

Università degli Studi Roma Tre

*L'unità del diritto*

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

MARCO GAMBACCIANI

**IMPRESA E LAVORO:  
IL NUOVO BILANCIAMENTO  
NEI LICENZIAMENTI COLLETTIVI**



*Roma TrE-Press*  
2017

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

*L'unità del diritto*

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

6

MARCO GAMBACCIANI

IMPRESA E LAVORO:  
IL NUOVO BILANCIAMENTO  
NEI LICENZIAMENTI COLLETTIVI



*Roma TrE-Press*

2017

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

*Comitato scientifico della Collana:*

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

*Editing:*

Matteo Bonfigli

*Edizioni: Roma TrE-Press* ©

Roma, novembre 2017

ISBN: 978-88-94885-43-9

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Immagine di copertina: Vasilij Kandinskij, *Giallo rosso blu (part.)*, 1925.

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
*L'unità del diritto*

La collana assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi

scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges  
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università Roma Tre

*A Giulia*



## Indice

### CAPITOLO PRIMO I LICENZIAMENTI COLLETTIVI TRA ESPERIENZA APPLICATIVA E INTERVENTI DI RIFORMA

1. <i>Gli esiti dell'esperienza applicativa della legge n. 223 del 1991. La reintegrazione come sanzione unica</i>	11
2. <i>Gli obiettivi (espliciti e meno espliciti) perseguiti dal legislatore con i più recenti interventi di riforma</i>	18
3. <i>Gli interventi del legislatore del 2012 e del 2015 tra forti analogie e qualche differenza</i>	28
4. <i>Obiettivi perseguiti, strumenti utilizzati e contesto di riferimento</i>	40
5. <i>Le contrastanti reazioni della dottrina</i>	53
6. <i>I nuovi equilibri nei licenziamenti collettivi tra esigenze dell'impresa e interessi dei lavoratori</i>	59

### CAPITOLO SECONDO IL PROBLEMA DELLA CAUSALE TRA CONTROLLO SINDACALE E CONTROLLO GIUDIZIALE. LA SEMPLIFICAZIONE SOLTANTO PARZIALE DELLA PROCEDURA

1. <i>I motivi che giustificano i licenziamenti collettivi e le esigenze che ne sono alla base</i>	63
2. <i>La rilevanza dei motivi che giustificano i licenziamenti collettivi tra controllo sindacale e controllo giudiziale</i>	71
3. <i>Limiti del controllo giudiziale e coerenza con la ratio della disciplina speciale dei licenziamenti collettivi. Critica alla configurazione del licenziamento collettivo come recesso ad nutum</i>	74
4. <i>Limiti del controllo giudiziale e coerenza con l'art. 30, comma 1, delle legge n. 183 del 2010. Il giudice e l'imprenditore</i>	81
5. <i>Limiti del controllo giudiziale e coerenza con i principi costituzionali. Il bilanciamento tra impresa e lavoro</i>	93

6. <i>Limiti del controllo giudiziale e coerenza con il diritto dell'Unione europea e internazionale</i>	101
7. <i>Lo scopo della procedura e il contropotere sindacale</i>	105
8. <i>La perdurante incertezza dei contenuti e dei destinatari dell'obbligo di informazione</i>	107
9. <i>Il confronto sindacale e istituzionale tra crisi economica e modifiche normative. La centralità della funzione dell'accordo sindacale</i>	119
10. <i>La perdurante incertezza dell'obbligo delle comunicazioni finali</i>	127
11. <i>L'incertezza che residua anche sull'efficacia sanante dell'accordo sindacale</i>	136
12. <i>La semplificazione soltanto parziale della procedura. I vincoli formali e procedurali tra necessità di tutela del lavoratore ed esigenze di certezza</i>	142

### CAPITOLO TERZO

#### L'IRRISOLTA COMPLESSITÀ DEI CRITERI DI SCELTA DEI LAVORATORI DA LICENZIARE

1. <i>La funzione dei criteri di scelta ed il limite alla libertà d'impresa</i>	149
2. <i>L'incerto ambito di applicazione tra complesso aziendale, professionalità fungibili e necessità di ridurre al minimo l'impatto sociale</i>	151
3. <i>I criteri di scelta legali: l'incerta regola del concorso e i diversi interessi da temperare</i>	159
4. <i>Segue: i diversi significati dell'espressione carichi di famiglia</i>	161
5. <i>Segue: l'anzianità di servizio o anagrafica?</i>	165
6. <i>Segue: l'incertezza delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative</i>	167
7. <i>La preferenza per i criteri di scelta contrattuali e le difficoltà del sindacato</i>	170
8. <i>I problemi giuridici dell'accordo sindacale: livelli e sindacati abilitati</i>	172
9. <i>Segue: natura ed efficacia</i>	176
10. <i>Segue: contenuto e limiti. L'esperienza applicativa e il criterio unico</i>	177
11. <i>L'irrisolta complessità dei criteri di scelta tra incertezze giurisprudenziali e mancati interventi legislativi. Gli effetti negoziali della procedura</i>	186

CAPITOLO QUARTO  
LE SANZIONI RIFORMATE.  
I REGIMI DIVERSIFICATI, LA PROGRESSIVA ELIMINAZIONE  
DELLA REINTEGRAZIONE E IL PROBLEMA DELLA CONGRUITÀ  
DEGLI INDENNIZZI

<i>1. Le sanzioni riformate nella legge n. 92 del 2012. Coerenze, contraddizioni e problemi aperti. La conferma della rilevanza procedurale dei motivi che giustificano i licenziamenti collettivi</i>	193
<i>2. Le sanzioni riformate nel d.lgs. n. 23 del 2015. Il sistema a regime</i>	202
<i>3. I problemi giuridici connessi alla (co)esistenza di regimi diversificati</i>	206
<i>4. La progressiva eliminazione della reintegrazione. L'incerto confine tra violazione dei criteri di scelta e licenziamento discriminatorio o ritorsivo</i>	210
<i>5. Reintegrazione, Costituzione e ordinamento dell'Unione europea e internazionale. Compatibilità e incompatibilità</i>	213
<i>6. Il problema della «congruità» degli indennizzi previsti dalla legge italiana</i>	223
<i>7. Licenziamenti collettivi, esigenze dell'impresa e interessi dei lavoratori. La rilevanza del contesto storico di riferimento e dell'interesse pubblico generale</i>	232



## Capitolo Primo

### *I licenziamenti collettivi tra esperienza applicativa e interventi di riforma*

SOMMARIO: 1. Gli esiti dell'esperienza applicativa della legge n. 223 del 1991. La reintegrazione come sanzione unica. – 2. Gli obiettivi (espliciti e meno espliciti) perseguiti dal legislatore con i più recenti interventi di riforma. – 3. Gli interventi legislativi del 2012 e del 2015 tra forti analogie e qualche differenza. – 4. Obiettivi perseguiti, strumenti utilizzati e contesto di riferimento. – 5. Le contrastanti reazioni della dottrina. – 6. I nuovi equilibri nei licenziamenti collettivi tra esigenze dell'impresa e interessi dei lavoratori.

#### *1. Gli esiti dell'esperienza applicativa della legge n. 223 del 1991. La reintegrazione come sanzione unica*

In materia di licenziamenti collettivi per riduzione di personale nell'esperienza applicativa della legge n. 223 del 1991 almeno un dato sembra innegabile.

Semplicemente scorrendo le banche dati, è agevole rilevare che negli anni trascorsi i licenziamenti collettivi, al pari di quelli individuali, hanno formato oggetto di un contenzioso imponente, ben oltre i limiti del fisiologico<sup>1</sup>.

Un contenzioso, poi, dagli esiti incerti e imprevedibili. Non soltanto per la decisione finale adottata, pur se l'impressione (confermata dall'esame di quelle banche dati, ma anche dall'esperienza pratica) è che le decisioni sfavorevoli al datore di lavoro siano di gran lunga più numerose di quelle sfavorevoli al lavoratore. Ma soprattutto per la varietà delle motivazioni che i giudici hanno posto a fondamento delle loro sentenze spesso finendo per accertare all'esito del giudizio l'illegittimità del singolo licenziamento impugnato.

---

<sup>1</sup> Come, peraltro, era stato imponente anche il contenzioso prima dell'approvazione della legge n. 223 del 1991 sotto il vigore degli accordi interconfederali nel settore dell'industria del 1950 e del 1965. Su quell'esperienza anche per i suoi limiti, vedi soprattutto le monografie di L. GALANTINO, *I licenziamenti collettivi*, Milano, 1984, e di U. CARABELLI, *Crisi, impresa, lavoro*, Bari, 1991, nonché L. VENTURA, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XIX, 1 ss., ed anche gli Autori citati *infra* nella nt. 25.

Le ragioni che hanno determinato negli ultimi decenni la diffusione di tale contenzioso sono note e da ricondurre a diversi fattori.

Non soltanto l'andamento spesso negativo dell'economia che ha aumentato inevitabilmente il ricorso ai licenziamenti collettivi, ma anche la notevole complessità della procedura preventiva sindacale prevista dalla legge<sup>2</sup>, le (altrettanto notevoli) difficoltà legate all'individuazione prima, e alla concreta applicazione poi, dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare<sup>3</sup>, nonché, infine e correlativamente, l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali non univoci in relazione ai diversi problemi interpretativi posti dalla legge n. 223 del 1991<sup>4</sup>.

Come sanno bene gli operatori sul campo questi fattori, in parte

<sup>2</sup> Tra gli ultimi, vedi M. RICCI, A. OLIVIERO, C. CORBO, *I licenziamenti collettivi. Nozione e procedure*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, a cura di E. Gragnoli, Padova, 2017, V, spec. 1250 ss. In precedenza, vedi anche G. BOLEGO, *La procedura di mobilità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXIV, *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, coordinato da S. Mainardi, Torino, 2007, III, 451 ss.; M.T. SALIMBENI, *Dall'informazione alla negoziazione collettiva dei criteri di scelta: la procedura di mobilità nei recenti orientamenti della Corte di cassazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, 323 ss., ma soprattutto C. ZOLI, *La procedura*, in *I licenziamenti collettivi*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, n. 19, 71 ss., e M. PERSIANI, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale nella legge n. 223/1991: le procedure*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, 211 ss. Vedi poi, *infra*, cap. II, par. n. 7 ss.

<sup>3</sup> Tra gli ultimi, vedi G. NATULLO, *I licenziamenti collettivi. La selezione dei lavoratori da licenziare*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, cit., 1317 ss., nonché M. GAMBACCIANI, *I criteri di scelta contrattuali nei licenziamenti collettivi*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 8 ss.; ID., *I criteri di scelta legali nei licenziamenti collettivi*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 844 ss. Vedi poi, *infra*, cap. III.

<sup>4</sup> Già all'indomani dell'approvazione della legge n. 223 del 1991 F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, 25, faceva rilevare come la nuova normativa presentasse «non pochi punti ambigui ed indeterminati» e come quindi vi fossero «fondati pericoli che molte vertenze in materia di eccedenze» finissero per essere «gestite con l'intervento del magistrato». Ed a complicare ulteriormente il quadro normativo, si devono anche ricordare i numerosi provvedimenti legislativi che sono stati approvati dopo la legge n. 223 del 1991 sempre in materia di esuberi di personale, la maggior parte dei quali di natura eccezionale, temporanea e derogatoria, spesso per far fronte a specifiche situazioni di crisi. Su tali provvedimenti e per un tentativo di sistematizzazione, vedi, ancora e soprattutto, F. LISO, *La galassia normativa dopo la legge n. 223/1991*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, 1 ss., spec. 11 ss., e poi M. RICCI, *Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 749 ss. Per l'affermazione che dopo il 1991 il licenziamento collettivo in particolare «è stato assoggettato ad una valanga di regole, anche di derivazione europea, da renderne difficile la comprensione e l'applicazione», vedi G. SUPPIEJ, *Premessa*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, a cura di G. Pellacani, Torino, 2013, XXIV.

imputabili al legislatore in parte imputabili alla stessa giurisprudenza, oltre ad aumentare l'incertezza complessiva del sistema<sup>5</sup> hanno reso sempre più difficile per qualsiasi datore di lavoro procedere a licenziamenti collettivi nel pieno rispetto della legge.

Praticamente nessuna procedura di licenziamento collettivo, anche se conclusa con l'accordo con le organizzazioni sindacali, poteva ritenersi, e può ritenersi tuttora, esente da contestazioni. Neppure per quelle avviate dai datori di lavoro più seri, leali e scrupolosi – ed anche se assistiti dai consulenti più bravi – v'era, e v'è tuttora, la certezza di aver agito correttamente rispettando tutte le numerose prescrizioni imposte dalla legge<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Da ultimo e tra i giuslavoristi, sul valore della certezza del diritto, vedi O. MAZZOTTA, *Nel laboratorio del giuslavorista*, in *Labor*, 2017, 13-14, il quale pur convenendo con l'idea che la certezza del diritto non debba essere considerata un dogma dell'ordinamento giuridico, ritiene che essa costituisca uno dei fondamenti della convivenza civile e della stessa democrazia. Ma già sulla crescente incertezza del diritto del lavoro, anche nella materia dei licenziamenti, vedi con particolare vigore e sempre tra i giuslavoristi A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro ed i necessari rimedi*, in *Dir. lav.*, 2003, n. 6, *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, 881 ss.; C. PISANI, *Diritto del lavoro e certezza del diritto*, in *Dir. lav.*, 2003, n. 6, cit., 611 ss. Seppure è da considerare che soprattutto nel diritto del lavoro la certezza del diritto è sempre inevitabilmente provvisoria in quanto i principi e i valori che hanno contribuito a formarla sono anch'essi in continua evoluzione. Per la rilevanza dei «fattori di contestualizzazione» sul valore «necessariamente temporaneo» della certezza del diritto, vedi G. SANTORO-PASSARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 526. Sui complessi rapporti tra certezza del diritto e necessità di evoluzione dell'ordinamento giuridico, vedi sistematicamente C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999. Sulla controversa figura del «giudice legislatore», con il suo portato di soggettivismo interpretativo, vedi, da ultimo e con diversi punti di vista, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016 (con un approccio critico), e N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017 (ove tale figura è accolta con entusiasmo). Per la valorizzazione di un sistema giuridico pluralistico fondato essenzialmente sulla interpretazione della giurisprudenza e il diritto vivente, vedi anche recentemente P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2016. Sul disagio dell'interprete «nell'era della disarticolazione del diritto del lavoro», vedi R. DEL PUNTA, *Il giudice e i problemi dell'interpretazione: una prospettiva giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 387 ss. Con particolare riguardo ai problemi del sindacato giudiziale in materia di licenziamento, vedi, tra i più recenti e specificamente, V. NUZZO, *La norma oltre la legge. Causali e forme del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Napoli, 2012, spec. 43 ss., e prima ancora L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lav. dir.*, 2007, 465 ss. Vedi anche *infra*, ampiamente, cap. II, par. n. 1 ss.

<sup>6</sup> Per analoghi dubbi sul fatto che l'impresa possa osservare le previsioni legali con un minimo di sicurezza sulla legittimità dei suoi comportamenti, vedi E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2006, XL, 122.

Dal canto suo il lavoratore licenziato all'esito di una procedura di licenziamento collettivo, se adeguatamente assistito, aveva, ed ha tuttora, elevate probabilità di far accertare in giudizio l'illegittimità del suo licenziamento; probabilità che divenivano, e divengono tuttora, elevatissime nel caso in cui la procedura non si concluda con il raggiungimento di un accordo sindacale (ed il datore di lavoro è quindi tenuto ad applicare, per individuare i lavoratori da licenziare, i criteri di scelta legali)<sup>7</sup>.

Fino a qualche anno fa, l'accertamento in giudizio dell'illegittimità del licenziamento per riduzione di personale, qualunque fosse stata la sua motivazione, aveva sempre come conseguenza la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e l'integrale risarcimento del danno derivante dalla perdita delle retribuzioni e delle relative contribuzioni. Com'è noto, infatti, nello specifico sistema sanzionatorio originariamente previsto dalla legge n. 223 del 1991 per ogni ipotesi di illegittimità del licenziamento collettivo presa in considerazione (licenziamento intimato senza forma scritta; violazione degli adempimenti procedurali; violazione dei criteri di scelta<sup>8</sup>) era sempre applicabile la tutela reale<sup>9</sup>.

Dunque fino a poco tempo fa la sanzione applicabile al licenziamento collettivo illegittimo, come del resto a quello individuale nelle imprese

---

In generale, sulla difficoltà per chiunque di potersi pronunziare in via preventiva sulla legittimità o meno di un licenziamento (anche collettivo), vedi A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 419.

<sup>7</sup> Numerosissimi, infatti, sono i vizi e le violazioni di legge (sostanziali e procedurali) che il singolo lavoratore può far valere in giudizio impugnando il suo licenziamento collettivo (e normalmente fa valere, anche in considerazione del fatto che, a fronte e nei limiti delle contestazioni del lavoratore, è onere del datore di lavoro provare la legittimità del licenziamento). Significativo è, al riguardo, il lungo elenco di tutte le contestazioni proponibili con il ricorso al giudice in F. SCARPELLI, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, in *Guida alla riforma Fornero*, a cura di M. Fezzi e F. Scarpelli, *I quaderni di wikilabour*, n. 1/2012, 99-100, il quale ne individua ben 13 tipologie diverse.

<sup>8</sup> Sotto il vigore degli accordi interconfederali, la prevalente giurisprudenza di legittimità per l'ipotesi della violazione dei criteri di scelta riteneva applicabile invece la sanzione meramente risarcitoria, anziché la reintegrazione sul posto di lavoro. Cfr., ad esempio, Cass., 23 novembre 1987, n. 8646, in *Foro it. rep.*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2637; Cass., 12 aprile 1989, n. 1741, in *Mass. giur. lav.*, 1989, 197. Sul notevole «salto di tutela» rispetto alla disciplina giurisprudenziale precedente, vedi per tutti A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, in *Mass. giur. lav.*, 1992, 435.

<sup>9</sup> Cfr. art. 5, comma 3, della legge n. 223 del 1991, nella sua formulazione originaria. Con l'unica eccezione dei datori di lavoro ideologicamente caratterizzati (cd. organizzazioni di tendenza) a cui negli stessi casi di licenziamento collettivo illegittimo si applicava, invece, sempre la tutela obbligatoria. Cfr. art. 24, commi 1-ter e 1-quater, legge n. 223 del 1991.

medio-grandi, era unica e senza alcuna possibilità di alternativa.

In base ad alcuni orientamenti giurisprudenziali particolarmente rigorosi, anche nell'ipotesi in cui il licenziamento fosse stato dichiarato illegittimo per un vizio della procedura relativo a comunicazioni o adempimenti formali marginali<sup>10</sup>. E sempre in base a quegli orientamenti, anche se all'esito di quella stessa procedura viziata soltanto marginalmente il datore di lavoro avesse poi raggiunto comunque l'accordo con le organizzazioni sindacali (magari anche con una consistente riduzione del numero dei licenziamenti inizialmente programmati) e applicato correttamente i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare<sup>11</sup>.

Nel nostro ordinamento, infatti, con l'introduzione di una disciplina legale dei licenziamenti per riduzione di personale si è ritenuto, a differenza di quanto si verifica nella maggior parte dei Paesi dell'Unione europea<sup>12</sup>, che fosse possibile porre rimedio al licenziamento collettivo illegittimo sempre e soltanto con la restituzione del posto di lavoro precedentemente occupato.

E ciò pur se anche nell'ordinamento dell'Unione europea, e in particolare nella direttiva in materia di licenziamenti collettivi poi attuata dalla legge n. 223 del 1991 (diretta esplicitamente a rafforzare le tutele dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi), non vi fosse alcun obbligo, e tantomeno indicazione (esplicita o implicita), in tal senso<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Cfr., *infra*, cap. II, par. n. 8 ss.

<sup>11</sup> Cfr., *infra*, cap. II, par. n. 12, e cap. III.

<sup>12</sup> Ad esempio, in Francia, Gran Bretagna, Portogallo, Spagna, Austria, Finlandia, Danimarca, Ungheria, Polonia ed anche Germania nell'ipotesi in cui sia accertata l'illegittimità del licenziamento collettivo (o comunque economico riguardante una pluralità di lavoratori) si applica pressoché sempre ed esclusivamente la tutela indennitaria. Cfr., al riguardo, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, a cura di M. Pedrazzoli, Milano, 2014; F. CURCURUTO, *Licenziamenti collettivi in Europa: un rapido sguardo d'insieme*, in *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione Europea*, a cura di R. Cosio, F. Curcuruto e R. Foglia, Milano, 2016, 175 ss.; K. FIORENZA, *La circolazione dei modelli rimediali nel licenziamento europeo*, in *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, a cura di F. Santoni, M. Ricci e R. Santucci, Napoli, 2016, 170 ss.; *Licenziamenti: quadro comparato*, a cura di M. Tiraboschi, in *Working Paper ADAPT*, 2 ottobre 2014, n. 163; L. PISARCZYK, *Il licenziamento individuale in Polonia*, in *Dir. lav. merc.*, 2014, 251 ss. Sia pure più risalente nel tempo, vedi anche AA.Vv., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001.

