

PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

• LA CONTESTAZIONE

Requisiti di FORMA della contestazione:

- Forma scritta *ad substantiam*: il mancato rispetto comporta l'inidoneità della contestazione a sostenere la sanzione (*c. 5 art. 7*) e l'inefficacia del licenziamento con reintegra (art. 18 c. 1 L. 300/70; art. 2 c.1 D. Lgs. 23/2015)
- Chi la firma: il "*datore di lavoro*" inteso come titolare del diritto di procedere ma non come persona fisica, quindi può essere il superiore gerarchico da cui il lav. dipende (*c. 2 art. 7*)
- Irrilevante: che sia rubricata "comunicazione", che indichi il termine dei 5 giorni per presentare giustificazioni, che convochi il lavoratore per l'audizione
- **Affissione codice disciplinare** "in luogo accessibile a tutti" a pena nullità sanzione (*c. 1 art. 7*): può essere la semplice esposizione delle norme disciplinari del ccnl applicato (con sanzioni e procedure). Deve essere continua ed ininterrotta

In ogni caso: quando la condotta integra gli estremi del reato/sia oggettivamente percepibile, si ritiene sia sanzionabile a prescindere dalla specifica previsione nel cod. disc. (Cass. 27.1.2011 n. 1926)

Non sono ammissibili forme equipollenti di pubblicità, neppure la consegna individuale (Sez. uni. 5.2.1988 n. 1208)

Se ci sono più unità produttive: andrà affisso in ogni unità, reparto o stabilimento autonomo, anche in locali di terzi

Requisiti di SOSTANZA della contestazione:

1) IMMEDIATEZZA:

Riguarda sia la contestazione, che l'irrogazione della sanzione

Contestazione:

- Va intesa con riguardo al fatto storico o alla notizia

- Va intesa "in senso relativo": ci vuole il tempo necessario per accertare l'infrazione, senza che la dilatazione temporale vanifichi il diritto alla difesa del lavoratore (*c. 3-4 art. 7*). È compatibile con un intervallo di tempo necessario al datore per il preciso accertamento delle infrazioni commesse dal prestatore o con una complessità della struttura organizzativa (es. audizione personale di vigilanza, testimoni, colleghi)

Non possono passare mesi. Non costituisce giustificazione l'asserita e indimostrata complessità delle verifiche nonché la disorganizzazione amministrativa nella conduzione aziendale (Cass. 7.11.2003 n. 16754)

Problema indagini penali in corso: non è violato il principio se il ccnl consente, a fronte di imputazioni penali accompagnate da provvedimenti restrittivi della libertà, di sospendere cautelativamente il lav. dalla prestazione e rinviare la contestazione disciplinare all'esito del primo grado (Cass. 20.6.2014 n. 14103).

- C'è violazione del principio se il datore, ai fini del corretto accertamento di fatto, anziché procedere con proprie indagini, attende **esito accertamenti penali?**

In assenza di elementi che rendono ragionevolmente certa la commissione del fatto, se il datore porta la vicenda in sede penale, può aspettare l'esito delle indagini ma non l'esito del procedimento (deve attivarsi non appena l'esito delle indagini gli fa ritenere sussistente l'illecito disciplinare)

Vedi Cass. 25.10.2018 n. 27069 e 4.10.2017 n. 23177 su attesa esito accertamenti penali !

- **Onere della prova** su tardività contestazione sul lavoratore. Se eccepita, spetta al datore provare le ragioni impeditive della rapida cognizione del fatto

- Tutela del diritto di difesa: il lavoratore deve poter preparare la sua difesa mediante documentazione, testimonianze ...

