

Franco DI SABATO

# MANUALE DELLE SOCIETÀ

Pagine XLIV-736

L. 88.000

È la terza edizione di un manuale di già affermato prestigio. Le innovazioni riguardano soprattutto la notevole evoluzione dottrinale e giurisprudenziale subita dalla materia in questi ultimi tempi. Il volume tiene altresì conto delle più significative direttive comunitarie.

Unione Tipografico-Editrice Torinese S.p.A. - 10125 Torino - corso Raffaello, 28  
Telefono (011) 65291 (7 linee) - Telex 225553 UTET TO - Telefax (011) 6529240  
Casella Postale 1166 - Ferravia - C.C.P. n. 467100

Abbonamento per i nn. 9 e 10 del 1991 L. 90.000 (Ogni fascicolo L. 45.000)  
Fascicoli separati o arretrati L. 50.000 caduno

*I prezzi indicati si intendono validi per l'Italia. Per l'Estero è praticato l'aumento del 50%*

#### CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

- Le richieste di abbonamento, corredate dal corrispondente importo e dall'esatto indirizzo per la spedizione dei fascicoli, possono essere inoltrate:
  - alle competenti Agenzie operanti sul territorio nazionale, alle Librerie o direttamente alla Casa presso la sede di Torino 10125 - corso Raffaello, 28.
- EVENTUALI RICHIESTE PRIVE DEL RELATIVO CANONE NON SARANNO PRESE IN CONSIDERAZIONE.
- La ricevuta o il bollettino di C/C/P, comprovante l'avvenuto pagamento dell'abbonamento, con annesso documento liberatorio per il cliente, ed ha valore a tutti gli effetti di legge e/o fiscali.
- Gli abbonamenti si intendono rinnovati se non risultano tempestivamente disdetta a mezzo Raccomandata A.R. entro il mese di scadenza. Diversamente l'Abbonato è tenuto a trasmettere il corrispondente importo.
- I titolari di abbonamento hanno diritto a ricevere eventuali fascicoli — non recapitati per disguidi postali — che vengano reclamati al Servizio di Abbonamenti Periodici della Sede di Torino entro i quattro mesi successivi alla data di pubblicazione, salva la disponibilità dei medesimi.

#### FASCICOLI ARRETRATI:

- Le richieste saranno evase, salvo il disponibile, con pagamento anticipato a mezzo:
  - assegno circolare;
  - C/C/P n. 467100 intestato alla UTET S.p.A. - Servizio Abbonamenti Periodici - corso Raffaello, 28 - 10125 TORINO;(nell'ipotesi di pagamento anticipato, se i fascicoli richiesti risultassero esauriti, l'importo versato verrà rimborsato)
- oppure a mezzo:
  - contrassegno con l'aggiunta dell'importo forfettario di L. 7.000 per spese postali
  - oppure, rivolgendosi direttamente alle competenti Agenzie UTET, che curano il catalogo giuridico.

Allo scopo di migliorare il servizio, preghiamo i Lettori di segnalare tempestivamente, alla Sede della UTET - Servizio Abbonamenti Periodici - corso Raffaello, 28 - 10125 Torino, eventuali cambi di indirizzo, utilizzando il retro della etichetta di spedizione.

Direttore Responsabile: GIOVANNI MERLINI

Registrata al n. 3941 del registro dei giornali e periodici del Tribunale di Torino in data 30 maggio 1985

Pubblicato il 20 luglio 1991

Tipografia Bona - Torino

ISBN 88-02-04465-1



9 788802 044651

9

QUADERNI

Il potere disciplinare

UTET

Rivista semestrale

Anno Quinto 1991 - N. 9

# QUADERNI DI DIRITTO DEL LAVORO E DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

## IL POTERE DISCIPLINARE

Direzione:

F. Carinci - M. Dell'Olio - R. De Luca Tamajo  
F. Liso - L. Montuschi - P. Tosi - T. Treu - B. Veneziani

UTET

**QUADERNI  
DI DIRITTO  
DEL LAVORO  
E DELLE RELAZIONI  
INDUSTRIALI**

---

**IL POTERE  
DISCIPLINARE**

*Direzione:*

*F. Carinci - M. Dell'Olio - R. De Luca Tamajo  
F. Liso - L. Montuschi - P. Tosi - T. Treu - B. Veneziani*

**UTET**

© 1991 Unione Tipografico-Editrice Torinese  
Corso Raffaello 28 - 10125 Torino

Senza il permesso scritto dell'Editore, sono vietati la riproduzione anche parziale, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo elettronico o meccanico (compresi fotocopie e microfilm), la registrazione magnetica e l'uso di qualunque sistema di meccanizzazione e reperimento dell'informazione

Fotocomposizione: Lino-Foto - Torino  
Stampa: Tipografia Bona - Torino  
ISBN 88-02-04465-1

*comitato di redazione*

Marzia Barbera, Michele Miscione, Massimo Roccella,  
Stefania Scarponi, Carlo Zoli

*segretaria di redazione*

Cristina Alessi

*redazione*

20122 Milano, via Lamarmora 21, tel. 02-55189934  
40123 Bologna, via Saragozza 28, tel. 051-585301

## INDICE SOMMARIO

### IL TEMA

Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato ..... p. 9  
di L. MONTUSCHI

Il potere disciplinare nel pubblico impiego: tendenze recenti ..... p. 27  
di G. MOR

Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro ..... p. 37  
di L. ZOPPOLI

### OSSERVATORIO SULLA CONTRATTAZIONE E SULLA GIURISPRUDENZA NEL SETTORE PRIVATO

L'esercizio del potere disciplinare ..... p. 61  
di C. ZOLI

Le sanzioni conservative ..... p. 87  
di R. DEL PUNTA

Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione  
collettiva ..... p. 113  
di C. ALESSI

L'impugnazione delle sanzioni disciplinari ..... p. 133  
di G. DONDI

- SPAGNUOLO VIGORITA L. - FERRARO G. (1975), in *Commentario dello Statuto dei lavoratori* diretto da U. Prosperetti, Milano: Giuffrè, sub art. 7, p. 145 ss.
- VALLEBONA A. (1987), *Il trasferimento del lavoratore*, in *RIDL*, I, p. 67 ss.
- VARDARO G. (1986), *Il potere disciplinare giuridificato*, in *DLRI*, p. 1 ss.
- ZOLI C. (1983), *Inadempimento e responsabilità per colpa del prestatore di lavoro*, in *RTDPC*, p. 1269 ss.

IL  
LICENZIAMENTO  
DISCIPLINARE  
NELLA  
GIURISPRUDENZA  
E NELLA  
CONTRATTAZIONE  
COLLETTIVA

di CRISTINA ALESSI  
dottoressa in giurisprudenza

SOMMARIO: 1. Il problema dell'applicabilità dell'art. 7 S.L. al licenziamento disciplinare fino al 1982: a) Gli orientamenti della giurisprudenza b) Gli orientamenti della contrattazione collettiva. — 2. L'intervento «razionalizzante» della Corte Costituzionale. — 3. La problematica successiva: pubblicità del codice disciplinare e tassatività delle infrazioni. — 4. Licenziamento disciplinare e recesso *ad nutum*. — 5. Le conseguenze del licenziamento disciplinare nullo per violazione dell'art. 7 S.L.

**1. Il problema dell'applicabilità dell'art. 7 S.L. al licenziamento disciplinare fino al 1982.**

*a) Gli orientamenti della giurisprudenza.*

Nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori e fino alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 1982, gli operatori giuridici si sono confrontati con un testo, quello dell'art. 7, che non sembrava offrire argomenti decisivi riguardo all'applicabilità o meno della complessa procedura ivi descritta al licenziamento c.d. disciplinare, ovvero a quel licenziamento intimato in relazione a mancanze del lavoratore.

In giurisprudenza ed in dottrina si manifestarono subito profonde divisioni tra chi considerava l'art. 7 inapplicabile *in toto* al licenziamento disciplinare (Assanti 1971; Zangari 1971, p. 23 ss.) sul presupposto che il licenziamento non potesse qualificarsi come una sanzione, poiché in esso doveva ritenersi prevalente la funzione risolutiva rispetto a quella afflittivo-intimidatoria propria delle

sanzioni<sup>1</sup> e chi invece riteneva lo stesso articolo integralmente applicabile al licenziamento in quanto quest'ultimo era da considerarsi come la massima sanzione a disposizione del datore di lavoro (Montuschi 1979, p. 79 ss.; Pera 1972, p. 101; Ballestrero 1975, p. 334 ss.) la cui irrogazione andava circondata da tutte le cautele previste per le sanzioni minori<sup>2</sup>.

