Segnalazioni di Giurisprudenza del Lavoro

n° 5 – Ottobre-Novembre 2015

Cassazione 18 settembre 2015 n. 18409 – Demansionamento e onere della prova

In caso di azione tesa al risarcimento del danno da demansionamento, sebbene spetti al datore di lavoro provare la rispondenza delle mansioni assegnate al dipendente rispetto alla qualifica al medesimo attribuita, il ricorrente lavoratore dovrà comunque dedurre gli elementi dai quali, in base alle declaratorie professionali contenute nel Ccnl di riferimento, possa ravvisarsi la fondatezza della domanda.
Viene, pertanto, ribadito il principio secondo cui *"Se l'onere della prova dell'attribuzione di mansioni conformi alla qualifica è del datore di lavoro, ciò non toglie che il lavoratore ricorrente in cassazione abbia il compito di evidenziare i vizi della sentenza impugnata, mettendo la corte in condizione di valutare, alla luce delle declaratorie contrattuali e del contenuto specifico delle mansioni assegnate, se la sentenza abbia – erroneamente o meno – escluso il demansionamento"*.

Cassazione 30 settembre 2015 n. 19465 – Principio di irriducibilità della retribuzione

Il principio di irriducibilità della retribuzione non opera, con riguardo a tutte quelle voci retributive connesse a specifiche modalità di esecuzione della prestazione lavorativa ovvero collegate a specifici disagi che, pertanto, non spettano laddove vengano meno i presupposti in ragione dei quali vengono corrisposte, sempre ferma restando le definizione di "retribuzione normale" ovvero "ordinaria" contenuta nel Ccnl di riferimento.
Viene, dunque, ribadito il principio di diritto secondo il quale *" (…) il livello retributivo acquisito dal lavoratore subordinato, per il quale opera la garanzia della irriducibilità della retribuzione, prevista dall'art. 2103 c.c., deve essere determinato con il computo della totalità dei compensi corrispettivi delle qualità professionali intrinseche alle mansioni del lavoratore, attinenti, cioè, alla professionalità tipica della qualifica rivestita, mentre non sono compresi i compensi erogati in ragione di particolari modalità della prestazione lavorativa o collegati a specifici disagi o difficoltà, i quali non spettano allorché vengano meno le situazioni cui erano collegati"*.

Cassazione 7 ottobre 2015 n. 20068 – Art. 6 della legge n. 604/1966 – Doppio termine di decadenza

La Suprema Corte ha ribadito che *"Il termine di decadenza di cui alla L n. 604 del 1966, art. 6, comma 2, come da ultimo modificato dalla L. n. 92 del 2012, art. 1, comma 38, decorre dalla trasmissione dell'atto scritto di impugnazione del licenziamento di cui al*

AGENS

Viale Pasteur n. 10 – 00144 Roma
Tel. 06.5903974 – Fax 06.5903825 – e-mail: agens@agens.it – sito web www.agens.it

primo comma e non dalla data di perfezionamento dell'impugnazione per effetto della sua ricezione da parte del datore di lavoro".

Cassazione 13 ottobre 2015 n. 20540 – Licenziamento disciplinare e reintegra

Ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300/1970, per come modificato ed integrato dalla legge n. 92/2012, si configura l'insussistenza del fatto anche laddove l'addebito oggetto della contestazione disciplinare ed addotto a base del licenziamento, seppur realizzatosi nella sua componente materiale, non sia comunque idoneo a configurare condotta "illecita" e, dunque, "disciplinarmente rilevante".
Al riguardo, ritiene la Suprema Corte che "Quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il Legislatore, parlando di <insussistenza del fatto contestato>, abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione, restando estranea al caso presente la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta, rispetto alla sanzione espulsiva. In altre parole la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e da perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, comma 4 cit.".