<sup>13</sup> Cfr. la direttiva 75/129/CEE, poi sostituita dalla direttiva 92/56/CEE; oggi entrambe abrogate dalla ulteriore direttiva 98/59/CE. Sul processo di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria, vedi da ultimo E. BALLETTI, *I licenziamenti collettivi*, in *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, a cura di F. Carinci, A. Pizzoferrato, Torino, 2015, spec. 308, e in precedenza P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008, I,

Riguardo le tutele da applicare, infatti, la direttiva si limita a richiedere che i lavoratori nei rispettivi Stati membri possano disporre di procedure giurisdizionali per far rispettare gli obblighi da essa previsti<sup>14</sup>. Mentre non v'è alcun riferimento al tipo di tutela applicabile (reintegratoria o risarcitoria) nell'ipotesi in cui si accerti giudizialmente la violazione di quegli obblighi.

Dunque con l'entrata in vigore della nuova disciplina legislativa l'impressione, anche da parte della dottrina più moderata e sempre attenta alle esigenze dei lavoratori, era che in effetti la fattispecie del licenziamento collettivo fosse stata «sovraccaricata» di tutele collettive e individuali, al punto da apparire, anche rispetto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, «una specie più protetta e in ogni caso meno facilmente gestibile» dal datore di lavoro<sup>15</sup>.

Si è già ricordato, infatti, che nella formulazione originaria della legge n. 223 del 1991 tutto l'apparato sanzionatorio era incentrato sulla regola della reintegrazione nel posto di lavoro. Per cui non era attribuita alcuna rilevanza, ai fini dell'applicazione della relativa sanzione, al grado più o meno elevato di gravità o disvalore collegato alla violazione compiuta dal datore di lavoro. E poiché tutte le violazioni, formali o sostanziali che fossero, erano sanzionate dal legislatore allo stesso identico modo, assumeva un rilievo limitato sul piano pratico anche la diversa patologia dell'atto di recesso (inefficacia e/o annullabilità/invalidità) che quelle violazioni avevano determinato<sup>16</sup>.

---

553 ss. Sulla assenza di riferimenti alle tutele applicabili, vedi anche, sia pure riferito al licenziamento in generale, l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Vedi anche, *infra*, cap. IV, par. n. 5.

<sup>14</sup> Cfr. art. 6 della direttiva 98/59/CE.

<sup>15</sup> Cfr. L. MONTUSCHI, *Procedure e forme: comunicare è bello?*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 660, anche per le citazioni tra virgolette nel testo. Per il maggiore sbilanciamento sul piano delle garanzie verso i lavoratori della disciplina italiana rispetto alle indicazioni comunitarie, vedi G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004, 26, ed anche A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge n. 92/2012*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 476 e 495. Riconoscono l'esistenza di sanzioni molto «forti» e «pesanti» per le imprese in caso di illegittimità del licenziamento anche P. ALLEVA, *I licenziamenti collettivi in prospettiva europea*, in *Lav. giur.*, 2000, 609, e F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, cit., 25.

<sup>16</sup> Cfr., sempre, art. 5, comma 3, della legge n. 223 del 1991, nella sua formulazione originaria. Sull'effetto di quasi azzeramento, o comunque sul poco significato, della distinzione tra inefficacia e annullabilità, vedi in particolare P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2003, III, 567, e M.V. BALLESTRERO, *L'estinzione del rapporto*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti di lavoro*, a cura di A. VALLEBONA, Torino, 2009, II, 2006. In proposito, vedi anche M. RICCI, *Il regime di*

Come, del resto, già da tempo si verificava per il licenziamento individuale illegittimo dopo l'introduzione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970<sup>17</sup>: anche in tal caso, infatti, il diverso grado o la diversa qualità della violazione delle regole non si rifletteva sulla sanzione da applicare per cui le illegittimità del recesso da questo punto di vista erano tutte equiparate.

Di conseguenza era opinione largamente prevalente, anche perché fondata su dati di fatto oggettivi, che il sistema italiano di regolamentazione delle tutele contro i licenziamenti illegittimi risultava essere, nel suo complesso ma in modo particolare con riferimento a quelli collettivi, tra i più rigidi (e con più elevati livelli di garanzie per i lavoratori) d'Europa, e quindi del mondo intero<sup>18</sup>.

---

*inefficacia dei licenziamenti individuali e collettivi*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, 2011, II, 995 ss.

<sup>17</sup> Come ricordato da R. DE LUCA TAMAJO, *Il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro: luci e ombre di una attitudine creativa*, in *Lav. dir.*, 2016, 817, il licenziamento illegittimo aveva «come unica e indefettibile conseguenza la reintegrazione nel posto di lavoro». Su come l'applicazione dell'art. 18 avesse creato e consolidato in Italia la convinzione soprattutto culturale che la reintegrazione fosse l'unico rimedio esperibile contro il licenziamento illegittimo, vedi A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., 424 ss. Tra i molti, sulla iniqua e incongrua uniformità sanzionatoria del vecchio art. 18 dello Statuto dei lavoratori, vedi C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, 40; M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006, 131. Con riferimento in particolare al licenziamento collettivo, vedi F. CARINCI, «Provaci ancora, Sam»: ripartendo dall'art. 18 dello Statuto, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012, 57-58, per il quale l'applicazione dell'art. 18 anche nell'ipotesi di procedimento viziato costituiva «un anacronismo di cui è sempre troppo tardi liberarsi».

<sup>18</sup> Per l'«ottusità» nel punto più alto (la reintegra) dell'unica conseguenza sanzionatoria che caratterizzava (pressoché unico in Europa) l'ordinamento italiano, vedi M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, cit., 334-335. Sempre per la constatazione che in nessun Paese dell'occidente era rinvenibile in tema di licenziamenti illegittimi un apparato garantistico così rigido e forte come quello riscontrabile in Italia, vedi G. VIDIRI, *La riforma «Fornero»: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 623. Sulla «pesantezza» del regime sanzionatorio, vedi anche C. CESTER, *I licenziamenti tra passato e futuro*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1105-1106. Per lo statuto protettivo «iper-garantista» della stabilità reale, vedi poi R. PESSI, *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, Padova, 2007, 44, nonché, sempre in chiave critica, G. SUPPIEJ, *Flessibilità del rapporto di lavoro e sistema delle fonti*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 9, per cui si trattava di un sistema «non difendibile», fonte soprattutto di «litigiosità» ed «incertezza», A. VALLEBONA, *La rifondazione del diritto del lavoro italiano: dal conflitto alla partecipazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 506 ss., che annovera l'art. 18 St. lav. tra i fattori di crescita del contenzioso giudiziale, e F. CARINCI,

## 2. *Gli obiettivi (espliciti e meno espliciti) perseguiti dal legislatore con i più recenti interventi di riforma*

In questo contesto applicativo e regolatorio soltanto accennato, si collocano, e debbono essere esaminati, i due recenti ed importanti interventi di riforma che hanno riguardato, a distanza di pochi anni l'uno dall'altro, la complessa materia dei licenziamenti collettivi.

Non v'è dubbio (anche perché esplicitamente dichiarato) che uno degli obiettivi perseguiti dal legislatore con entrambi tali interventi sia stato proprio quello di ridurre l'imponente ed imprevedibile mole di contenzioso di cui si è detto<sup>19</sup>.

Riduzione perseguita, peraltro, anche attraverso l'introduzione di ulteriori strumenti di vario genere ed efficacia<sup>20</sup>, tra i quali sembra destinata ad assumere particolare rilievo per la sua convenienza l'offerta di conciliazione,

---

*Discutendo intorno all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 39, secondo cui la gestione e l'applicazione processuale della tutela reintegratoria era divenuta estremamente incerta, defatigante e costosa. Sulle «aporie» della reintegrazione, vedi infine R. DEL PUNTA, *La stabilità reale nell'epoca dell'instabilità*, in *Dir. merc. lav.*, 2010, 755 ss., il quale anch'esso fa rilevare che nell'esperienza degli altri ordinamenti europei la reintegrazione o «non è contemplata e sono previsti soltanto rimedi risarcitori in genere commisurati ad importi più ridotti a quelli correnti in Italia (Spagna, Regno Unito, paesi dell'Est europeo), o può essere disposta facoltativamente dal giudice (il che accade, per lo più, nei soli casi di licenziamento nullo per motivi discriminatori o comunque illeciti), in alternativa ad un risarcimento dei danni sempre entro massimali più bassi di quelli domestici (Francia, Germania, Austria)» (spec. 765, nt. 53).

<sup>19</sup> Cfr., in particolare, la relazione illustrativa, la relazione tecnica e l'analisi di impatto della regolamentazione dello schema di decreto recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183 (consultabili sul sito [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it)). In generale, sui problemi della giustizia del lavoro prima degli ultimi interventi di riforma, vedi R. PESSI, *La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforme, ipotesi, effettività*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 195 ss.; M. CINELLI, *Dal «Collegato 2010» alle «manovre» dell'estate 2011: quali scenari per la giustizia del lavoro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 559 ss.

<sup>20</sup> Ad esempio, anche con la nuova disciplina della decadenza relativa all'impugnazione del licenziamento (in questo caso, però, si tratta di disciplina diretta più che a ridurre, ad accelerare la definizione della controversie). Cfr. art. 32, comma 1, della legge n. 183 del 2010 e art. 1, commi 38 e 46, della legge n. 92 del 2012. Su cui, vedi L. MENGHINI, *Il regime delle impugnazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, 123 ss., ed anche M. GAMBACCIANI, *L'onere di impugnazione (anche giudiziale) del licenziamento*, in *La riforma dei rapporti delle controversie di lavoro*, Commentario alla legge 4 novembre 2010, n. 183 (cd. Collegato lavoro), a cura di G. Proia e M. Tiraboschi, Milano, 2011, 175 ss. Ma per ulteriori e più ampi riferimenti, vedi *infra* cap. IV, par. n. 7.

ovvero una procedura volta ad evitare il giudizio fortemente incentivata dal punto di vista economico e applicabile ad ogni tipo di licenziamento, e quindi (almeno parrebbe) anche al licenziamento collettivo<sup>21</sup>.

L'obiettivo non può che essere condiviso anche perché, specie nella materia dei licenziamenti per riduzione di personale, una ampia e diffusa conflittualità giudiziaria non è quasi mai la via più adeguata per un'efficace gestione di problemi di natura e portata sociale così rilevanti.

Ma oltre allo scopo di ridurre il numero delle controversie, la sensazione è che il legislatore abbia ritenuto che l'applicazione giurisprudenziale del licenziamento collettivo, come del resto anche quella del giustificato motivo oggettivo nel licenziamento individuale<sup>22</sup>, non avesse realizzato un equilibrato contemperamento tra l'esigenze dell'impresa e gli interessi dei lavoratori.

O quantomeno, il legislatore ha ritenuto che, anche con riguardo all'istituto del licenziamento collettivo, tale contemperamento non risultasse, ad oggi, più equilibrato.

Come già prima della introduzione della disciplina legale<sup>23</sup>, si era ritenuto che quella dettata all'epoca dagli accordi interconfederali nel settore dell'industria<sup>24</sup> non fosse riuscita a realizzare, anche in quel caso complice una giurisprudenza tutt'altro che univoca, un'equa sintesi tra le esigenze

<sup>21</sup> Cfr. art. 6, del d.lgs. n. 23 del 2015. Sulla funzione di deflazione del contenzioso della cd. «conciliazione rapida», vedi M. LEONARDI, *Linee generali e problemi aperti del jobs act*, in *Jobs act. Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M.T. Carinci e A. Tursi, Torino, 2015, 262 ss. In proposito, vedi anche A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, spec. 222 ss.; D. DALFINO, *La conciliazione in materia di licenziamento*, in *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, a cura di O. Mazzotta, Torino, 2016, 253 ss.

<sup>22</sup> Per l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, vedi soprattutto M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, cit., Padova, 2005, XXXVI, spec. 10 ss.; L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Napoli, 2008. Dopo le riforme del quadriennio 2012/2015, vedi invece M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Torino, 2016, spec. 59 ss.

<sup>23</sup> Con cui il licenziamento collettivo per riduzione di personale è finalmente «uscito dal limbo dell'indeterminatezza normativa». Cfr. M. PERSIANI, *Commento all'art. 4*, in *Legge 23 luglio 1991, n. 223. Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamento di disoccupazione, attuazione di direttive della comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*, Commentario a cura di M. Persiani, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 916.

<sup>24</sup> Cfr., in particolare, i già richiamati accordi interconfederali del 21 aprile/20 dicembre 1950 e del 5 maggio 1965 sui licenziamenti per riduzione di personale. Cfr., *retro*, par. n. 1, nt. 1.

delle imprese, e più in generale di evoluzione del sistema produttivo, e le esigenze di tutela dei lavoratori<sup>25</sup>.

Pur a fronte dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro (meritevole di particolare rilevanza e tutela da parte dell'ordinamento)<sup>26</sup> è parso che le esigenze dell'impresa, nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme in materia di licenziamenti collettivi, non fossero state adeguatamente tenute in considerazione.

Con la conseguenza che il conflitto tra gli opposti interessi finiva per risolversi ad esclusivo o prevalente vantaggio del lavoratore e del valore della stabilità dell'occupazione esistente. Mentre ad essere sacrificato era quasi sempre l'interesse dell'impresa a gestire la sua organizzazione, ossia ad essere efficiente e produttiva.

Così come, in contrasto con (o comunque snaturando) la stessa *ratio* della riforma del 1991<sup>27</sup>, è parso che la giurisprudenza non abbia sempre valorizzato la scelta legislativa di responsabilizzare le parti sindacali (ed anche i soggetti pubblici coinvolti) in una gestione dinamica e soprattutto consensuale (o almeno più partecipativa) dei processi di ristrutturazione e delle procedure di licenziamento collettivo.

Quasi dando l'impressione alcune volte di finire per «leggere i licenziamenti collettivi nell'ottica asfittica dei licenziamenti individuali»<sup>28</sup>. Ossia non considerando i licenziamenti collettivi, per utilizzare le parole di Massimo

<sup>25</sup> Cfr. soprattutto gli atti delle giornate di studio di Roma del 26-27 gennaio 1990 organizzate dall'AIDLASS su *Licenziamenti collettivi e mobilità*, Milano, 1991 e, in particolare, le relazioni (opposte per impostazione e valutazioni ma ambedue concordi sull'inadeguatezza della disciplina interconfederale e sulle incertezze della giurisprudenza) di M.G. GAROFALO, *Eccedenza di personale e conflitto: profili giuridici* (3 ss.) e S. MAGRINI, *Licenziamenti individuali e collettivi: separatezza e convergenze delle tutele* (93 ss.; anche in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 313 ss., da cui si cita). Ma vedi anche, in particolare sui rapporti tra potere giudiziario e esercizio dei poteri imprenditoriali sempre in quegli anni, gli atti delle giornate di studio di Bologna dell'8-9 aprile 1983 organizzate dall'AIDLASS su *L'intervento del giudice nel conflitto industriale*, Milano, 1984, e in particolare le relazioni di G. GHEZZI (3 ss.) e di R. SCOGNAMIGLIO (31 ss.).

<sup>26</sup> Cfr., per tutti, M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni, Padova, 1971, vol. II, 593 ss.

<sup>27</sup> Tutta incentrata, com'è noto, nell'affidare la tutela del lavoratore, o perlomeno il suo nucleo essenziale, a controlli e procedure preventive sindacali e anche pubbliche. Cfr., in particolare e per tutti, M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, e M. PERSIANI, *Commento all'art. 4*, entrambi in *Legge 23 luglio 1991, n. 223*, cit., rispettivamente, 923 ss. e 916 ss.

<sup>28</sup> Cfr. G. FERRARO, *Gli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di P. Ichino, Milano, 2008, 251.

D'Antona, come una «operazione imprenditoriale di ridimensionamento dell'organico» unitaria e procedimentalizzata, caratterizzata dalla particolare «rilevanza» degli «effetti sociali»<sup>29</sup>. Pur se si risolvono in una pluralità di recessi individuali, infatti, i licenziamenti per riduzione di personale restano una operazione imprenditoriale «ad effetti necessariamente collettivi»<sup>30</sup>.

In sostanza in questi anni l'applicazione giurisprudenziale del licenziamento collettivo, nelle valutazioni del legislatore, aveva finito per limitare oltremisura i poteri in azienda, e quindi la libertà di iniziativa economica privata del datore di lavoro.

Libertà che, in base all'ampia previsione dell'art. 41, comma 1, della Costituzione, implica secondo l'interpretazione prevalente non soltanto la libertà di creare l'impresa, ma anche, per converso, la libertà di cessarne l'esercizio<sup>31</sup>, o di ridimensionare l'organizzazione predisposta a tal fine, anche per quanto riguarda il personale<sup>32</sup>.

Fin dagli anni 50 del secolo scorso, infatti, la giurisprudenza costituzionale è concorde nel ritenere che nell'espressione iniziativa economica devono essere ricomprese non soltanto le attività dirette a costituire un'azienda, ma

<sup>29</sup> Cfr. M. D'ANTONA, «Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91, in *Foro it.*, 1993, I, 2027 ss.; ID., *Commento all'art. 5*, cit., 923 ss.

<sup>30</sup> Cfr. M. D'ANTONA, «Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91, cit., 2027 ss.; ID., *Commento all'art. 5*, cit., 923 ss., anche per la citazione tra virgolette nel testo. Nello stesso senso, vedi anche S. LIEBMAN, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/1991: tendenza della prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 125 ss. Sempre sulla dimensione collettiva aziendale ed anche ultra aziendale dei licenziamenti collettivi, vedi infine G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 11 ss. e 57 ss.

<sup>31</sup> Anche se l'impresa non ha problemi economici. Sulla facoltà dell'imprenditore di cessare l'attività dell'impresa *in bonis*, vedi soprattutto M. PERSIANI, *Riflessioni sulle conseguenze della cessazione dell'impresa in bonis*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 637 ss., ed anche M. DEL CONTE, *Cessazione dell'impresa e responsabilità del datore di lavoro*, Milano, 2003.

<sup>32</sup> Cfr. Cass., 1 luglio 2016, n. 13516, in *Foro it. rep.*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 291, secondo cui l'art. 41, comma 1, Cost. «lascia all'imprenditore la scelta della migliore combinazione dei fattori produttivi a fini di incremento della produttività aziendale». Vedi anche, nello stesso senso, Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, in *Foro it.*, 2017, 123; Cass., 18 aprile 2007, n. 9263, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Lavoro (rapporto)*, n. 966; Cass., 18 novembre 1997, n. 11465, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 627. Per la giurisprudenza più risalente, cfr. per tutte Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1979, n. 1270, in *Riv. giur. lav.*, 1979, II, 27 ss., con nota di M. D'ANTONA, *Il licenziamento collettivo come «autonoma fattispecie di recesso» o come eccezione di inapplicabilità della legge n. 604/66*. In dottrina, cfr. soprattutto F. GALGANO, *Commento all'art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1982, 4 ss.; M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 1 ss.

anche quelle «inerenti alla vita e allo svolgimento di essa»<sup>33</sup>. Ed anche la dottrina più autorevole ha già avuto modo di affermare che la libertà di iniziativa è da considerarsi «libertà di determinazione, di scelta, di organizzazione e articolazione degli strumenti operativi, libertà di continuare o cessare»<sup>34</sup>.

Rientra pertanto nella sfera intangibile della libertà d'impresa non soltanto avviare un'attività economica, ma anche cessare l'attività avviata<sup>35</sup>, ridurla o trasformarla, senza che tali decisioni possano essere condizionate (se non entro i limiti previsti dalla legge) da valutazioni di opportunità, razionalità o convenienza da parte di soggetti esterni diversi dal titolare di quella libertà<sup>36</sup>.

Anche il licenziamento collettivo, quindi, coinvolge le prerogative qualificanti dell'iniziativa economica privata, riguardando scelte strategiche dell'impresa sul se, come, dove, quando e sulla base di quale organico produrre<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Così Corte cost., 30 dicembre 1958, n. 78. Nello stesso senso, vedi anche Corte cost., 6 novembre 1998, n. 362; Corte cost., 24 ottobre 2001, n. 339, secondo cui la libertà organizzativa garantita dall'art. 41 Cost. deve consentire all'imprenditore di «calibrare le dimensioni dell'impresa in relazione alle opportunità di mercato». Per l'affermazione che l'elemento del dimensionamento e della scelta del personale impiegato nell'azienda caratterizza il nucleo essenziale della libertà d'iniziativa economica privata, cfr. anche Corte cost., 28 luglio 1993, n. 356.

<sup>34</sup> Così G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 320.

<sup>35</sup> Cfr., ad esempio, Cass., 22 marzo 2004, n. 5700, in *Orient. giur. lav.*, 2004, 405, per cui la scelta datoriale di cessare l'attività è insindacabile non rilevando la circostanza che l'impresa non potesse o addirittura non volesse impiegare altri capitali, trattandosi di libere scelte imprenditoriali tutelate dall'art. 41 della Costituzione; Cass., 30 maggio 1995, n. 6083, in *Not. giur. lav.*, 1995, 763, secondo cui la libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. comporta «l'assoluta incensurabilità dei licenziamenti derivanti da totale cessazione dell'attività produttiva, non sussistendo alcun obbligo dell'imprenditore di giustificare la decisione di non permanere ulteriormente nel mondo della produzione o dello scambio di beni o di servizi». In dottrina, cfr. gli Autori citati *retro* nella nt. 31.

<sup>36</sup> In materia di licenziamento collettivo, già sotto il vigore degli accordi interconfederali, cfr. Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1979, n. 1270, cit., secondo cui la decisione del ridimensionamento aziendale è rimessa all'insindacabile scelta del datore di lavoro in ragione del diritto al libero esercizio dell'attività di impresa riconosciuto dall'art. 41 della Costituzione.

