

L'(in)sussistenza del fatto nel licenziamento

Fabrizio Amendola

La legge n. 92 del 2012 ed il decreto legislativo n. 23 del 2015 hanno frantumato il sistema di tutele articolando in vario modo le conseguenze derivanti da un licenziamento che non corrisponda al modello legale.

Ove per vizio del licenziamento convenzionalmente si individui una delle difformità rispetto al modello legale dell'atto, ad ogni vizio- secondo l'intenzione che appare chiara nel legislatore della disciplina innanzi richiamata- deve corrispondere una sanzione e quindi una differenziata tutela.

Dal punto di vista della ricostruzione sistematica di detta normativa pare lecito domandarsi in generale se il complesso di sanzioni prefigurato dal legislatore recente abbia carattere esaustivo, cioè tendenzialmente in sé autosufficiente, sì che qualsiasi vizio del licenziamento debba trovare in detto apparato la tutela applicabile, oppure se, nonostante il carattere di specialità, rispetto a detto sistema vi siano delle lacune o comunque degli spazi da colmare con il ricorso alla disciplina comune del diritto civile.

La risposta a tale interrogativo può avere conseguenze rilevanti anche in tema di vizi formali e procedurali del licenziamento disciplinare.

Per comodità espositiva si farà riferimento all'art. 18 della l. n. 300 del 1970, come modificato dall'art. 1, co. 42, l. n. 92 del 2012, atteso che il d. lgs. n. 23 del 2015 per questo aspetto ha sostanzialmente replicato le formulazioni normative della "Fornero".

A prima lettura dell'art. 18 novellato la tipologia di vizi formali e procedurali del licenziamento trova una possibile collocazione o nel comma I o nel comma VI.

Secondo il primo comma la tutela reintegratoria cd. forte – quella per intenderci da nullità del recesso- *"si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale"*.

Secondo il sesto comma, invece, si applica il regime indennitario di cui al quinto comma nelle ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace (comunque risolvendo il rapporto di lavoro) *"per violazione del requisito di motivazione"* o per violazione *"della procedura di cui all'art. 7"* dello Statuto dei lavoratori oppure per violazione *"della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604"*. Una indennità risarcitoria onnicomprensiva graduata tra 6 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (c.d. tutela indennitaria debole) *"in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro ... con onere di specifica motivazione a tale riguardo"*.

Rispetto a questi due espressi riferimenti normativi, ove si ritenga che il vizio formale o procedurale non possa trovare sussunzione nel primo o nel sesto comma dell'art. 18, i possibili percorsi alternativi appaiono essenzialmente due: o argomentare come il vizio sia tale da determinare lo "scivolamento" verso le tutele intermedie del quarto e del quinto comma, motivando l'equiparazione del vizio formale o procedurale con il vizio sostanziale di

ingiustificatezza del licenziamento, oppure abbandonare il sistema delle tutele delineato dall'art. 18 per rifluire nel diritto civile comune, sostenendo che vi è una lacuna da colmare.

Va sottolineato che uno "scivolamento" verso le tutele intermedie è espressamente previsto dall'art. 18 novellato proprio al sesto comma laddove il giudice, *"sulla base della domanda del lavoratore"*, può accertare che, oltre al vizio formale o procedurale denunciato, *"vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento"*, nel qual caso applicherà o la tutela reintegratoria c.d. attenuata del comma IV o la tutela indennitaria c.d. forte del comma V.

Non può trascurarsi la valenza sistematica di tale norma di chiusura: nessun vizio formale o procedurale può precludere al lavoratore di avere una tutela maggiore a sua domanda ma, simmetricamente, può dirsi che il difetto di giustificazione del licenziamento, nonostante vi sia un vizio formale o procedurale ed a prescindere da esso, può trovare tutela nel processo, ponendosi al più un problema di compatibilità in sede giudiziale del carattere oppositivo dell'impugnazione del licenziamento con i vizi della fase precontenziosa del procedimento disciplinare. Si tratta cioè di non premiare datori di lavoro che non motivano il recesso o non contestano ritualmente l'addebito, provocando impugnazioni del licenziamento da parte del lavoratore sostanzialmente "al buio".

Ciò premesso, allo stato la giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia è eminentemente casistica, avuto riguardo a fattispecie in cui risultava applicabile la l. n. 92 del 2012.

