

Pertanto il licenziamento deve essere annullato. Non essendovi contestazioni sulla sussistenza dei requisiti dimensionali della tutela reale, la resistente deve essere condannata alla reintegra del ricorrente nel posto di lavoro e alla corresponsione di una indennità a titolo di risarcimento danni pari alla retribuzione globale di fatto dalla data di licenziamento a quella di effettiva reintegra, comprensiva dell'importo minimo di cinque mensilità previsto dalla norma, ed al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali. Non vi è luogo a pronuncia sulle spese stante il carattere parziale della pronuncia. Le decisioni relative alla prosecuzione del giudizio sugli altri capi di domanda sono riservate a separato provvedimento.

Per questi motivi

- annulla il licenziamento intimato alla ricorrente;
- ordina alla società convenuta di reintegrare la ricorrente nel posto di lavoro;
- condanna la società convenuta a corrispondere al ricorrente un'indennità pari alla retribuzione globale di fatto dal momento del licenziamento sino alla effettiva reintegra, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi legali, ed al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali;
- riserva a separato provvedimento le determinazioni relative alla prosecuzione del giudizio per gli altri capi di domanda.

NOTA

Procedimento disciplinare: recidiva e audizione personale

La sentenza in commento offre lo spunto per alcune riflessioni su due aspetti problematici del procedimento disciplinare, come la rilevanza della fattispecie della recidiva, ai sensi dell'art. 7, co. 8, l. n. 300/1970, e l'obbligatorietà dell'audizione orale del prestatore di lavoro subordinato, ancorché il suo diritto di difesa sia stato già esercitato, ex art. 7, co. 2, l. n. 300/1970, mediante la presentazione di dettagliate giustificazioni scritte. Su entrambi i profili si sono formate opzioni interpretative non sempre coerenti con i principi generali regolanti la materia.

Come noto, la procedimentalizzazione, introdotta dall'art. 7, l. n. 300/1970 (1), ha avuto come scopo principale quello di condurre il potere disciplinare del datore di lavoro

nell'alveo della logica egalaritaria del contratto, smussando quella posizione di supremazia, riconosciuta, fino ad allora, al capo dell'impresa dall'art. 2086 c.c. (2) e confermata per certi versi dall'elusività della disciplina di cui all'art. 2106 c.c. (3).

È altrettanto noto che la tecnica seguita è stata quella di prevedere, all'art. 7, co. 1, l. n. 300/1970, una codificazione preventiva delle regole aziendali, ai co. 2, 3 e 5, una fase di confronto dialettico fra le parti e, al co. 6, la possibilità della sospensione della pena, così da contenere il potere disciplinare entro uno schema predeterminato, continuando, la regola della proporzionalità sancita dall'art. 2106 c.c., ad attenere al merito, cioè al rapporto di adeguatezza fra pena e infrazione (4).

Ciononostante, il potere disciplinare ha continuato ad essere considerato per certi versi un'anomalia nell'ambito del diritto delle obbligazioni e dei contratti, anche per il fatto stesso di costituire un rimedio volto a sanzionare non solo l'inadempimento degli obblighi contrattuali posti in capo al prestatore ma anche le «infrazioni» commesse da quest'ultimo, come si evince dall'art. 2106 c.c. (5). In altri termini, la responsabilità disciplinare finirebbe per assorbire e sostituirsi a quella per inadempimento, travalicando i limiti segnati dall'art. 1455 c.c., sì da giustificare una responsabilità del prestatore di lavoro anche per colpa lieve, cioè per comportamenti che, pur essendo considerati delle trascurabili mancanze secondo il diritto comune dei contratti,

(1) In materia di sanzioni disciplinari i contributi dottrinari sono molteplici; senza pretesa di completezza si segnalano: ASSANTI, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano 1963; ZANGARI, *Potere disciplinare e licenziamento*, Milano 1971; MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano 1973; PERA, *Commento sub art. 7*, in ASSANTI, PERA, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Padova 1972, 77; FRENI, GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano 1971; GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Lo statuto dei diritti dei lavoratori*, Roma-Bologna 1979; BORTONE, in *Lo statuto dei lavoratori. Commentario diretto da Giugni*, sub art. 7, Milano 1979; TULLINI, *Potere disciplinare e art. 7: bilancio di un'esperienza*, in «Quad. dir. lav. rel. ind.» 1990, 6, 192; Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino 2007: cui sono da aggiungere i contributi e i commenti richiamati nelle note che seguono.