CONSEGUENZE INTEMPESTIVITA': violazione principi buona fede e correttezza - inefficacia della contestazione (sez. uni. 27.12.2017 n. 30985) - Applicazione c. 5 art. 18 oppure, nel caso di previsione di termini da parte del ccnl art. 18 c. 6

D. Lgs. 23/2015 art. 3 c. 1 oppure, nel caso di previsione di termini da parte del ccnl art. 4 c. 1

2) SPECIFICITA':

- La contestazione dell'addebito deve essere specifica e contenere la non equivoca manifestazione dell'intenzione del datore di considerare gli addebiti come illecito disciplinare. Il fine: il diritto alla difesa del lavoratore

- Non serve indicare le disposizioni legali o contrattuali violate, né l'elemento soggettivo che si contesta e tanto meno dare una qualificazione giuridica del fatto

- Non indicare quale sanzione si vuole applicare: una parte della giurisprudenza ritiene che si possa comunque adottare un provvedimento diverso e più grave, altra parte invece ritiene che sia preclusa l'irrogazione di una sanzione più grave

- Non vi è obbligo di mettere a disposizione del lavoratore le fonti di prova o indicarle

- Non c'è un obbligo di mettere a disposizione del lav. la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati. È dovuta solo e nei limiti in cui l'esame della stessa è necessaria al fine di una contestazione dell'addebito idonea a permettere la difesa (Cass. 13.3.2013 n. 6337)

- Non utilizzare frasi generiche: inserire circostanze di luogo e tempo e il contenuto delle frasi eventualmente proferite con i destinatari delle stesse (es. non scrivere *ha tenuto un comportamento minaccioso, condotte contrarie ai doveri di fedeltà, condotte contrarie al dovere di diligenza ...*) vedi Cass. 24.7.2018 n. 19632 !

- Cass. 10.1.2019 !: ammissibile il richiamo agli atti del procedimento penale

3) IMMODIFICABILITA':

- Il fatto contestato (inteso come **fatto materiale**) deve essere lo stesso posto a fondamento della sanzione: non è possibile modificare il fatto addebitato (con riferimento alle modalità di esecuzione e alle circostanze dell'azione)
- L'irrogazione di una sanzione per causa diversa da quella enunciata nella contestazione comporta l'illegittimità della sanzione (Cass. 7.2.2013 n. 2935)
- L'integrazione dell'originaria formulazione delle censure non determina una modifica della contestazione se le circostanze nuove non sono determinanti per la comprensione dei fatti, ma si risolvono in precisazioni non essenziali (es. comunicazioni finalizzate a correggere imprecisioni circa la denominazione di un locale pubblico – Cass. 22.11.2011 n. 24567)
- Ben potrebbe il fatto materiale contestato essere inquadrato in una fattispecie giuridica diversa (es. Cass. 29.8.2011 n. 17743 il giudice ha ritenuto che condotte contestate come "abbandono del posto di lavoro" costituissero invece "dichiarazioni false")

Ev. RECIDIVA:

- Una volta comminata una sanzione disciplinare, nel caso si voglia avviare un nuovo procedimento disciplinare, andrà contestata la recidiva e potrà giustificare provvedimenti più gravi
- La recidiva ha effetto per due anni dalla comunicazione al lav. delle relative sanzioni
- Una volta trascorso il biennio, comunque il datore può tener conto dei precedenti illeciti per corroborare la gravità dell'ultimo addebito
- Illegittimo contestare al lavoratore plurimi comportamenti che rientrino in una successione progressiva unitaria, scomponendo in più fatti illeciti e utilizzando il fatto addebitato successivamente come recidiva rispetto al precedente (violazione immediatezza – Cass. 7.9.2000 n. 11817)
- Invece, in caso di più comportamenti che costituiscano ognuno un'infrazione, non c'è obbligo di unificare le sanzioni applicabili in una più grave

- Se la recidiva viene prevista dal codice disciplinare **come elemento costitutivo dell'illecito**, la recidiva deve essere esplicitamente contestata, a pena di nullità della sanzione. Non è indispensabile indicarla se viene utilizzata soltanto per evidenziare il particolare grado di gravità delle mancanze (Cass. 20.2.2012 n. 2433)
- Vedi Cass. 28.5.2018 n. 13265!: se la recidiva è indicata dal ccnl come ipotesi di recesso legata a precedenti violazioni, è necessaria l'irrogazione delle sanzioni riferite alle precedenti mancanze (es. ccnl commercio terziario art. 225)

LA PROCEDURA DI COMUNICAZIONE DELLA CONTESTAZIONE:

- **È atto recettizio** (art. 1335 cc): assume rilevanza nel momento in cui viene portata a conoscenza del lav. (a mezzo racc a mani, racc ar)
- **Se inviata via racc ar:** si reputa conosciuta nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario, se questo non prova di essere stato senza sua colpa nell'impossibilità di averne notizia (Cass. 30.5.2014 n. 12195)

A nulla rileva il rifiuto di ricezione della racc da parte del lav.