È stata riconosciuta la tutela di cui al sesto comma dell'art. 18 novellato nelle seguenti ipotesi: omessa audizione del lavoratore (Cass. n. 17166 del 2016; Cass. n. 25189 del 2016); violazione del CCNL che preveda un termine per l'adozione del provvedimento disciplinare (Cass. n. 17113 del 2016); genericità della contestazione disciplinare (Cass. n. 16896 del 2016); omessa comunicazione dei motivi di licenziamento (Cass. n. 17589 del 2016, sebbene nell'ambito del percorso argomentativo che ha condotto la S.C. ad affermare che, in ambito di tutela c.d. obbligatoria, detto vizio non comporti le conseguenze dell'inefficacia di diritto comune bensì le conseguenze dell'art. 8 l. n. 604 del 1966); difetto di immediatezza della contestazione disciplinare (Cass. n. 23699 del 2014; Cass. n. 14325 del 2015; Cass. n. 17371 del 2016).

È stata invece riconosciuta la tutela reintegratoria attenuata di cui al quarto comma nei seguenti casi: omessa contestazione disciplinare (Cass. n. 25745 del 2016); contestazione disciplinare tardiva (Cass. n. 2513 del 2017).

Poco tempo dopo quest'ultima pronuncia un Collegio della Sezione lavoro (Cass. ord. n. 10159 del 2017), esaminando tale panorama giurisprudenziale, ha ritenuto opportuno rimettere al Primo Presidente della Corte, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, una questione, qualificata "di particolare importanza", su di un ricorso avverso sentenza d'appello che, a fronte di una contestazione disciplinare intervenuta nel giugno 2012 per fatti risalenti al 2010, ha ritenuto si fosse in presenza di un "fatto negoziale" di natura abdicativa che precludesse al datore di lavoro l'esercizio del potere di recesso, venuto meno per una sorta di rinuncia estintiva, comportante la "nullità" del licenziamento, con permanenza del rapporto e diritto alla riassunzione.

La vicenda della immediatezza della contestazione disciplinare appare emblematica perché veniamo da una tradizione dottrinale e giurisprudenziale che pone i requisiti di forma e procedura del licenziamento non solo o non tanto nell'ambito della prescrizione normativa contenuta nell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori ma anche in altri e svariati referenti di principi o di regole di

sistema, quali il diritto di difesa, la correttezza e la buona fede, l'affidamento nel comportamento concludente inerte del datore di lavoro, l'abuso del potere disciplinare distorto rispetto al fine per il quale è conferito.

Principi o regole, occorre sottolinearli con vigore, variamente utilizzati finora non per individuare il tipo di sanzione- che prima della novella dell'articolo 18, ove ricorresse il requisito dimensionale, era sempre reintegratoria per vizi siffatti- quanto piuttosto per indicare il fondamento logico-giuridico della prescrizione procedurale e così estendere il vincolo di forma o procedura ad ipotesi per il quale esso non era specificamente previsto.

Così, sin da Corte cost. n. 204 del 1982, si è "sancito il principio fondamentale, per il quale chi è perseguito per una infrazione, deve essere posto in grado di conoscere l'infrazione stessa e la sanzione", esigendo "come essenziale presupposto delle sanzioni disciplinari lo svolgersi di un procedimento ... nel rispetto della regola del contraddittorio"; lo si è fatto non perché si discutesse della sanzione adeguata in caso si consumasse detta violazione procedimentale, ma piuttosto per dichiarare l'illegittimità costituzionale dei primi tre commi dell'art. 7 della l. n. 300 del 1970 ove fossero interpretati nel senso della loro inapplicabilità ai licenziamenti disciplinari, stante la giurisprudenza di legittimità del tempo negante che tra le sanzioni disciplinari fosse automaticamente da annoverare quella espulsiva (cfr. Cass. SS.UU. n. 1781 del 1981).

La *vis espansiva* della regola della proceduralizzazione disciplinare, animata dalla medesima composita *ratio garantista* (su cui v. anche Corte cost. n. 220 del 1995), ha trovato poi seguito nella declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 7, commi 2 e 3, l. n. 300/70, "nella parte in cui è esclusa la loro applicabilità al licenziamento per motivi disciplinari irrogato da imprenditore che abbia meno di sedici dipendenti" (Corte cost. n. 427 del 1989); nella estensione delle garanzie procedurali al personale delle imprese di navigazione marittima (Corte cost. n. 96 del 1987) ed aerea (Corte cost. n. 41 del 1991) nonché ai lavoratori domestici (Corte cost. n. 193 del 1995).