<sup>37</sup> Cfr. Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, cit. secondo cui spetta all'imprenditore «stabilire la dimensione occupazionale dell'azienda, evidentemente al fine di perseguire il profitto che è lo scopo lecito per il quale intraprendere», sia nel «momento genetico in cui nasce l'azienda e si instaurano i rapporti di lavoro in misura ritenuta funzionale allo scopo», sia successivamente «durante la vita dell'azienda». In dottrina, cfr. già molti anni fa G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti delle giornate di studio di Firenze, 27-28 aprile 1968, Milano, 1969, 16 ss., secondo cui esiste «un campo trincerato nel quale dominano sovrane, per il se, per il

Scelte esclusive e discrezionali su cui la legge, nell'operare il necessario bilanciamento tra interesse all'efficienza produttiva (che non è soltanto interesse dell'impresa) e i valori dell'uomo che lavora<sup>38</sup>, ha ritenuto escluso un controllo di merito del giudice, riservando quel controllo (e anche la possibilità di modificare quelle scelte) soprattutto all'azione sindacale<sup>39</sup>.

Seppur formalmente riconosciuto, quindi, il potere del datore di lavoro di ridurre l'organico in presenza di una eccedenza di personale come conseguenza del principio della libertà di dimensionare l'organico dell'azienda in base alle effettive necessità<sup>40</sup>, l'esperienza concreta aveva dimostrato come, di fatto, l'esercizio di quel potere fosse stato reso eccessivamente complicato ed oneroso, probabilmente oltre il limite del ragionevole<sup>41</sup>.

quanto e per il come, le scelte del soggetto e queste scelte debbono essere prese come un dato insindacabile, allorché ci si appresta a tutelare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto» (ma vedi già analoghe considerazioni in ID., *Sindacabilità dei motivi del licenziamento in sede giurisdizionale*, in *Dir. lav.*, 1966, I, 95 ss.). Sull'imprenditore come «detentore del potere economico» nell'impresa, vedi F. GALGANO, *Imprenditore*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1992 (rist. 2008), VII, 1.

<sup>38</sup> Cfr. art. 41, commi 2 e 3, Cost. In generale, sulla natura esterna dei limiti posti ai poteri unilaterali del datore di lavoro, vedi soprattutto M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., 1 ss.; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988, spec. 134 ss.

<sup>39</sup> Cfr., ancora, M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., 4. Ma fin d'ora per la constatazione che la progressiva sostituzione del giudice al confronto (e quindi al controllo) sindacale rappresenta una linea di tendenza ormai abbastanza marcata, «ma divergente dal regime di composizione delle fonti immaginato dal legislatore», vedi E. GRAGNOLI, *Intervento*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Milano, 2002, 281. Vedi anche ampiamente, *infra*, cap. II, par. n. 2.

<sup>40</sup> Cfr. anche l'art. 2086 Cod. Civ. per il fondamento del potere gerarchico nell'impresa. Come osservato da F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, cit., 24, la legge n. 223 del 1991 ha restituito all'impresa (almeno formalmente) «la responsabilità di conformare i propri organici alle esigenze dell'efficiente svolgimento dell'attività economica». Nello stesso senso, vedi anche F. SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in *Lav. dir.*, 1996, 23. In generale, sul potere giuridico del datore di lavoro di procedere a licenziamenti collettivi in caso di esuberi di personale, vedi A. TOPO, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni del personale*, Padova, 1996, spec. 74 ss., ma già, in precedenza, S. HERNANDEZ, *Potere di licenziamento e tutela del posto di lavoro*, Roma, 1979, spec. 117 ss.

<sup>41</sup> Insomma, per l'incertezza massima delle regole da applicare, dei costi da sostenere e della durata dei giudizi, nelle operazioni di riduzione di personale il datore di lavoro, specie se di limitate dimensioni economiche, finiva quasi sempre per essere «messo in croce». Per l'evocativa metafora, cfr. A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, cit., 85.

Con il rischio peraltro di compromettere, in contrasto con l'intenzione perseguita dal legislatore, se non quando l'esistenza stessa dell'impresa (soprattutto nei casi di imprese di non grandi dimensioni e in particolare difficoltà), quantomeno la sua solidità, ovvero la sua capacità di operare secondo criteri di efficienza e produttività.

In entrambi i casi quindi, il rischio era (e resta tuttora) quello di compromettere, anche e conseguentemente, l'occupazione degli altri lavoratori non licenziati<sup>42</sup>. Oltre a quella dei lavoratori non stabilmente occupati ma con un rapporto di lavoro temporaneo (o «precario») per i quali la crisi dell'azienda potrebbe significare la perdita di una occasione di collocazione stabile. Ed al limite anche l'occupazione futura dei lavoratori oggi inoccupati o disoccupati per i quali la chiusura dell'azienda eliminerebbe del tutto la possibilità di eventuali occasioni di lavoro (il che conferma come l'interesse alla continuità dell'attività produttiva sia un interesse comune a tutti i lavoratori).

Spesso, infatti, il reintegro nel posto di lavoro per via giudiziaria di molti lavoratori licenziati all'esito di una procedura di riduzione di personale (anche se quella procedura si concludeva, come era esplicito obiettivo della stessa legge, con l'accordo sindacale) impediva, in sostanza, al datore di lavoro di realizzare il dimensionamento dell'organico atteso, e quindi di incidere effettivamente (e prontamente) sull'assetto della propria organizzazione produttiva.

O comunque quel ridimensionamento finiva per essere realizzato con tempi molto più lunghi e con costi molto superiori rispetto a quelli inizialmente programmati. E si tenga conto che, per le imprese rientranti nel campo di applicazione delle integrazioni salariali straordinarie (essenzialmente, ma non soltanto, le imprese del settore industriale con più di 15 dipendenti), gli oneri finanziari da sostenere per poter procedere ad un licenziamento collettivo erano già considerevoli, soprattutto per quelle di minori dimensioni economiche<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Cfr., nel contesto di una analisi più ampia, soprattutto M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 37; ma già ID., *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., 14; ID., *Commento all'art. 4*, cit, 917 e 920 ss. Sulla forte disarticolazione degli interessi dei diversi gruppi di lavoratori, vedi anche M.G. GAROFALO, P. CHIECO, *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, 68-69; G. BOLEGO, *La procedura di mobilità*, cit., 482, ma già in precedenza S. MAGRINI, *Licenziamenti individuali e collettivi: separatezza e convergenza delle tutele*, cit., 357. In giurisprudenza, per il conflitto di interessi tra gli stessi lavoratori, cfr. Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, cit.

<sup>43</sup> E soprattutto nell'ipotesi in cui l'eccedenza di personale non avesse formato oggetto di un accordo sindacale all'esito della procedura. Cfr. art. 4, commi 3 e 10, art. 5, commi 4, 5 e 6, e art. 24, comma 3, della legge n. 223 del 1991. Per la definizione di tale costo

Né è risultato funzionale all'esigenze del datore di lavoro il meccanismo sostitutivo prefigurato dal legislatore all'art. 17 della legge n. 223 del 1991, in base al quale, in caso di reintegrazione per ordine del giudice dei lavoratori licenziati, il datore di lavoro poteva procedere, sempre nel rispetto dei criteri di scelta, a licenziare «un numero di lavoratori pari a quello dei lavoratori reintegrati senza dover esperire una nuova procedura».

Tale meccanismo era stato prefigurato proprio per permettere al datore di lavoro di realizzare comunque, all'esito della procedura correttamente svolta<sup>44</sup>, la riduzione di personale ritenuta necessaria<sup>45</sup>. Si confermava così, sia pur indirettamente, la libertà dell'imprenditore non soltanto di determinare, ma anche di modificare nel tempo le dimensioni dell'impresa e il livello dell'organico in relazione alle sue esigenze di efficienza e produttività.

E l'impressione è che già all'epoca il legislatore si fosse reso conto che la reintegrazione nel posto di lavoro non era forse la tutela più adatta nella materia dei licenziamenti collettivi per bilanciare l'esigenze di protezione dei lavoratori con quelle organizzative del datore di lavoro<sup>46</sup>.

---

«fisso» aziendale come «un pedaggio da pagare per l'attivazione della procedura», vedi L. MONTUSCHI, *Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla l. n. 223 del 23 luglio 1991*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, 415. Sugli ulteriori maggiori costi derivanti anche dalla necessaria conservazione dei rapporti di lavoro (con relativi obblighi di retribuzione) durante la procedura, vedi A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 430 e 433.

<sup>44</sup> Cfr. Pret. Milano, 31 dicembre 1997, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, 383, per l'inapplicabilità dell'art. 17 della legge n. 223 del 1991 nel caso in cui il licenziamento dei lavoratori sostituiti sia stato dichiarato illegittimo per un vizio della procedura di mobilità. In tal senso, cfr. già M. D'ANTONA, «*Riduzione di personale*» e *licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91*, cit., 2027 ss.; ID., *Commento all'art. 5*, cit., 929-930, secondo cui «la violazione dei criteri di scelta non intacca la decisione di ridurre il personale, nei termini quantitativi e qualitativi stabiliti a conclusione della procedura, e rende possibile una semplice revisione della scelta dei licenziati». Vedi anche U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, cit., 200, e A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 436.

<sup>45</sup> Per M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 929, l'art. 17 della legge n. 223 del 1991 consente all'imprenditore di «neutralizzare» gli effetti delle eventuali reintegrazioni su posti di lavoro soppressi.

<sup>46</sup> Tra gli altri, evidenziano come la tutela reale sia particolarmente «inadatta» al licenziamento economico, F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 548; E. GHERA, *Sull'ingiustificata aggravata del licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, 438; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, 434 ss., secondo cui quando vi sono ragioni economiche o produttive «il problema della sostenibilità economica esiste e la tutela della continuità contrattuale può

Ma tentando di fornire una via d'uscita ai datori di lavoro, il legislatore aveva finito per mettere in conflitto (di interessi) tra di loro gli stessi lavoratori<sup>47</sup>. In ogni caso, il meccanismo tecnico escogitato dal legislatore per «aggirare» l'obbligo di reintegra è risultato, nei fatti, di assai difficile applicazione (anche per i complessi profili processuali connessi)<sup>48</sup> e, per questo, è rimasto sostanzialmente inutilizzato<sup>49</sup>.

E sempre nelle valutazioni del legislatore, in questi anni la progressiva compressione della sfera di libertà economica del datore di lavoro non sembrava aver trovato un adeguato riequilibrio neppure nel consolidamento in giurisprudenza di quell'orientamento più sensibile alle esigenze delle imprese secondo cui, nell'ipotesi di impugnazione del singolo atto di recesso, il giudice si deve limitare ad accertare il rispetto degli adempimenti procedurali previsti dalla legge e la legittimità della scelta del datore di lavoro in ordine ai lavoratori da licenziare, senza poter sindacare anche nel merito i motivi che hanno determinato il licenziamento per riduzione di personale<sup>50</sup>.

---

e deve cedere il passo, perché può indurre a non dimensionare correttamente l'impresa o a mantenere in vita rapporti ormai improduttivi».

<sup>47</sup> Cfr., soprattutto, M. PERSIANI, *Commento all'art. 4*, cit., 920. Sull'effetto (almeno potenzialmente) «dirompente» di tale norma per lavoratori e sindacati, vedi anche D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Padova, 1995, 118.

<sup>48</sup> Cfr., ad esempio, Trib. Milano, 8 maggio 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 531, che ha dichiarato illegittimo il licenziamento effettuato ai sensi dell'art. 17 della legge n. 223 del 1991 in sostituzione di altri lavoratori precedentemente licenziati e poi reintegrati a seguito di sentenza del pretore, «nel caso in cui tale sentenza di reintegrazione venga riformata in sede di gravame». Cfr. anche Trib. Milano, 21 aprile 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 53; Trib. Milano, 29 febbraio 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, 713; Pret. Firenze, 24 giugno 1994, in *Tosc. lav. giur.*, 1995, 52; Pret. Ravenna, 14 gennaio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, 2025, che ha escluso qualsiasi possibilità di integrazione del contraddittorio nei confronti dei lavoratori che avrebbero potuto essere coinvolti dall'annullamento dei licenziamenti impugnati. In senso critico, sui diversi problemi determinati dai tempi di durata del processo del lavoro, vedi concordemente M. RICCI, *Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi*, cit., 781; G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 204 ss.; F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, 349; A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 436.

<sup>49</sup> Come è dimostrato anche dal fatto che sulla disposizione dell'art. 17 della legge n. 223 del 1991 si è registrato un contenzioso giudiziario limitatissimo. Sul punto, cfr. A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, a cura di F.P. Luiso, R. Tiscini e A. Vallebona, Torino, 2013, 27. Per la configurazione di un beneficio per il datore di lavoro «più apparente che reale», vedi anche P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 568.

<sup>50</sup> Cfr., per limitarsi alle ultime, Cass., 22 agosto 2016, n. 17234, cit.; Cass., 20 ottobre 2015, n. 21231, in *Not. giur. lav.*, 2016, 207; Cass., 26 agosto 2013, n. 19576, in *Rep.*

Come si è già accennato, infatti, da tempo la giurisprudenza nettamente prevalente è concorde nel ritenere che il controllo giudiziale sul licenziamento collettivo non può riguardare (almeno direttamente) le ragioni che lo hanno giustificato, ma deve restare circoscritto all'accertamento della regolarità formale del procedimento e della corretta applicazione dei criteri di scelta<sup>51</sup>. Deve, cioè, limitarsi alla verifica della serietà e correttezza dei modi in cui è stato consentito il confronto sindacale e l'eventuale gestione collettiva<sup>52</sup>.

In concreto, gli esiti del progressivo affermarsi di tale orientamento hanno finito per produrre conseguenze forse ancor più dirompenti ed onerose per le imprese rispetto all'eventuale affermarsi dell'orientamento opposto. Escluso in sostanza il controllo sulle scelte imprenditoriali, infatti, l'accertamento della giurisprudenza sul rispetto della procedura e dei criteri di scelta, anche per controbilanciare quell'esclusione, è divenuto nel tempo sempre più stringente e rigoroso<sup>53</sup>, anche quando vi fosse il consenso sindacale. Con

---

*Foro it.*, 2013, *Lavoro (rapporto)*, n. 1378; Cass., 11 marzo 2013, n. 5965, in *Not. giur. lav.*, 2013, 692; Cass., 7 dicembre 2012, n. 22219, in *Not. giur. lav.*, 2013, 533; Cass., 21 febbraio 2011, n. 4150, in *Not. giur. lav.*, 2011, 641. In dottrina, cfr., soprattutto, M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 926; M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., 17, ma anche R. PESSI, *Commento all'art. 4*, cit., 915 e S. MAGRINI, *Licenziamenti individuali e collettivi: separatezza e convergenza delle tutele*, cit., spec. 353 ss.

<sup>51</sup> Secondo Cass., 20 ottobre 2015, n. 21231, cit. (ma si tratta di una massima costantemente ripetuta dalla giurisprudenza), la legge n. 223 del 1991, nel prevedere agli artt. 4 e 5 la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di licenziamento collettivo, «ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato *ex post* nel precedente assetto ordinamentale, ad un controllo dell'iniziativa imprenditoriale concernente il ridimensionamento dell'impresa, devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali, destinarie di incisivi poteri di informazione e consultazione [...]; i residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale, ma la correttezza procedurale dell'operazione (ivi compresa la sussistenza dell'imprescindibile nesso causale tra il progettato ridimensionamento e i singoli provvedimenti di recesso), 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». Per approfondimenti, cfr. *infra* cap. II, par. n. 1 ss.

<sup>52</sup> Cfr. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., 17; L. SPAGNUOLO VIGORITA, L. GUAGLIONE, F. SCARPELLI, *Commento all'art. 24*, in *Legge 23 luglio 1991, n. 223*, cit., 1096; G. PERA, *I licenziamenti collettivi*, in *Giust. civ.*, 1992, 211.

<sup>53</sup> Sul «rigorismo formale» enfatizzato dalla giurisprudenza «a compensazione dell'assoluto

l'ulteriore effetto collaterale prodotto di depotenziare inevitabilmente la forza di accordi collettivi raggiunti anche all'esito di difficili trattative<sup>54</sup>.

Oltre ad essere molto rigido poi, fin dall'inizio quell'accertamento è stato caratterizzato da un'ampia discrezionalità. Ed è soprattutto quest'ultimo aspetto, ossia il non aver saputo fornire criteri di interpretazione certi (o almeno dotati di un sufficiente grado di certezza), che ha fortemente penalizzato le esigenze delle imprese nella gestione (concordata o meno) degli esuberanti di personale, specie di quelle più serie intenzionate a rispettare la legge.

Insomma la pur affermata «liberalizzazione» dei licenziamenti collettivi<sup>55</sup>, realizzata comunque nell'ambito di un sistema articolato di regole e di controlli soprattutto sindacali, non era riuscita a produrre i risultati che almeno le aziende si attendevano da essa.

### 3. *Gli interventi legislativi del 2012 e del 2015 tra forti analogie e qualche differenza*

I due recenti interventi legislativi del 2012 e del 2015 presentano forti analogie e qualche differenza.

---

lassismo sostanziale, circa il perché ed il percome del licenziamento collettivo», vedi F. CARINCI, M. MISCIONE, *La «riforma Fornero»* (L. n. 92/2012, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 808. Nello stesso senso, vedi anche F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, in *Giur. it.*, 2014, 452 ss.

<sup>54</sup> Sul dominio della giurisprudenza a scapito del negoziato collettivo e sul conseguente «spiazzamento» di quest'ultimo, vedi sempre E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 122 e 126; Id., *Intervento*, cit., 279-281, anche per la constatazione già all'epoca di come l'aumento delle azioni giudiziali individuali avesse finito per determinare «la crisi dell'accordo sindacale». Nello stesso senso, vedi anche R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 775; P. TOSI, *Lo Statuto dei lavoratori (40 anni dopo) tra garantismo e competitività*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 28, secondo cui la giurisprudenza ha spesso vanificato i compromessi delle parti sociali diretti a fronteggiare le difficoltà delle imprese sul mercato.

<sup>55</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *I licenziamenti per riduzione di personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, in *Lav. dir.*, 1994, 119. Sull'impronta liberista (almeno sulla carta) della legge n. 223 del 1991, vedi anche l'Introduzione al volume *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro, commento sistematico alla l. 223/1991*, a cura di G. Ferraro, F. Mazziotti e F. Santoni, Napoli, 1992, e G. BOLEGO, *La procedura di mobilità*, cit., 482, secondo cui la legge è caratterizzata da una prevalenza dell'interesse dell'impresa. Ma già all'indomani della legge n. 223 del 1991, A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 432, evidenziava come non si potesse certo dire che il legislatore avesse liberalizzato il licenziamento collettivo, soprattutto per la «rigida regolamentazione di quest'ultimo (procedura sindacale, sanzione reintegratoria)».

Con entrambi si interviene nella direzione di mitigare, sia pure con intensità diverse e con riferimento a rapporti di lavoro diversi<sup>56</sup>, il sistema sanzionatorio applicabile<sup>57</sup>; ed ancora in entrambi, non v'è alcun intervento sulla disciplina riguardante l'individuazione e poi le modalità di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare.

Con la legge n. 92 del 2012, oltre all'intervento sul regime sanzionatorio, si apportano modifiche anche alla procedura sindacale per superare alcuni contrasti giurisprudenziali, rendendo meno stringenti alcuni obblighi per il datore di lavoro e attribuendo ulteriori poteri all'accordo sindacale<sup>58</sup>.

Si dispone, inoltre, espressamente l'applicabilità anche ai licenziamenti collettivi del nuovo regime di impugnazione giudiziale del licenziamento dettato dall'art. 32 della legge n. 183 del 2010 (e poi modificato dalla stessa legge n. 92 del 2012)<sup>59</sup>.

Infine riguarda, sia pure indirettamente, la materia dei licenziamenti collettivi anche l'importante modifica che ha ad oggetto la definitiva abolizione, a far data dal 1 gennaio 2017, del trattamento speciale di disoccupazione denominato indennità di mobilità (e del relativo sistema di finanziamento) e la sua sostituzione con l'ASpI (oggi NASpI)<sup>60</sup>. Trattamento che, com'è noto, è stato caratterizzato da importi e durata superiori rispetto all'indennità di disoccupazione ordinaria (ed anche, oggi, alla NASpI)<sup>61</sup>, ma che la legge

<sup>56</sup> Il d.lgs. n. 23 del 2015 si applica, com'è noto, soltanto ai rapporti di lavoro subordinati, esclusi quelli che riguardano i dirigenti, instaurati dal 7 marzo 2015. Cfr. art. 1 del d.lgs. n. 23 del 2015. Vedi anche, *infra*, cap. IV, par. nn. 1 e 2.

<sup>57</sup> Cfr., rispettivamente, art. 1, comma 46, della legge n. 92 del 2012 e art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015. Vedi sempre anche, *infra*, cap. IV, par. nn. 1 e 2.

<sup>58</sup> Cfr., rispettivamente, art. 1, commi 44 e 45 della legge n. 92 del 2012. Per approfondimenti, vedi *infra* cap. II, par. nn. 10 e 11.

