. 18, c. V) o addirittura reale (art. 18, c. IV) ⁽¹⁸⁾.

La sistemazione della materia che ne hanno dato le Sezioni Unite della Cassazione – è noto – ha sottratto l'ipotesi di tardività della contestazione di addebito all'area dei vizi procedurali contemplati dall'art. 18, c. VI, l. 300/1970, sottrazione predicata in nome degli interessi protetti dalla regola dell'immediatezza, che avrebbero base «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». Ma ha altresì escluso l'equiparazione all'insussistenza del motivo disciplinare, sostenuta, con buoni argomenti, da una recente sentenza della Sezione lavoro della stessa Cassazione ⁽¹⁹⁾. L'indugio nell'incolpazione, se *notevole e ingiustificato*, in quanto comportamento contrario ai canoni di correttezza e buona fede, può integrare una di quelle *altre ipotesi* di ingiustificatezza del licenziamento previste dall'art. 18, c. V, l. 300/1970 ed essere sanzionata con un'indennità economica fra le dodici e le ventiquattro mensilità di retribuzione ⁽²⁰⁾.

(16) Cass. 8 giugno 2009, n. 13167, cit.; Cass. 2 maggio 2017, n. 10642 in *www.iusexplorer.it*; Cass. 13 febbraio 2015, n. 2902, cit.

(17) Cass. 2 maggio 2017, n. 10642, cit.; Cass. 26 agosto 2016, n. 17371, cit.; Cass., 6 novembre, 2014, n. 23669 in *Foro It.*, 2014, pag. 3418; Cass. 9 luglio 2015, n. 14324 in *www.iusexplorer.it*, la quale ultima esclude l'applicabilità della tutela reintegratoria attenuata, ma non prende posizione sulla ricorrenza degli estremi per la sussunzione dell'ipotesi considerata sotto il V° o il VI° comma del novellato art. 18 St. lav.

(18) Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513, che si può leggere anche in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, pag. 503, con nota di L. DI PAOLA, *Difetto di tempestività della contestazione disciplinare: violazione procedurale e/o sostanziale*.

(19) Ancora Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513, cit. Un accenno anche in Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, che si può leggere in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, pag. 102, con nota adesiva di O. MAZZOTTA, *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*.

(20) Cass. SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30985, cit., che si può leggere in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, pag. 259 e segg., con nota di G. E. COMES, *Contestazione disciplinare tardiva: le S.U. applicano la tutela indennitaria forte*, oppure in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, pag. 922 e segg., con nota critica di F. LUNARDON, *Il principio di immediatezza della contestazione disciplinare tra normativa lavoristica e clausole di correttezza e buona fede*.

2.1. Segue. Critica

Dalle Sezioni unite ci si sarebbe attesi una sistemazione complessiva della disciplina dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare. Ne è venuto fuori un compromesso non felicissimo fra l'idea che la reintegrazione sarebbe divenuto un regime eccezionale di tutela del lavoratore illegittimamente licenziato, incapace di dare disciplina a ipotesi non immediatamente riconducibili alla lettera della legge, e la necessità di accordare adeguato riconoscimento al valore del diritto di difesa del lavoratore nel procedimento disciplinare.

La proposizione che l'area dei *vizi procedurali* del licenziamento non comprenderebbe tutte le possibili violazioni delle prescrizioni dello Statuto in materia di sanzioni disciplinari corregge una vistosa irrazionalità dell'art. 18, c. VI, l. 300/1970, la cui lettera accomuna sotto lo stesso trattamento sanzionatorio ipotesi che esprimono un diverso disvalore, altro essendo l'anomalia rappresentata dal mancato esperimento del tentativo di conciliazione preventivo previsto dall'art. 7, l. 604/1966, altro la mancata comunicazione contestuale dei motivi del licenziamento, ai sensi dell'art. 2, l. 604/1966, altro, infine, la violazione delle disposizioni concernenti il contraddittorio disciplinare in senso stretto. Ma una volta (ben) fondata la regola dell'immediatezza della contestazione sui valori di dignità e libertà del lavoratore, il discorso non dovrebbe rimanere limitato al ritardo nella contestazione di addebito, bensì essere allargato alla porzione di disposizione statutaria, che riguarda il contraddittorio, cioè i commi 2 e 3 del richiamato art. 7, l. 300/1970, i medesimi che la Corte costituzionale estese ai licenziamenti disciplinari, proprio perché espressivi di istanze di tutela di interessi fondamentali del lavoratore oltre che di un inderogabile principio di civiltà giuridica⁽²¹⁾. Non solo dunque il difetto nella contestazione di addebito tardiva, generica o gravemente incompleta, ma anche la conculcazione del diritto di difesa in senso stretto e, alle condizioni specificate da Cass. 1 giugno 1987, n. 4823, pure la previa conoscibilità del codice disciplinare⁽²²⁾, dovrebbero essere considerati vizi estranei all'ambito

(21) Corte cost. 30 novembre 1982, n. 204; Corte cost. 20 luglio 1989, n. 427; Corte cost. 23 luglio 1991, n. 364, ove la proposizione che il contraddittorio disciplinare presidia «fondamentali esigenze di garanzia del lavoratore» ed «esprime un valore essenziale per la persona del lavoratore». Nella giurisprudenza ordinaria si veda Cass. SS.UU., 30 marzo 2007, n. 7880, in *Foro It.*, 2007, pag. 4371, nonché Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745, in *www.iusexplorer.it*. Durante i lavori preparatori della legge 11 maggio 1990 n. 108, l'art. 1, c. 1 conteneva un capoverso, l'ultimo, poi soppresso in sede di approvazione definitiva, il quale prescriveva che al licenziamento per motivi disciplinari si applicassero le disposizioni di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 7, a prescindere dal numero di lavoratori occupati, sanzionando con la nullità la loro inosservanza.

(22) Cass. SS.UU., 1 giugno 1987, n. 4823, in *Riv. Giur. Lav.*, 1987, pag. 219. Le SS.UU. corressero il rigore di Corte cost. 30 novembre 1982, n. 204 in merito all'applicabilità del comma 1 dell'art. 7, quello concernente la prevista pubblicizzazione del codice disciplinare; limitazione ritenuta eccessiva,

di applicazione della disciplina dell'art. 18, c. VI, l. 300/1970⁽²³⁾. Senza di che, la fattispecie descritta da questa disposizione continuerebbe a comporsi irragionevolmente da un insieme di fatti non omogenei, in strisciante contrasto con il principio di uguaglianza⁽²⁴⁾.

Anche la collocazione del vizio di tardività fra *le altre ipotesi* di ingiustificatezza del licenziamento e la conseguente applicazione della tutela indennitaria rinforzata prevista dal comma V dell'art. 18 St. lav., effettuata in nome del richiamo alle clausole di correttezza e buona fede⁽²⁵⁾, ammetteva alternative più coerenti con il giudizio di disvalore della violazione delle regole sul contraddittorio disciplinare e più rispettose della tradizione interpretativa in materia di licenziamento per causali soggettive. La quale offriva uno schema di soluzione collaudato, se non anche razionalmente fondato, del problema: poiché l'inadempimento contrattuale del lavoratore diventa infrazione disciplinare e motivo di recesso solo se accertato nel pieno contraddittorio fra le parti, ogni anomalia del procedimento che sia tale da

non mitigata dal riconoscimento della possibilità di ripetere la procedura, posto che, dovendo il codice disciplinare preesistere al fatto, non sarebbe stato più possibile predisporlo e pubblicizzarlo dopo che l'inadempimento fosse stato commesso. Le SS.UU. affermarono la tesi della defettibilità dell'onere della pubblicità, sul presupposto che la legittimazione a licenziare non sarebbe stata attribuita al datore di lavoro dal codice disciplinare bensì direttamente dalla legge e che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo erano contenute nella legge ed erano sufficientemente determinate e pubblicizzate. Eventualmente la valenza costitutiva dell'inserimento del licenziamento nel codice disciplinare avrebbe potuto essere recuperata con riferimento a quelle ipotesi nelle quali la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo avessero dovuto definirsi in relazione ad una particolare struttura organizzativa dell'impresa. Più di recente Cass. 9 agosto 2012, n. 14326, in *Giur. Cost. (Mass.)*, 2012, pag. 2031; Cass., 26 marzo 2014, n. 7105, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, pag. 100, con nota di C. PEDERZOLI, *Pubblicità del codice disciplinare e sanzioni conservative in caso di violazione del c.d. minimo etico*. In dottrina, cfr., da ultimo, le annotazioni di F. LAMBERTI, *Omessa affissione del codice disciplinare e tutela applicabile*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2018, pag. 178 e segg.