(2) V. MONTUSCHI, voce *Sanzioni disciplinari*, in *Dig. disc. priv. Sez. comm.*, XIII, Torino, 154 e ss.

(3) V. VARDARO, GAETA, *Sanzioni disciplinari. I) Rapporto di lavoro privato*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma 1993, 2 e ss.

(4) V. MONTUSCHI, *op. cit.*, 156 e ss.

(5) V. SPAGNUOLO VIGORITA, FERRARO, *Commentario dello Statuto dei Lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, I, sub art. 7, Milano 1975, 146 e ss.

RAPPORTO DI LAVORO

rilevano invece nell'ambito di una determinata compagine aziendale (6). Una spiegazione risiederebbe nel fatto che il potere disciplinare trova la sua fonte nel contratto, allorché sia funzionale a soddisfare l'interesse creditorio del datore di lavoro, inteso come espressione dell'interesse organizzativo parziale, volto al coordinamento e all'organizzazione delle prestazioni lavorative poste in essere dal singolo lavoratore, mentre tale fonte verrebbe meno allorché fosse espressione di un più ampio interesse organizzativo aziendale (7). Peraltro, la natura ambivalente del potere disciplinare, dovuta alla posizione di supremazia datoriale, per alcuni, non sarebbe stata completamente superata neppure con l'introduzione della procedura di cui all'art. 7, l. n. 300/1970, stante la sostanziale diversità tra le garanzie ivi previste e quelle proprie del processo penale, in termini di rigidità delle regole (8). In tal senso, il principio di legalità di cui all'art. 7, co. 1, l. n. 300/1970, di fatto, non avrebbe avuto un esito coerente con l'esperienza applicativa, avendo la giurisprudenza di legittimità, in modo pressoché costante, avallato la tesi meno rigida, sia consentendo la redazione di codici disciplinari anche generici e/o per sommi

capi (9), sia non ritenendo necessaria la preventiva affissione e/o codificazione di tutte quelle mancanze, percepibili come tali secondo un *minimum* etico, ai fini dell'applicazione delle sanzioni conservative (10) e/o del licenziamento (11).

Lo stesso diritto di difesa del prestatore di lavoro, sancito mediante la previsione del principio del contraddittorio, nei co. 2, 3 e 5 dell'art. 7, l. n. 300/1970, non coinciderebbe esattamente con l'omologo previsto dall'art. 24, co. 2 Cost., essendo finalizzato, il primo, non tanto a convincere l'altro contraente, quanto piuttosto a cristallizzare e storicizzare la vicenda disciplinare, da sottoporre poi al vaglio del giudice (12).

In definitiva, tali sintetiche premesse inducono a ritenere che, nell'approccio alle norme procedurali di cui all'art. 7, l. n. 300/1970, l'interprete non possa, in primo luogo, non tenere conto del principio contrattualistico che le ha ispirate, secondo una logica egualitaria delle parti, e, in secondo luogo, trascurare la loro sostanziale diversità con quelle del processo penale, quanto a forma e a interessi sottesi.

In quest'ambito appare inquadarsi anche il problema della qualificazione ai fini disciplinari della recidiva,

oggetto di delibazione nella sentenza in commento.

In particolare, nella controversia in esame, l'impresa datrice di lavoro, dopo aver irrogato al lavoratore quattro sanzioni disciplinari di cinque giorni di sospensione ciascuna, a fronte di altrettante contestazioni tutte ritualmente comunicate, a distanza di più di un mese e senza che fosse stata commessa una nuova infrazione, gli contestava la recidiva come illecito disciplinare autonomo, cui faceva seguito il licenziamento disciplinare (13).

Secondo il Tribunale, la recidiva è semplicemente la circostanza aggravatrice dell'elemento soggettivo di una nuova violazione che deve essere concretamente contestata, di talché non potrebbe mai, come nella specie, formare oggetto da sola di un autonomo illecito disciplinare, dovendo essere sempre accompagnata ad un'altra condotta di cui costituisce un'aggravante soggettiva.

Sicché, avendo il datore di lavoro oramai esaurito la propria iniziativa disciplinare con l'irrogazione di ben quattro sanzioni conservative, a detta del Tribunale, non avrebbe potuto contestare separatamente la recidiva e applicare la sanzione del licenziamento, se non violando il

(6) V. MONTUSCHI, *op. cit.*, 156 e ss.