<sup>59</sup> Cfr. art. 1, comma 46, della legge n. 92 del 2012. Cfr. anche l'art. 1, comma 38, della legge n. 92 del 2012 per la riduzione da 270 a 180 giorni del termine per proporre il ricorso giudiziale dopo l'impugnazione proposta con atto stragiudiziale (da proporre entro 60 giorni dalla ricezione della comunicazione del licenziamento). Sugli effetti della decadenza dall'impugnazione del licenziamento individuale o collettivo con riferimento alla nuova disciplina, vedi Trib. Ascoli Piceno, 31 marzo 2015, in *Dir. lav. Marche*, 2015, 91, secondo cui la suddetta decadenza preclude l'accertamento giudiziale dell'illegittimità del recesso e la tutela risarcitoria di diritto comune, «venendo a mancare il necessario presupposto, l'inadempimento del datore di lavoro, del diritto al risarcimento del danno». Nello stesso senso, con riferimento a quella precedente, vedi Cass., 5 febbraio 2010, n. 2676, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 80.

<sup>60</sup> Cfr. art. 2, commi 33 e 46, della legge n. 92 del 2012.

<sup>61</sup> Anche molto superiori, come nel caso della cd. «mobilità lunga». Cfr. art. 7, commi 2, 6 e 7, legge n. 223 del 1991, nonché art. 3, della legge n. 22 del 1997.

aveva riservato soltanto ai dipendenti di imprese di determinate dimensioni e di determinati settori produttivi (essenzialmente le imprese industriali e quelle commerciali più grandi)<sup>62</sup>.

Invece, il d.lgs. n. 23 del 2015, oltre ad intervenire sulle sanzioni, si limita ad escludere, in caso di impugnazione giudiziale del licenziamento, l'applicazione del cd. «rito Fornero»<sup>63</sup>, introdotto, anche per i licenziamenti collettivi<sup>64</sup>, dalla legge n. 92 del 2012<sup>65</sup>. Così determinandosi per vecchi e nuovi assunti (prima del 7 marzo 2015, e dal 7 marzo 2015), oltre a due diversi regimi sostanziali in materia di tutele applicabili, anche due diversi regimi processuali<sup>66</sup>.

Non v'è dubbio, però, che le modifiche più rilevanti hanno riguardato, in entrambi gli interventi di riforma, il sistema delle sanzioni riducendo già in modo significativo (con la legge n. 92 del 2012) ed eliminando

<sup>62</sup> Cfr. artt. 7 e 16, della legge n. 223 del 1991. Sull'indennità di mobilità come trattamento di disoccupazione «privilegiato», vedi M. CINELLI, *Un nuovo trattamento «privilegiato» di disoccupazione: l'indennità di mobilità*, in *Giust. civ.*, 1991, II, 479; E. BALLETTI, *Indennità di mobilità*, in *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro. Commento sistematico alla legge n. 223/1991*, cit., 167 ss. Vedi anche, al riguardo, M. MISCIONE, *L'indennità di mobilità. Leggi 223/1991 e 236/1993*, Napoli, 1993; A. VISCOMI, *Commento all'art. 7, in Legge 23 luglio 1991, n. 223*, cit., 953 ss.; A. ANDREONI, *Commento all'art. 5, in Legge 23 luglio 1991, n. 223*, cit., 937 ss.

<sup>63</sup> Cfr. art. 11 del d.lgs. n. 23 del 2015.

<sup>64</sup> Cfr. art. 1, comma 47, della legge n. 92 del 2012 e, in giurisprudenza, Trib. Roma, 12 novembre 2012, in *Not. giur. lav.*, 2013, 237; Trib. Milano, 6 dicembre 2012, in *Riv. crit. dir. lav. priv. pubbl.*, 2012, 1065; Trib. Roma, 21 gennaio 2014, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 1195, con nota di N. FRASCA, *Applicabilità ai licenziamenti collettivi del rito Fornero e delle tutele previste dall'art. 18 stat. lav.* (1200 ss.).

<sup>65</sup> Cfr. art. 1, commi 47-68, della legge n. 92 del 2012. Sui numerosi problemi interpretativi ed applicativi del nuovo rito processuale per i licenziamenti, vedi tra i molti e spesso in senso critico P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di P. Chieco, Bari, 2013, 407 ss.; G. VIDIRI, *Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 39 ss.; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, in *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, cit., 75 ss.; L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 693 ss.; F.P. LUISSO, *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 123 ss.; M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 815 ss. Per una rassegna della prima casistica giurisprudenziale, vedi M. BIASI, *Il c.d. "Rito Fornero" nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 1449 ss.; S. CAPONETTI, *Orientamenti giurisprudenziali sul rito Fornero*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 620 ss.

<sup>66</sup> Per approfondimenti, cfr., *infra*, cap. IV, par. n. 3.

quasi del tutto per i nuovi assunti (con il d.lgs. n. 23 del 2015) la possibilità che dalla accertata illegittimità del licenziamento collettivo possa derivare la reintegrazione nel posto di lavoro.

Nel licenziamento collettivo quindi, come più in generale nei licenziamenti individuali e più in particolare in quelli di tipo economico<sup>67</sup>, la reintegra è divenuta una tutela sostanzialmente regressiva e tendenzialmente «ad esaurimento»<sup>68</sup>, sia pure dopo una lunga fase di transizione.

Pur riguardando la norma a più alto contenuto simbolico dello Statuto dei lavoratori<sup>69</sup>, non sembra che le modifiche introdotte rappresentino effettivamente un radicale «mutamento di paradigma normativo e scientifico»<sup>70</sup>, con conseguente «mutazione genetica»<sup>71</sup>, del diritto del lavoro, ora sempre

<sup>67</sup> Sulla categoria dei licenziamenti economici individuali e collettivi, vedi, recentemente, le monografie di S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, 2012, e S. VARVA, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Torino, 2015. Ma già in precedenza, vedi M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, Torino, 2005, ed anche M. DE ROSA, *Il licenziamento per ragioni economiche: la fattispecie*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 662 ss.

<sup>68</sup> Cfr. G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, cit., 62. Nello stesso senso, vedi anche U. ROMAGNOLI, *L'irresistibile ascesa della licenza di licenziare*, in *Lav. dir.*, 2015, 237, secondo cui la tutela della reintegrazione «è destinata ad estinguersi un poco alla volta».

<sup>69</sup> Sul «rapporto di simbiosi» tra l'art. 18 e l'intero Statuto dei lavoratori, vedi B. CARUSO, *Lo Statuto dei lavoratori è morto: "viva lo Statuto"*, in *Lav. dir.*, 2010, 93. Ma sulla dimensione e valenza soprattutto simbolica assunta nel tempo dall'art. 18, vedi L. GAETA, *Che cosa è oggi lo Statuto dei lavoratori?*, in *Lav. dir.*, 2010, 55 e 57, ed anche L. ZOPPOLI, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, cit., 424, e B. CARUSO, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 265/2015, 8.

<sup>70</sup> Cfr. A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di L. Fiorillo e A. Perulli, Torino, 2015, 3 ss. Sulle ragioni dell'affermato mutamento di paradigma, vedi sempre A. PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in *Lav. dir.*, 2016, 17 ss. Nel senso di un radicale mutamento delle tecniche normative finora utilizzate nel diritto del lavoro, vedi anche M. RICCI, *Le politiche del lavoro del governo Renzi*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 234 ss.; A. ZOPPOLI, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica di bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, 291 ss., che parla di «vera svolta» impressa al diritto del lavoro italiano. Pur in una prospettiva opposta anche P. ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 206, ritiene che con la riforma del *Jobs act* «l'ordinamento italiano del lavoro cambia il proprio paradigma fondamentale». Per ulteriori precisazioni sull'utilizzo e il significato di tale espressione, vedi F. CARINCI, *Licenziamento e tutele differenziate*, in *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, cit., 119 ss.

<sup>71</sup> Tale da alterare il «dna» della materia. Così V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del*

più «assiologicamente» orientato a favore del datore di lavoro<sup>72</sup>.

Piuttosto anch'esse sembrano porsi in sostanziale linea di continuità con un processo già in atto da qualche decennio nel nostro diritto del lavoro diretto ad adeguare progressivamente le tecniche e i contenuti della protezione del lavoro alle esigenze di un contesto economico, sociale, culturale, politico e giuridico profondamente trasformato<sup>73</sup>.

Un contesto oggi radicalmente diverso da quello in cui il diritto del lavoro, e in particolare lo Statuto dei lavoratori, si erano formati e sviluppati. Come è stato ricordato, anche lo Statuto dei lavoratori «è figlio del suo tempo», essendo legato ad un periodo in cui l'economia era ancora in costante crescita e ad un modo di produrre e organizzare il lavoro storicamente determinato (e condizionato), ma ormai da ritenersi in gran parte superato<sup>74</sup>.

*diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 322/2017, spec. 44 ss.

<sup>72</sup> Per il progressivo assoggettamento del diritto del lavoro alla nuova «tirannia» dei valori economici, vedi ancora A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 83 ss., e V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza (parte I)*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2014, 355, per cui si è in presenza di «una crisi dello statuto epistemologico del diritto del lavoro». Molto critici sono anche i giudizi di U. ROMAGNOLI, *La transizione infinita verso la flessibilità "buona"*, in *Lav. dir.*, 2013, 155 ss.; ID., *Controcorrente*, in *Lav. dir.*, 2015, 3 ss., e L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. dir.*, 2015, 13 ss.

<sup>73</sup> Almeno a partire dalla legge 196 del 1997, e poi, soprattutto, dal d.lgs. n. 276 del 2003. In quest'ordine di idee, ed anche per il mutamento del contesto di riferimento, cfr. R. ROMEI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 559, nonché R. DEL PUNTA, *Il giudice e i problemi dell'interpretazione: una prospettiva giuslavoristica*, cit., 387, che evidenzia il mutamento di segno della normativa del lavoro dagli anni 90 in poi, «nella misura in cui le istanze sociali sono state costrette a scendere a patti con le esigenze economiche»; ID., *I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 333/2017, 7, secondo cui il *Jobs act* rappresenta «la più recente e radicale tappa» di un «processo fondamentale di trasformazione in atto sin dagli inizi del secolo». Sul sostanziale «continuismo» degli interventi, vedi anche, pur da prospettive opposte, A. VALLEBONA, *La rifondazione del diritto del lavoro italiano: dal conflitto alla partecipazione*, cit., 507, per il quale specie dopo la crisi economica del 2008 sono state approvate in Italia «norme di segno opposto, cioè a favore del datore di lavoro», e L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, cit., 13 ss. Nel senso di una significativa liberalizzazione dei poteri datoriali soprattutto con il *Jobs act*, vedi anche R. DE LUCA TAMAJO, *Jobs act e cultura giuslavoristica*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, 5 ss., il quale imputa a quest'ultimo però la mancanza di «gradualismo riformistico» (8 s.).

<sup>74</sup> Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Jobs act e cultura giuslavoristica*, cit., 6, anche per la citazione tra virgolette nel testo. Sull'evoluzione successiva, vedi anche L. MENGHINI, *Lo Statuto dei lavoratori dall'autunno caldo del 1969 all'inverno gelido del 2010-2011*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., I, 313 ss.

È da condividere quindi l'opinione di chi ritiene più pragmaticamente che il complesso delle norme del cd. *Jobs act* non costituisca altro che «l'adattamento del sistema giuridico lavoristico allo stato di cose presente, al mutamento di *come il lavoro viene organizzato ed erogato*»<sup>75</sup>.

Nel contesto attuale oltretutto, molto più problematico dal punto di vista economico di quello di allora<sup>76</sup>, l'esigenza prioritaria delle imprese italiane impegnate sul mercato globale è divenuta quella di fare fronte alla progressiva perdita di produttività. Per questo, oltre ad avere la necessità pressante di poter dimensionare gli organici in base ai fabbisogni effettivi, esse faticano sempre di più ad assorbire i costi diretti e indiretti posti a loro carico dalla disciplina che garantisce la stabilità del posto di lavoro, oltretutto dall'incertezza del contenzioso<sup>77</sup>.

Ed allo stesso modo è oggi da ritenersi superato, e peraltro già da tempo, anche il contesto sociale dell'epoca, «ad intensa conflittualità politica-ideologica, in cui i poteri si contrappongono e non ancora tendono a bilanciarsi»<sup>78</sup>.

Nella materia dei licenziamenti, e in quelli economici in particolare, l'adeguamento di cui si è detto ha riguardato, «nell'epoca dell'instabilità»<sup>79</sup> e della società postfordista, un diverso modo di tutelare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro.

Per dirla con l'analisi economica del diritto, non più, o non più soltanto, una *property rule* (la tutela reintegratoria), bensì sempre di più, ed a regime pressoché esclusivamente, una *liability rule* (la tutela indennitaria)<sup>80</sup>. Con la conseguenza di aver mantenuto la sanzione più forte

<sup>75</sup> Così B. CARUSO, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, cit., 6, anche per i corsivi nella citazione tra virgolette.

<sup>76</sup> Tra i molti, sul mutato contesto storico e per i nuovi ed epocali problemi che esso pone, vedi la realistica sintesi di A. VALLEBONA, *Crisi economica e diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 2 ss. Vedi anche, in particolare dal lato dell'impresa capitalistica, l'analisi di L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Impresa e diritto del lavoro*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., I, 243 ss.

<sup>77</sup> Cfr. G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 59.

<sup>78</sup> Così L. ZOPPOLI, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, cit., 420. Anche sulle strategie sindacali o movimentiste dell'epoca di antagonismo e conflittualità, comunque antipartecipative, vedi B. CARUSO, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, cit., 8.

<sup>79</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *La stabilità reale nell'epoca dell'instabilità*, cit., 753 ss.

<sup>80</sup> Ormai classico è il riferimento a G. CALABRESI, A. DOUGLAS MELAMED, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard law review*, 1972, 1089 ss. Più in generale, sui principi dell'analisi economica del diritto, vedi R.A. POSNER,

del ripristino del rapporto solo nelle ipotesi (rigidamente tipizzate)<sup>81</sup> di maggior abuso da parte del datore di lavoro dell'istituto del licenziamento (ossia quando siano violati diritti fondamentali del lavoratore)<sup>82</sup>.

Del resto già da tempo la dottrina nettamente prevalente aveva evidenziato la sostanziale ineffettività anche della tutela della reintegrazione al fine di garantire i lavoratori subordinati contro il rischio di perdere l'occupazione<sup>83</sup>.

---

*Economic analysis of law*, The Hague, 2007 (sul quale, vedi P. CHIASSONI, *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, 1992). Per l'applicazione al diritto del lavoro, vedi M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, cit., 113 ss. Per ulteriori riferimenti, e più in generale sui rapporti tra economia e diritto del lavoro, vedi i vari scritti nel corso del tempo di P. ICHINO, e in particolare *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, 165 ss., nonché A. VISCOMI, *Logiche economiche e regole giuridiche: note giuslavoristiche per un confronto interdisciplinare*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, 537 ss., e con particolare con riferimento al licenziamento L. ZOPPOLI, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, cit., 415 ss. Da ultimo, vedi anche F. GANDINI, *Il matrimonio forzato: brevi note su riforma dei licenziamenti ed efficienza della regola giuridica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 399 ss.

<sup>81</sup> Per la tassatività delle ipotesi di reintegrazione, vedi T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 38.

<sup>82</sup> Per un tentativo di interpretazione diretto a (ri)estendere l'ambito di applicazione della tutela reale sul presupposto della identificazione/sovrapposizione tra licenziamento ingiustificato e licenziamento discriminatorio, vedi M.T. CARINCI, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 553 ss. Come ha già evidenziato la dottrina prevalente, però, l'affermata equiparazione tra licenziamento ingiustificato e licenziamento discriminatorio appare essere in contrasto sia con il testo della legge, sia, e ancor di più, con la sua *ratio*. Sui limiti di tale ricostruzione giuridica, vedi le argomentate critiche di R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, cit., 25 ss.; C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. Cester, Padova, 2013, 21 ss.; L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, cit., 240 ss.; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 544 ss.

<sup>83</sup> Tra i molti e più recenti, cfr. M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, cit., 336; L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, cit., 249, che definisce la reintegrazione «un'arma spuntata» per l'assenza di strumenti compulsivi. Ma già sui problemi di ineffettività dell'art 18 della legge n. 300 del 1970, vedi gli atti delle giornate di studio dell'AIDLASS di Torino del 16-17 maggio 1987 su *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, Milano, 1988, e in particolare le relazioni introduttive di M. DELL'OLIO e F. MAZZIOTTI. Tra i processualisti, vedi soprattutto A. PROTO PISANI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 23 ss., pur da sempre convinto sostenitore del primato della tutela in forma specifica su quella risarcitoria e del fatto che la tutela in forma specifica sia particolarmente appropriata nel settore del diritto del lavoro.

Per cui la tutela era reale «nei limiti del possibile»<sup>84</sup> e la stabilità del rapporto solo «immaginaria»<sup>85</sup> o «virtuale»<sup>86</sup>, nel senso che, avendo ad oggetto un *facere* infungibile (implicante la continua ed attiva cooperazione del datore di lavoro), era comunque impossibile procedere all'esecuzione forzata dell'obbligo di reintegra in servizio<sup>87</sup>.

E proprio l'incoercibilità dell'ordine di reintegrazione aveva già indotto il legislatore ad attribuire al lavoratore una tutela alternativa di natura economica, ossia la possibilità di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Cfr. G. PERA, *Commento all'art. 18*, in C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, 196, già all'indomani dell'approvazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970.

<sup>85</sup> Cfr. U. ROMAGNOLI, *La stabilità immaginaria del rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 1550 ss. Anche M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, 2, fu costretto a prendere atto che «la norma non mantiene appieno la promessa» in quanto «l'ordine di reintegrazione resta, nei fatti, frequentemente inascoltato». Sempre in quel periodo, sul fatto che la reintegrazione non fosse in grado di ripristinare la funzionalità del rapporto, vedi pure E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 317 ss.

<sup>86</sup> Intesa come «continuità giuridica del rapporto» e non come «restituzione fisica del posto». Cfr. F. CARINCI, «Provaci ancora, Sam»: *ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, cit., 38, anche per la citazione tra virgolette nel testo. Sull'effetto di ripristino soltanto «giuridico» del rapporto, vedi anche R. DEL PUNTA, *La stabilità reale nell'epoca dell'instabilità*, cit., 756. Per questo la tutela reale prevista dall'art. 18 St. lav. è da considerare una «tutela reale speciale e non di diritto comune». Così A. VALLEBONA, *Licenziamento: mezzo secolo di andirivieni*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 191. Per l'ulteriore definizione della tutela reintegratoria come una sorta di «tutela iper-obbligatoria», vedi sempre F. CARINCI, *Discutendo intorno all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 39.

<sup>87</sup> La giurisprudenza della Suprema Corte è concorde nell'escludere che l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro sia suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica. Cfr., ad esempio, Cass., 18 giugno 2012, n. 9965, in *Not. giur. lav.*, 2012, 628; Cass., 6 maggio 1999, n. 4543, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Impugnazioni civili*, n. 54; Cass., 14 maggio 1998, n. 4881, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 67; Cass., 11 gennaio 1990, n. 46 (in *Giust. civ.*, 1990, 947) e n. 47 (in *Inf. prev.*, 1990, 775), secondo cui la reintegrazione comporta non soltanto la riammissione del lavoratore nell'azienda (e cioè un comportamento riconducibile ad un semplice *pati*) ma anche un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo-funzionale (consistente, fra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione). In dottrina, nello stesso senso, cfr. soprattutto R. SCOGNAMIGLIO, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno*, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 120; M. DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1987, 436 ss. Sul problema della coercibilità/incoercibilità dell'ordine di reintegrazione, vedi anche V. VALENTINI, *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 434 ss.

<sup>88</sup> Cfr. art. 1 della legge n. 108 del 1990. In senso critico e per la prospettata «deriva

In tal modo e conseguentemente, come è stato suggestivamente affermato, la «purezza della reintegrazione era stata contaminata»<sup>89</sup>. E lo stesso legislatore non soltanto aveva certificato l'ineffettività della tutela reale, ma aveva anche finito per confermare indirettamente che «il posto di lavoro ha un prezzo»<sup>90</sup>, negando il valore non monetizzabile (e quindi di tutela della dignità della persona del lavoratore) dell'ordine di reintegrazione rispetto al regime originario<sup>91</sup>.

Si è così infranto dopo interminabili dibattiti, polemiche e contrasti anche «l'ultimo tabù»<sup>92</sup>, un «dogma»<sup>93</sup>, o un vero e proprio «mito»<sup>94</sup>, che pur messo a dura prova dalle esigenze del mercato e dell'economia aveva resistito fino ad ora ad ogni tentativo di riforma<sup>95</sup>.

---

risarcitoria», cfr. L. NOGLER, *La «deriva» risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, n. 29, 63 ss.; ID., *(Ri) scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, in *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, a cura di P. Rescigno e S. Mazzamuto, Torino, 2014, 403.

<sup>89</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *La stabilità reale nell'epoca dell'instabilità*, cit., 755.

<sup>90</sup> Cfr. L. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 1195. Vedi anche V. VALENTINI, *Licenziamento e reintegrazione*, Torino, 2008, 113, per l'affermazione che la disponibilità individuale del posto di lavoro conferma ulteriormente l'inesistenza di un interesse metaindividuale o pubblicistico coinvolto.

<sup>91</sup> Cfr. M. NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 26, 9 ss. Sulla facoltà riconosciuta al lavoratore di monetizzare la tutela reale, vedi anche, tra i molti, L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *Variet. su temi dir. lav.*, 2016, 427, nonché A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., 424, e M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, cit., 336, secondo cui dopo il 1990 la reintegrazione «è diventata la foglia di fico di una totale "monetizzazione" della perdita del lavoro».