(23) In dottrina, cfr. V. SPEZIALE, *La riforma ecc.*, op. cit., pag. 542 e segg.; G. FONTANA, *Problemi ecc.*, op. cit., pag. 278 e segg. Per quanto attiene alla sanzione applicabile, la mancata affissione del codice disciplinare è, per lo più, considerato vizio che incide sull'esistenza del potere di licenziare e, come tale, meritevole della tutela reintegratoria attenuata. Sul punto specifico cfr. L. DI PAOLA, *L'illegittimità del licenziamento individuale per vizi formali e procedurali*, in BASILICO - BRACCI - DI PAOLA - FEDELE - MIMMO - SORDI, *Il licenziamento. Dalla legge Fornero al Jobs Act*, Milano, 2016, pag. 265; M. BARBIERI, *La nuova disciplina ecc.*, op. cit. pagg. 45-46; B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in F. CARINCI - C. CESTER, *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)* Adapt, University Press., 2015, pag. 145. L'ascrizione al novero delle altre ipotesi di ingiustificatezza (art. 18, c. V, St. lav.) è predicata da M. TREMOLADA, *Il licenziamento ecc.*, op. cit., pag. 881.

(24) P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Torino, 2016, pag. 95 e segg. Per uno spunto in tal senso, si veda anche il considerando n. 11 della nota sentenza della Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194.

(25) Sul punto specifico, cfr. le annotazioni critiche di F. LUNARDON, *Il principio ecc.*, op. cit., pag. 924 e segg.

impedire quel contraddittorio e quell'accertamento dovrebbe risolversi in assenza di motivo del licenziamento e, per questa via, ricadere sotto la disciplina prevista dall'art. 18, c. IV, l. 300/1970 e dall'art. 3, c. 2, d.lgs. 23/2015⁽²⁶⁾: questa sarebbe stata la conclusione più coerente con la premessa, comunemente accolta, secondo la quale l'immediatezza della contestazione sarebbe un *elemento costitutivo* del potere datoriale di licenziare⁽²⁷⁾. Essa avrebbe avuto anche il pregio di mantenere coerente e unitaria l'interpretazione della disciplina sanzionatoria nelle diverse aree di tutela, posto che, dove ancora si applica il regime della l. 604/1966, la regola dovrebbe essere rimasta quella dell'equiparazione delle anomalie procedurali più gravi all'assenza di giustificazione, sebbene con effetti sanzionatori diversi⁽²⁸⁾. Sarebbe stata, altresì, la più coerente con le valutazioni espresse dal legislatore nella disciplina del pubblico impiego, dove è esplicitamente stabilito che i termini per la contestazione di addebito e per la conclusione del procedimento sono perentori e che il superamento degli altri termini endoprocedimentali può compor-

(26) Cass. SS.UU., 18 maggio 1994, n. 4844, in *Foro It.*, 1994, pag. 2076; Cass. SS.UU., 26 maggio 1994, n. 3966, in *Foro It.*, 1994, pag. 1708; Cass. SS.UU., 30 marzo 2007, n. 7880, cit. L'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 richiede che l'insussistenza del fatto contestato sia dimostrata direttamente dal lavoratore. Ma nella vicenda in argomento, questa prescrizione non aggrava gli oneri di allegazione e prova che incombono su di questo, posto che, quando l'insussistenza del fatto contestato è una conseguenza della tardività della contestazione di addebito, di norma, la relativa allegazione è documentalmente e quindi direttamente provata in giudizio. Sul punto, cfr. D. DALFINO, *Impugnativa del licenziamento disciplinare e onere della prova*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2018, pag. 2010 e segg.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio ecc.*, op. cit., pag. 329.

(27) *Retro*, § precedente. L'incoerenza fra la premessa che alcuni vizi procedurali ridonderebbero in assenza di giustificazione e la conclusione che esclude la reintegrazione, non sembra colta da Cass. 2 maggio 2017, n. 10642, cit., la quale, richiamandosi proprio alla giurisprudenza delle SS.UU., che equiparò il vizio procedurale all'assenza di giustificazione del licenziamento, ha affermato che il lavoratore, licenziato per giusta causa all'esito di una contestazione tardiva, ha diritto alla sola tutela indennitaria debole prevista dal VI comma dell'art. 18, st. lav., ma gli spetta anche l'indennità di mancato preavviso, il che è quanto dire che non vi era la giusta causa allegata.

(28) Cfr. sul punto, F. ROSSI, in F. ROSSI, B. DE MOZZI, *I licenziamenti inefficaci*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, pag. 209. Sempre che non si voglia sostenere, come pure si è fatto con buoni argomenti, che la riduzione legislativa delle violazioni dell'art. 7 St. lav. a meri vizi procedurali impedisca quell'operazione di equiparazione fra vizi procedurali e vizi sostanziali anche per i datori di lavoro sotto soglia, i quali dovrebbero, per ciò, essere assoggettati alla disciplina di diritto comune, che prevedrebbe la nullità. Sul punto cfr. C. PISANI, *Le conseguenze di vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge 92 del 2012*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, pag. 266; ID., *Il licenziamento disciplinare ecc.*, op. cit., pag. 108; F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 1103; P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità in entrata e flessibilità in uscita nella l. 92/2012 di riforma del mercato de lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 832. Il problema non si pone per i rapporti di lavoro assoggettati alla disciplina prevista dal d.lgs. n. 23/2015, in seno al quale le violazioni della procedura prevista dall'art. 7, l. n. 300/1970 ricevono la medesima qualificazione giuridica nelle diverse aree di tutela (art. 9).

tare la decadenza dall'esercizio del potere disciplinare e la nullità della sanzione se risulta «irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente»⁽²⁹⁾.

Su questa linea di pensiero, insieme a una parte della dottrina⁽³⁰⁾, si era alla fine attestata la Sezione lavoro della Cassazione in una delle pronunce che hanno dato causa alla rimessione della questione alle Sezioni unite. Il fatto contestato in ritardo, cui deve equipararsi quello contestato genericamente o in modo gravemente incompleto, non riesce ad assurgere al piano delle valutazioni giuridiche e dunque non è idoneo a essere verificato in giudizio; si intende quale infrazione disciplinare, ché per quanto attiene alla responsabilità contrattuale, cioè al risarcimento del danno, il discorso è diverso. Può e deve, pertanto, essere considerato come fatto insussistente ai sensi e per gli effetti del comma IV dell'art. 18 novellato⁽³¹⁾. E a scansare l'obiezione circa l'asserito carattere tassativo delle ipotesi nelle quali sarebbe oggi ammessa la tutela reintegratoria, si sarebbe potuto agevolmente rispondere che non di applicazione analogica si sarebbe trattato, tecnicamente neppure praticabile con le disposizioni di fattispecie, quali sono l'art. 18, c. IV, l. 300/1970 e l'art. 4, d.lgs. 23/2015, ma di integrazione di un elemento

(29) Sul punto, B. DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di immediatezza nel licenziamento disciplinare*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, pag. 1127 e segg.; B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare ecc.*, op. cit., pag. 517 e segg.