Non mancavano, in questo quadro, tesi «intermedie»: da un lato, infatti, si sosteneva che l'art. 7 fosse applicabile solo parzialmente, dovendosi riconoscere che le peculiarità del licenziamento rispetto alle altre sanzioni giustificavano un'applicazione limitata ai soli commi 2°, 3° e (con qualche dubbio) 5° (Freni-Giugni 1971, p. 29 ss.)<sup>3</sup>.

D'altra parte, nell'ambito della tesi negativa, cominciava a farsi strada l'idea, definita in seguito «formalistica», secondo la quale l'applicabilità dell'art. 7 sarebbe stata subordinata all'inclusione nel contratto collettivo del licenziamento tra le sanzioni disciplinari e all'espresso richiamo della procedura ex art. 7 medesimo o di altre procedure analoghe.

Mentre gli orientamenti ora ricordati continuavano a dividere la giurisprudenza di merito, la Cassazione optò, pur dopo un timido tentativo di apertura<sup>4</sup>, per la tesi restrittiva in ultimo ricordata, che riteneva appunto necessario il richiamo operato dal contratto collettivo ai fini dell'applicazione dell'art. 7 al licenziamento disciplinare<sup>5</sup>.

Secondo alcune sentenze, rimaste tuttavia isolate, poteva considerarsi sufficiente l'inclusione del licenziamento tra le sanzioni disciplinari perché fosse considerata obbligatoria la procedura ex art. 7 S.L., ritenendosi tale inclusione un richiamo implicito alla disciplina legale prevista per le sanzioni stesse<sup>6</sup>. Si trattava, pur all'interno della tesi restrittiva, di una posizione moderata, salutata da alcuni autori (Montuschi 1979, p. 109 ss.) come segnale di una possibile apertura della Suprema Corte sul complesso problema.

In realtà l'entusiasmo venne presto smorzato, oltre che da pronunce di poco successive<sup>7</sup>, dall'intervento delle Sezioni Unite del 1981<sup>8</sup>, le quali sottolinearono

<sup>1</sup> App. Milano 27 giugno 1972, in *OGI*, 1972, II, 632; Pret. Trieste 28 agosto 1970, in *RGL*, 1970, II, 616; Pret. Viareggio 25 giugno 1973, in *FI*, 1973, I, 3233; App. Milano 18 aprile 1974, *ibidem*, 1975, I, 170.

<sup>2</sup> Pret. Roma 26 luglio 1972, in *RGL*, 1973, 1075; Pret. Parma 18 gennaio 1973 in *FI*, 1973, I, 1621; Pret. Milano 28 luglio 1971, in *OGI*, 1971, 762.

<sup>3</sup> Pret. Torino 8 giugno 1971, in *GI*, 1972, I, 290; Pret. Milano 28 luglio 1971, in *FI*, 1972, I, 1489; Trib. Roma 18 giugno 1974, in *RGL*, 1975, II, 132; Pret. Roma 28 gennaio 1977, in *RGL*, 1978, II, 269.

<sup>4</sup> Cass. 20 ottobre 1973, n. 2672, in *RGL*, 1973, II, 1135 (con nota di L. MONTUSCHI); Cass. 4 dicembre 1973, n. 3311, in *MGL*, 1974, 200.

<sup>5</sup> Cass. 26 aprile 1976, n. 1475, in *OGI*, 1976, 761; Cass. 22 luglio 1976, n. 2929, in *RGL*, 1976, II, 1984.

<sup>6</sup> Cass. 28 agosto 1976, n. 3065, in *OGI*, 1977, 648; Cass. 28 novembre 1979, n. 6241, in *GC*, 1980, I, 628.

<sup>7</sup> Cass. 19 aprile 1977, n. 3799, in *NGL*, 1978, 340; Cass. 4 maggio 1977, n. 1694, in *FI*, 1977, I, 1064; Cass. 25 settembre 1979, n. 4935, in *OGI*, 1979, 1431; Cass. 5 gennaio 1980, n. 38, *ibidem*, 1980, 412.

<sup>8</sup> Cass. S.U. 28 marzo 1981, n. 1781, in *FI*, 1981, I, 1283, con nota di M. CONVERSO.

ancora una volta che il licenziamento per colpa aveva sì alcuni punti di contatto con le sanzioni disciplinari, non tali però da consentire l'adozione del medesimo trattamento, posto che il legislatore aveva sempre inteso tener separate le due discipline.

La sentenza presentava tuttavia, in motivazione, parecchi punti deboli, che rendevano evidente quanto un tale attaccamento alla concezione cd. formalistica del licenziamento disciplinare fosse ormai poco giustificata. Le Sezioni Unite, infatti, da un lato sottolineano che «è innegabile che il licenziamento per colpa (in senso generico) del lavoratore ha la motivazione nonché l'efficacia intimidatoria ed afflittiva proprie delle sanzioni disciplinari, tra le quali appare sotto questo aspetto la più grave»; ma dall'altro precisano che tali caratteri comuni non giustificano affatto l'adozione della stessa disciplina. L'art. 7, secondo la Corte, non ha inteso interferire nella complessa materia dei licenziamenti, che resta regolata dalla legge 604/66 e dagli artt. 2118 e 2119 c.c.

A questo punto non si comprende davvero perché l'irrogazione di quella che la stessa Cassazione considera la massima sanzione non venga circondata dalle medesime garanzie previste per le sanzioni meno gravi, posta l'identità causale dei due atti datoriali riconosciuta dalla Corte; né tantomeno risulta palese, come le Sezioni Unite intendono far supporre, la volontà del legislatore di tener separate le due discipline. Ciò che si vuol dire è che da una corretta premessa sarebbe stato logico aspettarsi una conclusione adeguata, e non l'esatta antitesi di quanto dichiarato *ab initio*.

Le contraddizioni, tuttavia, diventano addirittura lampanti quando si legge che, comunque, la procedura ex art. 7 può essere applicata ove vi sia, nel contratto collettivo, l'inclusione del licenziamento tra le sanzioni nonché il richiamo espresso dell'art. 7 o di analoghe procedure. Ciò significa, infatti, legare l'operatività della disciplina legale ad un dato meramente formale ed estrinseco, imponendo una disparità di trattamento tra due licenziamenti entrambi intimati per motivi disciplinari, solo perché destinati ad operare in settori regolati da contratti collettivi diversi.

La sentenza in parola, ad ogni modo, era destinata ad avere vita breve: sul punto, com'è noto, intervenne poco più di un anno dopo la Corte Costituzionale, con la prima delle pronunce destinate a precisare la disciplina applicabile in materia di licenziamento disciplinare.

Fino a quel momento, tuttavia, alla contrattazione collettiva non era restato altro da fare che prendere atto dell'interpretazione dominante e cercare di favorire l'applicazione dell'art. 7 attraverso la strada dell'introduzione del licenziamento tra le sanzioni disciplinari, accompagnata dall'espresso richiamo della procedura di irrogazione.

#### b) Gli orientamenti della contrattazione collettiva.

L'autonomia collettiva, in ogni caso, sembra restia, almeno inizialmente, ad estendere il principio del contraddittorio ex art. 7 S.L. al licenziamento per man-

canze. Diversi contratti collettivi, infatti, dopo aver incluso il licenziamento tra le sanzioni, escludono l'applicazione della procedura di contestazione quando si tratti di «infrazioni di gravità tale che non consentano la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro»<sup>9</sup>. Se poi si considera che spesso la disposizione riguardante il licenziamento per mancanze non includeva anche il giustificato motivo soggettivo, ma solo la giusta causa<sup>10</sup>, si comprende come sarebbe stato difficile che un giudice annullasse, in base a previsioni del genere, un licenziamento per mancata osservanza della procedura prevista dall'art. 7 S.L.

Il problema nasceva probabilmente da due ordini di considerazioni. In primo luogo risultava difficoltoso far rientrare il licenziamento per giustificato motivo soggettivo tra le sanzioni disciplinari, essendo quest'ultimo legato esclusivamente ad un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali; in secondo luogo la necessaria immediatezza del licenziamento per giusta causa appariva mal conciliarsi con la procedura di contestazione.

Il primo problema, in realtà, non è insormontabile come sembra: la dottrina (Pera 1972, p. 99 ss.; Napoli 1980, p. 117 ss.) e la stessa Cassazione hanno chiarito che il licenziamento è *sempre* disciplinare quando si riferisca ad una colpa (in senso generico) del lavoratore. La distinzione tra giusta causa e giustificato motivo soggettivo, in questa prospettiva, attiene esclusivamente alla gravità del fatto ascritto al lavoratore, implicando la perdita o meno del preavviso<sup>11</sup>.