<sup>92</sup> Cfr. A. ACCORNERO, *L'ultimo tabù. Lavorare con meno vincoli e più responsabilità*, Bari, 1999. Per T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., 34, il valore dell'intervento del legislatore del 2012 si coglie anzitutto «nel fatto di aver rotto il tabù storico dell'immodificabilità della norma». Sulla rottura del «tabù della reintegrazione», vedi anche E. GHERA, *Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento*, cit., 425 ss.; F. CARINCI, *Licenziamento e tutele differenziate*, cit., 121. Di «totem abbattuto» parla infine M.V. BALLESTRERO, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2016, 796, per cui ora sono rimasti solo «brandelli di reintegrazione».

<sup>93</sup> Cfr. C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 31.

<sup>94</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *La stabilità reale nell'epoca dell'instabilità*, cit., 755.

<sup>95</sup> Sulla alternativa reintegrazione/risarcimento e sugli ambiti applicativi della tutela reale e di quella obbligatoria se ne discuteva già da moltissimi anni, anche e soprattutto in una prospettiva di riforma. In proposito, vedi in tempi diversi e tra i molti (e con opinioni diverse) F. CARINCI, *«Provaci ancora, Sam»: ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, cit., 3 ss.,

E con esso si è superata la difesa ad oltranza ed incondizionata del posto di lavoro esistente<sup>96</sup> che la nostra legislazione del lavoro, anche nella gestione delle procedure di riduzione di personale, ha perseguito a lungo come obiettivo primario<sup>97</sup>.

Non soltanto, peraltro, con l'istituto della reintegrazione nel posto di lavoro, ma ancor prima, e soprattutto, con il pragmatico e diffuso utilizzo dello strumento delle integrazioni salariali ordinarie, straordinarie e (da ultimo anche) in deroga<sup>98</sup>.

Con cui spesso negli anni passati, seppure con l'apprezzabile obiettivo di contenere la perdita dei posti di lavoro e così evitare (o comunque ritardare) le tensioni sociali connesse ai licenziamenti collettivi, si è consentita la prosecuzione formale, ed anche per lungo tempo, di rapporti di lavoro improduttivi e già economicamente estinti, scaricando però i relativi costi (almeno in parte) sulla fiscalità generale, e quindi su tutti i cittadini<sup>99</sup>.

---

secondo cui l'art. 18 St. lav. costituiva una misura estremamente opportuna per gli anni in cui venne alla luce, ma oramai da considerarsi «largamente obsoleta» (54); ID., *Discutendo intorno all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 35 ss.; M. GRANDI, *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 3 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del licenziamento individuale tra conservazione "miope" e tentativi di riforma*, in *Dir. lav. merc.*, 2000, 513 ss.; F. LISO, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 169; L. MENGHINI, *Una via d'uscita nel dibattito sul licenziamento?*, in *Lav. giur.*, 2002, 620 ss.; O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in *Lav. dir.*, 2007, 537 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in *Lav. dir.*, 2007, 389 ss. Per l'eccesso di ideologia nel dibattito giuslavoristico italiano che nei decenni passati aveva contribuito ad impedire la riforma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, vedi sempre tra i molti M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, cit., 337; C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, cit., 2; V. VALENTINI, *Licenziamento e reintegrazione*, cit., spec. 1 ss.

<sup>96</sup> Ossia del «singolo e concreto posto di lavoro, in un determinato contesto fisico, produttivo e geografico (la difesa del posto prima ancora del lavoro)». Così B. CARUSO, *Riflessioni retrospettive sul giustificato motivo oggettivo (a prescindere dal Jobs Act): la fattispecie*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 323/2017, 2-3.

<sup>97</sup> Per alcuni la reintegrazione avrebbe realizzato più che l'interesse del singolo lavoratore al posto di lavoro, soprattutto l'interesse dell'ordinamento a garantire il livello occupazionale raggiunto prima dell'estromissione illegittima dall'organizzazione di lavoro. In tal senso, cfr. E. ALES, *La reintegrazione trent'anni dopo: un nuovo caso di "archeologia giuridica"?*, in *Dir. lav.*, 2000, 20 ss.

<sup>98</sup> Per la teorizzazione di un utilizzo sistematico di tale strumento, vedi P. ALLEVA, *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economiche-produttive*, cit., spec. 84 ss., per il quale il ricorso ad esso prima del licenziamento si dovrebbe rendere obbligatorio.

<sup>99</sup> Si arrivò, in alcuni casi, persino alla sospensione dei licenziamenti per riduzione di personale. Cfr. l'art. 25, comma 8, della legge 675 del 1977. In generale con tale legge,

Specie in alcuni settori produttivi, combinando in sequenza integrazioni salariali (ordinarie, straordinarie e in deroga), indennità di mobilità (o comunque di disoccupazione) e prepensionamenti (o pensionamenti anticipati), l'obiettivo del legislatore (neppure troppo nascosto) era spesso quello di «traghetare» il lavoratore prima sospeso e poi licenziato per riduzione di personale dal posto di lavoro perso direttamente alla pensione, anziché ad un nuovo posto di lavoro<sup>100</sup>.

Si è così inteso superare (anche dal punto di vista culturale)<sup>101</sup> un modello legislativo di protezione non più sostenibile che finiva per far coincidere la tutela dei lavoratori quasi soltanto con la conservazione

---

sempre utilizzando il trattamento di integrazione salariale straordinaria, si intese far fronte alle conseguenze occupazionali delle imponenti trasformazioni industriali degli anni 70 mediante un sistema articolato di trasferimenti collettivi di dipendenti da aziende in esubero ad altre aziende di settori in espansione (cd. «mobilità interaziendale»). In dottrina, si parlò di «licenziamenti impossibili» per descrivere questa politica della stabilità dei rapporti di lavoro spinta all'eccesso. Cfr. L. MARIUCCI, *I licenziamenti «impossibili»: crisi aziendali e mobilità del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1360 ss. In proposito, vedi anche M. MAGNANI, *La mobilità interaziendale. Profili giuridici*, Milano, 1984, spec. 160 ss., nonché A. CESSARI, *Dai licenziamenti ai trasferimenti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, 11 ss.

<sup>100</sup> Sull'intento del legislatore in molti casi di assecondare «un passaggio morbido dall'attività lavorativa alla fase di pensionamento», vedi G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 549. Nello stesso senso, vedi anche P. ALLEVA, *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economiche-produttive*, cit., spec. 78 ss., e R. DEL PUNTA, *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, in *Lav. dir.*, 1999, 404, per l'intento del legislatore di realizzare «una completa congiunzione fra mercato del lavoro e sistema previdenziale». In senso critico, sulla prassi tutta italiana che per molti anni aveva consentito diffusamente alle aziende private «di scongiurare le crisi aziendali e risolvere la questione del ricambio generazionale scaricando sul bilancio dello Stato i costi economici e sociali dei lavoratori più anziani», vedi M. MARTONE, *Il diritto del lavoro alla prova del ricambio generazionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 5-6, anche per la considerazione di come tale prassi abbia concorso «in maniera determinante alla formazione del terzo debito pubblico del mondo» e alla quale «si è dovuto porre fine proprio nel momento di massima necessità, quando è arrivata la crisi economica e finanziaria del 2009». In proposito, vedi anche P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 527 ss.

<sup>101</sup> Da ultimo, per tale svolta culturale, vedi L. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 729 ss. E sempre dal punto di vista culturale, non è estraneo alle riforme attuate in questi anni neppure il dato di comune esperienza «per cui nessun datore di lavoro, tanto meno le aziende di una certa dimensione, si priva per arbitrio o capriccio di un buon lavoratore». Per la rilevanza di tale dato spesso trascurato, vedi A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro ed i necessari rimedi*, cit., 900, anche per la citazione tra virgolette che precede.

dell'assetto preesistente a prescindere dalla sua efficienza<sup>102</sup>. Un modello, cioè, diretto a salvaguardare essenzialmente l'occupazione già esistente a discapito di nuove occasioni di lavoro favorite dal dinamismo delle imprese e da una maggiore mobilità del mercato del lavoro<sup>103</sup>.

Spesso, infatti, difendere il singolo posto di lavoro non equivale, o comunque non equivale sempre, a difendere e incrementare l'occupazione complessiva<sup>104</sup>, ossia l'obiettivo generale e finale che il legislatore ha il dovere di perseguire.

Ed è proprio su questo obiettivo che nel diritto del lavoro «postmoderno»<sup>105</sup> sembra realizzarsi sempre di più l'equilibrio tra impresa e lavoro, ossia tra tutela del lavoratore e libertà del datore di lavoro. Come ha già evidenziato la dottrina più attenta, mentre in passato il diritto del rapporto individuale di lavoro «è stato costruito a misura micro, come una dote garantista a capo di ciascun singolo lavoratore», oggi si deve prendere atto che esso è invece «costretto ad aprirsi in una dimensione macro, come una potenzialità occupazionale aperta ai più»<sup>106</sup>.

Quindi, per tornare alle modifiche legislative alla disciplina dei licenziamenti collettivi, si tratta di due interventi che, pur con qualche rilevante differenza, si pongono sostanzialmente nella stessa logica ed esprimono affinità di contenuti, con una scelta di fondo chiara e ben individuata.

Più che intervenire sulla complessità della procedura (se non per alcuni aspetti) e sulla incerta disciplina dei criteri di scelta (ove non v'è alcun intervento), il legislatore ha ritenuto di dover intervenire quasi esclusivamente sulle conseguenze del licenziamento collettivo illegittimo sostituendo nella maggior parte dei casi la tutela indennitaria alla tutela reale<sup>107</sup>.

Il che vuol dire che la procedura sindacale è stata semplificata soltanto

<sup>102</sup> Su come la regola della reintegra abbia contribuito a determinare nell'ultimo quarantennio anche «l'articolarsi del sistema produttivo, la sua localizzazione e delocalizzazione, la proliferazione del modello del gruppo societario», vedi R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, cit., 8-9.

<sup>103</sup> Cfr. E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 19.

<sup>104</sup> Cfr. C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, cit., 21-22. Cfr. anche G. SUPPIEJ, *Premessa*, cit., XVIII, per cui la stabilità dell'occupazione garantita ad una parte dei lavoratori può tradursi invece «per altri in un fattore di disoccupazione».

<sup>105</sup> Cfr. M. BROLLO, *Il diritto del mercato del lavoro postmoderno*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 856 ss., seppure riferita al più specifico diritto del mercato del lavoro.

<sup>106</sup> Così F. CARINCI, *A proposito del Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1116.

<sup>107</sup> Cfr., *infra*, cap. IV.

in parte e, nel suo complesso, continua a restare estremamente complicata<sup>108</sup> e, soprattutto, sono rimaste del tutto inalterate le difficoltà per il datore di lavoro legate all'individuazione prima, e alla concreta applicazione poi, dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare<sup>109</sup>.

Anche dopo i recenti interventi di riforma, quindi, resta estremamente difficile per qualsiasi datore di lavoro procedere a licenziamenti collettivi nel pieno rispetto della legge; e tali difficoltà continuano ad aumentare esponenzialmente, come prima delle riforme, allorquando la procedura non si concluda con un accordo sindacale.

Quello che cambia effettivamente è la convenienza dell'impugnazione del licenziamento. Su di essa, infatti, potrebbero incidere in misura rilevante i diversi effetti che derivano da quell'impugnazione nel caso in cui all'esito del giudizio il licenziamento sia dichiarato illegittimo<sup>110</sup>.

In realtà, quindi, la strada scelta dal legislatore non è stata quella di ridurre il numero dei licenziamenti collettivi potenzialmente illegittimi semplificando e, soprattutto, rendendo più certe per il datore di lavoro le regole da applicare nel corso della procedura sindacale ed all'esito della stessa quando si tratta di individuare i lavoratori da licenziare.

Ma è stata soprattutto quella di ottenere gli obiettivi più o meno esplicitamente perseguiti (ridurre il contenzioso e riequilibrare diversamente i rapporti tra l'esigenze dell'impresa e gli interessi dei lavoratori) escludendo che la conseguenza dell'accertamento dell'illegittimità del licenziamento fosse sempre la reintegrazione nel posto di lavoro. Ed anzi, con il d.lgs. n. 23 del 2015 e quindi con la disciplina destinata ad applicarsi a regime, ponendo come regola pressoché unica la tutela esclusivamente indennitaria.

#### *4. Obiettivi perseguiti, strumenti utilizzati e contesto di riferimento*

Dunque, nell'ambito di una strategia complessiva diretta a rendere più flessibile la disciplina del rapporto di lavoro al fine di incrementare la competitività delle imprese (e con essa la capacità di occupazione) sui mercati internazionali (ma anche su quello interno all'Unione europea), anche nei licenziamenti collettivi, come del resto in quelli individuali, il legislatore italiano (seguendo l'esempio di altri Paesi europei) è intervenuto innanzitutto

---

<sup>108</sup> Cfr., *infra*, cap. II, par. n. 7 ss.

<sup>109</sup> Cfr., *infra*, cap. III.

<sup>110</sup> Cfr., *infra*, cap. IV, par. n. 7.

con l'obiettivo di ridurre, e rendere più certi e predeterminabili<sup>111</sup>, per il datore di lavoro i costi del licenziamento.

In generale nella materia dei licenziamenti, economici e non, si è preso atto, o comunque ritenuto, che per le imprese (ossia per chi ha il potere effettivo di creare e mantenere posti di lavoro) l'applicazione della tutela reale in ogni ipotesi di licenziamento illegittimo fosse un fattore di eccessiva rigidità in grado di incidere negativamente anche sulla stessa occupazione, oltreché sui livelli di produttività<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> Anche in parte sottraendo la materia dei licenziamenti economici al sindacato del giudice (soprattutto con il d.lgs. n. 23 del 2015). Per i condizionamenti della teoria economica degli inadempimenti efficienti (cd. *efficient breach*) sulle riforme legislative introdotte dalla legge n. 92 del 2012 ma, soprattutto, dal d.lgs. n. 23 del 2015, vedi F. GANDINI, *Il matrimonio forzato: brevi note su riforma dei licenziamenti ed efficienza della regola giuridica*, cit., 399 ss., spec. 407 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici essenziali. In senso fortemente critico sulle ultime riforme, e più in generale sul recente sviluppo del diritto del lavoro, vedi in particolare i già richiamati A. PERULLI, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, cit., 253 ss.; V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, cit., 2 ss. Vedi anche, *retro*, par. n. 3, nt. 70.

<sup>112</sup> Anche in relazione agli effetti che una tutela molto forte come quella della reintegra può produrre sull'utilizzo talvolta abusato di alcuni istituti di protezione del rapporto di lavoro, come ad esempio assenze per malattia e permessi per motivi familiari. Sulla necessità di indagare anche tali aspetti spesso ignorati sia dalle analisi economiche che da quelle giuridiche, vedi R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, cit., 13. Su come poi l'indissolubilità del vincolo contrattuale a volte si sia trasformata «in uno scudo protettivo addirittura per chi presta il lavoro con modalità ed in misure ben lontane dallo *standard* dovuto per il corretto adempimento contrattuale», vedi A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., 417. Secondo A. TURSÌ, *Dalla riforma dell'art. 18 al jobs act. Riproposizione e ricomposizione della frattura tra il legislatore e i suoi interpreti?*, in *Jobs act. Il contratto a tutele crescenti*, cit., XXV ss., quella sull'incremento della produttività delle imprese a seguito e per effetto dell'attribuzione al datore di più intensi poteri di governo del rapporto di lavoro è la vera «scommessa implicita» del *Jobs act*. Ipotizza che un incremento della flessibilità in uscita possa produrre conseguenze positive sulla qualità e produttività del lavoro e sul rendimento dei lavoratori anche R. DE LUCA TAMAJO, *Le prospettive della ricerca e nuove frontiere*, in *Diritto del lavoro e mercato. L'impatto delle riforme del lavoro nell'analisi giuridica dei dati sull'occupazione*, curato da M. Brollo e M. Marazza, in *Quad. arg. dir. lav.*, Milano, 13/2015, 81. Viceversa, sull'indebolimento (soprattutto dopo il *Jobs act*) dell'effetto di «deterrenza» della reintegrazione che rende possibile al lavoratore esercitare i suoi diritti essenziali anche durante il rapporto senza timore di perdere il posto di lavoro, vedi in particolare V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., 320; P. ALLEVA, *La recente evoluzione normativa del mercato del lavoro e della sicurezza sociale*, in *Scritti in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari, 2015, I, 35; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed*

Per questo anche nei licenziamenti collettivi, come in quelli individuali, il forte ridimensionamento della tutela reale e la correlativa espansione della tutela obbligatoria<sup>113</sup> sono stati giustificati, nell'attuale quadro economico, sociale e giuridico<sup>114</sup>, sia con l'esigenza di distribuire le tutele in modo più equo tra occupati e non occupati (riducendo il dualismo tra le categorie dei cd. *insiders* e *outsiders*)<sup>115</sup>, sia con l'esigenza di migliorare la qualità dell'occupazione incentivando la costituzione di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato (resi stabilmente più attrattivi per le imprese)<sup>116</sup>, sia con l'esigenza di favorire la crescita delle imprese, nonché di incrementare capitali ed investimenti stranieri, sia, infine, con l'esigenza di rafforzare le opportunità di ingresso nel mercato del lavoro per coloro che sono in cerca di occupazione<sup>117</sup>.

---

*effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, n. 252/2015, spec. 3 ss.; nonché M.T. CARINCI, *All'insegna della flessibilità*, in Jobs act. *Il contratto a tutele crescenti*, cit., XV, anche per giustificare il recupero di tutele attraverso le figure del licenziamento discriminatorio e per ritorsione.

<sup>113</sup> In tal senso, vedi, da ultimo, Corte cost., 27 gennaio 2017, n. 26.

<sup>114</sup> Ossia in un contesto di cui bisogna prendere atto caratterizzato oramai da anni da scarsa crescita economica, ridotti tassi di occupazione ed elevata disoccupazione, in cui le imprese sono sempre più insidiate dalla concorrenza nell'economia globalizzata e il legislatore italiano è sempre più condizionato dai vincoli finanziari e giuridici derivanti dall'appartenza all'Unione europea. Sul mutato contesto di riferimento, vedi, nella prospettiva del giurista, G. PROIA, *Manuale del nuovo corso del diritto del lavoro*, Padova, 2013, spec. 1 ss., ed anche B. CARUSO, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs act*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 255 ss.

<sup>115</sup> Sulla distinzione e contrapposizione tra *insiders* e *outsiders*, ossia tra lavoratori protetti e lavoratori esclusi da ogni protezione o comunque protetti inadeguatamente, vedi già P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiore*, Milano, 1996, spec. 105 ss., e ora per gli sviluppi ID., *Il lavoro ritrovato. Come la riforma sta abbattendo il muro tra garantiti, precari ed esclusi*, Milano, 2015. Per l'emergere ed il consolidarsi di un mercato del lavoro duale a compartimenti stagni per gli *insiders* e gli *outsiders*, vedi anche F. CARINCI, «*Provaci ancora, Sam*»: *ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, cit., 10 ss. Su ulteriori dicotomie e contrapposizioni ormai croniche del mercato del lavoro italiano, come quelle di genere (uomini e donne), tra generazioni (anziani e giovani), per dimensioni (piccole e grandi imprese), e territoriali (centro-nord e sud del Paese), vedi M. BROLLO, *Il diritto del mercato del lavoro postmoderno*, cit., spec. 865. Per una critica al modello di sviluppo che ha caratterizzato il diritto del lavoro italiano definito «diseguale ed incapace di distribuire razionalmente le risorse e le tutele disponibili», vedi infine G. PROIA, *Diritto del lavoro e mercato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 1036 ss.

<sup>116</sup> Per questa esigenza e finalità, vedi A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., 416; R. ROMEI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, cit., 558 ss.

<sup>117</sup> Cfr. art. 1, comma 7, della legge delega n. 183 del 2014. Cfr. anche art. 1, comma

E ciò nella convinzione, non confermata da evidenze statistiche certe ma probabilmente con qualche fondamento<sup>118</sup>, che una maggiore flessibilità in uscita del rapporto di lavoro determini per coloro che sono in cerca di occupazione quantomeno un aumento delle possibilità di essere assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato<sup>119</sup>.

L'esperienza del nostro mercato del lavoro ha dimostrato, infatti, che se il datore di lavoro per esigenze di produzione ha necessità di incrementare i livelli del proprio organico, l'eccessiva rigidità del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (ed *in primis* della disciplina del licenziamento e delle sue conseguenze se illegittimo) se non ha escluso il più delle volte l'instaurazione del rapporto (e quindi l'aumento dell'occupazione), lo ha spinto però spesso a prediligere almeno all'inizio forme di collaborazione più flessibili (o «precarie»), anche di natura autonoma<sup>120</sup>.

---

1, della legge n. 92 del 2012. Sull'attribuzione di maggiori poteri all'impresa per favorire una maggiore occupazione, vedi anche G. SANTORO-PASSARELLI, *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 60.

<sup>118</sup> Anche soltanto intuitivo, semplicemente tenendo conto del buon senso e dell'esperienza pratica. Per condivisibili osservazioni sul punto, vedi R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, cit., 13, nonché M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, cit., 338, anche per la critica a quanti obiettano la mancanza di riscontri empirici. Tra questi, vedi, ad esempio, A. PERULLI, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit., 259; V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, cit., 57 ss.; L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *Lav. dir.*, 2016, 614; L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, cit., 226-227.