(30) Cfr. gli autori indicati alla successiva nota 38. La tesi della ascrivibilità del vizio di tardività della contestazione di addebito alle ipotesi di ingiustificatezza generica è sostenuta da C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare ecc.*, op. cit., pagg. 110-111; ID., *Le conseguenze di vizi procedimentali ecc.*, op. cit., pag. 268; ID., *Tardività del licenziamento ecc.*, op. cit., pag. 409 e segg. La riconduzione di tutti i vizi procedurali, compresi quelli attinenti alla contestazione di addebito, alla disciplina prevista dall'art. 18, c. VI, St. lav. e 4, d.lgs. n. 23/2015 è sostenuta, pur con diversità di accenti, da M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18, St. lav. dopo la riforma Fornero*, in *LG*, 2012, pag. 880; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio ecc.*, op. cit., pag. 421 e segg.; M. D'ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in P. CHIBCO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Bari, 2013, pag. 363 e segg.; P. TOSI - E. PUCCETTI, *La dissoluzione di una riforma nella tardività della contestazione disciplinare*, in *Giur. It.*, 2017, pag. 1912 e segg.; L. DE ANGELIS, *Ripensando all'immediatezza della contestazione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* - 362/2018, pag. 10 e segg. Sulla medesima linea anche C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit., pag. 83, ivi con la precisazione che la tutela reale attenuata potrebbe trovare applicazione se il lavoratore chieda, ai sensi dell'ultimo inciso dell'art. 18, c. VI, St. lav. e dell'art. 4, d.lgs. n. 23/2015, che sia accertata anche la insussistenza del motivo disciplinare e il datore di lavoro non riesca ad assolvere al suo onere di prova. Il che è quanto dire che il difetto della contestazione non equivale ad assenza di motivo ma ne è un indice da corroborare con altre risultanze processuali.

(31) Cfr. ancora Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513 cit., ove anche l'annotazione che la lettera dell'art. 18, c. 4, l. 300/1970 (ed altresì dell'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015) prevede che il fatto la cui insussistenza è cagione dell'applicazione della tutela reintegratoria attenuata debba essere contestato; si intende, in modo regolare. Onde la conclusione che l'irregolarità della contestazione farebbe venir meno anche il fatto, che ha rilievo disciplinare solo se regolarmente contestato. In dottrina, cfr. le considerazioni di L. DI PAOLA, *L'illegittimità ecc.*, op. cit., pag. 261 e segg.; F. MERCURI, *Genericità della contestazione di addebito e insussistenza del fatto contestato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, pag. 1037 e segg. In senso critico su questa proposizione della Cassazione P. TOSI - E. PUCCETTI, *La dissoluzione ecc.*, op. cit., pag. 1912 e segg.

della fattispecie medesima con uno equivalente; una *identità/equivalenza* di casi, non naturalistica ma normativa⁽³²⁾. Non verrebbero dunque in rilievo la contravvenzione agli obblighi di correttezza e buona fede, ciò che spingerebbe verso i lidi della tutela indennitaria, né la perdita del potere di licenziare sul modello della *Verwirkung* di matrice germanica, priva di fondamento positivo nel nostro ordinamento, ma la carenza di un elemento fondamentale (*costitutivo*) attinente al presupposto legittimante il recesso; donde l'applicazione di una regola di validità, quale è quella prevista dal IV comma dell'art 18 St. lav.⁽³³⁾.

In questa luce, si basa su di una petizione di principio l'opinione secondo la quale la salvezza dell'ipotesi in cui il giudice, «(...) accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento», prevista dall'inciso finale dell'art. 18, c. VI, St. lav. e dell'art. 4, d.lgs. 23/2015, confermerebbe la irriducibilità dei vizi procedurali a quelli sostanziali. L'argomento regge solo se si considera il vizio di tardività a stregua di accidente procedurale, cioè se si premette ciò che si deve dimostrare. Non se, con i più, si ammette che si danno disposizioni che, «ancorché inserite in un contesto di norme procedurali, hanno rango di norme sostanziali, che regolano il corretto esercizio del potere di recesso datoriale»⁽³⁴⁾, cioè se si riconosce che il vizio di tardività della contestazione non è procedurale ma sostanziale, capace di integrare quel «difetto di giustificazione del licenziamento» cui si riferisce la riserva legislativa al fine di sottrarre l'ipotesi considerata all'applicazione della tutela indennitaria di minor importo.

Sul piano processuale, l'attrazione della intempestività della contestazione di addebito fra i vizi sostanziali, che incidono sulla sussistenza stessa del presupposto costitutivo del licenziamento, cioè sulla sua giustificazione, dovrebbe valere a rendere il relativo vizio rilevabile d'ufficio, al pari di quanto accade a proposito del vizio di tardività del licenziamento, che non è oggetto di una eccezione in senso stretto, soggetta alle preclusioni di rito⁽³⁵⁾.

(32) L. CAIANI, voce *Analogia*, in *Enc. Dir.*, 1958, pag. 362; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, pag. 253 e segg.

(33) Sul punto, cfr. le annotazioni di B. DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie ecc.*, op. cit., pag. 1108 e segg. e di L. DE ANGELIS, *Ripensando ecc.*, op. cit., pag. 6 e segg.

(34) Cass. 3 settembre 2018, n. 21569, cit.

(35) L'iscrizione dell'eccezione di tardività della contestazione di addebito al novero delle eccezioni in senso stretto, in quanto tale soggetta alle preclusioni di cui agli artt. 414, 416, 437 c.p.c., e dell'eccezione di tardività del licenziamento a quella delle eccezioni in senso lato, rilevabili d'ufficio, è effettuata dalla nostra giurisprudenza sul presupposto che la prima eccezione avrebbe natura procedurale, mentre la seconda sostanziale (Cass. 12 novembre 2003, n. 17058, cit., ma *contra*, nel senso che anche l'eccezione di tardività della contestazione sarebbe rilevabile d'ufficio, Cass. 26 agosto 2016, n. 17371, cit.). Ma se si riconosce che anche la prima eccezione attiene alla sussistenza del presupposto costitutivo del licenziamento, al pari della seconda, allora non vi è ragione di differenziare il regime della deduzione in giudi-

La distinzione fra il piano della responsabilità risarcitoria, il cui presupposto (l'inadempimento) è liberamente accertabile, e quello della responsabilità disciplinare, il cui presupposto (l'infrazione) ha nella regola del (pieno) contraddittorio il suo modo vincolato di accertamento, è misconosciuta dalle Sezioni unite, che discorrono di «accertata sussistenza dell'illecito disciplinare posto a base del licenziamento (...)» senza che si sia dato luogo a «tempestiva contestazione», che riecheggia la distinzione fra fatto materiale e fatto giuridico, che ha acceso il primo dibattito sull'interpretazione della nuova formulazione dell'art. 18 St. lav.⁽³⁶⁾. Ma senza l'ancoraggio al valore degli interessi protetti dalla regola del contraddittorio disciplinare, come riconosciuti dalla tradizione interpretativa in materia, e senza un'idea salda del rapporto fra rimedi nella disciplina settoriale e in quella di diritto comune, l'opera di specificazione del significato degli artt. 7, 18, c. VI, l. 300/1970 e 4, d.lgs. 23/2015, procede in modo casuale, spingendo a formulare distinzioni non sempre perspicue.

Una volta che si sia accordata rilevanza all'accertamento *aliunde* del fatto storico di inadempimento, cioè indipendentemente dalla verifica in (pieno) contraddittorio disciplinare, risulta difficile spiegare la differenza di regime sanzionatorio accordato all'ipotesi di ritardo *notevole e ingiustificato* nella contestazione di addebito, ricondotto all'ipotesi prevista dal comma V dell'art. 18, St. lav.⁽³⁷⁾, rispetto all'ipotesi di assenza *tout court* o estrema genericità della contestazione disciplinare, che, per ampio consenso, sarebbe da punire con la reintegrazione attenuata⁽³⁸⁾. La tardività impedisce che la contestazione di addebito raggiunga lo scopo al

zio. Il dato mi sembra non sia colto da L. DI PAOLA, *Difetto di tempestività ecc.*, op. cit., pag. 506, che si richiama all'autorità di Cass. 21 aprile 2005, n. 8305, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, pag. 2109; Cass. 30 marzo 2006, n. 7534, in www.iusexplorer.it.

(36) Nella dottrina più recente, anche in termini riassuntivi del dibattito, E. VILLA, «Sussistenza» e «insussistenza» ecc., op. cit., pag. 663 e segg.; R. GALARDI, *La Cassazione e l'art. 18 st. lav.; dal fatto materiale al fatto disciplinarmente rilevante*, in NGC (per autore citare per esteso), 2016, pag. 390. In giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cass. 8 maggio 2019, n. 12174 cit.