In analoga prospettiva si sono poste le Sezioni unite civili (sent. n. 7880 del 2007) allorquando hanno statuito che le garanzie procedurali dettate dall'art. 7, commi secondo e terzo, l. n. 300/70, devono trovare applicazione anche nell'ipotesi di licenziamento di un dirigente, a prescindere dalla specifica collocazione che lo stesso assume nell'impresa.

In tutti questi casi si è realizzata una estensione dell'applicabilità delle regole procedurali del licenziamento ad ipotesi non specificamente previste, ma nulla è dato assiomaticamente inferirne in termini di vincolo per il legislatore circa il tipo di sanzione civilistica da adottare.

Anzi, secondo un antico insegnamento (Cass. SS.UU. n. 4844 del 1994), va contestata la tesi secondo cui alla violazione delle norme procedurali del licenziamento disciplinare debba seguire una qualificazione dell'atto di recesso in termini di nullità ex art. 1418 c.c., considerato che la contrarietà all'ordine pubblico è nozione più restrittiva di quella di norma imperativa, facendo riferimento ai principi fondamentali etico-sociali propri della comunità nazionale in un determinato momento storico; si è così esclusa la configurabilità, nel mancato rispetto delle norme procedurali in questione, dei presupposti di una siffatta nullità, osservando altresì che non è logico né giustificato far derivare da una violazione formale "conseguenze diverse (e ben più gravi) di quelle derivanti dall'accertata insussistenza dell'illecito disciplinare".

Se l'insieme dei principi che hanno condotto ad espandere l'area di applicabilità delle garanzie procedurali nel licenziamento disciplinare tuttavia non esclude in radice la possibilità di una tutela di tipo meramente indennitario, come ben sanno da anni i dipendenti di imprese prive di requisito dimensionale che siano attinti da contestazioni disciplinari gravemente carenti o palesemente tardive, all'interprete sembrano aprirsi le seguenti strade.

In estrema sintesi: o si ritiene che il vizio concernente il requisito della contestazione disciplinare (sia esso attinente la specificità o l'immediatezza) trovi sussunzione nell'alveo del sesto comma dell'art. 18 novellato che sanziona letteralmente la violazione della procedura di cui all'art. 7 St. lav. con la tutela indennitaria debole oppure si sostiene che il vizio è sanzionato fuori da tale comma. In tale evenienza occorrerà individuare il referente normativo che colpisce il vizio e che potrà essere rinvenuto nelle altre tutele previste dall'art. 18 (che è l'operazione di "scivolamento" compiuta da Cass. n. 2513 del 2017, la quale ha ritenuto parificabile il fatto tardivamente contestato al fatto insussistente) ovvero andrà collocato al di fuori dell'apparato dell'art. 18 e, quindi, nell'ambito del diritto comune con la tutela che da esso ne derivi (che è quanto ritenuto dalla Corte di Appello con la sentenza attualmente rimessa al P.P. e che ha affermato la nullità del licenziamento per il venir meno del potere di recesso).

Probabilmente queste scelte possono essere influenzate da una più decisiva questione di fondo che anima tutto il dibattito sulla riforma dei licenziamenti.

La resistenza diffusa a ritenere la tutela meramente pecuniaria adeguata in certi casi di licenziamenti difformi dal modello legale.

Una resistenza certamente comprensibile in ragione della storia da cui veniamo e dell'importanza degli interessi in gioco. Tutte le volte in cui si ritiene che la sanzione indennitaria, pur espressamente prevista dalla legge, non sia adeguata, si percorrono opzioni esegetiche che recuperano tutele più forti e ritenute dall'interprete più idonee.

Di conseguenza il problema non è forse quello di comprendere cosa abbia realmente inteso prescrivere il legislatore, quanto piuttosto quello di verificare se la legge, nel predisporre la sanzione meramente indennitaria per un certo vizio formale o procedurale, abbia violato canoni costituzionali o comunitari.

Vedremo come le Sezioni unite della Corte Suprema intenderanno sciogliere il nodo.