(7) V. VARDARO, GAETA, *op. cit.*, 6 e ss.: secondo i quali il potere disciplinare finisce per riflettere le due anime dell'art. 2094 c.c.: l'una di ispirazione civilistica, che identifica il dovere di prestare l'attività lavorativa con il semplice dovere di esecuzione dell'attività o anche con un dovere di collaborazione circoscritto al singolo contratto; l'altra di matrice commercialistica, che tende a dilatare l'area debitoria del prestatore, fino a farla coincidere con un dovere di collaborazione coincidente con la stessa organizzazione aziendale.

(8) V. MONTUSCHI, *op. cit.*, 156 e ss.: secondo il quale le novità incluse nell'art. 7, l. n. 300/1970 si sono stemperate e difuite nel momento in cui le garanzie sono entrate a contatto con l'ambiente contrattuale, subendo così un graduale adattamento, che ha ridimensionato alquanto quelle che erano sulla carta le potenzialità espressive della norma.

(9) V. tra le molte: Cass. 18 febbraio 1991, n. 1695, in «Not. giurispr. lav.» 1991, 540, con la quale la Corte ha ritenuto sufficiente una nozione schematica e non dettagliata delle varie e prevedibili azioni.

(10) V. tra le molte: v. Cass. 2 settembre 2004, n. 17763, in «Rep. giur. lav.» 1991-2004, 6.b, 22.

(11) V. Cass. Sez. Un., 1° giugno 1987, n. 4823, in «Foro it.» 1987, 2031, con nota di DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dalla Corte costituzionale alle Sezioni Unite: opzione per la tesi ontologica, chiara definizione dei ruoli, coerente assetto delle fonti*. La Corte ha affermato che la fonte del potere di recesso è direttamente nella legge, mentre per le sanzioni conservative l'onere della predisposizione del codice è condizione indefettibile per la loro irrogazione; conf. tra le molte: Cass. 9 marzo 2004, n. 4778, in «Rep. giur. lav.» 1991-2004, 6.b, 20.

(12) V. MONTUSCHI, *op. cit.*, 157.

(13) Sull'applicabilità dei primi tre commi dell'art. 7, l. n. 300/1970 anche al licenziamento disciplinare: v. Corte cost., 30 novembre 1982, n. 204, in «Riv. it. dir. lav.» 1983, II, 214, con nota di SUPPEL, *La Corte Costituzionale legifera sui licenziamenti disciplinari?*; v. anche Cass. Sez. Un., 1° giugno 1987, n. 4823, cit.

diritto di difesa del prestatore di lavoro (14).

Appare chiaro il riferimento alla definizione contenuta nell'art. 99, co. 1, c.p. (15), in base alla quale presupposto della dichiarazione di recidiva è la commissione di un nuovo reato unitamente ad una sentenza di condanna o a un decreto penale, divenuti irrevocabili, che abbiano sancito la responsabilità penale del condannato (16).

In sostanza, è stato osservato che la precedente sentenza di condanna acquista rilievo perché il soggetto, nonostante l'esperienza del processo, il monito a non violare più la legge e la finalità rieducativa connessa all'esecuzione della pena, viola nuovamente la legge, dimostrando insensibilità etica verso l'ordinamento giuridico, e dunque diviene suscettibile di un rimprovero maggiore, che si sostanzia nell'aumento della pena, prevista per il nuovo reato commesso (17).

Ebbene, l'art. 7, co. 8, l. n. 300/1970, non contiene alcun riferimento alla recidiva di cui all'art. 99, co. 1, c.p., giacché si limita a porre un limite temporale, due anni, decorso i quali non si può più tenere conto «ad alcun effetto» delle sanzioni disciplinari applicate.

La norma, in sostanza, non specifica quale effetto possono produrre le sanzioni applicate nell'ultimo biennio, né, tanto meno, che tale effetto debba sostanzialmente escludersi nell'aumento della sanzione, eventualmente prevista per la nuova in-

frazione disciplinare, secondo lo schema del cit. art. 99 c.p.

D'altro canto, oltre a non potersi invocare l'applicazione analogica delle norme penali, ex art. 14 preleggi, nel caso dell'art. 7, co. 8, l. n. 300/1970, non appare corretto neppure richiamare lo schema generale della fattispecie penale della recidiva, se non limitatamente al significato semantico generale di «ricaduta». A sostegno di tale conclusione milita senz'altro la intrinseca diversità che sussiste tra il diritto disciplinare e quello penale, posto che il primo, pur con tutte le ambiguità di cui si è sommariamente detto (18), costituisce una posizione soggettiva innervata su di un rapporto contrattuale privato e la pretesa punitiva non è fine a se stessa o posta a presidio di interessi generali eccedenti l'ambito aziendale, bensì funzionale e strettamente connessa all'esercizio del potere direttivo (19).