Cassazione 13 ottobre 2015 n. 20545 – Licenziamento disciplinare e reintegra

In caso di licenziamento disciplinare è necessario che il fatto oggetto del preventivo addebito si sia realizzato in ogni sua componente, secondo la descrizione della fattispecie astratta decritta dalla legge o dal contratto collettivo di riferimento.
Nel caso di specie, in cui il licenziamento era stato irrogato a fronte di un comportamento del lavoratore che, a parere del datore di lavoro, avrebbe comportato "grave nocumento all'azienda", la Suprema Corte ha ritenuto che *"Tale nocumento grave è parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare in questione onde l'accertamento della sua mancanza determina quella insussistenza del fatto addebitato al lavoratore, prevista dalla legge n. 300 del 1970, art. 18 modif. dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, art. 1, comma 42, quale elemento costitutivo del diritto al ripristino del rapporto di lavoro. Questo elemento deve infatti considerarsi esistente qualora la fattispecie di illecito configurata dalla legge o dal contratto sia realizzata soltanto in parte. Nella sentenza qui impugnata manca l'accertamento dei fatti costituenti un grave danno ad un'impresa, operante in campo economico e merceologico completamente diverso, oppure l'accertamento di un grave nocumento morale o materiale derivato dall'indicazione del numero di apparecchi telefonici appartenenti all'impresa e forniti in dotazione al lavoratore dipendente"*.

Cassazione 14 ottobre 2015 n. 20722 – Superamento del periodo di comporto e tempestività della comunicazione di risoluzione del rapporto di lavoro

In tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto, la Corte di Cassazione ha ribadito che, ai fini della legittimità del licenziamento, è onere del datore di lavoro comunicare tempestivamente la propria volontà di risolvere il rapporto lavorativo. Ed invero, il rientro in servizio del dipendente potrebbe configurare implicita rinuncia all'esercizio del potere di recesso, con conseguente caducazione della causale in parola.
A giudizio della Cassazione, dunque, *"(…) il recesso, intimato in presenza di una precedente chiara volontà del datore di lavoro di voler continuare ad avvalersi delle prestazioni lavorative del B. e, per giunta, a distanza di circa due mesi dalla riammissione in servizio, sia stato disposto illegittimamente, verosimilmente non già per superamento del periodo di comporto, quanto piuttosto perché il lavoratore, dopo il rientro in servizio, si è ancora assentato per ulteriore periodo"*.

Cassazione 20 ottobre 2015 n. 21232 – Efficacia nel tempo dei contratti collettivi e diritti quesiti

La Suprema Corte è recentemente intervenuta in tema di efficacia nel tempo dei contratti collettivi, ribadendo che *"I contratti collettivi di diritto comune, costituendo manifestazione dell'autonomia negoziale degli stipulanti, operano esclusivamente entro l'ambito temporale concordato dalle parti, atteso che l'opposto principio di ultrattività della vincolatività del contratto scaduto sino ad un nuovo regolamento collettivo, ponendosi come limite alla libera volontà delle organizzazioni sindacali, sarebbe in contrasto con la garanzia prevista dall'art. 39 Cost. (Cass. 20784 del 2010).*
Nell'ipotesi di successione tra contratti collettivi, le modificazioni "in peius" per il lavoratore sono ammissibili con il solo limite dei diritti quesiti, dovendosi escludere che il lavoratore possa pretendere di mantenere come definitivamente acquisito al suo patrimonio un diritto derivante da una norma collettiva non più esistente, in quanto le disposizioni dei contratti collettivi non si incorporano nel contenuto dei contratti individuali, ma operano dall'esterno come fonte eteronoma di regolamento, concorrente con la fonte individuale, sicché le precedenti disposizioni non sono suscettibili di essere conservate secondo il criterio del trattamento più favorevole (art. 2077 cc), che riguarda il rapporto fra contratto collettivo ed individuale (Cass., n. 13960 del 2014).
I contratti collettivi aziendali devono ritenersi applicabili a tutti i lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, con l'unica eccezione di quei lavoratori che, aderendo ad una organizzazione sindacale diversa, ne condividono l'esplicito dissenso dall'accordo medesimo e potrebbero addirittura essere vincolati ad