In caso di compiuta giacenza la contestazione si presume conosciuta dal destinatario (Cass. 5.10.2017 n. 23260)

- **Se consegnata a mani** sul luogo di lavoro: il lav. è tenuto ad accettare la consegna manuale della contestazione. Se è consegnata a mani, **non si perfeziona se un delegato non legge (o non tenta) il contenuto della contestazione (Cass. 14.3.2019 n. 7306)**

Se rifiuta di riceverla, occorre spedire la racc ar dando atto di aver tentato di consegnare la contestazione a mani.

- Onere della prova ricezione incombe sul datore, che può provarlo con qualsiasi mezzo: basta la prova dell'avvenuto avviso della giacenza del plico postale come risultante dall'annotazione apposta su questo (Cass. 18.11.2013 n. 25824)

• LE GIUSTIFICAZIONI DEL LAVORATORE:

- Il lavoratore è libero di rendere giustificazioni o meno
- Il datore non ha l'obbligo di menzionare nel provvedimento disciplinare le giustificazioni fornite dal lavoratore e ad enunciare le ragioni che lo hanno indotto a disattenderle (Cass. 9.2.2006 n. 2851)
- Come minimo ci sono **5 giorni** dal ricevimento della contestazione per rendere le giustificazioni e il datore non può prima di tale termine procedere con l'emissione del provvedimento
- Alcune particolarità: CCNL Trasporti logistica (10 gg per le giustificazioni)
- Se il lav. è in uno stato di incapacità naturale (es. malattia) tale da non permettere di rendere le giustificazioni, il datore deve posticipare il termine di scadenza e, se irroga la sanzione, è possibile chiederne annullamento

• L'AUDIZIONE DEL LAVORATORE:

- Il lavoratore può chiedere di essere sentito a difesa anche se ha reso le giustificazioni per iscritto, ma in tal caso deve comunicare per iscritto la volontà a tutela dell'affidamento del datore
- L'audizione può avvenire anche in occasione di un incontro informale accordato da un soggetto abilitato a rappresentare ai fini dell'esame il datore (Cass. 20.1.1998 n. 476)
- Nessuna norma prevede che debba aver luogo nella sede e in orario di lavoro, né contempla l'onere del datore di consentire l'esercizio del diritto di difesa alle condizioni richieste dal dipendente (Cass. 1.6.2012 n. 8845)
- Non è necessaria la redazione di un verbale dell'incontro, anche se per il datore può essere utile ai fini della prova acquisire un documento che sia sottoscritto dal lavoratore
- Il lavoratore ha diritto di essere assistito da un rappresentante sindacale (c. 3 art. 7) (di qualunque organizzazione sindacale e non solo da quelle che hanno costituito rappresentanze nell'unità produttiva in cui il lav. presta la sua opera), non dal suo legale (Cass. 11.12.2009 n. 26023)

- La mancanza di audizione orale del lavoratore che ne ha fatto richiesta comporta la nullità del provvedimento
- Se il datore di lavoro ha convocato il lav. per una certa data, questi non ha diritto ad un differimento dell'incontro sulla base di una mera disagiata o sgradita possibilità di presenziare (Cass. 1.6.2012 n. 8845)

• IL PROVVEDIMENTO DISCIPLINARE:

- Va comunicato per iscritto, con la specificazione dei **motivi**: vedi Cass. 7.11.2018 n. 28471 ! non serve riportare i fatti di contestazione, basta richiamare quanto in precedenza contestato. Salvo CCNL prescrivere esplicitazione fatti
- È atto unilaterale recettizio

Termini entro cui adottare il provvedimento disciplinare: **requisito della tempestività**