(37) Cass. SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30985, cit.

(38) Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745, cit. In dottrina, cfr. M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 633; ID., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pag. 329; M. BARBIERI, *La nuova disciplina ecc.*, op. cit., pag. 43; A. PAL-LADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, pag. 675; G. CANNATI, *Profili di incostituzionalità ecc.*, op. cit., pag. 203 e segg.; G. MORO, *Licenziamento disciplinare in assenza di preventiva contestazione: quali conseguenze dopo la riforma Fornero*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, pag. 806 e segg.; F. CARINCI, *Licenziamento e tutele differenziate*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Torino, 2016, pag. 135; ID., *Ripensando ecc.*, op. cit., pagg. 309-310; ID., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 1111; R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo articolo 18*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, Milano, 2014, pagg. 52-53; A. BOSCATI, *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, pag. 1056; F. ROSSI, in F. ROSSI, B. DE

quale è ordinata, e, se è così, allora è d'obbligo equiparare la tardività all'assenza. Il che sarebbe un'applicazione del medesimo principio che, nel diritto processuale civile, mette sullo stesso piano la c.d. motivazione apparente o contraddittoria o illogica e l'assenza *tout court* della motivazione della sentenza ai fini dell'applicazione della nullità prevista dagli artt. 156, cc. 2 e 3 e 132, c. 1, n. 4 c.p.c. e della denunciabilità del relativo vizio in Cassazione ai sensi dell'art. 360, c. 1, n. 4, c.p.c. ⁽³⁹⁾.

In analogo ordine di considerazioni, non è facilmente razionalizzabile né agevolmente applicabile la distinzione fra ritardo semplice, evidentemente riconducibile all'area dei vizi meramente procedurali, e ritardo *notevole e ingiustificato*, espressivo di un'anomalia più grave e quindi sanzionabile con la tutela indennitaria forte ⁽⁴⁰⁾; oppure quella fra ritardo semplice e ritardo qualificato dalla violazione di termini fissati dal contratto collettivo, il primo da sanzionare con la tutela indennitaria forte, il secondo con quella debole ⁽⁴¹⁾.

2.2. Segue. La violazione dei termini prescritti dal contratto collettivo

Abbandonata, anzi invertita, la bussola del rapporto fra rimedi, quasi pentite dell'azzardo di avere ricondotto l'ipotesi di tardività della contestazione di addebito al comma V dell'art. 18 St. lav., le Sezioni unite si lasciano sfuggire una precisazione; non richiesta, né necessaria: se l'indugio nella contestazione di addebito è qualificato dalla violazione di un termine stabilito dal contratto collettivo, la vicenda rimane confinata sotto la disciplina dei vizi meramente procedurali contenuta nell'art. 18, c. VI, l. 300/1970. Sarebbero qui non più la natura e il rango degli interessi protetti a guidare la regolazione dei confini fra le diverse qualificazioni dei vizi procedurali del licenziamento, ma il rango e la natura della fonte che li protegge.

Se non che, l'idea che le prescrizioni concernenti il contraddittorio contenute nei codici disciplinari non attengano alla tutela dei medesimi interessi fondamentali del lavoratore, protetti dalle disposizioni di legge e che quindi siano sempre degradabili a fonti di meri adempimenti procedurali è almeno affrettata. Una più meditata riflessione avrebbe dovuto condurre a distinguere quelle

MOZZI, *I licenziamenti inefficaci ecc.*, op. cit., pag. 201; G. FONTANA, *Problemi ecc.*, op. cit., pag. 283 e segg.; DI PAOLA, *L'illegittimità del licenziamento ecc.*, op. cit., pag. 266 e segg., ma con la precisazione (nt. 68 e poi anche pagg. 274-275) che, se il licenziamento è motivato ed è intimato a ridosso della cognizione dei fatti da parte del datore di lavoro, allora il vizio sarebbe meramente procedurale.

(39) Un accenno in tal senso in R. DEL PUNTA, *La riforma italiana ecc.*, op. cit., pag. 53; R. ROMBI, *La prima ordinanza sull'art. 18 della l. 300/1970: tanto rumore per nulla*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, pag. 1072.

(40) Sul punto cfr. le annotazioni di L. DI PAOLA, *Difetto di tempestività ecc.*, op. cit., pag. 505 e segg. e di G. DE LUCA, *La tardività allo specchio: vizio procedimentale ma non troppo*, in *Lav. Giur.*, 2018, pag. 358.

(41) *Infra*, § successivo.

che non riguardano il nucleo essenziale del contraddittorio (ad es., quelle che si correlano al periodo di raffreddamento previsto dall'art. 7, c. 5, l. 300/1970, magari ampliandolo) o che, riguardandolo, si limitano ad arricchire il contenuto minimo di garanzie previsto dalla legge (ad es., la possibilità di avvalersi dell'assistenza di un avvocato in luogo di un o insieme a rappresentante sindacale; forme speciali di pubblicità del codice disciplinare, diritto al differimento della convocazione a difesa in caso di impedimento⁽⁴²⁾, modalità vincolate della comunicazione dell'addebito o della convocazione a difesa), da quelle che invece lo specificano, dandogli corpo a stregua di valutazioni convenzionali. Queste ultime, a differenza delle prime, partecipano del medesimo rango delle disposizioni di legge che specificano e dunque debbono ricevere le medesime garanzie di osservanza; tutela reale dimidiata o indennitaria rinforzata non fa qui differenza. Non è dunque vero che la violazione delle regole di matrice contrattuale collettiva integri sempre un mero vizio procedurale⁽⁴³⁾. E ci si porrebbe su di un sentiero malsicuro se si pretendesse di risolvere la questione in termini quantitativi e affermare che, in fondo, pochi giorni di ritardo rispetto al termine convenzionale sarebbero poca cosa e sarebbe dunque adeguata la tutela indennitaria minore⁽⁴⁴⁾. Certamente: altro è una contestazione di addebito che giunge a distanza di molti mesi se non di anni dall'asserita infrazione; altro è se l'indugio ha superato di poco i termini, di regola espressi in giorni, dalla contrattazione collettiva. Ma in disparte la considerazione che anche il superamento dei termini stabiliti dal contratto collettivo può avere, in concreto, diversa entità ed essere anch'esso *notevole e ingiustificato* (*quid iuris*, in tal caso?)⁽⁴⁵⁾, 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⁽⁴⁶⁾. E rispetto a questo interesse, l'inosservanza di un termine

(42) Sul quale profilo si veda, Cass. 28 maggio 2018, n. 13267, in *www.iusexplorer.it*.

(43) Così, invece, B. DE MOZZI, *I vizi formali ecc.*, op. cit., pag. 146.

(44) Così, invece, B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare ecc.*, op. cit., pag. 525.

(45) Il dato è colto anche da F. LUNARDON, *Il principio ecc.*, op. cit., pag. 928, da C. PISANI, *Tardività del licenziamento ecc.*, op. cit., pag. 415 e da G. DE LUCA, *La tardività ecc.*, op. cit., pag. 353, i quali ultimi ritengono che l'ipotesi considerata rientri nella fattispecie maggiore del ritardo notevole e ingiustificato, dove è evidente che l'elemento discriminante nel decidere l'iscrizione al V o al VI comma dell'art. 18 St. lav. non attiene al rango della fonte di disciplina, ma all'entità dello scostamento temporale rispetto alla notizia di infrazione.

(46) Cass. 13 febbraio 2015, n. 2902, cit. Anche nella più volte richiamata Cass., SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30958, si dà atto che la regola generale della tempestività della contestazione disciplinare «appa- ga 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

convenzionale breve vale quanto il ritardo *notevole e ingiustificato* che, nel *dic-tum* 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 attaglia la tutela indennitaria forte o addirittura la reintegrazione in servizio, medesima sanzione dovrebbe essere collegata anche alla prima ⁽⁴⁷⁾.

3. Il licenziamento tardivo.

Quando ad essere tardivo non fosse l'addebito ma il licenziamento, sarebbe indubbia la estraneità del vizio al novero di quelli procedurali, previsti e disciplinati nel VI comma dell'art. 18 St. lav. e nell'art. 4, d.lgs. 23/2015. Il licenziamento – si sostiene con poche voci contrarie – è atto esterno e dunque estraneo al procedimento disciplinare, che terminerebbe con le giustificazioni del lavoratore ⁽⁴⁸⁾.