Quanto alla necessaria immediatezza della risoluzione del rapporto nel caso della pretesa sussistenza di una giusta causa, si era già prospettata la possibilità di utilizzare l'istituto della sospensione cautelare non disciplinare fino all'accertamento della legittimità o meno del licenziamento (Pera 1972, p. 103): il contratto dei metalmeccanici del 1973 ha introdotto una simile regola, con l'evidente intento di non snaturare la funzione del recesso in tronco (Montuschi 1979, p. 123), pur mantenendo tutte le garanzie del contraddittorio.

Nel periodo che si sta considerando, in ogni caso, non si riscontra una piena coscienza dell'importanza del problema: vi sono contratti che addirittura non includono il licenziamento tra le sanzioni<sup>12</sup> o che, pur includendolo, non richiamano la procedura di contestazione prevista dall'art. 7 S.L.<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Si v., ad es., il c.c.n.l. per gli addetti alle industrie della chimica, farmaceutica, parachimica e delle fibre chimiche, 31 ottobre 1972, *sub art.* 53.

<sup>10</sup> Si v. ad es. il c.c.n.l. 15 luglio 1977 per i lavoratori dipendenti da aziende esercenti le industrie conserve animali, *sub artt.* 43 e 45.

<sup>11</sup> Cass. 28 marzo 1981, n. 1781, *cit.*, 1288.

<sup>12</sup> Si v. ad es. il c.c.n.l. 15 aprile 1980 per il personale dipendente da società e consorzi concessionari di autostrade e trafori, *sub art.* 95; nonché il c.c.n.l. per i dipendenti delle imprese edili ed affini 1° aprile 1976, *sub art.* 95.

## 2. L'intervento «razionalizzante» della Corte Costituzionale.

Sulla complessa questione dell'applicabilità dell'art. 7 S.L. ai licenziamenti disciplinari è intervenuta la Corte Costituzionale con l'ormai celeberrima sentenza n. 204 del 30 novembre 1982<sup>14</sup>.

Le questioni di costituzionalità sollevate dalle ordinanze di rimessione<sup>15</sup>, è bene sottolinearlo, riguardavano controversie relative a licenziamenti disciplinari per i quali non vi era alcuna norma collettiva che li includesse tra le sanzioni, né tantomeno che richiamasse la procedura di contestazione: tali questioni investivano l'intero art. 7 S.L., nonché l'art. 18 S.L. in quanto considerato inapplicabile al licenziamento disciplinare nullo.

La Consulta, com'è noto, si è pronunciata nel senso dell'illegittimità costituzionale dei primi tre commi dell'art. 7 S.L. in quanto interpretati come inapplicabili al licenziamento disciplinare ed ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 poiché, secondo la Corte, «tale norma va interpretata nel senso che la reintegrazione nel posto di lavoro è applicabile anche al licenziamento disciplinare irrogato senza l'osservanza delle garanzie procedurali».

La pronuncia della Corte, come è stato chiarito in dottrina (De Luca 1983, c. 856 ss.; Genoviva 1988, p. 88) non aveva tanto ad oggetto la norma dell'art. 7, quanto l'interpretazione ad essa data dalle Sezioni Unite. Il ragionamento parte infatti dalla stessa premessa rintracciabile nella decisione delle S.U., cioè la qualificazione come disciplinare del licenziamento per «colpa» del lavoratore (cd. tesi ontologica), per giungere a conclusioni diverse secondo un *iter* logico sicuramente apprezzabile.

In primo luogo la Corte sottolinea che la miglior funzionalità delle difese assicurate dall'art. 7 rispetto a quanto previsto dalla legge 604/66 è fuori discussione, ed è stata anche riconosciuta dalle Sezioni Unite. In tale prospettiva, l'applicabilità dell'art. 7 al licenziamento disciplinare deve essere riconosciuta «da chiunque ravvisi il valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un paese civile nella coerenza delle parti di cui si compone», coerenza che nel campo del diritto è espressione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

L'assimilazione del licenziamento per colpa alle sanzioni disciplinari, in altre parole, non può che far concludere per l'applicabilità dell'art. 7, almeno nei suoi primi tre commi, a prescindere da qualsiasi richiamo da parte della contrattazione collettiva.

<sup>13</sup> Si v. ad es. il c.c.n.l. per i dipendenti delle imprese artigiane edili ed affini 1° aprile 1976, *sub art.* 9.

<sup>14</sup> Si v. in *FI*, 1982, I, 2981 con nota di G. SILVESTRI; *ibidem*, 1983, I, 854 con nota di M. DE LUCA; in *RIDL*, 1982, II, 214, con nota di G. SUPPIER.

<sup>15</sup> Pret. Parma 23 ottobre 1976, in *RGL*, 1977, II, 57; Pret. Parma 22 novembre 1976, in *RFI*, 1977, voce *Lavoro (rapporto)*, 984. Pret. Treviso, 27 novembre 1976, *ibidem*, 983; Pret. Treviso 18 dicembre 1976, in *GCost*, 1977, II, 427; Trib. Parma 1° dicembre 1976, in *MGL*, 1976, 682; Pret. Treviso 11 agosto 1977, in *RFI*, 1978, voce *cit.*, 1264.

Quanto alla norma dell'art. 18 S.L., la Corte ne afferma la forza espansiva, «di cui sono muniti testi suscettibili di esprimere più ampia norma» e ritiene che la reintegrazione nel posto di lavoro sia un rimedio sicuramente applicabile al licenziamento disciplinare nullo per violazione dei commi 1°, 2° e 3° dell'art. 7 S.L.

La giurisprudenza di legittimità e quella di merito, salvo qualche caso isolato di reviviscenza della tesi formalistica<sup>16</sup>, si sono immediatamente adeguate ai principi fissati dalla Consulta: cosicché attualmente si può ritenere pacifica l'applicabilità al licenziamento disciplinare delle disposizioni concernenti la pubblicità del codice disciplinare (sia pure con qualche correttivo che si vedrà in seguito) la necessità di contestazione per iscritto degli addebiti, la facoltà per il lavoratore di essere sentito prima dell'irrogazione del provvedimento e di farsi assistere da un rappresentante sindacale.

La Corte ha infatti ritenuto inapplicabili al licenziamento le sole norme riguardanti la cd. «pausa di riflessione» e la possibilità di ricorso al collegio di conciliazione ed arbitrato, con la relativa sospensione della sanzione per tutto il periodo di durata del procedimento arbitrale. Restano tuttavia alcuni problemi, di cui si darà conto, riguardanti in particolare l'onere di preventiva pubblicità del codice disciplinare ed il significato della predeterminazione delle infrazioni, l'applicabilità dell'art. 7 e le sue conseguenze nell'area del recesso *ad nutum*, nonché le conseguenze della declaratoria di nullità del licenziamento per violazione dell'art. 7 nell'area della tutela obbligatoria.

Quanto alla contrattazione collettiva, dopo la sentenza della Corte Costituzionale non si registrano mutamenti di grande rilievo. È interessante, tuttavia, notare che la problematica del licenziamento disciplinare subisce qualche aggiustamento di tiro, pur senza arrivare a conclusioni eclatanti.

Nel contratto collettivo dei chimici del 1983<sup>17</sup>, ad esempio, il licenziamento viene incluso *sic et simpliciter* tra le sanzioni, senza distinguere tra licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo. Vi è poi la precisazione che, nel caso in cui l'infrazione contestata sia di gravità tale da poter comportare il licenziamento, il lavoratore potrà essere sospeso cautelativamente dalla prestazione lavorativa fino all'applicazione del provvedimento, fermo restando per tale periodo il diritto alla retribuzione.

La precisazione non è di poco conto, se si considera che diversi altri contratti, pur dopo l'intervento della Corte Costituzionale e le indicazioni della Cassazione<sup>18</sup>, continuano a considerare disciplinare solo quel licenziamento irrogato per una causa che non consenta la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Si veda Cass. 21 maggio 1984, n. 3134, in *MGL*, 1984, 348; Cass. 15 maggio 1984, n. 2694, in *FI*, 1984, I, 2195; Cass. 24 gennaio 1985, n. 329, in *GC*, 1985, I, 2597.

<sup>17</sup> Si v. il c.c.n.l. per gli addetti all'industria chimica (e settori accorpati) 13 marzo 1983, *sub*, art. 53.

<sup>18</sup> Cass. 23 giugno 1986, n. 4184, in *MFI*, 1986, voce *Lavoro (rapporto)*, 2114; Cass. 12 ottobre 1983, n. 5940, in *FI*, 1984, I, 97, con nota di M. DE LUCA.

<sup>19</sup> Si v. ad es. c.c.n.l. per il personale direttivo delle aziende di credito e finanziarie 27 ottobre 1987, *sub* art. 56; c.c.n.l. per i lavoratori dell'industria alimentare 1° agosto 1983, *sub* art. 43 e 45.