Tanto è vero che, nell'ipotesi di licenziamento disciplinare, la rilevanza del codice può passare persino in secondo piano, come pure l'affissione dello stesso, non essendo ammesso che, a fronte di gravi illeciti di rilievo anche penale, possa essere messo in discussione o cancellato il potere di recesso ovvero paralizzati gli ordinari rimedi risolutivi, magari a causa delle lacune o della genericità di talune disposizioni del codice disciplinare (20).

Da quanto sopra, si può argomentare che la recidiva, intesa come «ricaduta», ai sensi dell'art. 7, co. 8, l. n.

300/1970, in assenza di specifiche previsioni collettive e/o regolamentari che la connotino diversamente ai fini disciplinari, possa rilevare anche come un'autonoma situazione che, integrando un *vulnus* nell'elemento fiduciario, finisca per giustificare il licenziamento disciplinare, ogniqualvolta le sanzioni conservative, già applicate, non siano più adeguate e sufficienti a ristabilire l'equilibrio nel rapporto contrattuale (21).

D'altro canto, se è vero, come detto in premessa, che la responsabilità disciplinare del prestatore di lavoro travalica quella per inadempimento di cui all'art. 1455 c.c., posto che l'interesse creditorio del datore di lavoro arriva a ricomprendere non solo l'adempimento delle prestazioni dedotte in contratto ma anche l'osservanza della disciplina del lavoro, ex art. 2104, co. 2, c.c., e che la sanzione non coincide con la pena, essendo la prima a differenza della seconda, strettamente funzionale e strumentale all'esercizio del potere direttivo; allora anche la recidiva nel rapporto di lavoro va interpretata funzionalmente alla soddisfazione del predetto interesse, sia pure entro i limiti di cui all'art. 7, co. 8 cit.

In tale ottica, non appare allora illegittimo contestare la recidiva come situazione a sé stante, se ciò è strumentale a tutelare l'interesse del datore di lavoro a censurare uno scarso affidamento dovuto alla reiterazione di più infrazioni e a non volerne tol-

(14) V. Cass. 4 luglio 1991, n. 7391, in «Not. giurispr. lav.» 1991, 843, la quale afferma lo stesso principio seguito dal Tribunale, e cioè che una volta esercitato il potere disciplinare in relazione a determinati fatti costituenti infrazioni disciplinari, il datore non può esercitare una seconda volta, per quegli stessi fatti, il detto potere oramai consumato, anche se si tratta della recidiva, qualora non vi sia un'autonoma infrazione attualmente sanzionabile.

(15) L'art. 99, co. 2, c.p., così recita: «Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo».

(16) V. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 1997, 654 e ss.

(17) V. PITTARO, *Recidiva*, in *Dig. pen. XI*, Torino 1996, 366.

(18) V. VARDARO, GAETA, *op. cit.*, 6.

(19) V. MONTUSCHI, *op. cit.*, 157.

(20) V. per tutte: Cass. Sez. Un., 1° giugno 1987, n. 4823, cit.

(21) V. SPAGNUOLO VIGORITA, FERRARO, *op. cit.*, 230 e ss., i quali confutano la tesi secondo la quale il licenziamento sarebbe al di fuori dei limiti di operatività della recidiva, giacché la somma di più inadempimenti lievi non potrebbe mai dare come risultato finale un inadempimento notevole.

GIURISPRUDENZA
RAPPORTO DI LAVORO

lerare delle altre, come invece suggerirebbe l'interpretazione seguita dal Tribunale di Tivoli, secondo la quale, per poter utilmente contestare la recidiva si dovrebbe attendere una nuova infrazione.

Peraltro, nella prassi applicativa, la recidiva reiterata è stata, in taluni contratti collettivi, considerata come un'infrazione a sé stante, idonea a giustificare l'adozione del licenziamento per giusta causa (22).

Come pure non sembra potersi condividere l'assunto di una possibile violazione del diritto di difesa del prestatore di lavoro, per essersi l'iniziativa disciplinare già in precedenza esaurita con la comminazione delle sanzioni conservative, rispetto alle quali si è poi contestata la recidiva, giacché la sanzione del licenziamento è stata irrogata solo dopo la contestazione di questa, in piena coerenza con quell'impostazione, dottrinarie e giurisprudenziale, che ha affermato l'esigenza della preventiva contestazione della recidiva, solo ove questa sia elemento costitutivo della mancanza addebitata al prestatore, escludendola, invece, solo ove la recidiva si atteggi a criterio estrinseco di determinazione della pena da applicare (23).

