

Luca Failla
 Avvocato
 Founding Partner LABLAW Studio
 Legale Failla Rotondi & Partners

Tardività contestazione e insussistenza fatto materiale, quali sanzioni?

Il principio della tempestività della contestazione disciplinare costituisce un noto riflesso interpretativo del principio generale civilistico di correttezza e buona fede nella gestione del rapporto di lavoro e trova il proprio riferimento normativo nel disposto di cui all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori.

L'immediatezza della contestazione disciplinare configura, per la giurisprudenza più risalente, un elemento costitutivo caratterizzante il diritto di recesso datoriale a valle del processo sanzionatorio.

Secondo questa originaria impostazione interpretativa, infatti, la tardività della contestazione disciplinare, da un lato, andrebbe a compromettere il diritto del lavoratore ad una pronta ed effettiva difesa e, dall'altro, indurrebbe a ritenere che il soggetto datoriale abbia in qualche modo soprasseduto in merito alla gravità della condotta considerando non grave o comunque non meritevole della massima sanzione espulsiva il comportamento posto in essere dal lavoratore e ciò alla luce del concetto di giusta causa ex art. 2119 c.c. quale "*causa che non consente la prosecuzione neppure temporanea del rapporto*" (ex multis, Cass. 20719/2013, Cass. 19115/2013, Cass. 2902/2015, Cass. 1995/2012, Cass. 13167/2009).

Il tema della tardività della contestazione disciplinare è tornato a far discutere gli interpreti in seguito alla riforma - operata dalla legge n. 92/2012 - dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

La nuova norma individua oggi un nuovo regime sanzionatorio in caso di accertamento dell'illegittimità del licenziamento, con abbandono - parziale - della tutela di tipo reintegratorio, che resta agganciata - in linea generale - alle sole ipotesi di nullità, di discriminatorietà e di illiceità dei motivi ovvero di

Nell'ambito delle conseguenze sanzionatorie potenzialmente scaturenti da una contestazione disciplinare, così come oggi risultano configurate dall'ordinamento giuridico, la valutazione della tardività della contestazione dell'infrazione disciplinare sta assumendo una connotazione del tutto nuova da parte della giurisprudenza di legittimità, con un parziale allontanamento dalle impostazioni ormai consolidate in questo ambito nel vigore del vecchio testo dell'art. 18 della legge n. 300/1970

insussistenza del fatto contestato, così come alle ipotesi di licenziamento orale, a favore dell'apertura da parte dell'ordinamento giuridico verso forme di sanzioni di tipo risarcitorio diversamente graduate.

Il motivo disciplinare del licenziamento è elemento che può oggi essere diversamente valutato dal Giudice ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria ovvero di quella risarcitoria.

A tale diversa qualificazione del motivo disciplinare del licenziamento si è poi agganciata anche la previsione del D.Lgs. n. 23/2015 che prevede un diverso regime di tutele in caso di licenziamento riconosciuto illegittimo per gli assunti a tempo indeterminato successivamente alla data del 7 marzo 2015.

In questo diverso quadro sanzionatorio, determinante diviene allora, per i Giudici, la corretta qualificazione del vizio della "tardività della contestazione disciplinare". Ossia se esso debba essere qualificato quale vizio sostanziale oppure solo procedurale, con ciò determinando - fattore non di poco conto - l'applicazione della tutela reale "piena" ovvero "ridotta" la quale prevede la sola sanzione di tipo risarcitorio da 6 a 12 mensilità della retribuzione e ciò ai sensi dell'art. 18, comma VI dello Statuto.

In particolare, nel licenziamento disciplinare, la corretta individuazione della natura del vizio consistente nella tardività della contestazione viene resa più complessa laddove la legge prevede l'applicazione della tutela reintegratoria soltanto nell'ipotesi del-

l'“*insussistenza del fatto contestato*” (art. 18, comma 4 dello Statuto dei Lavoratori) ovvero della “*insussistenza del fatto materiale contestato*” (art. 3, comma 2 D.Lgs. n. 23/2015).