un accordo sindacale separato e diverso (Cass., n. 10353 del 2004).
Infine, si osserva che il lavoratore, che abbia contestato l'applicabilità nei suoi confronti di un contratto collettivo modificativo "in peius" di diritti già acquisiti sulla base di precedente contrattazione, non può aderire allo stesso contratto - in relazione alla disciplina di quei medesimi diritti - solo per la parte più favorevole, posto che la disciplina collettiva deve avere normalmente un'applicazione integrale, senza commistione e sommatorie fra i contenuti dei contratti collettivi succedutisi nel tempo, salvo un'espressa volontà delle parti in tal senso (Cass., n. 14741 del 1999)".
Ed ancora *"(…) comunque, va osservato che (Cass., n. 18548 del 2009), anche il contratto collettivo, senza predeterminazione di un termine di efficacia, non può vincolare per sempre tutte le parti contraenti, perché finirebbe in tal caso per vanificarsi la causa e la funzione sociale della contrattazione collettiva, la cui disciplina, da sempre modellata su termini temporali non eccessivamente dilatati, deve parametrarsi su una realtà socio economica in continua evoluzione, sicché a tale contrattazione ve estesa la regola, di generale applicazione nei negozi privati, secondo cui il recesso unilaterale rappresenta una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, che risponde all'esigenza di evitare -nel rispetto dei criteri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto - la perpetuità del vincolo obbligatorio. Ne consegue che, in caso di disdetta del contratto, i diritti dei lavoratori, derivanti dalla pregressa disciplina più favorevole, sono intangibili solo in quanto siano già entrati nel patrimonio del lavoratore quale corrispettivo di una prestazione già resa o di una fase del rapporto già esaurita, e non anche quando vengano in rilievo delle mere aspettative sorte alla stregua della precedente più favorevole regolamentazione"*.

Cassazione 21 ottobre 2015 n. 21405 – Licenziamento collettivo e comunicazione di avvio della procedura ex artt. 4 e 24 l. n. 223/1991

In materia di licenziamento collettivo e di rispetto della procedura di cui agli artt. 4 e 24 della legge n. 223/1991, la Cassazione ha ribadito l'orientamento ormai consolidato secondo cui il lavoratore può impugnare il licenziamento intimatogli laddove registri una violazione della procedura di consultazione sindacale, ovvero vengano violati i criteri di scelta fissati dalla legge o dall'accordo sindacale, non potendosi spingere il giudizio di merito sino a sindacare le ragioni poste alla base dell'azione di riduzione collettiva.
Al riguardo, per potersi considerare rispettata la procedura preventiva di confronto sindacale è necessario che la comunicazione di avvio risulti conforme ai requisiti di legge, in modo da consentire alle organizzazioni sindacali di verificare il nesso tra le ragioni che determinano l'esubero e le unità che l'azienda intende espellere.
Viene, pertanto richiamato il principio secondo cui *"I residui spazi di controllo devoluti*

al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo) ma la correttezza procedurale dell'operazione, con la conseguenza che non possono trovare ingresso in sede giudiziaria tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dai citati artt. 4 e 5 e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e delle procedure di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori, si finisce per investire l'autorità giudiziaria di un'indagine sulla presenza di "effettive" esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva (Cass. 12 ottobre 1999, n. 11455; 9 ottobre 2000, n. 13450; Cass., 29 luglio 2003, n. 11651; v. anche Cass. 13 maggio 2004 n. 9134; Cass., 6 ottobre 2006, n. 21541; Cass., 3 marzo 2009, n. 5089).

La qualificazione del licenziamento in base al progetto di riduzione del personale con effetti sociali rilevanti comporta, in attuazione dell'art. 41 Cost., commi 2 e 3, che l'imprenditore sia vincolato non nell'an della decisione ma soltanto nel quomodo, essendo obbligato allo svolgimento della procedura di cui all'art. 4, che realizza così lo scopo di procedimentalizzare il potere di recesso, il cui titolare è tenuto non più a mere consultazioni, ma a svolgere una vera e propria trattativa con i sindacati secondo il canone della buona fede.

L'operazione imprenditoriale diretta a ridimensionare l'organico si scompone, infine, nei singoli licenziamenti, ciascuno giustificato dal rispetto dei criteri di scelta, legali o stabiliti da accordi sindacali, ma entro una cerchia di soggetti delimitati dal "nesso di causalità", ossia dalle esigenze tecnico-produttive ed organizzative poste a base della scelta imprenditoriale (arg. ex art. 5, comma 1, primo periodo). Ai due livelli descritti, l'uno collettivo- procedurale, l'altro individuale-causale, corrisponde l'ambito del controllo giudiziale, cui è estranea, come detto, la verifica dell'effettività e ragionevolezza dei motivi che giustificano, nelle enunciazioni dell'imprenditore, la riduzione di personale (cfr. ex plurimis, Cass. 11 gennaio 2008, n. 528; Cass., 19 maggio 2005, n. 10590; Cass., 13 maggio 2004, n. 9134; Cass., 9 settembre 2003, n. 13182; 11455/1999, cit.), ed il sistema sanzionatorio di cui all'art. 5, cosicché il lavoratore licenziato è abilitato a far valere l'inesistenza del potere di recesso per violazione delle regole della procedura (inefficacia del negozio risolutivo), ovvero la lesione del diritto ad una scelta imparziale per violazione dei criteri stabiliti dalla legge o dall'accordo sindacale (annullamento del licenziamento) (cfr. in tal senso, Cass., 26 febbraio 2009, n. 4653).