Sotto questo profilo il contratto dei metalmeccanici<sup>20</sup> è senza ombra di dubbio il più completo, poiché include il licenziamento tra le sanzioni, con il richiamo della procedura *ex art. 7*, e precisa inoltre che possono essere qualificati disciplinari sia il licenziamento per giusta causa sia quello per giustificato motivo soggettivo, elencando le infrazioni che possono comportare l'uno o l'altro.

L'elencazione delle infrazioni da parte del contratto collettivo, tuttavia, ha posto qualche problema a dottrina e giurisprudenza, con particolare riguardo alla pubblicità del cd. codice disciplinare e alla tassatività o meno delle ipotesi in esso contenute in riferimento al caso del licenziamento.

### 3. La problematica successiva: pubblicità del codice e tassatività delle infrazioni.

Già in sede di primo commento alla disciplina prevista dall'art. 7 S.L. vi era chi sottolineava (Pera 1972, p. 102) che la pubblicità del codice disciplinare con riguardo al licenziamento avrebbe dovuto configurarsi come un onere a carico del datore di lavoro solo ove le parti, nel contratto collettivo, avessero voluto indicare casi specifici di infrazioni comportanti il licenziamento. In mancanza di tale previsione sarebbe stato necessario, secondo la dottrina richiamata, rifarsi alle clausole generali di legge che, in quanto tali, non hanno bisogno di pubblicità.

L'onere della pubblicità e della predeterminazione delle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, in questa prospettiva, avrebbe il solo scopo di preconstituire la prova della gravità delle infrazioni e della loro «punibilità» con il licenziamento.

Dello stesso avviso è stata la giurisprudenza successiva alla sentenza della Corte Costituzionale, la quale ha precisato che, pur dovendosi riconoscere l'applicabilità del comma 1° dell'art. 7 al licenziamento disciplinare, occorre tuttavia tener conto della diversa fonte del potere di recesso rispetto alla fonte del potere disciplinare: nel primo caso la fonte è direttamente la legge, nel secondo caso la legge è una fonte solo indiretta, poiché l'art. 2106 c.c. contiene un rinvio alla contrattazione collettiva per la predeterminazione delle infrazioni.

La posizione della giurisprudenza di merito, salvo alcuni sporadici casi<sup>21</sup>, è stata dunque nel senso sopra accennato: l'applicabilità del 1° comma dell'art. 7 S.L. risultava subordinata alla previsione, da parte della normativa collettiva o «validamente predisposta dal datore di lavoro» (secondo una formula rituale), di specifiche ipotesi di infrazioni sanzionabili con il licenziamento<sup>22</sup>.

Ad orientare la giurisprudenza di legittimità sul punto sono intervenute, a bre-

<sup>20</sup> c.c.n.l. metalmeccanici privati 1° settembre 1983, *sub* artt. 23 e 25.

<sup>21</sup> Nel senso che è disciplinare il solo licenziamento intimato per infrazioni espressamente previste dal codice disciplinare: Pret. Vicenza 1° luglio 1986, in *OGL*, 1986, 754; Pret. Salerno 27 marzo 1985, in *LPO*, 1985, 1338.

<sup>22</sup> Trib. Firenze 30 ottobre 1987, in *TLG*, 1988, 363; Pret. Torino 9 maggio 1987, in *GPiem*, 1987, 723.

ve distanza di tempo, due pronunce delle Sezioni Unite<sup>23</sup>, chiamate a risolvere il contrasto creatosi nell'ambito della sezione lavoro, tra quelle sentenze che ancora richiamavano la tesi «formalistica», e quindi consideravano disciplinare il solo licenziamento intimato in relazione ad infrazioni previste dal cd. codice disciplinare<sup>24</sup>, e le sentenze che aderivano alla tesi ontologica, applicando di conseguenza l'art. 7 ad ogni licenziamento motivato da una mancanza del lavoratore<sup>25</sup>.

Con le sentenze richiamate, le Sezioni Unite prendono nettamente posizione a favore della tesi ontologica, ribadendo che deve considerarsi disciplinare quel licenziamento intimato in relazione ad una colpa (in senso generico) del lavoratore. La conclusione, secondo la Cassazione, discende da una piana interpretazione della sentenza della Corte Costituzionale, che ha appunto ritenuto che la tesi «formalistica», con l'attribuire rilevanza, ai fini dell'applicazione dell'art. 7, al dato del richiamo ad opera della specifica disciplina del rapporto; confliggeva con l'art. 3 Cost. Secondo le Sezioni Unite, quindi, il licenziamento per «colpa» del lavoratore è connotato dalle stesse ragioni e dalla medesima natura delle sanzioni disciplinari conservative, il che comporta l'applicabilità dell'art. 7 S.L. anche se la disciplina contrattuale non lo richiami affatto.

Con questo, tuttavia, non possono considerarsi risolti tutti i problemi: è vero infatti che la Corte Costituzionale ha ritenuto applicabile al licenziamento disciplinare anche il primo comma dell'art. 7, il quale prevede appunto che le infrazioni delle quali possa derivare l'applicazione di una sanzione devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. *Quid* nel caso del licenziamento?

Sul punto le Sezioni Unite offrono un'interpretazione che sarà poi accolta in dottrina (De Luca 1987, c. 2037 ss.), anche se da qualche parte fatta oggetto di critica (D'Avossa 1989, p. XIII ss.), e dalla successiva giurisprudenza di legittimità<sup>26</sup>. Secondo tale prospettiva la fonte del potere di recesso, a differenza di quanto previsto per le sanzioni conservative, discenderebbe direttamente dalla legge, nella quale i concetti di giusta causa e di giustificato motivo troverebbero sufficiente determinazione. Così, «affermare che il 1° comma dell'art. 7 subordina la validità del licenziamento per colpa del lavoratore alla previsione di specifici comportamenti che si intendono vietare significherebbe che con esso si esclude, nei casi di licenziamento per mancanze, la diretta applicazione degli art. 1 e 3 l. n° 604 del 1966 e dell'art. 2119 c.c.».

<sup>23</sup> Cass. S.U. 1° giugno 1987, n. 4823, in *FI*, 1987, I, 2031; Cass. S.U. 16 dicembre 1987, n. 9302, *ibidem*, 1988, I, 791.

<sup>24</sup> Cass. 21 maggio 1984, n. 3134, cit.; Cass. 26 luglio 1984, n. 4421, in *MFI*, 1984, voce *Lavoro (rapporto)*, 1985.

<sup>25</sup> Cass. 7 gennaio 1986, n. 40, in *GI*, 1986, I, 1, 521; Cass. 7 novembre 1983, n. 6579, in *FI*, 1984, I, 97; Cass. 23 giugno 1986, n. 4184, in *MFI*, 1986, voce *Lavoro (rapporto)*, 735.

<sup>26</sup> Si v., ad es., Cass. 5 settembre 1989, n. 3874, in *DPL*, 1990, 51; Cass. 8 marzo 1990, n. 1861, *ibidem*, 1990, 1295. Cass. 26 aprile 1990, n. 3465, *ibidem*, 1990, 2323.

La previsione dell'art. 7, comma 1°, S.L., ha tuttavia un valore, seppure più limitato rispetto a quanto previsto per le sanzioni conservative, anche con riguardo ai licenziamenti, alla cui materia, osserva la Corte, detta norma non può dirsi estranea. Le parti, o il solo datore di lavoro quando gli sia consentito, possono ritenere conveniente prestabilire che determinati comportamenti siano sanzionabili con il licenziamento perché particolarmente rilevanti in relazione alle esigenze aziendali. In tal caso la pubblicità del «codice disciplinare» ha la funzione di preconstituire la prova della conoscenza dei comportamenti vietati, della sanzione e dell'elemento psicologico che informa il comportamento del lavoratore.

L'onere di pubblicità previsto dal 1° comma riguardo al licenziamento ha dunque un contenuto più limitato rispetto a quello previsto per le sanzioni conservative, e sussiste solo se le parti si sono avvalse della facoltà di predisporre specifici divieti.

La posizione, per la sua chiarezza e logicità, appare condivisibile, anche se si rende necessaria un'osservazione apparentemente ovvia, ma che non sempre risulta tale nell'interpretazione giurisprudenziale: la circostanza che il contratto collettivo applicabile alla fattispecie o il codice disciplinare predisposto dal datore di lavoro prevedano che un determinato comportamento sia sanzionabile con il licenziamento non esime il giudice dal controllo sulla gravità del fatto in relazione alle esigenze aziendali. La legge prevede infatti che la sanzione debba essere proporzionale al fatto addebitato al lavoratore, e ciò indubbiamente vale anche e soprattutto per il licenziamento. Non è affatto ammissibile che la semplice inclusione di un comportamento nel codice disciplinare tra quelli suscettibili di essere sanzionati con il licenziamento implichi l'automatica legittimità del licenziamento intimato ogni volta che detto comportamento sia stato posto in essere dal lavoratore: occorre altresì verificare l'effettiva rilevanza della mancanza prevista dal codice disciplinare con riguardo alle concrete esigenze aziendali, nonché il grado di «colpa» del lavoratore.