Soprattutto quando viene prevista la risoluzione del rapporto, con contestuale corresponsione di una indennità risarcitoria diversamente graduata, nelle “*altre ipotesi*” di cui all'art. 18, comma 5 – in cui non venga accertata l'insussistenza del fatto” – così come nei casi di mera violazione delle norme che sono predisposte a garantire il rispetto della particolare procedura tipica del licenziamento disciplinare (art. 18, comma 6 della L. n. 300/1970 in collegamento con le previsioni dell'art. 7 della medesima legge).

In altri termini, a seconda della qualificazione del vizio quale sostanziale o procedurale, potranno configurarsi ben tre ipotesi sanzionatorie: una tutela reale, una tutela indennitaria cd. “*forte*” ed una tutela indennitaria cd. “*debole*”.

Gli orientamenti giurisprudenziali

A fronte di tale articolata configurazione delle conseguenze sanzionatorie potenzialmente scaturenti da una contestazione disciplinare, così come oggi risultano configurate dall'ordinamento giuridico, la valutazione della tardività della contestazione dell'infrazione disciplinare sta assumendo una connotazione del tutto nuova da parte della giurisprudenza di legittimità, con un parziale allontanamento dalle impostazioni ormai consolidate in questo ambito nel vigore del vecchio testo dell'art. 18 della legge n. 300/1970.

Si stanno infatti fronteggiando due opposti orientamenti in merito alla qualificazione – sostanziale o procedurale – del vizio con differenti conseguenze in termini di relativa sanzione: reintegrazione ovvero risoluzione del rapporto di lavoro e risarcimento del danno.

Orientamenti che hanno indotto la Suprema Corte a rimettere la questione alle Sezioni Unite.

Vediamo in che termini.

In sintesi, in tema di tardività della contestazione disciplinare ed a fronte del sistema sanzionatorio individuato dalla Riforma Fornero, si sono profilati negli ultimi anni due orientamenti giurisprudenziali contrastanti.

Il primo – al quale verrebbe ricondotta l'applicazione di una sanzione di tipo risarcitorio (“*forte*” o “*debole*”, rispettivamente da 12 a 24 mensilità ex art.

18, comma V, ovvero da 6 a 12 mensilità ex art. 18, comma VI) – che non ravvisa nella tardività della contestazione disciplinare – rispondendo esclusivamente al principio generale di correttezza e buona fede nella gestione del rapporto di lavoro – una ipotesi di insussistenza del fatto contestato, il quale è invece “*comunque ricorrente nella sua essenza ontologica*”, indipendentemente dalla sua accezione in senso materiale piuttosto che giuridico (Cass. 16 aprile 2007, n. 9071, Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540). Il che avrebbe conseguenze rilevanti sul piano interpretativo dell'analogia previsione contenuta nell'art. 3, comma 2 del D.Lgs. n. 23/2015 dove il legislatore ha voluto “*correggere*” la previsione prevedendo la tutela reintegratoria solo nelle ipotesi in cui “*sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale*”.

Il secondo, comportante invece la reintegrazione, che troverebbe giustificazione nella circostanza per cui un fatto non tempestivamente contestato sottenderebbe una valutazione datoriale di *irrilevanza* dell'inadempimento ai fini della prosecuzione del rapporto di lavoro e, per l'effetto, non potrebbe che essere considerato come “*insussistente*”, non possedendo peraltro l'idoneità ad essere verificato in giudizio, così precludendo ogni valutazione circa la reale esistenza degli addebiti. (Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513).

Più in particolare deve darsi in primo luogo menzione della pronuncia della Suprema Corte n. 23669 del 6 novembre 2014, la quale opera un'interessante distinzione tra la tardività della contestazione disciplinare e la tardività del licenziamento.

In particolare, ivi si osserva come la tempestività della contestazione – avendo la funzione di consentire l'esercizio del diritto di difesa del lavoratore – appartenga “*a pieno titolo al procedimento disciplinare*”, cosicché la tardività della stessa non potrà che integrare un vizio *meramente procedurale* quale violazione dell'art. 7 dello Statuto, a cui dovranno seguire le conseguenze risarcitorie previste dall'art. 18, comma VI (tutela risarcitoria da 6 a 12 mensilità). Diversamente, nel caso di tardività nella contestazione priva di alcuna giustificazione, potrà invece al più configurarsi un'ipotesi di “*ingiustificata*” del licenziamento disciplinare (diversa da quella di “*insussistenza*” del fatto contestato), sanzionabile esclusivamente nelle forme dell'art. 18, comma V (tutela risarcitoria da 12 a 24 mensilità).