- Se il provvedimento consiste nel licenziamento per giusta causa senza preavviso, il requisito della tempestività assume rilevante importanza: l'inerzia sarebbe in contraddizione con la scelta del provvedimento costituendo prova – rilevabile d'ufficio – della non sussistenza di una giusta causa di recesso talmente grave da non giustificare la prosecuzione neanche temporanea del rapporto (Cass. 6.10.2005 n. 19424)
- Non può essere intimato prima che siano trascorsi 5 gg dalla contestazione per iscritto, salva la facoltà di adottare il provvedimento non appena siano pervenute le giustificazioni, anche se il termine non è ancora spirato (Cass. Sez. Uni. 26.4.1994 n. 3965, ribadito da sez. uni. 7.5.2003 n. 6900)
- I 5 gg si calcolano come giorni di calendario
- Previsioni della **contrattazione collettiva**:
CCNL Commercio-terziario art. 227 "con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o altro mezzo idoneo a certificare la data di ricevimento entro 15 giorni dalla scadenza del termine assegnato al lavoratore stesso per presentare le sue controdeduzioni". + ev. proroga di 30 gg comunicata per iscritto

CCNL Metalmeccanici industria: 5 giorni per le giustificazioni e il provvedimento non può essere adottato oltre 6 giorni dalla scadenza del termine

CCNL Trasporti logistica art. 32: contestazione entro 20 gg dalla commissione del fatto + 10 gg per le giustificazioni + ulteriori 20 gg dalla scadenza dei 10 per adottare il provvedimento

Rileva la data di spedizione della raccomandata

- CONSEQUENZE IN CASO DI MANCATO RISPETTO DEL TERMINE DI ADOZIONE: si danno per accettate le giustificazioni del lavoratore

Per Cass. 3.9.2018 n. 21569 ! in ipotesi di vigenza art. 18 Statuto Lav. ricorre la fattispecie dell'*insussistenza del fatto contestato* e quindi la mancanza di giusta causa con applicabilità dell'art. 18 comma 4

- SE VIOLAZIONE PROCEDIMENTO ART. 7: art. 18 c. 6 Statuto Lav. indennità tra 6 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto; art. 4 D. Lgs. 23/2015 indennità di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 2 e non superiore a 12 mensilità

• IMPUGNAZIONE DEL LAVORATORE

- Stragiudiziale: entro 60 gg dal ricevimento del provvedimento di licenziamento + 180 giorni dall'invio dell'impugnazione per agire in sede giudiziale (salvo procedure arbitrali e procedura commissione conciliazione art. 7)

PROPORZIONALITA' tra addebito e sanzione

- Per stabilire se c'è **giusta causa** di licenziamento occorre valutare: la gravità dei fatti contestati, in relazione alla portata soggettiva e oggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono commessi e all'intensità dell'elemento intenzionale e la proporzionalità tra fatti e sanzione.
- La proporzionalità si valuta considerando il pregiudizio per gli scopi aziendali, l'influenza del comportamento tale da porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento
- SE MANCA LA PROPORZIONALITA': art. 18 c. 4 *"il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili"*

Il D. Lgs. 23/2015 art. 3 c. 2 specifica che resta *"estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento"* ai fini della reintegra, quindi solo tutela indennitaria

Il D. Lgs. 23/2015 ha eliminato il riferimento alle tipizzazioni della contrattazione, cristallizzando quanto statuito da Cass. 6.11.2014 n. 23669: nel sistema sanzionatorio introdotto dalla Riforma Fornero il fatto contestato deve essere accertato esclusivamente nella sua componente materiale e non giuridica. Pertanto il Giudice se accerta che il licenziamento è sproporzionato non può applicare il rimedio reintegratorio

- Una particolarità: l'art. 3 c. 2 D. Lgs. 23/2015 prevede che l'insussistenza del fatto deve essere *"direttamente dimostrata in giudizio"*: sembra quasi che si chieda al lav. di dimostrare un fatto negativo, quando invece è pacifico nel nostro ordinamento che è il datore a dover provare la sussistenza della giusta causa o del GMS
- La tutela reintegratoria spetterà solo in caso di prova piena di insussistenza del fatto materiale contestato; in caso di insufficienza di prove o incertezza vi sarà solo la tutela indennitaria.
- Se c'è coincidenza tra fattispecie contrattualmente prevista con previsione di sanzione conservativa e condotta tenuta nella realtà: non si può procedere con il licenziamento
- In ogni caso le previsioni della contrattazione sono utilizzate come parametro di riferimento dal giudicante