Secondo parte della dottrina (De Luca 1987, c. 2037) al giudice spetta inoltre stabilire se, con la predeterminazione delle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, le parti abbiano inteso limitare il potere di recesso del datore di lavoro a quelle sole, specifiche ipotesi, oppure se si siano voluti indicare determinati casi, rilevanti per l'organizzazione aziendale, fermo restando negli altri casi il potere *ex lege* del datore di lavoro.

#### 4. Licenziamento disciplinare e recesso *ad nutum*.

La problematica relativa all'applicabilità dell'art. 7 S.L. nell'area della libera recedibilità è stata notevolmente ridimensionata dalla nuova disciplina dei licenziamenti individuali, la quale, com'è noto, ha individuato non più un'area, bensì singole figure di lavoratori rispetto ai quali ancora sopravvive il potere di recesso *ad nutum*: i lavoratori domestici, i dirigenti, i lavoratori ultrasessantenni in pos-

nesso dei requisiti pensionistici che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto (oltre, naturalmente, ai lavoratori in prova, per i quali la disciplina è rimasta immutata). Non è agevole prevedere i futuri orientamenti giurisprudenziali in tema di licenziamento disciplinare di lavoratori appartenenti a tali figure: sembra perciò oltremodo conveniente dar conto dei risultati finora raggiunti in via interpretativa riguardo alla compatibilità fra il recesso svincolato da qualsiasi motivazione e l'imposizione della procedura *ex art. 7 S.L.*

La giurisprudenza di legittimità e parte di quella di merito<sup>27</sup>, dopo l'intervento della Corte Costituzionale del 1982, hanno ritenuto che la recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro rendesse irrilevante il motivo illecito ai fini della sua qualificazione come disciplinare e della soggezione alle garanzie procedurali di cui all'art. 7, le quali dovevano considerarsi operanti per le sole sanzioni conservative.

Qualche timido tentativo di apertura si riscontrava in quella giurisprudenza di merito<sup>28</sup> che riteneva applicabile la norma dell'art. 7 a prescindere da qualsiasi limitazione dimensionale. L'art. 7 fa parte del Titolo I dello Statuto, le cui disposizioni non incontrano alcun ostacolo alla propria operatività nel numero dei dipendenti occupati; perciò, secondo tale interpretazione, una volta qualificato un licenziamento come disciplinare, ad esso va applicata in ogni caso la procedura di contestazione.

L'opinione prevalente, comunque, restava di segno negativo, sul presupposto che nell'area di libera recedibilità non fosse possibile apporre un vincolo di natura formale al recesso datoriale (Papaleoni 1972, p. 355); vincolo che, oltretutto, non sarebbe valso a tutelare in alcun modo il lavoratore, posto che il licenziamento disciplinare intimato senza l'osservanza della procedura prevista dall'art. 7 S.L. avrebbe potuto legittimamente considerarsi convertito in valido licenziamento *ad nutum* (sulla possibilità di conversione si ritornerà *infra*).

Sul punto è risultato ancora una volta necessario l'intervento della Corte Costituzionale<sup>29</sup> che, sollecitata da un'ordinanza di rimessione del Tribunale di Vicenza<sup>30</sup>, ha affermato che il licenziamento per motivi disciplinari, potendo in-

<sup>27</sup> Cass. S.U. 5 novembre 1987, n. 8189, in *FI*, 1987, I, 3239; Cass. 19 dicembre 1988, n. 6907, in *MFI*, 1988, voce *Lavoro (rapporto)*, 2103; Cass. 2 gennaio 1986, n. 21, in *MGL*, 1986, 226; Cass. 6 gennaio 1984, n. 66, in *FI*, 1984, I, 2196; Pret. Torino 2 maggio 1985, in *GPiem*, 1985, 698; Trib. Firenze 13 aprile 1987, in *FI*, 1987, I, 2031; Pret. Roma 1° aprile 1985, in *GM*, 1985, 24; Trib. Milano 4 giugno 1985, in *L80*, 1985, 1229.

<sup>28</sup> Pret. Thiene 23 gennaio 1985, in *L80*, 1985, 655; Pret. Vicenza 15 giugno 1984, *ibidem*, 1984, 1201; Pret. Salerno 30 gennaio 1985, *ibidem*, 1985, 963; Trib. Monza 18 aprile 1986, in *OGL*, 1986, 515; con riguardo alla categoria dei dirigenti Pret. Milano 5 ottobre 1983, *ibidem*, 1984, 198; nella giurisprudenza di legittimità si registra qualche isolata presa di posizione a favore dell'applicabilità dell'art. 7 nelle imprese minori: cfr. Cass. 9 febbraio 1988, n. 1377, in *DPL*, 1988, 863; Cass. 10 febbraio 1988, n. 1426, in *FI*, 1989, I, 2247.

<sup>29</sup> Corte Costituzionale 25 luglio 1989, n. 427, in *RIDL*, 1989, II, 641, con note di G. PERA e G. MARIANI; in *FI*, 1989, I, 2685 con nota di M. DE LUCA.

<sup>30</sup> Trib. Vicenza 13 gennaio 1989, in *AC*, 1989, 571; in precedenza la questione era stata solleva-

cidere sulla sfera morale e professionale del lavoratore, e creargli ostacoli ed impedimenti a nuove occasioni di lavoro, deve essere sempre accompagnato dal rispetto della garanzia del contraddittorio. Suona offesa all'art. 3 Cost. sia adottare un trattamento diverso a seconda che si tratti di sanzioni conservative od espulsive, sia escludere l'applicazione delle garanzie suddette con riguardo al livello occupazionale dell'impresa, il quale può semmai condizionare le conseguenze derivanti dalla declaratoria di illegittimità del licenziamento. È pertanto incostituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. l'art. 7, commi 2° e 3° dello Statuto dei lavoratori, nella parte in cui esclude l'applicabilità delle garanzie procedurali al caso del licenziamento disciplinare intimato da imprenditore che abbia meno di 16 dipendenti.

È opportuno sottolineare che la sentenza in parola si pone in linea con la precedente pronuncia del 1982, tanto che una corretta interpretazione della stessa da parte della giurisprudenza di legittimità avrebbe probabilmente reso superfluo l'ulteriore intervento della Consulta (De Luca 1989, c. 2685). Una volta stabilito infatti che l'applicazione dell'art. 7 S.L. ad ogni licenziamento per mancanze è imposta dall'art. 3 Cost., non poteva trarsi che la logica conseguenza dell'operatività della procedura garantista anche nella piccola impresa. Non è quindi esatto dire che la pronuncia della Corte Costituzionale «cassa un'interpretazione che le Sezioni Unite (con la sentenza 8189/87 citata a nota 27) avevano dato, in questo campo, dell'art. 7 proprio per e nel conformarsi alla precedente giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale» (Zangari 1989, p. 2463).

La dottrina, in ogni caso, ha osservato come da siffatta statuizione nascessero numerosi problemi, che si è cercato di risolvere in via interpretativa, in base agli scarni dati normativi disponibili ed ai principi indicati dalla stessa Consulta.

Viene anzitutto in considerazione il problema dell'individuazione del licenziamento disciplinare nell'area della libera recedibilità (Pisani 1989, p. 4).

Secondo l'interpretazione prevalente, deve considerarsi tale non solo (ed ovviamente) il licenziamento espressamente motivato in tal senso, ma anche quel licenziamento motivato diversamente o non motivato affatto. Negare la possibilità del giudice di indagare la reale motivazione sottesa al licenziamento significherebbe svuotare di significato la pronuncia della Corte Costituzionale (Alleva 1990, p. 134 ss.), la quale ha sottolineato che la procedura garantisca *ex art. 7* è posta a tutela di diritti assoluti della persona. In questa prospettiva, il lavoratore licenziato per un motivo disciplinare deve essere posto in ogni caso in grado di difendersi, ed il suo diritto al contraddittorio non può essere eluso dal silenzio del datore di lavoro. La qualificazione del licenziamento come disciplinare spetta infatti, ha precisato la Corte Costituzionale<sup>31</sup>, al giudice, e dev'essere effettuata secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente in materia, ovvero in base alla

ta dal pretore di Firenze, con ordinanza datata 16 dicembre 1987, ma la Corte aveva restituito gli atti a detto pretore perché chiarisse alcuni punti ritenuti rilevanti ai fini della decisione: cfr. Corte Cost. 6 dicembre 1988, n. 1068, in *GCos*, 1988, I, 6.