<sup>119</sup> Per l'influsso dell'analisi economica del diritto sulle ultime riforme legislative in materia di licenziamenti, vedi F. GANDINI, *Il matrimonio forzato: brevi note su riforma dei licenziamenti ed efficienza della regola giuridica*, cit., 399 ss.; P. ICHINO, *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, relazione al Corso sulla riforma del mercato del lavoro del 2014-2015 presso la Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 26 ottobre 2016, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), 1 ss. Per la forte critica alla subordinazione del diritto del lavoro all'economia, e in particolare alle prescrizioni imposte dall'analisi economica del diritto, vedi i già più volte richiamati V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, cit., 2 ss., spec. 34 ss. e 50 ss.; ID., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., p. 531 ss.; A. PERULLI, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit., 253 ss.; L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, cit., spec. 593 ss. Tra gli economisti, per visioni opposte sulle riforme del *Jobs act* in materia di licenziamenti e sugli effetti che esse produrranno nel sistema produttivo, vedi M. LEONARDI, *Linee generali e problemi aperti del jobs act*, cit., 261 ss. e L. SACCONI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti nel jobs act: (non)equità e (in)efficienza dell'impresa*, in *Jobs act. Il contratto a tutele crescenti*, cit., 279 ss.

<sup>120</sup> Sul ricorso a contratti di lavoro autonomo che mascherano lavoro subordinato incentivato anche dal mantenimento del regime di tutela reale, vedi R. ROMEI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, cit., 558, il quale aggiunge come non

Mentre anche lo stesso legislatore è consapevole – come, peraltro, è opinione generalmente condivisa – che senza una effettiva ripresa della produzione, e quindi dell'economia più in generale, non è possibile produrre significativi e stabili incrementi dell'occupazione<sup>121</sup>, neppure utilizzando lo strumento ben più incisivo della forte incentivazione economica (attraverso la decontribuzione) alla stipula del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato<sup>122</sup>.

sia certo un caso che «il nostro Paese vanti una percentuale di lavoratori autonomi ben al di sopra della media europea». Sui rapporti tra reintegrazione, flessibilità e occupazione, vedi anche le considerazioni di L. ZOPPOLI, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, cit., 424 ss., il quale tra gli effetti di un regime sanzionatorio forte contro i licenziamenti pone soprattutto l'eccessiva rigidità salariale.

<sup>121</sup> Cfr., ad esempio tra i giuristi, F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, 465; G. PROIA, *I "cortocircuiti" tra flessibilità e rigidità nei modelli contrattuali di accesso al lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, 783; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., 416, per la condivisa affermazione che le norme, anche quelle che hanno ad oggetto il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, «ben poco possono fare per la crescita dell'occupazione, cioè per favorire l'incremento dei posti di lavoro». Anche se è pure da considerare che «laddove i mercati del lavoro sono governati da regole più efficienti si sono registrati effetti occupazionali della crisi meno drammatici»: così B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano, in Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, a cura di B. Caruso e G. Fontana, Bologna, 2015, 84. Nello stesso senso, vedi anche R. PESSI, *Il mercato del lavoro: profili economici e normativi. Le prospettive di sviluppo*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, 824 ss., secondo cui il diritto del lavoro «può consolidare l'occupazione esistente, difenderla dalle crisi, stabilizzare la precarietà; ma non può garantire la crescita, necessariamente indotta da variabili economiche che sono al di fuori della sua area di intervento». Sui rapporti tra regole giuridiche e creazione dell'occupazione, vedi anche M. MOCELLA, *Rigidità del mercato del lavoro e disoccupazione: un'analisi comparativa*, in *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, cit., 345 ss. In particolare, sul rapporto tra il diritto del lavoro e i dati sull'andamento del mercato del lavoro, vedi infine il volume curato da M. BROLLO e M. MARAZZA, *Diritto del lavoro e mercato. L'impatto delle riforme del lavoro nell'analisi giuridica dei dati sull'occupazione*, cit., con contributi di economisti e giuslavoristi.

<sup>122</sup> In ogni caso, anch'essa in progressiva riduzione dal 2015. Cfr., con riferimento alle assunzioni effettuate nel 2015, l'art. 1, commi 118 e ss., legge n. 190 del 2014; con riferimento alle assunzioni effettuate nel 2016, l'art. 1, comma 178, legge n. 208 del 2015; infine, con riferimento alle assunzioni effettuate nel 2017 (e anche nel 2018), gli artt. 1, commi 308 e 309, e 5, legge n. 232 del 2016, nonché i decreti direttoriali del Ministero del lavoro del 16 novembre 2016 e del 2 dicembre 2016 (in questo caso, gli sgravi contributivi sono stati circoscritti a determinate zone territoriali e a determinate categorie di lavoratori, ossia essenzialmente le regioni del sud, i lavoratori più giovani, le donne, i lavoratori over 50 e altre categorie di lavoratori svantaggiati). Per un primo bilancio sul funzionamento di tali incentivi, vedi T. TREU, *Prime considerazioni sulla riforma del lavoro*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2017, 335 ss. In generale, scettico sulla stabilità dei posti di lavoro

Del resto, si deve prendere atto che nel nostro ordinamento giuridico come in quelli di tutti i Paesi più evoluti dell'Unione europea, per effetto innanzitutto della globalizzazione economica e quindi di un mercato ormai unico e altamente competitivo<sup>123</sup>, sempre di più il diritto del lavoro, oltre a contemperare le esigenze dell'impresa con le finalità di tutela della persona che lavora, deve tener conto anche del superiore interesse pubblico generale costituito dalla necessità di salvaguardare e incrementare l'occupazione, e di sostenere l'intero sistema produttivo e l'economia nazionale<sup>124</sup>.

In questo contesto di cambiamenti epocali, in cui assume un rilievo determinante anche la stessa appartenenza dell'Italia all'Unione europea per i condizionamenti (in termini di riduzione della sovranità monetaria, finanziaria, economica e giuridica) che essa pone al nostro legislatore<sup>125</sup>, anche la tutela del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro inevitabilmente si trasforma.

Non tanto, o meglio non più soltanto<sup>126</sup>, sul piano contrattuale, come

---

creati grazie agli incentivi, vedi G. PROIA, *Diritto del lavoro e mercato*, cit., 1047.

<sup>123</sup> Per gli effetti della globalizzazione sulle imprese del mondo occidentale, e più in generale sul diritto del lavoro dei Paesi più evoluti, vedi l'approfondita analisi di V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, cit., 20 ss. Vedi anche, sempre dal punto di vista del giurista, A. PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in *Lav. dir.*, 2011, 13 ss., e con specifico riferimento all'ordinamento internazionale e dell'Unione europea, D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 509 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Globalizzazione e diritto del lavoro: brevi spunti di riflessione*, in *Dir. merc. Lav.*, 2010, 27 ss.

<sup>124</sup> Nel contesto di un'analisi più generale, cfr. G. PROIA, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2016, spec. 7 ss.

<sup>125</sup> Sui vincoli europei vedi, recentemente e da tre prospettive diverse, P. CHIECO, *"Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, A. PIZZO FERRATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, e E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, tutti e tre in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, rispettivamente 359 ss., 411 ss. e 455 ss.

<sup>126</sup> A fronte della revisione di alcune tutele più tradizionali nel rapporto di lavoro, è da registrare, infatti, la sempre maggiore attenzione riservata dal legislatore, anche per effetto della necessità di adeguamento alla disciplina dell'Unione europea, ai diritti fondamentali della persona del lavoratore che hanno ad oggetto la salute, la sicurezza, l'eguaglianza e la non discriminazione sul lavoro. In particolare, sul processo di espansione e rafforzamento del diritto antidiscriminatorio nel rapporto di lavoro, vedi M. BARBERA, *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello statuto e ai tempi nostri*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 723 ss.; A. OCCHINO, *La questione dell'eguaglianza nel diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 95 ss.; i volumi curati da L. CALAFÀ e D. GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 2009, e da M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007; nonché le monografie di A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, Padova, 2010; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di*

è stato finora. Ma anche, ora e sempre di più, al di fuori del rapporto di lavoro, e quindi oltre il contratto di lavoro, come necessario bilanciamento della maggiore flessibilità (soprattutto in uscita) nel rapporto di lavoro.

Dunque l'evoluzione in atto, sia pure ancora agli inizi, è quella nota tendente ad abbandonare l'idea della *job property*, ossia di una proprietà individuale del posto di lavoro<sup>127</sup>, sostituendo la conseguente perdita di sicurezza da parte del lavoratore con un nuovo e diverso modello di protezione riconducibile (o comunque ispirato) all'idea europea di *flexicurity*<sup>128</sup>.

Come accennato, un modello non ancora compiuto che modifica la stessa nozione di stabilità dell'occupazione<sup>129</sup> con una compensazione tra tutele

---

*lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001, e di M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991.

<sup>127</sup> Ma sui primi segnali della crisi del modello fondato sulla «proprietà del posto di lavoro», vedi già molti anni fa G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni 80*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, 403.

<sup>128</sup> Cfr., in particolare, i libri verdi della Commissione europea *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo* del 22 novembre 2006, e *Partnership per una nuova organizzazione del lavoro* del 18 aprile 1997; la comunicazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo *Verso principi comuni di flessicurezza: posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza* del 27 giugno 2007; la risoluzione del Parlamento europeo sui *Principi comuni di flessicurezza* del 29 novembre 2007; le conclusioni del Consiglio dell'Unione europea *Principi comuni di flessicurezza* del 5-6 dicembre 2007. In tutti questi documenti le istituzioni europee ritengono il modello di *flexicurity* quello più idoneo a contemperare le esigenze di flessibilità dell'impresa con le esigenze di sicurezza e continuità di reddito dei lavoratori. Sull'applicazione di tale modello nei diversi Paesi europei, vedi, sistematicamente ed anche per le necessarie «correzioni di rotta», T. TREU, *Flexicurity e oltre*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT*, n. 135/2017, 1 ss., nonché ID., *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 597 ss., ai quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. In precedenza, vedi anche F. CARINCI, «Provaci ancora, Sam»: ripartendo dall'art. 18 dello Statuto, cit., spec. 17 ss. In una prospettiva critica, vedi A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 247 ss.; D. GOTTARDI, *Riforme strutturali e prospettiva europea di Flexicurity: andata e ritorno*, in *Lav. dir.*, 2015, 239 ss. Dal punto di vista dell'economista, vedi infine C. DELL'ARINGA, *La «flexicurity» in Italia: problemi e opportunità*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., I, 145 ss.

<sup>129</sup> Sul mutamento del concetto di «stabilità», vedi F. CARINCI, *A proposito del Jobs Act*, cit., spec. 1110. Per la critica all'idea che la «stabilità» sia un dato immanente del nostro sistema giuridico e quindi immodificabile da parte del legislatore, vedi tra i più recenti S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit., 9 ss. Sulla necessità che la tutela della stabilità assuma oggi connotati diversi da quelli di 50 anni fa concorda anche L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, cit., 431. Per la ricostruzione del dibattito, vedi infine P. ALBI, *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Milano, 2013, spec. 161 ss., e, anche in una prospettiva

ridotte all'interno del rapporto di lavoro e tutele incrementate all'esterno del rapporto di lavoro<sup>130</sup>.

Per il lavoratore un modello innovativo ma che presenta indubbiamente più elevati margini di rischio ed imprevedibilità perché, specie in un periodo in cui le risorse pubbliche disponibili sono limitate, è senz'altro più difficile affidare la sicurezza del lavoratore alle politiche attive del lavoro anziché alla tutela del posto di lavoro (soprattutto nei territori dove il sistema economico e le stesse politiche attive sono più deboli e malfunzionanti, e quindi le reali possibilità di (re)impiego sono minori)<sup>131</sup>.

Oltre al ridimensionamento della reintegrazione e quindi ad una disciplina meno restrittiva delle conseguenze del licenziamento illegittimo, sono espressione di questa stessa evoluzione anche i più rigorosi limiti posti all'utilizzo delle integrazioni salariali per gestire crisi occupazionali<sup>132</sup>. Le integrazioni salariali, infatti, sono uno strumento prezioso per gestire crisi aziendali, ma soltanto in prospettiva di un loro superamento, mentre in passato, come si è già ricordato, esse sono state utilizzate in modo non sempre conforme alla loro reale funzione<sup>133</sup>.

Negli anni prossimi, quindi, sarà ancor più fondamentale rendere effettivi gli strumenti appositamente predisposti dal legislatore per realizzare un efficiente sistema di sicurezza sul mercato del lavoro. Strumenti che

---

storica, L. GAETA, *La dialettica stabilità-precarietà*, in *Diritto del lavoro in trasformazione*, a cura di L. Corazza e R. Romei, Bologna, 2014, 139 ss.

<sup>130</sup> Sullo spostamento del baricentro della tutela contro il licenziamento illegittimo dall'interno all'esterno del rapporto di lavoro, cfr. R. ROMEI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, cit., 561, ed anche L. GAETA, *La dialettica stabilità-precarietà*, cit., 156.

<sup>131</sup> In proposito, cfr. M. RICCI, *I servizi per l'impiego dopo le modifiche legislative tra luci e ombre*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 330, secondo cui il concetto di *flexicurity* «al Sud può rappresentare un'arma a doppio taglio, in quanto ridurre le tutele attinenti al rapporto in mancanza di efficaci tutele nel mercato rischia di produrre solamente una forte deregolazione dei rapporti di lavoro». In senso molto critico sul nuovo assetto di tutele, vedi anche P. ALLEVA, *La recente evoluzione normativa del mercato del lavoro e della sicurezza sociale*, cit., 35 ss.

<sup>132</sup> Anche con riferimento ad importi e durata. Cfr. artt. 1-25, d.lgs. n. 148 del 2015. Su cui vedi *La riforma della cassa integrazione guadagni nel Jobs Act 2*, a cura di E. Balletti e D. Garofalo, *Scritti dedicati a Michele Miscione*, Bari, 2016, ed anche A. OCCHINO, *Il sostegno al reddito dei lavoratori in costanza di rapporto tra intervento pubblico e bilateralità*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, 499 ss.

<sup>133</sup> Tra i molti, ricordano l'utilizzo spesso distorto della cassa integrazione guadagni straordinaria negli anni passati, U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 11, e F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, cit., spec. 8 ss.

mirano non soltanto a sostenere il reddito nel caso di perdita del lavoro (ammortizzando le conseguenze sociali di licenziamenti non evitabili)<sup>134</sup>, ma che soprattutto sono diretti, o dovrebbero essere diretti, ad assicurare a quel lavoratore un adeguato supporto nella ricerca più rapida possibile di una nuova occupazione<sup>135</sup>.

E ciò nell'ambito di un sistema di tutele sociali sempre più integrato e plurale nel quale interventi e soggetti pubblici coesistono e interagiscono con interventi e soggetti privati secondo una linea di sviluppo del *welfare* già da tempo in atto in tutte le economie occidentali<sup>136</sup>.

<sup>134</sup> Cfr., in particolare, le discipline che riguardano l'assicurazione sociale per l'impiego e la nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego (cfr. art. 2, legge n. 92 del 2012 e artt. 1-14, d.lgs. n. 22 del 2015), l'assegno di disoccupazione (cfr. art. 16, d.lgs. n. 22 del 2015), l'incentivo all'esodo dei lavoratori più anziani (cfr. art. 4, commi 1-7, legge n. 92 del 2012) e i fondi di solidarietà (cfr. artt. 26-40, d.lgs. n. 148 del 2015). Su tali strumenti nel loro complesso, vedi soprattutto M. CINELLI, *Jobs act e dintorni. Appunti sulle metamorfosi in progress nel sistema delle tutele sociali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 285 ss.; R. PESSI, *Jobs act e welfare*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 538 ss.; M. D'ONGHIA, *I trattamenti di disoccupazione dopo il d.lgs. n. 22 del 2015. Continuità e (poche) innovazioni*, in *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, cit., 373 ss.; S. RENGA, *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, in *Lav. dir.*, 2015, 77 ss.; P. BOZZAO, *Gli ammortizzatori sociali nel sistema del Jobs Act: una visione d'insieme*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, 519 ss.

<sup>135</sup> Cfr., in particolare, le discipline che riguardano la rete nazionale dei servizi per le politiche del lavoro, di cui fa parte anche la neocostituita agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL) che ha il ruolo di coordinamento della rete (cfr. artt. 1-17, d.lgs. n. 150 del 2015), e l'assegno di ricollocazione (cfr. artt. 23-24, d.lgs. n. 150 del 2015). Per la visione generale ed anche i dettagli, vedi *Il diritto dell'occupazione dopo il Jobs act*, a cura di G. Santoro-Passarelli, Torino, 2016, ed ivi in particolare il saggio di M. DEL CONTE, *Il Jobs act e la rete dei servizi per l'impiego*, 1 ss.; *Organizzazione e disciplina nel mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, a cura di E. Ghera e D. Garofalo, Bari, 2016; L. VALENTE, *La riforma dei servizi per il mercato del lavoro*, Milano, 2016; M. TIRABOSCHI, *Jobs Act e ricollocazione dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 119 ss.; V. FILÌ, *Servizi per il lavoro e misure di workfare nel d.lgs. n. 150/2015*, in *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, cit., 313 ss.; G. CANAVESI, *La ricollocazione secondo il Jobs act: dall'attività al contratto?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 547 ss.

<sup>136</sup> Per cui, ad esempio, a fianco dell'indennità di disoccupazione generale (la NASpI) un ulteriore trattamento economico aggiuntivo o integrativo può essere previsto in sede di contrattazione collettiva aziendale o anche di settore. Su questa particolare forma di *welfare* aziendale, vedi tra i più recenti L. VENDITTI, *Gli ammortizzatori "privati"*, in *La riforma della cassa integrazione guadagni nel Jobs Act 2*, cit., 255 ss.; G. LEONE, *I fondi bilaterali di sostegno al reddito nella terra di mezzo tra diritto privato e diritto pubblico*, in *La riforma della cassa integrazione guadagni nel Jobs Act 2*, cit., 271 ss. In una prospettiva più ampia e generale sul ruolo svolto dai privati in ambito sociale, vedi da ultimo B. CARUSO, «The bright side of the moon»: *politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare*

Peraltro, come dimostrano i molti interventi già realizzati in questi anni, quello degli ammortizzatori sociali resta un «cantiere sempre aperto»<sup>137</sup>. Per questo, dopo aver adeguatamente sperimentato gli strumenti di tutela nel mercato del lavoro già esistenti<sup>138</sup>, si dovrà valutare in futuro anche la possibilità di apportare eventuali modifiche per migliorarli o di introdurne altri innovativi ancor più incentrati sulla persona del lavoratore e sullo sviluppo delle sue competenze professionali al fine di potenziarne al massimo l'occupabilità<sup>139</sup>.

Soltanto in tal modo si può ridurre l'impatto sociale della perdita del posto di lavoro (specie ove essa riguardi un gran numero di lavoratori) rendendo sostenibile una maggiore flessibilità in uscita nel rapporto di lavoro, un minore ricorso alle integrazioni salariali e anche la definitiva abolizione dell'indennità di mobilità.

Si è già ricordato a quest'ultimo riguardo, infatti, che l'indennità di mobilità (anche quella in deroga)<sup>140</sup> è stata definitivamente soppressa a far

---

*occupazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 177 ss., e in precedenza R. PESSI, *Ripensando il welfare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 473 ss. Con specifico riferimento alla materia della previdenza complementare, vedi infine M. GAMBACCIANI, *L'evoluzione della previdenza sociale tra previdenza complementare e trattamento di fine rapporto*, Napoli, 2011.

<sup>137</sup> Cfr. F. LISO, *Gli ammortizzatori: un cantiere sempre aperto*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, 457 ss. Vedi anche, per i fondamenti sistematici, M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 695 ss.

<sup>138</sup> Sulla sperimentazione e il monitoraggio come strumenti da valorizzare e perfezionare anche nelle politiche e nel diritto del lavoro, vedi S. SCIARRA, *Experiments in the open method of coordination: measuring the impact of eu employment policies*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 475 ss.; P. ICHINO, *Come il metodo sperimentale può contribuire al progresso del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 393 ss.; M. MAGNANI, *Sperimentazione in materia di lavoro e sistema delle fonti: eguaglianza vs. autonomia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 429 ss. Ma sulle complesse problematiche delle analisi di monitoraggio, vedi R. DEL PUNTA, *Le difficoltà del monitoraggio delle politiche del lavoro e il contributo dei giuslavoristi*, in *Diritto del lavoro e mercato. L'impatto delle riforme del lavoro nell'analisi giuridica dei dati sull'occupazione*, cit., 123 ss. Sulla mancanza di monitoraggio degli effetti prodotti dalle ultime riforme, vedi D. GOTTARDI, *Riforme strutturali e prospettiva europea di Flexicurity: andata e ritorno*, cit., 244 ss.

<sup>139</sup> Per recenti spunti in proposito, cfr. il *Libro bianco per un welfare della persona*, curato ad Adapt e l'associazione Amici di Marco Biagi, 15 marzo 2017, in *Bollettino Adapt*, n. 11/2017. Vedi anche T. TREU, *Flexicurity e oltre*, cit., 25 ss., e con riferimento ai licenziamenti collettivi le proposte di M. LEONARDI, T. NANNICINI, *Crisi aziendali, uno sguardo al futuro*, in *Il Sole 24 ore*, 26 maggio 2017, 18.

<sup>140</sup> Sul progressivo esaurimento degli ammortizzatori sociali in deroga, vedi L. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, cit., 737 ss. In precedenza, sull'utilizzo sistematico di essi soprattutto per ampliare la platea dei destinatari, vedi D. GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, Milano, 2010; M. BARBIERI,

data dal 1 gennaio 2017<sup>141</sup> e sostituita con la NASpI, che è divenuto così il trattamento di disoccupazione (unico e) di generale applicazione. Per cui dal 1 gennaio 2017 tutti i lavoratori licenziati per riduzione di personale, come anche quelli licenziati individualmente (anche per motivi economici), avranno lo stesso grado/livello di tutela nel mercato del lavoro (anche in termini di misure, incentivi e percorsi per la ricollocazione).