Con specifico riferimento alla correttezza della procedura, essa potrà considerarsi regolare solo ove la comunicazione di avvio, conformatasi ai requisiti prescritti - l'indicazione dei motivi che determinano la situazione di eccedenza, nonché il numero, la collocazione aziendale ed i profili professionali del personale da eliminare - consenta alle organizzazioni sindacali di verificare il nesso tra le ragioni che determinano l'esubero di personale e le

unità che, in concreto, l'azienda intende espellere, di talché sia evidenziabile la connessione tra le enunciate esigenze aziendali e l'individuazione del personale da licenziare (v. Cass., 27 novembre 2007, n. 24646; Cass., 16 gennaio 2013, n. 880).
Esula pertanto dallo schema normativo della L. n. 223 del 1991, artt. 4 e 24, ogni altra forma di controllo giudiziale diversa dalla verifica della completezza delle informazioni specificate dalla L. n. 223 del 1991, art. 4, comma 3, quanto dirette a consentire all'interlocutore sindacale di esercitare in maniera trasparente e consapevole un effettivo controllo sulla programmata riduzione di personale, valutando anche la possibilità di misure alternative al programma di esubero".

Cassazione 21 ottobre 2015 n. 21430 – Accordo collettivo normativo e gestionale – Riconoscimento delle organizzazioni sindacali

La Suprema Corte torna a pronunciarsi in tema di rappresentatività delle organizzazioni sindacali e di riconoscimento delle stesse, ribadendo il consolidato orientamento secondo cui la sottoscrizione di un accordo collettivo di natura gestionale – trattasi nella specie di trasferimento d'azienda – non è elemento utile e sufficiente ai fini del riconoscimento della capacità negoziale e della rappresentatività di una data organizzazione sindacale, potendosi ravvisare simile attribuzione solo a seguito della partecipazione e della sottoscrizione di contratti collettivi normativi.
A giudizio della Corte, dunque, *"la capacità dell'organizzazione sindacale di accreditarsi come interlocutrice stabile dell'imprenditore è testimoniata dalla stipulazione di un contratto collettivo, certamente di qualunque livello, ma non di qualunque natura, dovendo trattarsi di un contratto con caratteristiche tali da attestare l'effettività dell'azione sindacale, rappresentando un arco di interessi più vasto di quello dei soli iscritti, e incidendo su diversi istituti che regolino i rapporti di lavoro e non su meri episodi contingenti della vita dell'azienda. Ne consegue che il riferimento nell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori alle associazioni sindacali firmatarie di contratti collettivi riguarda le organizzazioni firmatarie di contratti collettivi normativi e non anche di contratti gestionali, che non rientrano nella previsione di cui all'art. 39 Cost. e non sono, per loro natura, atti a comprovare la rappresentatività richiesta dalla norma (Cass. n. 19275 del 2008; contra, Cass. sent. nn. 19271/2004 e 520/2008).*
Può dunque affermarsi che la sottoscrizione di un accordo o contratto gestionale non equivalga alla stipulazione di un contratto collettivo di lavoro applicato nell'unità produttiva. Tale categoria negoziale, benché costituisca indice del riconoscimento dell'organizzazione firmataria come interlocutrice, nondimeno non accredita quest'ultima della stessa capacità rappresentativa che discende dalla stipulazione di un contratto di contenuto normativo, che abbracci, quindi, diversi istituti che regolano i rapporti di lavoro