<sup>31</sup> Corte Cost. 25 luglio 1989, n. 427, cit.

tesi ontologica. Una volta che il lavoratore abbia fornito la prova della motivazione disciplinare del licenziamento, il giudice deve verificare l'avvenuta osservanza della procedura ex art. 7 S.L. e, in caso negativo, dichiarare nullo il licenziamento.

E l'inosservanza della procedura prescritta dall'art. 7 comporta la nullità del licenziamento per violazione di norma imperativa: non essendovi, nell'area della libera recedibilità *ad nutum* una specifica disciplina in ordine all'invalidità del recesso, è necessario fare ricorso ai principi generali (Pisani 1989, p. 7; Ballestrero 1990, p. 147; Vallebona 1990, p. 155).

Si vedranno in seguito le conseguenze di detta nullità: per il momento sia sufficiente osservare che la mancata osservanza della forma imposta dalla legge non può comportare conseguenze semplicemente risarcitorie, in quanto senza la predetta forma il licenziamento è *tamquam non esset*, essendo la procedura posta a garanzia di diritti assoluti del lavoratore. Né può stupire una simile soluzione, sia perché è la medesima prevista per le sanzioni conservative (Vallebona 1990, p. 155), sia perché siffatta conseguenza è prevista anche per il licenziamento privo della forma scritta richiesta dall'art. 2, l. 604/66 (oggi applicabile a qualsiasi datore di lavoro in virtù della modifica *ex lege* 108/1990).

Maggiori problemi nascono nel caso dell'accertata insussistenza dell'addebito ritualmente contestato. A fronte di un licenziamento formalmente valido intimato nell'area della recedibilità *ad nutum* pare che l'unica possibilità di tutela per il lavoratore sia quella di far accertare la sussistenza o meno della giusta causa ai (soli) fini della corresponsione dell'indennità di preavviso.

Si potrebbe tuttavia trarre spunto dalla sentenza della Corte Costituzionale per dire che le ragioni di salvaguardia della sfera morale e professionale del lavoratore sono tanto più rilevanti quando il licenziamento venga intimato ritualmente, ma con riguardo ad una mancanza mai commessa. In questo caso il mero rispetto della forma non servirebbe a tutelare quei beni del lavoratore di cui la Corte si è preoccupata di sottolineare l'importanza, e perciò dall'insussistenza dell'addebito ritualmente contestato dovrebbero farsi discendere conseguenze quanto meno risarcitorie, non riducibili al diritto alla corresponsione dell'indennità di preavviso e determinabili dal giudice in via equitativa.

Un altro problema affrontato da dottrina e giurisprudenza è quello relativo alla possibilità di conversione del licenziamento disciplinare nullo per mancata osservanza della procedura ex art. 7 S.L. in valido licenziamento *ad nutum*.

Si è infatti giustamente osservato che la conversione, operando *ex tunc*, renderebbe «l'atto idoneo a costituire valida causa di risoluzione del rapporto» (Pisani 1990, p. 285), cosicché le conseguenze pratiche derivanti dalla pronuncia della Corte Costituzionale verrebbero ad essere ulteriormente ridotte da tale possibilità (Alleva 1990, p. 138 ss.).

La risposta negativa data dalla dottrina prevalente discende da considerazioni che prendono spunto sia dalle norme relative alla conversione del negozio nullo, sia dalla *ratio* della pronuncia della Consulta. Sotto il primo profilo, si osserva

che l'art. 1424 c.c., applicabile anche agli atti unilaterali ex art. 1324 c.c., oltre ai requisiti di forma e sostanza, richiede anche una valutazione della volontà delle parti (in questo caso del datore di lavoro) in ordine allo scopo che si intendeva perseguire con l'atto nullo.

Perché possa riscontrarsi tale requisito, secondo la dottrina, occorre verificare se la funzione del recesso *ad nutum* sia la stessa del licenziamento disciplinare, ovvero se possa dirsi che prevalga in ogni caso la funzione estintiva rispetto a quella afflittiva-intimidatoria. Escluso in radice che la funzione sia la medesima, data la natura prevalentemente sanzionatoria del licenziamento disciplinare, deve ritenersi dunque inammissibile la conversione (Pisani 1990, p. 287; Alleva 1990, p. 138).

Secondo altri, al contrario, la conversione è ammissibile perché il controllo sulla forma dell'atto non può implicare un controllo anche sui motivi dello stesso, specie laddove il recesso è svincolato da qualsiasi giustificazione (D'Avossa 1989, p. XIX). In tale prospettiva, il licenziamento continua ad essere produttivo di effetti, anche se risulti insussistente o non correttamente formulato il motivo disciplinare.

È forse necessario, a questo punto, fare un'osservazione che appare svalutata dalle tesi sopra cennate. È ben vero che il controllo sulla forma non può in astratto implicare un controllo sui motivi dell'atto, ma è anche vero che la qualificazione del licenziamento come disciplinare spetta al giudice, ed è anzi il punto di partenza per stabilire se ad un recesso vada applicata la procedura ex art. 7 S.L.

Una volta riconosciuto che il motivo del recesso era disciplinare, ovvero che il datore di lavoro ha esercitato il suo potere di recedere dal rapporto in relazione ad una presunta mancanza del lavoratore, egli ha l'onere di esternare tale determinazione nelle forme previste dalla legge. Senza la forma prescritta l'atto è radicalmente nullo, a prescindere dalla sussistenza o meno dell'addebito, né può ritenersi possibile la conversione proprio perché manca la forma richiesta dell'art. 1424 c.c.

Ciò che si vuol dire è che il licenziamento non è nullo perché manca di motivazione, ma perché la motivazione non è stata esplicitata nelle forme richieste dalla legge.

La conclusione si desume altresì dalla *ratio* della pronuncia della Corte Costituzionale: l'osservanza della procedura ex art. 7 S.L. è finalizzata alla salvaguardia della sfera morale e professionale del lavoratore, ovvero alla tutela del suo diritto al contraddittorio e alla difesa. Tale diritto non può essere eluso dalla conversione del negozio, che elimina in radice la possibilità del lavoratore di essere sentito al fine di addurre le proprie giustificazioni.

Si può osservare, certo, che se, nonostante l'audizione del lavoratore, il datore di lavoro decida ugualmente di recedere, è ben magra consolazione aver avuto la possibilità di parlare, ma, allo stato, nell'area di recedibilità *ad nutum* questa è l'unica garanzia riconosciuta al lavoratore. Residua la possibilità, nel caso di

insussistenza dell'addebito, di chiedere il risarcimento dei danni secondo i principi generali, con i limiti riscontrati sopra.

La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, è invece favorevole alla possibilità di conversione quando sia accertata la volontà del datore di lavoro di recedere in ogni caso dal rapporto<sup>32</sup>.

Secondo tale interpretazione, l'unica conseguenza della dichiarazione di nullità per mancanza della forma può essere la corresponsione dell'indennità di preavviso al dipendente licenziato, ma non l'invalidità del licenziamento<sup>33</sup> (si veda anche Tullini 1990, p. 118).

Di diverso avviso sono alcune sentenze di merito e rare pronunce della Cassazione<sup>34</sup>, che escludono la possibilità di conversione basandosi appunto sull'insanabilità del vizio di forma e sulla conseguente inidoneità del licenziamento ad estinguere il rapporto.

Rimane comunque prevalente il primo orientamento: non sembra allora superfluo sottolineare che occorre in ogni caso, ai fini della conversione, un'espressa domanda del datore di lavoro in tal senso, secondo i principi generali<sup>35</sup>, non potendosi ritenere ammissibile una conversione *ex officio* del licenziamento disciplinare nullo in licenziamento *ad nutum* (Pisani 1990, p. 285) operata dal giudice in base al suo potere di riqualificazione giuridica dell'atto (in tal senso si v. D'Avossa 1989, p. XXII e nota 78; Mannacio 1989, p. 1817).

Problemi minori pone invece la possibilità di rinnovazione in forma corretta del licenziamento nullo per vizio di procedura. La risposta positiva è assolutamente pacifica per quel che riguarda il licenziamento inefficace per vizio di forma ex art. 2, l. 604/66 (Tullini 1990, p. 119): il datore di lavoro può reiterare l'atto in forma corretta<sup>36</sup> ed in tal caso l'effetto estintivo si produce *ex nunc*.

Anche per il licenziamento nullo per vizio di procedura si deve ammettere la possibilità di reiterare l'atto di recesso con le dovute formalità, con la conseguenza che fino al momento della rinnovazione il rapporto di lavoro si deve intendere in vita, con l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere la retribuzione.