Ancora diversamente, nell'impostazione della

Suprema Corte, la tardività nell'intimazione del recesso - collocandosi "al di fuori della procedura disciplinare" vera e propria - renderebbe tale atto "ingiustificato", e non viziato procedimentalmente, con l'applicazione anche in questo caso della sanzione indennitaria prevista dall'art. 18, comma V.

Successivamente, la pronuncia n. 14324 del 9 luglio 2015 ha affermato come la violazione del principio della tempestività della contestazione disciplinare non rientri in alcuna delle ipotesi normate dall'art. 18 dello Statuto che prevedono la condanna della parte datoriale alla reintegrazione, così rimanendo quale unica tutela accordabile al lavoratore quella indennitaria. Nell'esplicitare ciò e nell'affidare tale profilo di disamina al giudice del rinvio, la Suprema Corte non precisa tuttavia se tale violazione debba rientrare nella previsione del V oppure del VI comma dell'art. 18 e, pertanto, se debba determinare una tutela indennitaria cd. "forte" piuttosto che "debole".

Con la pronuncia n. 2902 del 13 febbraio 2015, la Corte di Cassazione ha poi ribadito il principio risalente per cui l'immediatezza della contestazione va ad integrare un elemento costitutivo del diritto di recesso, con la conseguenza che l'interesse del datore all'acquisizione di ulteriori elementi a conforto della colpevolezza del lavoratore non possa in alcun modo pregiudicare il diritto di quest'ultimo ad una pronta ed effettiva difesa; di qui, ove la contestazione risulti tardiva, il potere di recesso datoriale resterà precluso e la sanzione eventualmente irrogata dovrà essere considerata invalida con conseguente diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore.

Da ultimo, la discussa sentenza n. 2513 del 31 gennaio 2017 ha rilevato espressamente come un fatto non tempestivamente contestato non possa che essere considerato "insussistente" ai fini della tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 dello Statuto, come modificato dalla Riforma Fornero, trattandosi di una "violazione radicale che impedisce al giudice di valutare la commissione effettiva dello stesso <fatto> anche ai fini della scelta tra i vari regimi sanzionatori"; infatti, nell'impostazione della Corte "non essendo stato contestato idoneamente ex art. 7, il "fatto" è "tamquam non esset" e quindi insussistente ai sensi dell'art. 18 novellato". Ed ancora - conclude la Corte - se sul piano letterale la norma Fornero parla di insussistenza del "fatto contestato" (quindi contestato regolarmente), a fortiori, tale previsione non potrà che riguardare anche l'ipotesi in cui il

fatto sia stato contestato "abnormemente e cioè in aperta violazione dell'art. 7".

L'ordinanza di rimessione alle sezioni Unite della Cassazione - Ai fini della composizione del menzionato contrasto giurisprudenziale, con ordinanza n. 10159 del 21 aprile 2017 - la Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la "questione di massima di particolare importanza" inerente la natura del vizio del licenziamento intervenuto in forza di contestazione tardiva, alla luce del sistema sanzionatorio di cui all'articolo 18, così come innovato dalla L. n. 92/2012.

Come evidente, l'interrogativo posto all'attenzione delle Sezioni Unite si presenta di elevata complessità, non potendo le stesse limitarsi ora ad una mera qualificazione del vizio in senso prettamente sostanziale o procedurale, ma - ciò stabilito - dovendo le stesse attentamente collocare tale vizio nella specifica casella di tutela di carattere reintegratorio piuttosto che indennitario cd. "forte" o "debole", secondo lo spettro previsto dall'art. 18 commi 4, 5 o 6.

Peraltro, si rammenta come a rendere oggi ancor più difficoltosa l'interpretazione della natura del vizio della tardività, se l'art. 18 della Riforma Fornero - determinando il contrasto giurisprudenziale di cui sopra - faceva riferimento alla "insussistenza del fatto contestato", con il D.Lgs. 23/2015 attuativo del Jobs Act si parla ancora diversamente di "insussistenza del fatto - materiale - contestato".

Pertanto, anche ai fini di una ulteriore indagine circa il rapporto tra tale nuovo attributo ed il vizio della tardività della contestazione, è opportuno attendere le ipotesi definitive che saranno individuate dalle Sezioni Unite.