Sul piano processuale, la diversa incidenza del vizio di intempestività del licenziamento rispetto a quello di tardività della contestazione di addebito vale a qualificare la relativa eccezione a stregua di eccezione in senso lato, non soggetta alle preclusioni di rito e rilevabile d'ufficio dal giudice ⁽⁴⁹⁾.

La premessa conferma una volta di più che la nozione di *procedura* contemplata negli artt. 18, c. VI, l. 300/1970 e 4, d.lgs. 23/2015 è ristretta alle fasi e agli atti interni al procedimento, con esclusione dell'atto di avvio, cioè dell'incolpazione, e dell'atto conclusivo, cioè l'adozione della sanzione. Ma è muta rispetto al trattamento sanzionatorio da accordare all'ipotesi considerata, la cui scelta ha finito per essere guidata, ancora una volta, dall'idea che la non piana riconducibilità ai casi nominati e tipici in cui sarebbe ammessa la reintegrazione comporti fatal-

lavoro a sanzionare una mancanza disciplinare (...). In ragione di questa valutazione, si presume la natura perentoria e si esclude quella ordinatoria dei termini stabiliti dal contratto collettivo. Cfr. Cass. 13 marzo 2013, 6337 in *Foro It. (Mass)*, 2013, pag. 196. In dottrina, cfr. M.T. PEZZONI, *Sui vincoli contrattuali al potere disciplinare*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, pag. 364 e segg.

(47) In questo senso, F. ROSSI, in F. ROSSI, B. DE MOZZI, *I licenziamenti inefficaci ecc.*, op. cit., pag. 202.

(48) Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, cit.; Cass. (ord.), 21 aprile 2017, n. 10159, cit.; Cass. SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30985, cit. In posizione singolare rispetto a questo orientamento si pone Cass. 26 agosto 2016, n. 17371, cit., la quale, pur dando atto anch'essa che la tempestività del licenziamento sarebbe elemento costitutivo del diritto di recesso, ricollega al vizio di tardività del licenziamento la sanzione indennitaria attenuata di cui al comma VI dell'art. 18, St. lav. In dottrina, cfr. C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare ecc.*, op. cit., pag. 111 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici ai precedenti contributi dello stesso Autore; M. TREMOLADA, *Il licenziamento ecc.*, op. cit., pag. 881. Contra, P. TOSI – E. PUCCHETTI, *La dissoluzione ecc.*, op. cit., pag. 1912 e segg.

(49) Cass. 12 novembre 2003, n. 17058, cit. *Ma contra*, nel senso che anche l'eccezione di tardività della contestazione di addebito sarebbe rilevabile d'ufficio, Cass. 26 agosto 2016, n. 17371, cit.

mente il refluire verso la fattispecie, considerata generale, prevista dall'art. 18, c. V, St. lav. e dall'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015⁽⁵⁰⁾.

Eppure l'indugio ingiustificato nel licenziamento è anomalia che ha punti di contatto qualificanti con il ritardo ingiustificato nella contestazione di addebito, che ne giustificherebbero la comunanza di trattamento sanzionatorio sotto la disciplina del comma IV dell'art. 18 St. lav. e del comma II dell'art. 3, d.lgs. 23/2015.

Non si dice forse comunemente che (anche) la tempestività del licenziamento è un *elemento costitutivo* del potere di recesso datoriale?⁽⁵¹⁾ E a cosa allude questa espressione se non alle ripercussioni dell'anomalia considerata sul motivo del licenziamento, che è, per l'appunto, il presupposto costitutivo dell'atto datoriale di recesso?

Sul piano dei valori, poi, l'indugio nel licenziamento se anche non attinge l'esplicazione del diritto di difesa, attenta alla libertà del lavoratore, intesa come sottrazione al potere di ricatto del datore di lavoro, che è uno dei beni fondamentali protetti dalla regola di immediatezza della contestazione di addebito⁽⁵²⁾.

Il vero è che la tardività incide sul rapporto fra accertamento in contraddittorio del fatto e licenziamento in modo strutturalmente non dissimile che sul rapporto fra la commissione del fatto e la sua contestazione. Nell'uno e nell'altro caso il fatto imputato al lavoratore non riesce ad assurgere al piano delle valutazioni giuridiche come infrazione disciplinare: in un caso perché manca l'accertamento in contraddittorio; nell'altro perché manca la qualificazione di infrazione disciplinare da parte dell'unico soggetto abilitato a compierla, cioè il datore di lavoro, la cui prolungata inerzia o tolleranza è indice socialmente tipico non tanto di rinuncia all'esercizio del potere disciplinare o di sua perdita, ma di una valutazione di irrilevanza disciplinare, a cagione dell'accoglimento delle difese spiegate dal lavoratore, oppure della rivalutazione circa la consistenza del fatto contestato⁽⁵³⁾.

(50) Cfr. ancora Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, cit.; Cass. (ord.), 21 aprile 2017, n. 10159, cit.; Cass. SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30985, cit. *Contra*, Cass. 26 agosto 2016, n. 17371, cit., la quale ritiene il vizio di tardività del recesso meritevole della sanzione indennitaria attenuata di cui al comma VI dell'art. 18, St. lav. In dottrina cfr. L. DI PAOLA, *L'illegittimità ecc.*, op. cit., pag. 274; B. DE MOZZI, *I vizi formali ecc.*, op. cit., pag. 151.

(51) Cfr. le sentenze richiamate alle due note precedenti, cui adde Cass. 12 novembre 2003, n. 17058, cit.

(52) *Retro*, § 2.

(53) Cfr. Cass. 4 maggio 2011, n. 9767, in *Giur. It.*, 2012, pag. 625; Cass. 16 agosto 2016, n. 17113, in *Lav. Giur.*, 2016, pag. 1123, la quale, tuttavia, in modo contraddittorio ed apertamente contraddetto dalla giurisprudenza successiva (fra cui Cass. 3 settembre 2018, n. 21569, cit.), ascrive l'ipotesi della tardività del licenziamento, per di più qualificata dalla violazione di un termine stabilito dal ccnl, al vizio procedurale previsto dall'art. 18, c. VI, st. lav. In dottrina la premessa dell'irrilevanza disciplinare del fatto pur contestato ma non seguito tempestivamente dal licenziamento è condivisa da C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare ecc.*, op. cit., pag. 110, il quale annota che «la tardività può essere vista come una sostanziale assenza di giustificazione del

3.1. Segue. Il licenziamento intimato oltre il termine previsto dal contratto collettivo in un recente arresto della Cassazione

L'incongruenza fra la premessa che (anche) la tempestività del licenziamento, al pari della tempestività della contestazione di addebito, sarebbe un *elemento costitutivo* del potere di recesso del datore di lavoro e la conclusione che, tuttavia, non sarebbe possibile ricondurre l'ipotesi considerata sotto la disciplina prevista per l'*insussistenza del fatto contestato*, è messa a nudo da una recente pronuncia della Sezione lavoro della Cassazione. Accade che alcuni contratti collettivi di lavoro si premurino di stabilire un limite temporale per l'adozione del licenziamento, una volta formulata la contestazione di addebito o raccolte le difese del lavoratore, talora soggiungendo che l'inutile spirare del termine deve essere inteso quale accoglimento delle giustificazioni spiegate dal lavoratore medesimo⁽⁵⁴⁾. Si tratta dell'esplicitazione, a stregua di un criterio di normalità e di auto responsabilità, del significato del superamento del termine convenzionalmente fissato. In questa seconda ipotesi, un recente arresto della nostra giurisprudenza superiore ha opinato che il vizio di tardività ridonda in *insussistenza del fatto contestato* «per la totale mancanza di un elemento essenziale della giusta causa». Il riferimento al concetto di giusta causa è improprio: a mancare sarebbe più esattamente la valutazione soggettiva del datore di lavoro in ordine alla sussistenza, alla rilevanza o alla gravità del fatto contestato (giusta causa o giustificato motivo soggettivo non può fare differenza)⁽⁵⁵⁾, valutazione il cui segno è espresso da un comportamento che prende significato in rapporto al contenuto del patto sul termine di adozione del licenziamento. Donde l'applicazione della tutela reale c.d. attenuata⁽⁵⁶⁾.

licenziamento». L'Autore, tuttavia, ritiene meritevole l'ipotesi considerata della tutela indennitaria forte. L'idea è condivisa da M. TREMOLADA, *Il licenziamento ecc.*, op. cit., pag. 881 e avversata da P. TOSI ed E. PUCETTI, *La dissoluzione ecc.*, op. cit., pag. 1912 e segg., i quali optano per l'iscrizione al novero dei vizi meramente procedurali. L'irrilevanza disciplinare del fatto sarebbe equiparabile alla materiale insussistenza del medesimo anche nella disciplina dell'art. 3, c. 2, d.lgs. 23/2015. Sul Punto cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio ecc.*, op. cit., pag. 325.