Anche con riferimento al secondo aspetto affrontato dalla sentenza in commento, relativo all'obbligo di audizione personale del prestatore di lavoro, pur in presenza di dettagliate deduzioni difensive scritte, sembrano potersi rilevare degli elementi di discontinuità interpretativa, rispetto all'impostazione elastica e non strettamente formale, fornita,

come visto, dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento, ad esempio, all'applicazione dell'art. 7, co. 1, l. n. 300/1970, in ordine alla preventiva affissione del codice disciplinare (24).

Il Tribunale afferma, infatti, di non condividere le conclusioni cui giunge un certo indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale la mera richiesta d'audizione da parte del prestatore di lavoro, ex art. 7, co. 2 e 3, l. n. 300/1970, non obbliga il datore di lavoro a concederla, qualora tale istanza riveli chiaramente finalità dilatorie, ove, peraltro, non risponda ad esigenze di difesa non altrimenti tutelabili, finendo così per violare i doveri di correttezza e buona fede (25).

Questo perché un giudizio sulla correttezza e sulla buona fede, a detta del Tribunale, finirebbe per introdurre nel procedimento disciplinare un grave elemento d'incertezza, legato alla necessaria valutazione nel merito delle giustificazioni che si imporrebbe allo scopo di definirle esauritive o meno, violando, così, le norme del procedimento, che, come tali, sono suscettibili di una mera applicazione formale. Ora, fermo restando che, a norma dell'art. 7, l. n. 300/1970, il lavoratore ha diritto di svolgere le sue difese nella più completa libertà di forma, la giurisprudenza di legittimità, già da tempo, ha affermato che il termine «sentito», usato dal legislatore, non vada preso alla lettera, non comportando affatto che il lavoratore debba parlare necessariamente, anche perché, se così fosse si finirebbe per paralizzare l'intero procedimento (26).

In secondo luogo, come si è già preteso, se il potere disciplinare è stato in un certo qual modo contrattualizzato, grazie alla procedimentalizzazione di cui all'art. 7, l. n. 300/1970, allora non si vede per quale ragione i doveri di correttezza ex art. 1175 c.c. e buona fede nell'esecuzione del contratto, ex art. 1375 c.c., non debbano costituire dei validi parametri per valutare la condotta delle parti, alla luce sia dell'opera di integrazione operata dalla giurisprudenza, con riferimento all'art. 7, co. 1, l. n. 300/1970 — volta a smussare proprio quel formalismo che il Tribunale di Tivoli pretende invece di affermare, non considerando l'intrinseca differenza tra procedimento disciplinare e processo penale — sia dei differenti interessi sottesi. Diversamente, si rischia di avallare, nel procedimento disciplinare, un'interpretazione formalistica, che, come tale, si pone in antitesi proprio con la logica egalaritaria del contratto, ove la correttezza e la buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., impongono, come noto, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali e da quanto espressamente stabilito da singole disposizioni, posto che costituiscono una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost. (27).

Enrico Maria Terenzio
Avvocato in Roma

(22) V. art. 140, c.c.n.l. Turismo, nel quale è previsto, tra l'altro, che «ricadono sotto il provvedimento del licenziamento per giusta causa le seguenti infrazioni: a) recidiva reiterata nelle mancanze di cui alle lett. a) e b) del co. 7 dell'art. 93», cioè rimprovero verbale e rimprovero scritto.

(23) V. in dottrina: MONTUSCHI, *op. cit.*, 165; VARDARO, GAETA, *op. cit.*, 11; in giurisprudenza, tra le molte: v. Cass. 23 dicembre 2002, n. 18294; Cass. 28 marzo 1992, n. 3843; Cass. 11 novembre 1988, n. 6098, in «Giur. it.» 1990, I, 287.

(24) V. per i precedenti giurisprudenziali si rinvia alle note 8, 9 e 10.

(25) V. Cass. 23 marzo 2002, n. 4187, in «Riv. it. dir. lav.» 2002, I, 881; conf. Trib. di Roma, 29 gennaio 2007, in «Lav. giur.» 2007, 9, 94.

(26) V. FONTANA, *Sanzioni disciplinari*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano 1989, 341; nonché: Cass. 1° ottobre 1982, n. 5048, in «Dir. lav.» 1983, II, 5.

(27) V. tra le molte: v. Cass. 9 settembre 2008, n. 22925, in «Giur. lav.» 2009, 29, 38.