Osservazioni conclusive

In ogni caso, nell'attesa che le Sezioni Unite scioglano il complesso interrogativo avanzato dalla Suprema Corte, l'interprete non potrà certamente esimersi dall'interrogarsi circa le potenziali ricadute pratiche degli approdi qualificatori che potranno essere raggiunti sul tema ed, in particolare, in merito alle conseguenze di quella soluzione interpretativa più netta e stringente per cui un fatto contestato tardivamente debba costituire o meno un "fatto insussistente".

Alcune riflessioni di carattere più spiccatamente operativo sembrano essere oggi imposte se si guarda alle motivazioni di una nota e recente pronuncia di merito del Tribunale di Chieti piuttosto nota anche

3212 - © GIURICO ZACCONE RIPRODUZIONE RISERVATA

alla cronaca, già da me commentata per questo Editore. Con tale decisione è stata infatti disposta la reintegrazione nel posto di lavoro di un lavoratore che era stato accusato di furto per il quale aveva subito poi apposita condanna nel processo penale. Nel caso specifico proprio la tardività della contestazione disciplinare avanzata dalla società solo a conclusione del giudizio penale ha indotto il Giudice a ritenere tardiva la contestazione.

Ciò in piena rispondenza al recente orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte di Cassazione (Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513 sopra menzionata), per cui un fatto contestato tardivamente equivale essenzialmente ad un "*tamquam non esset*", sanzionabile con la reintegrazione.

Il precedente in esame costituisce un esempio eloquente delle paradossali e contraddittorie possibili conseguenze di un rigido formalismo in tema di tardività della contestazione disciplinare.

Il caso è certamente singolare ma aiuta bene a comprendere come l'azzardata equazione tra contestazione disciplinare tardiva e fatto del tutto "*insussistente*" rischi inevitabilmente di vanificare la stessa censurabilità e gravità della condotta, di sovvertire l'ordine delle cose, arrivando peraltro ad intaccare non solo la libertà imprenditoriale, ma anche le stesse più semplici regole del viver civile e della giustizia sociale.

Attraverso tale formalismo, la tempestività della contestazione ed il conseguente diritto di difesa del lavoratore assurgono a principi del tutto inattaccabili ed in alcun modo passibili di bilanciamento con altri valori quali la legittima necessità datoriale di svolgere un compiuto accertamento circa la effettiva gravità della condotta (ad esempio attendendo in alcuni

casi una sentenza penale di condanna in relazione all'addebito).

Il processo logico per cui un fatto tardivamente contestato debba concepirsi quale del tutto "*insussistente*", arriva così quasi paradossalmente a legittimare la stessa condotta, a cancellarne la gravità, rendendola quindi astrattamente replicabile, complice una potenziale non tempestività del datore di lavoro.

La scelta di ritenere un fatto oggetto di contestazione tardiva "*tamquam non esset*", non potrà in ogni caso in alcun modo prescindere da una indagine in concreto circa la effettiva "*irrilevanza*" della condotta o dell'inadempimento del dipendente nell'ottica del soggetto datoriale.

Laddove, infatti, la condotta risulti in concreto sussistente, grave e non irrilevante per la società nonostante il decorso di un più o meno significativo lasso temporale, ecco che la tardività dovrà più opportunamente collocarsi nell'ambito di una violazione meramente procedurale, passibile di una sanzione meramente indennitaria.

Potrà poi ragionarsi sull'entità di tale sanzione indennitaria, arrivandosi - al più - eventualmente a riconoscere quella tutela di cui al V comma dell'art. 18, per il caso in cui la tardività risulti particolarmente significativa e/o priva di alcuna giustificazione (Cass. n. 23669 del 4 novembre 2014).

In conclusione, la qualificazione in senso sostanziale o formale del vizio della tardività non potrà realizzarsi in modo apodittico, ma dovrà piuttosto misurarsi in concreto con il limite a cui possa spingersi il garantismo senza intaccare ulteriori valori degni di tutela. Il tutto, tenendo in debita considerazione l'ampia distanza tra le possibili soluzioni sanzionatorie. ●

3282 PAKLEYE - © GIUPPO ZACRE RIPRODUZIONE RISERVATA