(54) È il caso, ad es., dell'art. 21, n. 6 ccnl per il settore gas e acqua del 14 gennaio 2014 o dell'art. 8, c. 4 del titolo VII del ccnl per il settore metalmeccanico del 31 maggio 2016 o ancora o dell'art. 50, c. 4, del ccnl industria chimica del 10 maggio 2006. Un'ampia e ragionata rassegna di contratti collettivi che prevedono termini per la formulazione della contestazione di addebito e/o per l'elevazione della sanzione è contenuta in P. TOSI - E. PUCETTI, *La dissoluzione ecc.*, pagg. 1912- 1913, nt. 1-7; nonché M.T. PEZZONI, *Sui vincoli contrattuali al potere disciplinare*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, pag. 369 e segg.

(55) Si vedano sul punto le annotazioni critiche di P. TOSI - E. PUCETTI, *La dissoluzione ecc.*, op. cit., pag. 1915, i quali rilevano che, se assunta a elemento della giustificazione, l'immediatezza potrebbe considerarsi elemento costitutivo della giusta causa e non anche del giustificato motivo soggettivo.

(56) Cass. 3 settembre 2018, n. 21569 (leggila in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, pag. 62 e segg., con nota di O. GENOVESI, *I licenziamenti disciplinari tardivi*), che ribalta il dictum di Cass. 16 agosto 2016, n. 17113, cit.

Se ne dovrebbe dedurre una differenziazione del regime di tutela contro il licenziamento tardivo a seconda che la contrattazione collettiva stabilisca o meno un termine per la risposta datoriale alle giustificazioni del lavoratore, tanto più, o quantomeno, quando la norma collettiva tipizzi le conseguenze dell'inerzia⁽⁵⁷⁾.

Se non ch , si pu  dubitare che l'assegnazione espressa del significato di accoglimento delle discolpe al superamento del termine convenzionalmente fissato sia una peculiarit  rilevante ai fini della qualificazione della vicenda qui considerata, dove il contratto collettivo si limita a normare la conseguenza socialmente tipica dell'inerzia del datore di lavoro, alla quale si dovrebbe, pertanto, attribuire il medesimo significato anche in mancanza di esplicitazione fatta in sede sindacale⁽⁵⁸⁾. In questa luce, non sarebbe implausibile affermare che tutte le ipotesi di tardivit  del licenziamento, non solo quella qualificata dalla violazione di un termine contrattuale, dovrebbero, in linea di principio, ricevere il medesimo trattamento sanzionatorio e, per quanto detto, essere accomunate sotto la disciplina dell'ipotesi di *insussistenza del fatto contestato*, prevista dalla vigente legislazione.

4. Altri vizi innominati. Le violazioni delle regole sulla competenza.

Pur nella discussa variet  di soluzioni prospettate e affermatesi, un'indicazione sufficientemente stabile, per quanto non incontroversa, che si pu  estrarre dalla prassi applicativa in materia ha contenuto in ci  che la nozione di *procedura*, presupposta dalla vigente disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi,   *ristretta*; pi  ristretta, ad esempio, di quella accolta nel diritto processuale civile o nel diritto amministrativo, in quanto non comprende le anomalie dell'atto di avvio del procedimento, ci  dell'incolpazione, n  quelle dell'atto finale di irrogazione della sanzione⁽⁵⁹⁾.   dubbio, inoltre, che vi rientrino gli adempimenti presupposti, quali la formazione e la previa affissione del codice disciplinare⁽⁶⁰⁾.

Per converso, quella nozione non potrebbe essere oggetto di allargamento in via interpretativa, posto che essa   elemento di fattispecie di due disposizioni di legge – gli artt. 18, c. VI, l. 300/1970 e 4, d.lgs. 23/2015 – che danno corpo alla riserva derogatoria contenuta nell'art. 1418, c. 1, Cod. civ., poich  sottopongono a

(57) Secondo Cass. 16 agosto 2016, n. 17113, cit., il termine assegnato dal contratto collettivo al datore di lavoro per il compimento di un atto del procedimento disciplinare non sarebbe mai ordinatorio.

(58) Arg. ex Cass. 16 agosto 2016, n. 17113, cit. (punto 7 della motivazione); Cass. 3 settembre 2018, n. 21569, cit. Ma contra vedi A. BOSCATI, *Il licenziamento ecc.*, op. cit., pag. 1057, nonch  P. TOSI ed E. PUCCHETTI, *La dissoluzione ecc.*, op. cit., pag. 1912.

(59) Si vedano in specie le annotazioni critiche di P. TOSI – E. PUCCHETTI, *La dissoluzione ecc.*, op. cit., pag. 1912 e segg.

(60) *Retro*, note 24 e 26.

una sanzione diversa dalla nullità ipotesi che, in quanto espressive di contrarietà a norma imperativa di legge, vi sarebbero state altrimenti assoggettabili ⁽⁶¹⁾.

Se è buona la premessa, un vizio attinente alle modalità di irrogazione del licenziamento disciplinare non riconducibile alla nozione di violazioni procedurali accolta nella nostra legge è il difetto di competenza, cioè l'ipotesi di sanzione irrogata e procedimento istruito da persona sprovvista del relativo potere, dove l'anomalia non attiene al modo, cioè alla procedura, ma alla scelta stessa di esercitare la facoltà di licenziare ⁽⁶²⁾.

Quando la violazione riguardi le regole *interne* di ripartizione della competenza in materia disciplinare (ad es., fra amministratore delegato e direttore del personale), la nostra giurisprudenza è ferma nel ritenere che il licenziamento sarebbe inefficace ma il datore di lavoro o il soggetto competente nella linea gerarchica dell'impresa potrebbero ratificarlo con efficacia *ex tunc*, anche tramite la costituzione in giudizio, sotto condizione che la ratifica abbia la stessa forma prevista per il licenziamento e che intervenga prima del termine eventualmente assegnato per il compimento dell'atto ratificato ⁽⁶³⁾. Con la conseguenza che un recesso pur tempestivo intimato da soggetto privo di poteri non potrebbe essere validamente ratificato tardivamente: se è tardiva la ratifica, questa non sana retroattivamente il vizio di difetto di rappresentanza, sicché la ratifica medesima deve considerarsi ripetizione dell'atto, che, a quel punto, sarà da considerare anche esso tardivo, con le conseguenze sanzionatorie esposte nei paragrafi precedenti.

In dottrina vi è chi ha dubitato non senza ragione che la disciplina civilistica della ratifica sia estensibile agli atti unilaterali, in ispecie al licenziamento disciplinare, che è misura punitiva di natura discrezionale, rispetto alla quale altro è decidere se adottarlo, altro è essere messi nella condizione di far proprio un atto adottato da altri, potendo venire in rilievo, in questo secondo caso, valutazioni estranee all'inadempimento messo in conto al lavoratore e alla valutazione di sua

(61) L'art. 1418, c. 1, Cod. civ. prescrive la nullità degli atti di autonomia contrari a norma imperativa di legge, quale sarebbe l'art. 7, l. n. 300/1970, ma fa salve le ipotesi in cui la legge disponga diversamente, cioè individui una sanzione meno radicale della nullità, che è quanto fanno gli artt. 18, c. VI, l. n. 300/1970 e 4, d.lgs. n. 23/2015. Sul punto cfr. di P. BELLOCCHI, *La nullità del licenziamento nel d.lgs. 23/2015*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, pag. 145 e segg. Nella dottrina civilistica cfr. G. D'AMICO, (voce) *Nullità non testuale*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, 2011, pag. 798 e segg.