Dunque un intervento che, evitando tutele differenziate per categorie di lavoratori e settori di produzione (e quindi inevitabili disparità di trattamento sempre più difficilmente giustificabili in presenza di identici stati di bisogno)<sup>142</sup>, è diretto a garantire maggiore equità (oltre a perseguire l'obiettivo ritenuto prioritario di contenimento della spesa pubblica)<sup>143</sup>.

Del resto l'esigenza di protezione del lavoratore disoccupato è ancor più avvertita socialmente quando si perde il lavoro incolpevolmente per motivi di tipo economico. Per questa ragione una parte della dottrina ha anche proposto, sulla base di esperienze già esistenti in altri Paesi europei<sup>144</sup>, che in tali

---

*Ammortizzatori in deroga e modelli di welfare negli accordi Stato-Regioni e Regioni-parti sociali*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, 379 ss.; F. SANTONI, *Ammortizzatori sociali in deroga e canale bilaterale*, in *Dir. merc. lav.*, 2010, 5 ss.; R. PESSI, *Gli ammortizzatori in deroga: persistenza o fine del modello assicurativo?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, 325 ss.

<sup>141</sup> Cfr. art. 2, commi 64-66, legge n. 92 del 2012. Ma per un ulteriore prolungamento del trattamento di mobilità in deroga sia pure in fattispecie e a condizioni specifiche, cfr. da ultimo l'art. 53-ter, legge n. 96 del 2017.

<sup>142</sup> In proposito, vedi sistematicamente E. BALLETTI, *Disoccupazione e lavoro. Profili giuridici della tutela del reddito*, Torino, 2000. Vedi anche, al riguardo, M. RICCI, *Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi*, cit., 758 ss., e, più di recente, E. GRAGNOLI, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 573 ss., e A. DI STASI, *Ammortizzatori sociali e solidarietà post industriale*, Torino, 2013.

<sup>143</sup> Pur se è indubbio che negli anni passati l'indennità di mobilità è risultato spesso uno strumento che, nell'ambito del suo limitato campo di applicazione (essenzialmente i settori trainanti del sistema produttivo più esposti alla concorrenza internazionale), ha contribuito a ridurre le tensioni sociali derivanti dai processi di riduzione del personale agevolando spesso anche la soluzione negoziata di quei processi. Cfr. soprattutto G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 556-557; ID., *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 143/2012, 7 e 11, ed anche R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 774.

<sup>144</sup> Ad esempio, in Francia (cfr. G. CENTAMORE, *I licenziamenti in Francia*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, cit., 72 ss. e 79; A. PESSI, *Iniziativa economica e tutela dell'occupazione: due modelli a confronto (il «licenziamento per motivo economico» in Francia ed i licenziamenti collettivi in Italia)*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 440 ss.), in Germania (cfr. S. GRIVET-FETÀ, *I licenziamenti in Germania*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, cit., 118 ss.), in Portogallo (cfr. F. MARTELLONI, *I licenziamenti in Portogallo*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, cit., 172) e in Spagna (cfr. C. PEDERZOLI, *I licenziamenti in Spagna*,

casi oltre allo Stato sia lo stesso imprenditore obbligato ulteriormente a farsi carico in qualche modo (con indennizzi automatici prefissati, piani di ricollocazione professionale o altre forme di tutela)<sup>145</sup> delle conseguenze sociali che colpiscono il lavoratore<sup>146</sup>.

Ma, com'è noto però, al momento sono ancora molte le incognite e le variabili che rendono incerta la concreta predisposizione di efficienti sistemi sia di sostegno del reddito (in termini di importi e durata, ma anche di effettiva universalità), sia, soprattutto, di servizi per l'impiego e politiche attive per la promozione del lavoro<sup>147</sup>. Ancora incerta al momento è, in altri termini, la concreta predisposizione di un sistema di tutele del lavoro che sia complessivamente equilibrato e funzionante; e che in particolare per i lavoratori licenziati per riduzione di personale, e cioè per motivi organizzativi o economici, assicuri oltre a redditi sostitutivi adeguati ed uniformi per tutti, soprattutto una assistenza intensiva per una ricollocazione sul mercato del lavoro in tempi ragionevoli<sup>148</sup>.

Si tratta di incognite e variabili di diverso tipo, ma tutte accomunate dal fatto di essere strettamente correlate tra di loro: in particolare, l'incertezza sui tempi di una effettiva ripresa economica (con tassi di crescita almeno pari a quelli della media dei Paesi dell'Unione europea), la difficoltà di reperire tutte le risorse che sarebbero necessarie anche per i noti e persistenti problemi

---

in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, cit., 197 e 203-204; C. BLASCO, M.C. CATAUDELLA, *Il licenziamento collettivo in Italia e in Spagna*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 115), sia pure in ciascuno di tali Paesi con modalità e discipline diverse.

<sup>145</sup> Si è già ricordato, peraltro, che nel nostro ordinamento, con i contributi versati per finanziare la NASpI, l'impresa è già chiamata a contribuire economicamente alla spesa previdenziale che dovrà essere sostenuta per i lavoratori espulsi dal processo produttivo. Cfr. art. 2, commi 25, 26, 31, 34 e 35, legge n. 92 del 2012.

<sup>146</sup> Cfr., ad esempio, M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, cit., 344-345; T. TREU, *Flexicurity e oltre*, cit., 15 ss.; E. GHERA, *Il contratto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 704; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., 563-564. Possibilista in tal senso è anche R. PESSI, *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, cit., 45.

<sup>147</sup> Cfr. G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 81. Esprime forti preoccupazioni e perplessità sulla adeguatezza delle nuove misure di protezione sociale anche G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 202 ss. Sui rapporti tra efficienza del mercato del lavoro, livelli di competitività e tassi di occupazione e disoccupazione, vedi B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, cit., 61.

<sup>148</sup> In proposito, sul collegamento tra disciplina dei licenziamenti collettivi e dinamiche del mercato del lavoro, vedi M. RICCI, *Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi*, cit., 749 ss.

di bilancio pubblico<sup>149</sup>, ma soprattutto l'ormai cronica difficoltà del nostro sistema di implementare e rendere effettive (anche per la stessa carenza di risorse) le riforme attuate in materia di servizi per il lavoro e politiche attive del lavoro<sup>150</sup>.

Come è dimostrato da ultimo, e soltanto per fare degli esempi, da una ripartizione di competenze tra Stato e regioni poco chiara e per questo spesso fonte di conflitti<sup>151</sup>, dal mal funzionamento ancora di molti centri per l'impiego spesso anche per l'assenza delle necessarie competenze e strutture materiali e organizzative e, soprattutto, dai gravi ritardi (imputabili a diverse ragioni) che stanno condizionando il funzionamento anche della stessa ANPAL, a cui il legislatore ha affidato il ruolo fondamentale di gestione e coordinamento di tutte le politiche di *workfare*<sup>152</sup>.

<sup>149</sup> Molto scettico sulla concreta possibilità di costruire in Italia un sistema di tutele nel mercato del lavoro per l'assenza di risorse pubbliche e private è A. VALLEBONA, *La rifondazione del diritto del lavoro italiano: dal conflitto alla partecipazione*, cit., 508. Nello stesso senso, vedi anche F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, cit., 4. Sulle pressanti esigenze di rientro dal debito pubblico e sui conseguenti sacrifici imposti al sistema produttivo ed occupazionale, vedi anche R. PESSI, *Libertà e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, spec. 1333, e A. PIZZOFERRATO, *Il percorso di riforme del diritto del lavoro nell'attuale contesto economico*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 53 ss.

<sup>150</sup> Per i problemi di implementazione della riforma e sui conseguenti ritardi, vedi M. RICCI, *I servizi per l'impiego dopo le modifiche legislative tra luci e ombre*, cit., 330 ss.; L. VALENTE, *La riforma del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e la tutela del lavoratore nel mercato del lavoro dopo il Jobs act*, in *Il diritto dell'occupazione dopo il Jobs act*, cit., 93 ss.; A. LASSANDARI, *La tutela immaginaria nel mercato del lavoro: i servizi per l'impiego e le politiche attive*, in *Lav. dir.*, 2016, 240 ss. Sulla sfida decisiva dell'effettività per rendere accessibili i previsti strumenti di ricollocazione a tutti i lavoratori coinvolti in percorsi di disoccupazione, vedi anche T. TREU, *Flexicurity e oltre*, cit., 10 ss.

<sup>151</sup> Peraltro il quadro rischia ora di complicarsi ulteriormente a seguito dell'esito referendario del 4 dicembre 2016 che ha escluso una (ri)centralizzazione delle competenze legislative in materia di politiche del lavoro, con possibili effetti anche sulla concreta operatività della riforma in molti suoi aspetti. Su alcune di tali complicazioni, vedi M. RICCI, *I servizi per l'impiego dopo le modifiche legislative tra luci e ombre*, cit., 330 ss. In argomento, vedi anche V. FILI, *L'organizzazione e la gestione dei servizi per l'impiego nel d.lgs. n. 150/2015 alla luce della riforma costituzionale del 2016*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 513 ss.; V. FERRANTE, *Le politiche attive del lavoro fra decentramento e accentramento: un dolce girotondo?*, in *Lav. dir.*, 2016, 281 ss.

<sup>152</sup> Al riguardo, vedi specificamente M. RICCI, *I servizi per l'impiego dopo le modifiche legislative tra luci e ombre*, cit., spec. 353 ss.; A. ALAIMO, *L'Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro (ANPAL)*, in *Organizzazione e disciplina nel mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, cit., 19 ss.; M. MARROCCO, *La nuova governance delle politiche attive del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 203 ss.

Tutti fattori che ancora dimostrano come nel nostro Paese, ma più in generale in tutti quelli dell'area mediterranea, l'implementazione della strategia europea di *flexicurity* sia, e continui ad essere, particolarmente squilibrata soprattutto per ciò che riguarda i profili della sicurezza e delle politiche attive<sup>153</sup>.

### 5. Le contrastanti reazioni della dottrina

Fin da subito la dottrina si è interrogata sulla effettiva portata e rilevanza di tali interventi di riforma anche con riguardo al precedente assetto dei licenziamenti collettivi realizzato dalla legge n. 223 del 1991.

Come era facile attendersi, anche in considerazione degli interessi coinvolti nelle procedure di licenziamento collettivo e delle loro conseguenze spesso traumatiche sul piano economico e sociale, le prime reazioni della dottrina sono state fortemente contrastanti.

Del resto la materia dei licenziamenti in generale, da sempre centrale per definire gli equilibri dello stesso diritto del lavoro, ha spesso generato forti contrapposizioni. Anche perché la sua disciplina (e in particolar modo quella dei licenziamenti collettivi) esplica inevitabilmente i suoi effetti anche sulle dinamiche del mercato del lavoro e sui problemi occupazionali<sup>154</sup>.

Per alcuni, nell'attuale fase legislativa caratterizzata da profondi e significativi mutamenti economici, sociali e giuridici, sono da valutare positivamente sia le semplificazioni alla procedura sindacale, sia l'estensione della tutela indennitaria anche ai licenziamenti collettivi viziati sotto il profilo procedurale o della applicazione dei criteri di scelta<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> Tra i molti, sugli squilibri della *flexicurity* italiana, vedi T. TREU, *Flexicurity e oltre*, cit., 17 ss., ed anche, prima ancora, L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Napoli, 2012.

<sup>154</sup> Per il «peso qualificante» che la regolamentazione dei licenziamenti collettivi ha nella ricostruzione degli «equilibri sociali e politici sottostanti alla legislazione del lavoro», vedi in particolare G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 545.

<sup>155</sup> Cfr., pur con diverse sfumature, A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., 471 ss.; G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit.; A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, cit., 83 ss.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 313, nt. 11; M. MARAZZA, D. DE FEO, *I licenziamenti collettivi*, in *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92 del 2012 (cd. "riforma Fornero") dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, a cura di M. Persiani e S. Liebman, Milano, 2013, p. 385 ss.; B. CARUSO, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, cit., 11 ss.

Pur se, anche nell'ambito di tali valutazioni positive, è stato evidenziato come il nuovo sistema sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 23 del 2015, determinando un lungo periodo di transizione nella quale conviveranno, anche all'interno della medesima azienda, due diversi regimi di tutela in materia di licenziamenti anche collettivi, potrebbe produrre, nei fatti, differenze di trattamento difficilmente comprensibili (almeno per i lavoratori)<sup>156</sup> e problemi di irrazionalità<sup>157</sup>.

V'è poi chi ha escluso che tale riforma possa avere una qualche effettiva influenza (sia in termini di incremento degli investimenti stranieri, sia in termini di arretramento delle tutele per i lavoratori) nel breve e medio termine, trattandosi piuttosto di «una riforma per il futuro», nel quale l'eliminazione della reintegra, ridimensionando la necessità dell'accordo sindacale, restituirà all'impresa l'agibilità in via unilaterale della procedura<sup>158</sup>.

Per contro, secondo altri si è trattato di vere e proprie «controriforme» che hanno portato a compimento un processo costante di «riduzione e arretramento» delle tutele, anche con «evidenti contraddizioni e incoerenze sistematiche»,

<sup>156</sup> Cfr., soprattutto, G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 55 ss.

<sup>157</sup> Cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, cit., 313 ss., spec. nt. 11. Per gli effetti (anche distorsivi e irragionevoli) che la coesistenza di un duplice regime di tutela potrebbe produrre nella gestione delle procedure di riduzione di personale, vedi G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, cit., 200-201; M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, cit., 122 ss.; A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, cit., 45-46. Per i relativi dubbi di legittimità costituzionale con riferimento al principio di eguaglianza, vedi, con posizioni opposte, G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 63 e M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, cit., 124 ss. Per approfondimenti, cfr., *infra*, cap. IV, par. n. 3.

<sup>158</sup> Cfr. R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, cit., 11-12, pur esprimendo dubbi sull'«opportunità» della riforma. Per l'indebolimento del ruolo sindacale nelle procedure di licenziamento collettivo, vedi anche concordemente M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, cit., 122; F. SCARPELLI, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, cit., 97-98; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 257; G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, in *Il licenziamento collettivo in Italia e nel quadro del diritto dell'Unione Europea*, cit., 98 ss.; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 378; L. VENDITTI, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi nel d.lgs. n. 23/2015*, in *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, cit., 93 ss.

all'esito del quale risulta oggi difficile, se non impossibile, ravvisare una *ratio* unitaria nella frammentata disciplina dei licenziamenti collettivi<sup>159</sup>.

Con un approccio sempre fortemente critico, si è anche affermato come sia la legge n. 92 del 2012 ma ancora di più il d.lgs. n. 23 del 2015 abbiano «completamente stravolto il tradizionale equilibrio normativo» e la stessa «fisionomia dei licenziamenti collettivi»: la prima soprattutto abolendo il trattamento di mobilità<sup>160</sup>; il secondo soprattutto eliminando definitivamente per i nuovi assunti l'istituto della reintegrazione<sup>161</sup>. O ancora, come si tratti di scelte «inusitate», comunque molto discutibili, destinate ad aprire «nuove aporie nell'ordinamento»<sup>162</sup>.

Altri poi, in particolare, hanno espresso dubbi sulla ragionevolezza ed opportunità della soppressione della sanzione ripristinatoria del rapporto soprattutto con riguardo all'ipotesi della violazione delle procedure sindacali, in quanto in quest'ipotesi la mera tutela economica «appare inadeguata a garantire l'effettività di un modello regolativo che poggia le tutele sulla possibilità del controllo e della partecipazione sindacale alla gestione aziendale dell'eccedenza di personale»<sup>163</sup>.

<sup>159</sup> Cfr. S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, in *Quest. giust.*, 2015, n. 3, 31 ss. Sull'attenuazione/alleggerimento del sistema sanzionatorio, con conseguente riduzione/erosione delle tutele dei lavoratori nelle procedure di riduzione di personale, vedi anche P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 257; G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, cit., 98; S. VARVA, *Gli effetti del "Jobs Act" sul licenziamento economico*, Appendice d'aggiornamento alla monografia dello stesso Autore, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, cit., 8 ss.

<sup>160</sup> La modifica «più incisiva dei licenziamenti collettivi», secondo G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, cit., 190. Per l'importanza di tale modifica e per le conseguenze che essa potrebbe implicare nella gestione degli esuberi di personale, vedi anche ID., *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 555 ss.; F. SCARPELLI, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, cit., 92 ss.; S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, cit., 32.

<sup>161</sup> Cfr. G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, cit., 188 ss.; ID., *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 553 ss. Nello stesso senso, cfr. anche M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, cit., 121. Per analoghe critiche già con riferimento alla novità apportate dalla legge n. 92 del 2012, vedi U. CARABELLI, S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo, in Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., 392 ss.

<sup>162</sup> Cfr. F. SCARPELLI, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, cit., 96 ss.

<sup>163</sup> Così G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 548-549. Nello stesso senso, vedi anche F. SCARPELLI, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, cit.,

E quella stessa dottrina, sul presupposto di una eccessiva compressione della posizione soggettiva individuale dei singoli lavoratori a fronte della quale si deve tentare «uno sforzo di riequilibrio in sede interpretativa», ha ritenuto possibile recuperare spazio per il ruolo e la tutela dell'interesse dei lavoratori affermando la sindacabilità in sede giudiziaria (esclusa fino ad ora dalla giurisprudenza dominante, come si è già ricordato<sup>164</sup>) anche del profilo causale del licenziamento collettivo<sup>165</sup>.

Peraltro la dottrina che, specie dopo la riduzione dell'incidenza della tutela reale (con l'esclusione, prima solo parziale e poi quasi totale, della reintegra), avverte l'esigenza di ripristinare un effettivo controllo giudiziale sui motivi del licenziamento collettivo riconsiderando il «forzato»<sup>166</sup> orientamento della giurisprudenza formatosi al riguardo non è concorde, invece, su quale debba essere la sanzione applicabile nell'ipotesi in cui si accerti che quei motivi non vi siano o siano infondati.

In assenza di una sanzione specifica prevista dalla legge<sup>167</sup>, secondo alcuni, infatti, l'accertamento del vizio causale determina una violazione di norma imperativa di legge con conseguente nullità del licenziamento e applicazione dei rimedi civilistici<sup>168</sup>.

---

97; S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, cit., 39-40; S. VARVA, *Il licenziamento economico*, cit., 156; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015*, n. 23, cit., 379; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 243 e 255 ss., secondo cui il nuovo sistema sanzionatorio suscita «forti riserve», soprattutto perché l'equiparazione della tutela (indennitaria) tra vizi procedurali del licenziamento collettivo e vizi formali del licenziamento individuale «mette in discussione la stessa centralità della procedura sindacale».

<sup>164</sup> Cfr., *retro*, par. n. 2.

<sup>165</sup> Cfr. G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, cit., 551 ss. Per la necessità di irrigidire il controllo giudiziale sui presupposti causali dopo le riforme del 2012/2015, vedi anche L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, cit., 434. Sempre nel senso che il nuovo quadro sanzionatorio si presta a favorire un rinnovato e preminente ruolo del giudice nella verifica del fondamento causale dei licenziamenti collettivi, vedi anche L. VENDITTI, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi nel d.lgs. n. 23/2015*, cit., 95-97.

<sup>166</sup> Cfr. U. CARABELLI, S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 399 ss.

<sup>167</sup> Sia dall'art. 5, comma 3, della legge n. 223 del 1991, sia dall'art. 10, del d.lgs. n. 23 del 2015.

<sup>168</sup> Cfr. U. CARABELLI, S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 399 ss., spec. 405, riprendendo tesi già sostenute in passato anche in relazione all'originario assetto regolativo della legge n. 223 del 1991 (cfr. U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 211-212). Nello stesso senso, vedi anche M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*,

Per altri, invece, in questo caso non si deve applicare la sanzione civilistica della nullità, bensì si devono applicare, in via analogica (o interpretativa) ed a seconda dei casi, le sanzioni previste dal riformato art. 18 della legge n. 300 del 1970 e dal d.lgs. n. 23 del 2015 per l'ipotesi di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo illegittimo, o quelle previste dal d.lgs. n. 23 del 2015 per l'ipotesi di licenziamento collettivo illegittimo per violazione delle procedure e dei criteri di scelta<sup>169</sup>.

Per altri ancora poi, le sanzioni previste dalla legge per l'ipotesi di mancanza del giustificato motivo oggettivo devono essere applicate non già in via analogica, ma diretta sul presupposto di una nozione unitaria di licenziamento collettivo e di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo<sup>170</sup>.

Per contro, secondo altra parte della dottrina, il fatto che anche la nuova disciplina delle sanzioni applicabili in caso di illegittimità del licenziamento collettivo, come già d'altronde quella precedente, non abbia preso in considerazione l'ipotesi della illegittimità del motivo che ha determinato il licenziamento collettivo conferma l'orientamento secondo cui quel motivo non è rilevante, né sindacabile nel merito<sup>171</sup>.

Sotto altro profilo, v'è anche chi ha sostenuto come l'indebolimento dei diritti di informazione sindacale conseguente al sostanziale ridimensionamento delle sanzioni, compromettendo radicalmente la struttura della fattispecie del licenziamento per riduzione di personale, abbia posto anche problemi di compatibilità con i principi sovranazionali e il diritto comunitario, i quali «attribuiscono rilevanza alla necessaria giustificazione del licenziamento quale

---

cit., 130; (e sembra anche) L. VENDITTI, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi nel d.lgs. n. 23/2015*, cit., 99-100.

