

La recidiva deve essere subito contestata, altrimenti si applica la reintegra.

di D. Bellini - 14 ottobre 2018

La sentenza della Cassazione n. 21265 del 28 agosto 2018 affronta il tema della immutabilità della contestazione disciplinare, con particolare attenzione alla fattispecie della recidiva.

Nel caso esaminato al lavoratore era stato inizialmente contestato un solo episodio di assenza ingiustificata dal posto di lavoro per tre giorni consecutivi. Nel successivo licenziamento si faceva invece riferimento alla ipotesi della recidiva.

Il Tribunale, in entrambi i primi due giudizi, accertata l'assenza ingiustificata, applicava la previsione di cui all'art. 18, comma 6, St. lav. (irregolarità "procedurale" con cessazione del rapporto e corresponsione al lavoratore di dodici mensilità).

La sanzione veniva modificata in sede di reclamo, quando la Corte di Appello di Lecce applicava l'art. 18 comma 4, St. lav. e condannava il datore di lavoro a reintegrare il lavoratore con corresponsione di dodici mensilità. Si trattava infatti di «*vizio sostanziale, mancando nella lettera di contestazione la recidiva che costituiva elemento costitutivo della sanzione espulsiva*».

Con ricorso in Cassazione il datore di lavoro impugna la sentenza rilevando anche la violazione dell'art. 18, comma 4, l. 300/1970, che circoscrive l'ipotesi della reintegra alla insussistenza del fatto contestato ovvero della previsione dello stesso tra le condotte conservative.

Nel rigettare il ricorso, la Suprema Corte valorizza due aspetti:

1. La formazione del giudicato in ordine alla esistenza di una discordanza tra quanto indicato nella contestazione disciplinare (assenza ingiustificata per tre giorni) e nella lettera di licenziamento (recidiva), vista l'assenza di un reclamo incidentale sul punto.
2. La cristallizzazione del *thema decidendum*, che nel reclamo verteva esclusivamente sulla verifica della esistenza della recidiva.

Inquadrata la questione in questi termini, il Supremo Collegio esclude sia l'applicabilità dell'art. 18, comma 5, St. lav., che disciplina i casi di sproporzione tra condotta e sanzione espulsiva, sia del comma 6, riferibile alle violazioni "procedurali".

La Corte applica quindi il comma 4, confermando la reintegra del lavoratore, *trattandosi di vizio sostanziale*, visto che il fatto posto alla base del recesso è diverso da quello contestato.

La sentenza si sofferma sulle interazioni tra il principio di immutabilità della contestazione disciplinare e l'istituto della recidiva.

E' noto che la recidiva può operare in due modi: sia come elemento costitutivo della fattispecie, sia come criterio nella valutazione della gravità del fatto addebitato.

Nel primo caso, e quindi ai fini della sua valenza costitutiva, è necessario che la precedente sanzione sia stata comminata (Cass. civ., 8 agosto 2012, n. 14241) o che l'infrazione sia stata almeno contestata (Cass. civ., 20 ottobre 2009, n. 22162). In ogni caso, ai fini della qualificazione del secondo illecito come recidiva, assumono importanza fondamentale i contratti collettivi (Cass. civ., 28 maggio 2018, n. 13265).

Nel secondo caso, invece, ossia quando la recidiva costituisce un mero criterio ai fini della valutazione della consistenza del fatto addebitato, la previa contestazione non è necessaria (Cass., 25 novembre 1996, n. 10441).

Nel caso di specie, anche alla luce del formarsi del giudicato in ordine alla modifica della infrazione indicata nella lettera di licenziamento, la recidiva assume secondo la Corte valore costitutivo. La recidiva, contenuta nella lettera di licenziamento, appare quindi insussistente vista l'assenza di precedenti contestazioni, e questo induce la Corte a confermare la correttezza della decisione della Corte di Appello che aveva applicato la reintegra.

In questo modo, un vizio che *prima facie* sembra avere natura "procedurale" acquisisce nel caso concreto valenza sostanziale, con scivolamento nell'alveo delle tutele di cui all'art. 18, comma 4.

Non si tratta dell'unica recente sentenza dove un vizio "procedurale" assume, nella interpretazione del Supremo Collegio, un valore costitutivo.

Con la sentenza n. 21569 del 3 settembre 2018 la Cassazione ha infatti dichiarato l'illegittimità del licenziamento – con applicazione della *reintegra* – in un caso in cui la sanzione espulsiva era stata irrogata dal datore oltre il termine di dieci giorni previsto dal CCNL GAS ACQUA 2011.

Per motivare la scelta del regime sanzionatorio di cui all'art. 18, comma 4, la Corte si è soffermata sul testo del contratto collettivo del 2011, che prevedeva: «*qualora il provvedimento disciplinare non venga adottato entro i 10 giorni lavorativi successivi alla scadenza del termine ... tali giustificazioni si riterranno accolte*».

Si legge nelle motivazioni «*a fronte di una prefigurazione di un fatto come esistente ('tali giustificazione si riterranno accolte'), le conseguenze giuridiche non possono che essere quelle ricollegabili a quel fatto prefigurato come se fosse stato corrispondente alla realtà*».

Il licenziamento doveva perciò considerarsi non semplicemente inefficace per il mancato rispetto di un termine procedurale ma «*illegittimo per insussistenza del fatto contestato per avere il datore di lavoro accolto le giustificazioni a discolpa del dipendente e dunque per la totale mancanza ... della giusta causa*».

Ancora una volta, come nel caso esaminato, un vizio apparentemente procedurale acquisisce in seguito valenza sostanziale ed è sanzionato con la reintegra.

Danilo Bellini, avvocato in Carrara

Visualizza il documento: [Cass., 28 agosto 2018, n. 21265](#)