Quanto al problema della validità del secondo licenziamento disciplinare ritualmente intimato, i dubbi di chi sostiene che potrebbe ritenersi violato il principio dell'immediatezza (Pisani 1990, p. 288) possono considerarsi superati dall'indirizzo giurisprudenziale in tema di relatività del ritardo<sup>37</sup>. Secondo tale

<sup>32</sup> Cass. 7 dicembre 1982, n. 6683, in *RFI*, 1983, voce *Lavoro (rapporto)*, 1625; Cass. 5 novembre 1985, n. 5384, *ibidem*, voce cit., 2017; Cass. 13 gennaio 1987, n. 160, in *MFI*, 1987, voce cit., 29; da ultimo Cass. 11 febbraio 1989, n. 851, in *DPL*, 1989, 1663.

<sup>33</sup> Per un'indicazione in tal senso si v. Cass. S.U. 5 novembre 1987, n. 8189, cit.

<sup>34</sup> Trib. Roma 23 marzo 1980, in *GI*, 1981, I, 2, 535; Trib. Roma 12 luglio 1980, in *FI*, 1981, I, 3094; Cass. 9 febbraio 1988, n. 1377, in *DPL*, 1988, 863.

<sup>35</sup> Si v., in tal senso, Cass. 28 agosto 1986, n. 5296, in *DPL*, 1987, 54; Cass. 9 giugno 1981, n. 3734, in *NGL*, 1981, 369; *contra* Cass. 28 settembre 1988, n. 5623, in *DPL*, 1989, 53; Cass. 23 giugno 1987, n. 5513, *ibidem*, 1987, 3272.

<sup>36</sup> Per tutte Cass. 23 novembre 1989, n. 5040, in *RGC*, 1989, voce *Lavoro (rapporto)*, 315.

<sup>37</sup> Pret. Prato 1° giugno 1987, in *TLG*, 1988, 354; si v. anche, per alcuni spunti in tal senso, Cass. 18 maggio 1988, n. 3457, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2029.

orientamento, una volta che il datore di lavoro abbia manifestato, sia pure invalidamente, la sua volontà a recedere dal rapporto, non ha senso parlare di tardività della reazione del datore stesso. Quest'ultimo infatti può reiterare il licenziamento viziato, con la stessa motivazione, senza che il nuovo recesso possa dirsi nullo (Tullini 1990, p. 120).

##### 5. Le conseguenze del licenziamento disciplinare nullo per violazione dell'art 7 S.L.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine alle conseguenze della nullità del licenziamento disciplinare è lontano dal sopirsi, posto anche che la nuova disciplina dei licenziamenti individuali nulla aggiunge (né toglie) ai termini della questione. È comunque prevedibile che la giurisprudenza continuerà a far applicazione dei principi elaborati da anni ed ormai consolidatisi.

*Nulla questio* per l'applicabilità dell'art. 18 S.L. nell'area della tutela reale: è ormai pacifico che la reintegrazione nel posto di lavoro sia un rimedio estensibile, in virtù della forza espansiva riconosciuta alla norma da numerose sentenze<sup>38</sup>, anche all'ipotesi del licenziamento disciplinare nullo, sempre che siano ricorrenti nell'unità produttiva in cui ha avuto luogo o il licenziamento o nell'organizzazione datoriale globalmente considerata i requisiti dimensionali richiesti dall'art. 18 stesso, come modificato dalla recente legge 108/1990.

Il problema continua invece a porsi per l'area della tutela obbligatoria e per le ipotesi residuali nelle quali ancora sopravvive la libera recedibilità *ad nutum*.

In dottrina (Napoli 1990, p. 16; Garofalo 1990, p. 184) si è prospettata la tesi secondo cui al licenziamento disciplinare nullo per vizio di forma andrebbe applicato l'art. 18 S.L., e ciò in base ad una lettura estensiva dell'art. 3, l. 108/1990, che, com'è noto, ha espressamente dichiarato applicabile la tutela reale al licenziamento discriminatorio a prescindere dalle dimensioni dell'impresa.

Secondo la dottrina in parola, il rimedio previsto dall'art. 3 l. 108 potrebbe applicarsi a qualsiasi ipotesi di licenziamento nullo, e quindi anche al licenziamento disciplinare viziato formalmente, a prescindere dalle dimensioni aziendali, in virtù della *vis expansiva* della norma stessa.

Siffatta lettura dell'art. 3 muove dalla considerazione secondo la quale l'abolizione di ogni limite dimensionale per l'applicabilità dell'art. 18 S.L. al caso di licenziamento nullo per ragioni discriminatorie avrebbe fatto venir meno le motivazioni sottese all'inapplicabilità della norma anche agli altri casi di nullità o inefficacia del licenziamento, in particolare l'assunto secondo il quale si riteneva opportuno evitare aggravii economici alla piccola impresa.

La tesi, per quanto suggestiva, non è tuttavia condivisibile per diversi motivi. Anzitutto la lettera della legge, riferita senza ombra di dubbio al solo licenziamento determinato da ragioni discriminatorie.

<sup>38</sup> Corte Cost. 22 gennaio 1987, n. 17, in *FI*, 1987, I, 1003 ss.; Cass. 9 ottobre 1985, n. 4921, in

In secondo luogo, l'intenzione del legislatore: dalla lettura dei lavori preparatori risulta inequivocabilmente come l'emendamento volto ad introdurre l'applicabilità della tutela reale al licenziamento disciplinare nullo non sia stato approvato<sup>39</sup>, il che esclude che una simile norma possa essere desunta in via interpretativa (Roccella 1990, p. 25 ss.). Certo, un chiarimento non avrebbe guastato, ma finché il legislatore non si pronuncia sulla questione, occorre muoversi all'interno dei dati normativi disponibili: *hoc iure utimur!*

Del pari è da disattendere l'interpretazione, proposta per la verità in rare sentenze della Cassazione soprattutto con riguardo al licenziamento inefficace, ma anche specificatamente per il licenziamento disciplinare nullo<sup>40</sup>, secondo la quale nell'area della cd. tutela obbligatoria potrebbe applicarsi il rimedio previsto dall'art. 8, l. 604/1966. Non è mancato chi ha sostenuto tale soluzione, ritenendo che, se nell'area della tutela reale vi è un'unica sanzione utilizzabile per ogni caso di licenziamento nullo, annullabile od inefficace, la stessa cosa potrebbe proporsi per l'area della tutela obbligatoria (Pera 1990, p. 257).

Simile tesi è stata criticata da più parti (Tullini 1990, p. 116; Roccella 1990, p. 26) in base al rilievo secondo cui la lettura della legge non consente di utilizzare il rimedio previsto dall'art. 8, l. 604/1966, essendo lo stesso espressamente riservato ai soli licenziamenti privi di giusta causa o di giustificato motivo.

La giurisprudenza peraltro ha ampiamente sperimentato, per le ipotesi di carenza dei requisiti dimensionali, la figura della cd. «reintegra di diritto comune» (Carinci 1990, p. 490) conseguente alla declaratoria di nullità dell'atto di recesso<sup>41</sup>.

In questa prospettiva, la «reintegrazione» nel posto di lavoro consegue non all'applicazione dell'art. 18, bensì in virtù del principio per cui l'atto nullo non produce effetti, e quindi la nullità del licenziamento postula la continuazione giuridica del rapporto.

È prevedibile che la giurisprudenza, in assenza di precise indicazioni legislative, continuerà ad applicare la «reintegra di diritto comune» al caso del licenziamento disciplinare nullo intimato nell'area della tutela obbligatoria e persino nell'area residuale in cui ancora sopravvive il recesso *ad nutum*.

L'affermazione di cui sopra abbisogna, in realtà, di alcune precisazioni. Per quanto riguarda il lavoro domestico, certo è inverosimile che venga predisposto ed affisso il codice disciplinare (Galantino 1990, p. 2975), ma si è vista più sopra la rilevanza secondaria attribuita dalla giurisprudenza al primo comma dell'art. 7 S.L. Questo, perciò, non significa che non possa dichiararsi la nullità di un li-

cenziamento per ragioni disciplinari anche nel caso del lavoro domestico, poiché la Corte Costituzionale ha riconosciuto che tale licenziamento, a prescindere dalla specificità del rapporto di lavoro, lede beni del lavoratore costituzionalmente tutelati attinenti alla sua sfera morale e professionale. Costituirebbe perciò violazione del principio di uguaglianza sottrarre alla tutela un soggetto in base al carattere domestico del rapporto di lavoro. La disparità di trattamento diviene evidente nel confronto, ad esempio, con l'unico dipendente di un piccolo commerciante.

Semmai le difficoltà sono in ordine pratico: la dimostrazione della motivazione disciplinare del licenziamento, il cui onere grava sul lavoratore, è tanto più difficile quando manchi del tutto un'organizzazione produttiva e datore di lavoro e lavoratore si trovino «soli l'uno di fronte all'altro» (Roccella 1990, p. 15, nota 2, in riferimento all'analogo problema del licenziamento discriminatorio).