all'interno dell'azienda. In sostanza, la firma di un contratto gestionale esprime un grado di riconoscimento di minore livello, siccome relativo a episodi contingenti e per i quali la rappresentatività esprime interessi collegati al singolo episodio.
Trattasi di un'opzione interpretativa che evita la frammentazione della rappresentatività, ossia che per l'esercizio di rilevanti diritti sia sufficiente possedere un frammento, ancorché ristretto, di rappresentatività.
Deve alfine concludersi che, nel caso oggetto del presente giudizio, l'O.S. ricorrente, oltre a non avere rappresentanze sindacali costituite in azienda, non possedeva neppure i requisiti cui l'art. 19 Stat. Lav. condiziona la possibilità di costituirle.
In conclusione, devono affermarsi i seguenti principi:
<In tema di trasferimento d'azienda, gli obblighi di comunicazione previsti dalla L. n. 428 del 1990, art. 47, comma 1, nella formulazione della norma anteriore alla modifiche apportate dal D.Lgs. n. 18 del 2001, vanno assolti, ove siano presenti rappresentanze sindacali costituite a norma della L. n. 300 del 1970, art. 19, nei confronti delle medesime e delle relative associazioni di categoria, mentre, ove non siano presenti rappresentanze sindacali nelle unità produttive interessate dal trasferimento, nei confronti delle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. A seguito delle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 18 del 2001, sono destinatari della comunicazione di cui alla L. n. 428 del 1990, art. 47, comma 1 le Rsu, le Rsa costituite ai sensi dell'art. 19 Stat. lav. nelle unità produttive interessate dal trasferimento e i sindacati di categoria che hanno stipulato (o partecipanti alle trattative di) un contatto collettivo "normativo" applicato nelle medesime unità produttive; in mancanza delle predette rappresentanze sindacali, l'obbligo di comunicazione deve essere assolto nei confronti dei sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi>".

Cassazione 21 ottobre 2015 n. 21440 – Illecito disciplinare di pericolo e immediatezza della contestazione

In caso di illecito disciplinare di pericolo è onere dell'impresa procedere immediatamente alla contestazione disciplinare ed all'eventuale irrogazione della sanzione, potendo, l'impresa medesima, accertare con immediatezza, la realizzazione della fattispecie vietata.
"Nel caso in cui un lavoratore dipendente, incaricato della vendita di beni e servizi per conto dell'impresa datrice di lavoro, abbia concluso un contratto di leasing, il controllo sul reale compimento, da parte sua, delle prescritte indagini sulla solvibilità del cliente e sull'effettivo (ossia non simulato) trasferimento del bene locato, può essere svolto dall'impresa immediatamente, ossia senza attendere il momento in cui possa essere

realizzato ed accertato l'inadempimento del cliente. Trattasi infatti di illecito disciplinare di pericolo e non di danno. E' perciò tardiva la contestazione delle suddette omissioni o simulazioni, avvenuta quasi sei anni dopo la conclusione del contratto, sulla base di una verifica compiuta da un organo interno all'impresa e conseguita all'inadempimento ed al fallimento dell'utilizzatore".

Cassazione 29 ottobre 2015 n. 22150 – Sanzione disciplinare e potere di modifica del giudice

In tema di sanzioni disciplinari, il giudice non può sostituirsi all'imprenditore datore di lavoro nella individuazione della sanzione da applicare al caso concreto.
Sul punto la Cassazione ha aderito all'orientamento secondo cui *"(…) il potere di infliggere sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità all'illecito accertato non può essere esercitato dal giudice, neppure quanto alla riduzione della gravità della sanzione. Invero, la graduazione della sanzione in relazione alla gravità dell'illecito disciplinare è espressione di una discrezionalità che rientra nel più ampio potere organizzativo quale aspetto del diritto di iniziativa economica privata che l'art. 41 Cost., comma 1 riconosce all'imprenditore.*
I criteri di scelta da lui adottati nell'esercizio del potere disciplinare non sono sindacabili nel merito dal giudice, che deve limitarsi a verificare - oltre all'esistenza in punto di fatto dell'addebito - il rispetto delle disposizioni legislative e contrattuali in materia e, in particolare, del principio inderogabile di cui all'art. 2106 c.c., secondo cui le sanzioni disciplinari devono essere proporzionate alla gravità dell'infrazione.
La loro violazione comporta l'illegittimità della sanzione disciplinare, senza che al giudice sia dato il potere di sostituirsi all'imprenditore nell'applicare altra meno grave sanzione ritenuta proporzionata all'infrazione accertata, fatto salvo il caso in cui l'imprenditore abbia superato il massimo edittale e la riduzione consista, perciò, soltanto nel ricondurre la sanzione entro tale limite".
Peraltro, la Suprema Corte, nel richiamare un precedente contrario ha, altresì, precisato quanto segue: *"Non ignora questa Corte il non coincidente precedente di Cass. n. 8910/07, secondo il quale il giudice può applicare una meno grave sanzione ove sia lo stesso datore di lavoro a chiederglielo nell'ipotesi in cui quella originariamente irrogata sia ritenuta eccessiva.*
Tuttavia in siffatta evenienza ci si troverebbe innanzi all'esercizio, da parte del giudice, d'un potere di sostanziale supplenza (per quanto sollecitato dallo stesso titolare del potere disciplinare) che potrebbe aprire la strada ad altre più impegnative forme di sostituzione della valutazione giudiziale a quella imprenditoriale (si pensi, ad esempio, alla materia dei licenziamenti collettivi e della scelta dei dipendenti da collocare in mobilità).