(62) Contrariamente a quanto avviene nella disciplina del pubblico impiego, dove l'art. 55 bis, d.lgs. n. 165/2001 si preoccupa di indicare anche il soggetto competente a istruire il procedimento disciplinare e a irrogare la sanzione, l'art. 7, l. n. 300/1970 è muto rispetto a questo aspetto.

(63) Cfr. in giurisprudenza cfr. Cass. 6 marzo 2006, n. 4777, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, pag. 657. In dottrina C. PELLI, *Licenziamento intimato dal falsus procurator: la Cassazione conferma la possibilità di ratifica con efficacia ex tunc*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, pag. 657 e segg.; G. PELLACANI - M.L. GALANTINO, *Licenziamenti. Forma e procedura*, Milano, 2013, pag. 43 e segg.

gravità⁽⁶⁴⁾. Di qui, quantomeno, il richiamo a uno speciale rigore nella valutazione sulla sussistenza, sulla rilevanza e sulla gravità del motivo addotto a base del licenziamento oggetto di ratifica.

Diverso è il caso in cui la ripartizione di competenze disattesa sia stabilita dal contratto collettivo, il quale individui in una certa figura della gerarchia dell'impresa quella abilitata ad istruire il procedimento disciplinare e ad adottare la sanzione. Qui la ratifica, come anche la preventiva delega di funzioni, non è in grado di rimediare alla violazione della disciplina sulla competenza e alle sue conseguenze. E si capisce bene il perché. L'assegnazione negoziale della competenza in materia di licenziamento non esprime o non esprime solo la volontà di attribuzione del relativo potere, come è reso evidente dall'ipotesi in cui il soggetto individuato il potere lo abbia già di suo⁽⁶⁵⁾. Protegge bensì l'interesse a che la decisione di licenziare sia presa da un certo soggetto e da lui soltanto, senza il concorso di altre volontà. Sul piano giuridico formale, l'assunto ha la sua giustificazione nella considerazione che la ripartizione o la fissazione negoziale delle competenze in materia disciplinare non sono assimilabili a una procura, né ad altro atto con il quale si conferisce ad un soggetto la rappresentanza di un altro; introducono bensì un limite consensuale di natura inderogabile alla libertà dell'imprenditore nell'organizzazione interna dell'impresa. Detto limite non sarebbe derogabile neppure con il consenso del lavoratore. Non è pensabile che possa essere vanificato da un atto unilaterale, quale è la ratifica, che equivale a una procura successiva, o la delega di funzioni.

L'unico rimedio esperibile dovrebbe essere la ripetizione del licenziamento da parte del soggetto abilitato, che è possibilità senz'altro ammessa, salva la valutazione particolarmente rigorosa circa la sussistenza del motivo di licenziamento, necessaria onde scansare i rilievi critici mossi a proposito della ratifica, ove consentita.

Ciò detto, resta aperto il problema di stabilire quali siano le conseguenze sanzionatorie della violazione del patto sindacale sulla competenza e, prima ancora, quale sia la sede della loro disciplina: quella generale sulle invalidità negoziali oppure quella speciale in materia di licenziamento.

A tutta prima si potrebbe affermare che il licenziamento non potrebbe essere giudicato meno che inefficace, posto che non si intravedono ragioni per trattare diversamente la violazione delle regole *interne* sulla competenza rispetto a quelle *esterne* pattuite nel contratto collettivo. Essendo inibita la ratifica, che non

(64) Così, a mio avviso condivisibilmente, C. PELLI, *Licenziamento intimato ecc.*, op. cit., pag. 660.

(65) È il caso in cui il soggetto individuato come unico competente a licenziare sia il datore di lavoro stesso e non un altro collaboratore della linea gerarchica dell'impresa.

sanerebbe gli effetti della violazione del patto, l'inefficacia dovrebbe giudicarsi altresì definitiva.

Se non che, si tratterebbe di una conclusione parziale se non poco meditata. Vuoi perché l'inefficacia è (anche) la formula descrittiva degli effetti dell'invalidità, che bisogna pur sempre ricercare di che specie sarebbe. E poi perché elude anziché sciogliere il nodo centrale della vicenda, che consiste nello stabilire se all'autonomia delle parti sia consentito togliere rilevanza giuridica a un atto (il licenziamento o anche la ratifica), che, secondo l'ordinamento, la possiederebbe ⁽⁶⁶⁾.

Il punto di attacco per la soluzione del problema, o quantomeno per una sua corretta impostazione, risiede nell'individuazione dell'interesse protetto e trasformato in diritto dal patto sulla competenza. Il quale dovrebbe consistere in ciò che la valutazione del fatto messo in conto al dipendente quale ragione della misura espulsiva sia effettuata dal soggetto che, per la posizione aziendale occupata, è stato ritenuto il più idoneo a compierla. Non a caso, laddove pattuite, le regole sulla competenza distinguono fra il soggetto abilitato ad adottare le sanzioni conservative e quello invece abilitato a intimare il licenziamento, quest'ultimo in genere individuato nello stesso imprenditore o nell'organo di vertice della persona giuridica ⁽⁶⁷⁾. Cosicché, nel licenziamento intimato da soggetto incompetente ciò che difetta è proprio la valutazione sulla sussistenza del motivo di licenziamento.

La premessa si presta ad alternativi svolgimenti.

Il primo conduce a una qualificazione di *inesistenza* dell'atto. L'accordo sulla competenza stabilisce una delle condizioni alle quali il licenziamento è riconosciuto come negozio risolutivo del rapporto di lavoro dalle parti e, quindi, dall'ordinamento, posto che il potere disciplinare ha fonte nel contratto ed è disponibile dal datore di lavoro. Il licenziamento promanante da soggetto incompetente ai sensi del contratto collettivo non è solo un atto adottato in carenza di potere, ma un atto diverso dal suo modello di riferimento: non è un licenziamento disciplinare.

In quest'ordine di considerazioni, il recesso non dovrebbe essere idoneo a interrompere il rapporto di lavoro, il quale proseguirebbe con pienezza di effetti giuridici, senza che trovi ingresso l'applicazione della disciplina speciale in materia di licenziamento, che contempla anomalie le quali presuppongono un atto esistente nella sua consistenza materiale. Condizione che qui sarebbe esclusa in premessa.

Una qualificazione di invalidità meno radicale è quella prevista dall'art. 1352 Cod. civ., in materia di forme convenzionali, disposizione che presume la nullità

(66) R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm.* A. Scialoja e G. Branca (a cura di), Bologna - Roma, 1970, pag. 457.

(67) Cfr., ad es., il ccnl per i lavoratori dipendenti da ANAS S.p.A.

del negozio posto in essere in violazione di una forma preconcordata fra le parti ⁽⁶⁸⁾. È vero che altro è il vizio di forma e altro è il vizio di competenza, ma le due ipotesi esprimono la medesima *ratio* di tutela, che ha base in una valutazione di importanza dell'atto da porre in essere e nella condivisa necessità di circondarne l'adozione con le opportune cautele ⁽⁶⁹⁾. Dovrebbe dunque essere consentita l'interpretazione analogica, ammissibile anche in relazione alle disposizioni che prevedono requisiti di forma, come è il prefato articolo 1352 Cod. civ. ⁽⁷⁰⁾.

Trattandosi di un'ipotesi di nullità prevista dalla legge, la tutela invocabile dovrebbe essere quella prevista dall'art. 18, cc. 1 e 3, l. 300/1970 e dall'art. 2, d.lgs. 23/2015.