In ogni caso, nella poco probabile ipotesi che il lavoratore domestico riesca a provare la motivazione disciplinare del licenziamento, la conseguenza sarà che il datore di lavoro si troverà costretto a corrispondere la retribuzione dal momento del licenziamento, avendo tuttavia la possibilità di rinnovare correttamente l'atto di recesso.

Nonostante le voci in contrario (Galantino 1990, p. 2975), non sembra che si possa giungere a conclusioni diverse per quanto riguarda i lavoratori ultrasessantenni ed i lavoratori in prova.

Per i primi, infatti, è tutto da dimostrare che le esigenze di protezione della sfera morale e professionale e di parità di trattamento di cui parla la Corte Costituzionale, siano da ritenersi notevolmente affievolite.

Quanto ai lavoratori in prova, vale la pena di rammentare che, secondo la giurisprudenza, il recesso intimato in tale periodo è, sia pure limitatamente, sindacabile; quindi deve ritenersi che il giudice possa indagare anche la motivazione disciplinare sottesa al licenziamento (ed eventualmente annullarlo per vizio procedurale).

Un discorso a parte merita la categoria dei dirigenti. La contrattazione collettiva, infatti, ha approntato per i dirigenti una tutela contro i licenziamenti ingiustificati che consente loro di adire un collegio di conciliazione ed arbitrato, il quale, se ritiene appunto ingiustificato il licenziamento, può condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità. La giurisprudenza, sul punto, ha precisato che il dirigente può adire indifferentemente detto collegio oppure l'autorità giudiziaria ordinaria<sup>42</sup>.

Essendo perciò consentito al giudice di indagare la motivazione del recesso, non dovrebbero sussistere dubbi sull'applicabilità dell'art. 7 anche al lavoro dirigenziale<sup>43</sup>, poiché è ben vero che la Corte Costituzionale ha esteso detta nor-

RFI, 1985, voce *Lavoro (rapporto)*, 2065.

<sup>39</sup> cfr. Discussione in Commissione Lavoro della Camera dei deputati, seduta di mercoledì 4 aprile 1990.

<sup>40</sup> Da ultimo Cass. 29 novembre 1988, n. 6447, in *FI*, 1988, I, 2247.

<sup>41</sup> Cass. 8 luglio 1988, n. 4521, in *FI*, 1988, I, 3592; Cass. 8 novembre 1983, n. 6610, in *MGL*, 1984, 340; Pret. Roma 4 aprile 1984, in *FI*, 1984, I, 2198; Pret. Milano 30 ottobre 1987, in *LPO*, 1988, 245.

<sup>42</sup> Cass. 30 marzo 1987, n. 3064, in *RIDL*, 1987, II, 880; Cass. 11 febbraio 1989, n. 849, *ibidem*, 1989, II, 561; Cass. 14 gennaio 1987, n. 214, in *FI*, 1987, I, 790; *contra* Cass. 12 marzo 1985 n. 1948, in *RGC*, 1985, voce *Lavoro (controversie individuali)*, 19.

<sup>43</sup> Si veda, in questo senso, Pret. Milano 5 ottobre 1983, in *L80*, 1984, 301; *contra* Cass. 11 febbraio 1989, n. 854, in *MGL*, 1989, 205.

ma all'area di recedibilità *ad nutum* facendo riferimento (solo) alla piccola impresa, senza menzione della categoria dei dirigenti (Tosi 1989, p. 490), ma è altresì vero che le ragioni sottese a tale estensione valgono sicuramente anche per tali lavoratori.

In ordine alle conseguenze della nullità del licenziamento del dirigente, non sembra condivisibile la tesi secondo la quale dette conseguenze dovrebbero essere le stesse previste in via contrattuale per il licenziamento privo di giustificazione (D'Avossa 1989, p. XXIII), e quindi la semplice corresponsione dell'indennità risarcitoria. Il fatto che il dirigente sia escluso dall'applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti non significa affatto che non possa farsi ricorso ai principi di diritto comune.

Il licenziamento disciplinare irrogato senza l'osservanza della procedura prevista dall'art. 7 S.L. è infatti radicalmente nullo, perciò *tamquam non esset*; e se è vero che non può applicarsi alla reintegrazione *ex art.* 18 S.L., per effetto dell'esclusione operata dall'art. 10 l. 604/66 e tuttora mantenuta dalla l. 108/90, non altrettanto può dirsi della «reintegra di diritto comune» elaborata dalla giurisprudenza<sup>44</sup>.

Non convince neppure la tesi secondo cui la violazione della forma richiesta dalla legge inciderebbe esclusivamente sull'effetto sanzionatorio del recesso e non anche sulla sua idoneità ad estinguere il rapporto (D'Avossa 1989, p. XXIII). La distinzione pare infatti in contrasto con il regime di diritto comune degli atti nulli, secondo il quale la nullità impedisce all'atto di produrre qualsivoglia effetto. In questa prospettiva, le conseguenze della nullità del licenziamento disciplinare del dirigente sono da rintracciarsi nell'inidoneità dell'atto ad estinguere il rapporto, con il conseguente obbligo del datore di lavoro di corrispondere la retribuzione fino al sopraggiungere di una valida causa di risoluzione del rapporto stesso.

#### Riferimenti Bibliografici.

- ALLEVA P. G., BALLESTRERO M. V., VALLEBONA A. (1990), *La Corte Costituzionale e i licenziamenti disciplinari*, in *DLRI*, p. 133 ss.
- ASSANTI C. (1971), *Studio sull'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n° 300*, in *OGI*, p. 97 ss.
- BALLESTRERO M. V. (1975), *I licenziamenti*, Milano: Angeli.
- CARINCI F. (1990), *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in *DLRI*, p. 485 ss.
- D'AVOSSA E. (1989), *Il licenziamento disciplinare*, in *DPL*, n. 24, Inserto, p. III ss.
- DE LUCA M. (1983), *I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della Corte Costituzionale: profili problematici e prospettive*, in *FI*, I, c. 855 ss.
- DE LUCA M. (1987), *I licenziamenti disciplinari dalla Corte Costituzionale alle Sezioni Unite: opzione per la tesi «ontologica», chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti*, in *FI*, I, c. 2031 ss.

<sup>44</sup> In tal senso Trib. Milano 10 marzo 1990, in *DPL*, 1990, 1430.

- DE LUCA M. (1989), *Licenziamenti disciplinari nelle «piccole imprese»: la Corte Costituzionale estende la garanzia del contraddittorio, ma restano alcuni problemi*, in *FI*, I, c. 2685 ss.
- FRENI A., GIUGNI G. (1971), *Lo Statuto dei Lavoratori*, Milano: Giuffrè.
- GALANTINO L. (1990), *Licenziamento disciplinare e recesso ad nutum*, in *DPL*, p. 2973 ss.
- GAROFALO M. G. (1990), *La nuova legge sui licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in *RGL*, I, p. 169 ss.
- GENOVIVA P. (1988), *I licenziamenti*, Torino: UTET.
- MANNACIO G. (1989), *Il licenziamento disciplinare nullo*, in *DPL*, p. 1817 ss.
- MONTUSCHI L. (1979), *Commento all'art. 7*, in G. GHEZZI, G. F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma: Zanichelli-II Foro italiano, p. 76 ss.
- NAPOLI M. (1980), *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano: F. Angeli.
- NAPOLI M. (1990), *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Milano: Cisl Lombardia.
- PAPALEONI A. (1972), *Licenziamento disciplinare e dimensioni dell'impresa*, in *MGL*, p. 336 ss.
- PERA G. (1972), *Commento all'art. 7*, in C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova: Cedam.
- PERA G. (1990), *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *RIDL*, III, p. 251 ss.
- PISANI C. (1989), *Una sentenza che pone molti interrogativi*, in *LI*, 20, p. 3 ss.
- PISANI C. (1990), *I problemi aperti dalla sentenza della Corte Costituzionale sul licenziamento disciplinare nelle piccole imprese*, in *RIDL*, II, p. 277 ss.
- ROCCELLA M. (1990), *Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *QL*, 8, p. 9 ss.
- TOSI P. (1989), *La questione del licenziamento c.d. disciplinare del dirigente d'azienda*, in *Questioni attuali di diritto del lavoro*, supplemento a *NGL*, p. 176 ss.
- TULLINI P. (1990), *La cd. tutela reale di diritto comune*, in *QL*, 8, p. 103 ss.
- ZANGARI G. (1971), *Potere disciplinare e licenziamento*, Milano: Giuffrè.
- ZANGARI G. (1989), *La Consulta torna a «legiferare» sul licenziamento disciplinare*, in *DPL*, p. 2460 ss.