Ciò snaturerebbe entrambe le posizioni, quella istituzionale del giudice (che da custode della legge si convertirebbe nel garante del proficuo governo dell'impresa grazie all'espletamento di funzioni sostanzialmente surrogatorie od arbitrali) e quella sociale dell'imprenditore (sollevato dalla proprie responsabilità in ordine al risultato economico e, più in generale, alle conseguenze delle scelte organizzative cui è chiamato)".

Cassazione 2 novembre 2015 n. 22353 – Utilizzo della mail e navigazione in internet durante l'orario di lavoro – Illegittimità del licenziamento

Risulta illegittimo, in quanto sproporzionato, il licenziamento irrogato al dipendente per aver utilizzato, durante l'orario di lavoro, la posta elettronica ed aver navigato in internet per scopi extra-lavorativi, sempreché, con tale comportamento, non risulti sottratta un'entità rilevante di tempo alla prestazione lavorativa.

Cassazione 12 novembre 2015 n. 23140 – Licenziamento disciplinare e diritto di difesa

Risulta illegittimo il licenziamento disciplinare intimato senza aver dato seguito alla richiesta del lavoratore di audizione orale, anche laddove, detta istanza, intervenga dopo il termine di cinque giorni previsto dall'art. 7 della legge n. 300/1970 ma comunque prima dell'irrogazione della sanzione.
A giudizio della Corte, il termine di cui al citato art. 7 dello Statuto dei lavoratori non è decadenziale, rappresentando solo il momento a partire dal quale il datore di lavoro può procedere ad applicare la sanzione disciplinare. Ciò posto, qualora il lavoratore richieda l'audizione orale a propria difesa dopo lo spirare dei cinque giorni ma comunque prima che venga comunicato il licenziamento, il datore di lavoro non potrà esimersi dal convocare il dipendente, pena la violazione del diritto al contraddittorio e, dunque, l'illegittimità della sanzione medesima.
Ne consegue il principio secondo cui *"(…) il termine di cinque giorni assegnato al lavoratore per l'esercizio del diritto di difesa a fronte della contestazione disciplinare ricevuta non è configurabile alla stregua di un termine decadenziale, per cui, una volta decorso il predetto termine, di tale diritto resterebbe preclusa la facoltà di esercizio. Esso pone il dies a quo per la manifestazione della volontà di licenziare ma, se tale volontà non sia stata ancora manifestata, non preclude al lavoratore di difendersi. Sicché, l'indicazione legale del predetto termine, mentre vale a consentire al datore, una volta che lo stesso sia decorso, di valutare la circostanza del mancato invio delle giustificazioni o della richiesta di audizione da parte del lavoratore come indicativa della rinuncia all'esercizio del diritto di difesa e dare avvio, così, a quello "spatium deliberandi" che, in base alla legge, deve precedere l'irrogazione della sanzione, nel contempo, ammette che*

una simile valutazione risulti smentita dal comportamento eventualmente difforme che il lavoratore assuma nell'arco temporale intercorrente tra il decorso del termine e l'adozione del provvedimento sanzionatorio, imponendo, in tal caso, al datore di dar corso al richiesto esercizio del diritto di difesa, nel rispetto, comunque dovuto, del principio del contraddittorio. Si deve, pertanto, ritenere che, ancorché il termine di cinque giorni dalla ricezione della contestazione disciplinare - fissato dal datore di lavoro sulla base della L. n. 300 del 1970, art. 7 ed entro il quale il lavoratore deve manifestare la volontà di essere sentito a sua discolpa - non sia stato rispettato dal lavoratore, tuttavia la sanzione disciplinare è illegittima se, prima della sua inflizione, il datore di lavoro abbia ricevuto la manifestazione di volontà del lavoratore e l'abbia ignorata".