In alternativa, la vicenda dovrebbe ricadere sotto la disciplina applicabile all'ipotesi di *insussistenza del fatto contestato*, ossia l'art. 18, c. IV, l. 300/1970 e l'art. 3, c. II, d.lgs. 23/2015. Soluzione che ha come titolo di preferenza il sortire dalla equiparazione di alcune anomalie attinenti al modo di intimazione del licenziamento ai vizi sostanziali del medesimo, che è stata alla base della sistemazione di vicende consimili ⁽⁷¹⁾. Il potere di licenziare è discrezionale e il suo esercizio presuppone una complessa attività valutativa preliminare, inscindibile dal soggetto che è chiamato inderogabilmente a compierla, per modo che il fatto messo in conto al dipendente si può considerare motivo di licenziamento e, come tale, eventualmente sottoponibile a controllo giudiziale, solo se giudicato tale dal

(68) La disposizione si applica anche agli atti unilaterali, quali il trasferimento del lavoratore (art. 1324 Cod. civ.). Sul punto Cass. 14 maggio 2018, n. 11643, in www.iusexplorer.it.

(69) Cfr., se vuoi, le annotazioni di S. SORACI, *Forme convenzionali e nullità del licenziamento disciplinare*, in *Giur. It.*, 2012, pag. 1629.

(70) È noto che l'applicazione analogica dell'art. 1352 Cod. Civ. all'ipotesi di violazione delle clausole di procedimentalizzazione si è a lungo scontrata con il suo asserito carattere eccezionale, predicato in rapporto all'asserito generale principio di libertà delle forme operante nei rapporti interprivati. Se non che, l'esistenza stessa e l'estensione di un principio di libertà delle forme negoziali nel nostro ordinamento privatistico non rispondono da tempo a una massima di ragion pura. Anzi sono oggetto di vivo dibattito fra i cultori del diritto civile. La disputa - è noto - è stata aperta dal saggio di N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, e ha avuto un'ampia eco nella raccolta di saggi di A.A.Vv., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli-Roma, 1988. Successivamente si è arricchita del nuovo contributo di N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997. Nella dottrina del diritto sindacale, l'applicazione analogica dell'art. 1352, cod. civ. è stata affermata in relazione alla violazione degli accordi di procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali. Cfr. D. BORGHESI, *Contratto collettivo e processo*, Bologna, 1980, pag. 111 e segg.; GHEZZI - ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Bologna 1997, pag. 148; F. GUARRIELLO, *Sulla tutela giudiziaria dei diritti di informazione previsti nella contrattazione collettiva*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1981, pag. 740; G. FERRARO, *La contrattazione aziendale e il sistema contrattuale*, in *Ind. Sin.*, 1985, pag. 62. In giurisprudenza cfr. Cass. 14 maggio 2018, n. 11643, cit., che ha ritenuto applicabile l'art. 1352 Cod. Civ. all'ipotesi del difetto di motivazione del trasferimento.

(71) *Retro*, §§ 2 e 2.1.

soggetto che le parti hanno preventivamente individuato e da nessun altro. Se manca quella valutazione, il motivo disciplinare non riesce ad assurgere al piano delle valutazioni giuridiche e del processo, né come fatto materiale, né come fatto giuridico, così come si è visto essere sottratto alla valutazione del giudice il fatto, magari anche materialmente sussistente, ma al quale il datore di lavoro non abbia ritenuto di reagire nei termini fissati dal contratto collettivo ⁽⁷²⁾, dove si vede bene che il tratto comune alle due ipotesi è la mancanza di volontà di licenziare, apprezzata in forma tipizzata a stregua del contenuto di un accordo preventivo.

5. Considerazioni conclusive.

La capacità di una riforma di innovare gli assetti regolativi di una materia non dipende solo dalle linee di politica del diritto perseguite dal legislatore, per quanto siano enunciate con enfasi nei testi normativi. Occorre che queste siano svolte in appropriati e coerenti contenuti normativi, rispettosi dei vincoli di sistema derivanti dai principi costituzionali incidenti sulla materia e da quelli dogmatici, garanzia di uniformità e di razionalità nell'applicazione della legge. Senza di che, l'intendenza non segue. E non per la riottosità conservatrice del ceto dei giuristi ⁽⁷³⁾, ma perché i processi di interpretazione e di applicazione del diritto oggettivo hanno una loro meccanica, capace di opporre resistenza nei confronti delle intenzioni del legislatore, specialmente se queste si traducono in formulazioni contraddittorie, incoerenti, irrazionali, come non di rado accade a cagione della natura compromissoria della legge o di carenze tecniche ⁽⁷⁴⁾. Il legislatore può anche avere perseguito l'idea di collegare la più blanda delle sanzioni indennitarie a tutte le anomalie incidenti nella fase di intimazione del licenziamento disciplinare, come anche la lettera della legge suggerirebbe. Ma con tutto ciò la portata della formula «violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970», contenuta nell'art. 18, c. VI, l. 300/1970 e nell'art. 4, d.lgs. 23/2015, ha dovuto subire, nella prassi applicativa prima che nell'elaborazione dei giuristi, una restrizione di significato, che ha espunto dal suo ambito applicativo l'atto iniziale e l'atto finale del procedimento. Senza di che la disciplina sarebbe entrata in collisione con le ragioni di tutela di interessi fondamentali del lavoratore e con il principio

(72) *Retro*, § 3.1.

(73) F. CARINCI, *Il legislatore ed il giudice: l'imprudente innovatore e il prudente conservatore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 777 e segg.

(74) Cfr. sul punto le annotazioni di B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare ecc.*, op. cit., pag. 517 e segg.; nonché di L. MARIUCCI, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in *Lav. Dir.*, 2013, pag. 415 e segg.

di eguaglianza, perché avrebbe sottoposto allo stesso trattamento sanzionatorio ipotesi espressive di diverso disvalore ⁽⁷⁵⁾.

Nel passaggio successivo, il principio della primazia del risarcimento in forma specifica, cui si correla il rimedio della reintegrazione, unitamente al principio o criterio dell'equivalenza fra le anomalie procedurali concernenti il contraddittorio in senso stretto (ossia contestazione di addebito e difesa del lavoratore) e l'assenza di motivo di licenziamento, dogmatizzato dalle note sentenza della Corte di Cassazione del 1994 ⁽⁷⁶⁾, spinge le vicende considerate sotto la disciplina prevista per l'insussistenza del fatto contestato al lavoratore dall'art. 18, c. IV, l. 300/1970 e dall'art. 3, c. 2, d.lgs. 23/2015.

Beninteso, contrastare questa naturale resistenza del diritto interpretato e applicato sarebbe ben possibile. Ma per farlo non bastano le enunciazioni di facciata di una nuova legge; bisogna anche mettere mano alla dogmatizzazione di regole, argomenti, criteri, principi nuovi. Senza questa indispensabile attività o, peggio, pretendendo di guidare l'attività dell'interprete per le vie brevi, prendendo a prestito razionalità di altri saperi, peraltro prive di adeguata evidenza empirica e fondamento scientifico ⁽⁷⁷⁾, si apre la porta a soluzioni estemporanee, non sempre razionali e, in quanto tali, inidonee a stabilizzarsi in vista della decisione di casi futuri.

ABSTRACT: *Il saggio tratta il tema della qualificazione formale e delle conseguenze sanzionatorie delle anomalie riguardanti le modalità di intimazione del licenziamento disciplinare, alla luce della novellata disciplina dell'art. 18, l. n. 300/1970 e del d.lgs. n. 23/2015.*

Sono analizzate le vicende concernenti la contestazione di addebito tardiva, il licenziamento tardivo e il licenziamento intimato da soggetto non competente, anche con riferimento alla violazione di norme procedurali previste dai contratti collettivi di lavoro.

L'Autore dà conto delle ragioni e degli effetti della tendenza in atto all'equiparazione delle anomalie procedurali più gravi, specialmente quelle concernenti il contraddittorio con il lavoratore, ai vizi sostanziali del licenziamento disciplinare, al fine dell'applicazione della relativa disciplina sanzionatoria.

(75) *Retro*, § 2.1., testo e nota 24.

(76) *Retro*, § 2.1.

(77) È un dato acquisito anche alle scienze economiche che l'allentamento dei vincoli lavoristici non ha effetti diretti sull'occupazione e sullo sviluppo economico. Sul punto cfr. le annotazioni di A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, pag. 561 e segg.; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, pag. 345 e segg.; ID., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, op. cit., pag. 530.