<sup>169</sup> Cfr. G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, cit., 552-553; F. SCARPELLI, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, cit., 98-99; (sembra anche) V. FERRANTE, *Modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *La nuova riforma del lavoro*, a cura di M. Magnani e M. Tiraboschi, Milano, 2012, 276.

<sup>170</sup> Cfr. A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge 92/2012*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 631-632. In tal senso, sembra anche M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, cit., 156-157.

<sup>171</sup> Cfr. G. PROIA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., 319 e 345; M. MARAZZA, *Il licenziamento collettivo*, in AA.VV., *Fondamenti di diritto del lavoro*, Padova, 2015, 285; M. MARAZZA, D. DE FEO, *I licenziamenti collettivi*, cit., 400. Nello stesso senso, vedi ora anche M. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, cit., 19, nt. 27 (diversamente peraltro da quanto sostenuto più volte in passato: cfr., ad esempio, ID., *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, in *I licenziamenti collettivi*, cit., 23 ss.).

strumento per la tutela della dignità della persona»<sup>172</sup>.

E v'è persino chi, sempre sulla base della normativa europea che individua negli obblighi di informazione e consultazione i presupposti necessari per la stessa configurabilità del licenziamento collettivo, si è spinto sino a ritenere che la tutela forte della reintegra debba essere applicata anche nei casi in cui la violazione di quegli obblighi da parte del datore di lavoro abbia determinato «un *vulnus* nel corso della procedura» capace di limitare i diritti delle organizzazioni sindacali di cogestione delle crisi aziendali<sup>173</sup>.

Sono stati prospettati, inoltre, anche possibili problemi di concorrenza distorsiva tra imprese, soprattutto combinando il superamento della tutela della reintegrazione per i nuovi assunti con gli sgravi contributivi previsti sempre per i nuovi assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato<sup>174</sup>. Tale combinazione, infatti, rischia di favorire l'avvio di nuove attività che, soprattutto nei settori *labour intensive* ove il costo d'impresa principale è quello del lavoro, possono gravemente alterare la concorrenza tra imprese, con potenziali ricadute anche sulla conservazione degli attuali livelli occupazionali<sup>175</sup>.

Infine anche sul piano del metodo non sono state risparmiate critiche al legislatore ritenuto responsabile di aver trattato forse un pò troppo frettolosamente ed al di fuori di un quadro regolativo complessivo un istituto di straordinaria rilevanza sociale come quello del licenziamento collettivo<sup>176</sup>.

<sup>172</sup> Cfr. A. TOPO, *Le sanzioni per i licenziamenti collettivi secondo il Jobs Act*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. Carinci e C. Cester, ADAPT-University Press, 2015, 208, secondo cui le fonti internazionali «pongono l'accento proprio sul diritto all'informazione circa le ragioni del licenziamento quale presupposto logico, e dunque normativo, del diritto individuale del lavoratore a non subire un licenziamento ingiustificato».

<sup>173</sup> Cfr. G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, cit., 104-105.

<sup>174</sup> Cfr. G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, cit., 201; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, cit., 314, spec. nt. 17; M. RICCI, *Le politiche del lavoro del governo Renzi*, cit., 234 ss.; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, cit., p. 8. Vedi anche, *retro*, par. n. 4, nt. 122.

<sup>175</sup> Cfr., in particolare, M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, cit., 314, spec. nt. 17.

<sup>176</sup> Cfr., sempre, G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, cit., 188 ss.; ID., *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 551-552, il quale, con riferimento alla legge n. 92 del 2012, rileva in particolare «un *deficit* di elaborazione ed anche una certa improvvisazione». Vedi anche, sempre per la parzialità e mancanza di sistematicità dell'intervento legislativo, P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 262; G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la*

Dunque le prime contrastanti reazioni della dottrina hanno dimostrato come la materia dei licenziamenti collettivi sia, e resti tuttora anche dopo le ultime riforme, estremamente complessa dal punto di vista tecnico e, per questo, spesso di difficile interpretazione.

Ma soprattutto hanno dimostrato come si tratti di una materia che, avendo una forte ricaduta sulla vita delle persone e un altrettanto forte impatto economico e sociale (ancor più nell'attuale e sempre precaria congiuntura economica)<sup>177</sup>, risente inevitabilmente, anche sul piano interpretativo, di qualche forzatura in un senso o nell'altro, che pur comprensibili in considerazione della delicatezza degli interessi coinvolti non sempre appaiono essere, per dirla con il titolo di un oramai famoso saggio, espressioni rigorose dell'autorità del punto di vista giuridico<sup>178</sup>.

#### 6. I nuovi equilibri nei licenziamenti collettivi tra esigenze dell'impresa e interessi dei lavoratori

Scopo del presente studio è quello di verificare in che modo le ultime modifiche apportate dal legislatore abbiano inciso, singolarmente e nel loro complesso, sulla disciplina giuridica dei licenziamenti collettivi.

Da sottoporre a verifica è, in particolare, la scelta del legislatore di concentrare la sua attenzione quasi esclusivamente sull'apparato sanzionatorio del licenziamento collettivo illegittimo per tentare di dare soluzione ai problemi di cui si è detto<sup>179</sup>.

Senza intervenire, o intervenendo soltanto marginalmente, invece, su altri aspetti altrettanto rilevanti e problematici nella disciplina dei licenziamenti per riduzione di personale, come la complessità della procedura e le incertezze sui criteri di scelta dei lavoratori da licenziare. Aspetti che, se

---

*certezza del diritto*, cit., 98-99; G. NATULLO, *Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (L.N.92/12)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". *IT*, n. 200/2014, 16.

<sup>177</sup> È materia «ad alta sensibilità sociale» per R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 777, anche per la necessità che l'adeguamento dell'organizzazione produttiva alle variabili economiche avvenga «attraverso modelli regolativi idonei a conciliare e comporre le ragioni delle persone e le esigenze dell'impresa».

<sup>178</sup> Cfr. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, cit., 1 ss., richiamando, com'è noto, l'espressione già utilizzata da M. D'ANTONA nel saggio *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 214 e 217 ss.

<sup>179</sup> Cfr., *retro*, par. nn. 1-4.

affrontati, avrebbero contribuito a restituire un quadro normativo caratterizzato da maggiori certezze, ma che il legislatore ha omesso di affrontare forse anche (e proprio) a ragione della loro indubbia complessità tecnica.

Dunque, obiettivo dell'indagine è quello di verificare, per ogni singolo profilo preso in considerazione nei capitoli che seguono (rilevanza dei motivi che giustificano il licenziamento, procedura legale e in particolare sindacale, criteri di scelta dei lavoratori da licenziare e conseguenze del licenziamento illegittimo)<sup>180</sup>, se il nuovo assetto legislativo in materia di licenziamenti collettivi sia effettivamente in grado, oltretutto di ridurre il contenzioso, anche di configurare un temperamento tra le esigenze dell'impresa e gli interessi dei lavoratori più equilibrato di quello che fino ad oggi la legge n. 223 del 1991 e la sua applicazione giurisprudenziale sono riuscite a garantire.

E ciò anche nella già evidenziata consapevolezza che anche quel temperamento, dovendo sempre tener presente il superiore interesse pubblico generale, risente inevitabilmente dei condizionamenti derivanti dal contesto socio-economico e giuridico in cui si deve realizzare<sup>181</sup>. Risente, cioè, dei condizionamenti determinati dai mutamenti che riguardano i sistemi politici ma, soprattutto, quelli produttivi e di organizzazione del lavoro, su cui incidono i collegati processi di innovazione tecnologica e digitale, di trasformazione delle imprese e di globalizzazione dei mercati<sup>182</sup>.

<sup>180</sup> Cfr. *infra*, rispettivamente, cap. II, III e IV.

<sup>181</sup> Cfr., *retro*, par. n. 4.

<sup>182</sup> Sulla forza d'urto di tali condizionamenti esterni da cui non si può prescindere, vedi R. DEL PUNTA, B. CARUSO, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *Lav. dir.*, 2016, 653. Nella stessa ottica, sulla rilevanza per il diritto in generale e per quello del lavoro in particolare delle modificazioni delle condizioni del mondo esterno, vedi *Diritto del lavoro in trasformazione*, a cura di L. Corazza e R. Romei, cit., e in particolare l'introduzione dei curatori, *Il puzzle delle trasformazioni*, spec. 9. Per la descrizione di alcuni condizionamenti esterni a cui si è fatto riferimento, vedi A. PERULLI, *Commercio globale e diritti sociali. Novità e prospettive*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, I, 729 ss. In particolare, per i riflessi sul diritto del lavoro dei processi di digitalizzazione dell'economia, vedi ultimamente il volume curato da P. TULLINI, *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, nonché ID., *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte d'intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 748 ss.; T. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT*, n. 136/2017, 1 ss.; M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 651 ss.; A. PERULLI, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 195 ss.; P. LOI, *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 259 ss. Sempre in argomento, vedi anche, con diversi punti di vista, M. RUSCIANO, *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi*, Napoli, 2014, e R. DE LUCA TAMAJO, *Jobs act e cultura giuslavoristica*, cit., 5 ss.

Del resto, l'evoluzione del contesto esterno di riferimento con i relativi mutamenti da sempre, anche e soprattutto nella materia del diritto del lavoro e in particolare in quella dei licenziamenti (ancor più se collettivi), è elemento essenziale per determinare il migliore equilibrio tra tutele individuali e collettive, esigenze delle imprese e interessi generali, ossia per determinare, in ciascun momento storico<sup>183</sup>, quali debbano essere priorità, contenuti e modi di realizzazione della fondamentale tutela della persona del lavoratore<sup>184</sup>.

<sup>183</sup> Per l'inevitabile storicità del diritto del lavoro e per l'altrettanto inevitabile dialettica con le dinamiche economiche, vedi R. DE LUCA TAMAJO, *Il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro: luci e ombre di una attitudine creativa*, cit., 821, anche per l'impossibilità di configurare l'intera materia «come variabile indipendente e intangibile del sistema».

<sup>184</sup> Come all'origini, infatti, la protezione della persona (e della personalità) del lavoratore resta la ragione fondante del diritto del lavoro (per tutti, cfr. L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1957, I, 3, in particolare nt. 6), ma la realizzazione di tale protezione non può prescindere dalla necessaria considerazione anche del punto di vista, e quindi delle esigenze, dei datori di lavoro senza i quali semplicemente il lavoro non vi sarebbe e nessuna protezione dei lavoratori sarebbe possibile (cfr. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, cit., 29). In altri termini, almeno nell'attuale sistema dei rapporti economici e sociali (e quindi in una società pluralistica, capitalistica e globalizzata come la nostra), la tutela del lavoro ha bisogno della tutela dell'impresa, in quanto l'impresa è essenziale presupposto materiale e giuridico del lavoro (l'uno non esiste senza l'altra, e viceversa). Pertanto, come è stato bene sintetizzato, «se l'impresa si estingue o si delocalizza vengono travolti i posti di lavoro, che sono il bene supremo dei lavoratori», specie in Italia dove la disoccupazione è molto elevata. Così A. VALLEBONA, *La rifondazione del diritto del lavoro italiano: dal conflitto alla partecipazione*, cit., 508. È da condividere quindi l'opinione di chi ritiene che nel valutare le recenti riforme del diritto del lavoro debba essere evitata sia l'ossessione liberista per cui semplificazione e flessibilità rappresentano «l'unica panacea», sia l'opposta ossessione di chi pensa che «ogni processo di cambiamento (o di allentamento) di regole ispirate a una idea di protezione attraverso le tecniche dei vincoli, dei controlli e dei limiti all'impresa, sia il viatico allo smantellamento di imperituri diritti e indefettibili valori, incondizionati e incondizionabili anche in tempo di crisi». Così B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, cit., 60-61, anche per la necessità di rileggere i principi di protezione del lavoro «non come valori assoluti, astorici e incondizionabili, ma come principi relativi, bilanciabili anche con principi altri (l'integrazione economica dei mercati, la sostenibilità transitoria delle misure anticrisi, la loro finalizzazione alla tutela delle generazioni future) attraverso i corollari attuativi del principio di proporzionalità (ma anche di eguaglianza e certezza del diritto)» (Id., 71). Dunque, come è stato affermato da S. SCIARRA, *Prove di razionalità per il diritto del lavoro della crisi*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 5 ss., il diritto del lavoro, «senza cessare di tendere una rete di salvataggio per i più deboli e gli esclusi, deve offrire all'impresa occasioni di crescita e di competitività», ricercando costantemente un equilibrio tra «diritto operaio» e le esigenze dell'impresa, «che solo può prodursi nel soppesare diritti fondamentali e libertà economiche». Nello stesso senso, vedi R. DE LUCA TAMAJO, *Jobs act e cultura giuslavoristica*, cit., 6, secondo

E ciò in una visione del diritto del lavoro che, come insegnava già molti anni fa Francesco Santoro-Passarelli, «non è il diritto di una classe sociale in lotta contro l'altra», per cui pur se la tutela dei lavoratori resta la sua «essenza profonda», non se ne comprende il suo vero «spirito», se non lo si considera come il «diritto dei soggetti del lavoro», come tale espressione anche delle esigenze, complementari e mai contrapposte, dell'impresa<sup>185</sup>.

---

cui il diritto del lavoro, ferme restando le permanenti esigenze di tutela del lavoro, mantiene la sua identità anche quando «sposta la frontiera mobile della mediazione in favore di istanze diverse (efficienza e competitività delle imprese nell'economia globalizzata, rilancio dell'occupazione, tutela degli *outsider*) che emergono dalla temperie culturale o economica del momento». Per la necessità di «un approccio deideologizzato e pragmatico», vedi anche ed infine A. PIZZOFERRATO, *Il percorso di riforme del diritto del lavoro nell'attuale contesto economico*, cit., 67 ss., per il quale occorre dosare «le indispensabili iniezioni di flessibilità richieste dalla crisi e dal confronto con sistemi economici a basso costo del lavoro e a limitate protezioni sociali con la salvaguardia del modello sociale e della dignità del lavoro, preservando lo scopo e la missione del diritto del lavoro e quindi il suo carattere diseguale e inderogabile».

<sup>185</sup> Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1967, spec. 14, 16, 17 e 19. Vedi anche ID., *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1948, II, p. 3 ss., e in *Dir. lav.*, 1948, 273 ss., ora anche in ID., *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, II, 1069 ss. Sempre sulla necessità di costruire un diritto del lavoro «che sia partecipe dei valori della cultura industriale», ovvero che sia in grado di «coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza», vedi anche G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni 80*, cit., 408.

## Capitolo Secondo

### *Il problema della causale tra controllo sindacale e controllo giudiziale. La semplificazione soltanto parziale della procedura*

SOMMARIO: 1. I motivi che giustificano i licenziamenti collettivi e le esigenze che ne sono alla base. – 2. La rilevanza dei motivi che giustificano i licenziamenti collettivi tra controllo sindacale e controllo giudiziale. – 3. Limiti del controllo giudiziale e coerenza con la *ratio* della disciplina speciale dei licenziamenti collettivi. Critica alla configurazione del licenziamento collettivo come recesso *ad nutum*. – 4. Limiti del controllo giudiziale e coerenza con l'art. 30, comma 1, della legge n. 183 del 2010. Il giudice e l'imprenditore – 5. Limiti del controllo giudiziale e coerenza con i principi costituzionali. Il bilanciamento tra impresa e lavoro. – 6. Limiti del controllo giudiziale e coerenza con il diritto dell'Unione europea e internazionale – 7. Lo scopo della procedura e il contropotere sindacale. – 8. La perdurante incertezza dei contenuti e dei destinatari dell'obbligo di informazione. – 9. Il confronto sindacale e istituzionale tra crisi economica e modifiche normative. La centralità della funzione dell'accordo sindacale. – 10. La perdurante incertezza dell'obbligo delle comunicazioni finali. – 11. L'incertezza che residua anche sull'efficacia sanante dell'accordo sindacale. – 12. La semplificazione soltanto parziale della procedura. I vincoli formali e procedurali tra necessità di tutela del lavoratore ed esigenze di certezza.

#### *1. I motivi che giustificano i licenziamenti collettivi e le esigenze che ne sono alla base*

Come già negli accordi interconfederali sui licenziamenti per riduzione di personale nell'industria del 1965 e del 1950, anche nella legge n. 223 del 1991 i datori di lavoro (siano essi imprese o datori di lavoro non imprenditori)<sup>1</sup> possono effettuare licenziamenti collettivi «in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro» o della cessazione stessa dell'attività<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. art. 24, commi 1-*bis* e 2, legge n. 223 del 1991, dopo le modifiche apportate dall'art. 1, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 110 del 2004 (e dall'art. 16, comma 1, lett. c), della legge n. 161 del 2014).

<sup>2</sup> Cfr. art. 24, commi 1 e 2, legge n. 223 del 1991.

Nella ipotesi alternativa dell'impresa che sia stata ammessa al trattamento straordinario di integrazione salariale, l'imprenditore ha facoltà di avviare la procedura di licenziamento collettivo qualora nel corso del programma di riorganizzazione e/o risanamento «ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative»<sup>3</sup>.

Dunque, mentre in questo secondo caso il motivo che deve giustificare il licenziamento collettivo è il fatto di non poter garantire la conservazione del posto di lavoro a tutti i lavoratori precedentemente sospesi<sup>4</sup>, nel primo caso è, invece, la riduzione o trasformazione di attività o di lavoro o la cessazione dell'attività<sup>5</sup>.

Fin dall'approvazione della legge n. 223 del 1991 si è discusso su cosa dovesse effettivamente intendersi, nell'ambito della nuova disciplina legislativa dei licenziamenti collettivi, per riduzione o trasformazione di attività o di lavoro.

Come si dirà meglio più avanti<sup>6</sup>, diversamente da quella adottata nell'ordinamento dell'Unione europea, si tratta di una definizione «in positivo»<sup>7</sup>. Tuttavia la formulazione del legislatore è talmente ampia e generica da ricomprendere potenzialmente ogni decisione del datore di lavoro di ridimensionare il personale<sup>8</sup>. Essa include quattro diverse fattispecie: la

<sup>3</sup> Cfr. art. 4, comma 1, legge n. 223 del 1991.

<sup>4</sup> Cfr., al riguardo, Cass., 2 marzo 2000, n. 3271, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1942, che ha escluso la possibilità di una verifica giudiziale anche sulle ragioni alla base della riduzione del personale già prese in considerazione precedentemente.

<sup>5</sup> È opinione da tutti condivisa che non v'è alcun obbligo per il datore di lavoro di far precedere i licenziamenti collettivi dall'intervento delle integrazioni salariali straordinarie. La procedura di licenziamento per riduzione di personale, infatti, può essere avviata anche direttamente senza che l'azienda abbia preventivamente fatto ricorso al trattamento straordinario di integrazione salariale. In dottrina, cfr. per tutti R. PESSI, *Commento all'art. 4*, cit., 914, e A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 431.

<sup>6</sup> Cfr., *infra*, par. n. 6.

<sup>7</sup> Cfr. U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 145.

<sup>8</sup> Si tratta di una norma generale o aperta caratterizzata dall'utilizzo di concetti giuridici indeterminati. Sulla distinzione tra norme generali e clausole generali, vedi tra gli ultimi G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 3 ss.; S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, spec. 48 ss. ma già soprattutto e per tutti L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss., spec. 9 ss. Sulla portata «onnicomprensiva» della formula legislativa contenuta nella legge n. 223 del 1991, cfr. Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 100; Cass., 10 giugno 1999, n. 5718, in *Foro it.*, 1999, I, 2519. In dottrina, cfr. G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, cit., 528; G. PERA, *I licenziamenti*

riduzione di lavoro, la riduzione di attività, la trasformazione di lavoro e la trasformazione di attività<sup>9</sup>. In sostanza tutti gli interventi che riguardano l'assetto e l'organizzazione dell'impresa.

Mentre non v'è alcun riferimento anche alle esigenze o valutazioni che inducono il datore di lavoro a procedere a quelle riduzioni o trasformazioni.

Dunque, già in base alla stessa formulazione testuale della legge estremamente generica sembra possibile trarre una prima conclusione. Le esigenze o valutazioni in base alle quali il datore di lavoro procede, o intende procedere, a riduzioni di lavoro, riduzioni di attività, trasformazioni di lavoro o trasformazioni di attività non paiono assumere rilevanza. Ne deriva che qualsiasi esigenza di tipo economico o organizzativa giuridicamente lecita è idonea a giustificare quelle riduzioni o trasformazioni.

Ciò che soltanto rileva è, invece, l'effettiva esistenza di una riduzione di lavoro, di una riduzione di attività, di una trasformazione di lavoro e di una trasformazione di attività, non i motivi economici od organizzativi che le giustificano. Ossia, se la riduzione o la trasformazione di attività o di lavoro vi è stata o no.

In altri termini, ciò che soltanto rileva è il presupposto del licenziamento collettivo, ossia la decisione del datore di lavoro di ridurre o trasformare l'attività o il lavoro. Non anche le valutazioni che hanno ispirato tale decisione e che possono essere di varia natura (purché non ricollegabili mai alla persona del lavoratore).

Ne consegue che qualsiasi innovazione organizzativa che riguardi l'attività o il lavoro, a prescindere dalle concrete esigenze che ne sono alla base, è idonea a giustificare un ridimensionamento dell'organico. Del resto, a differenza di quanto è previsto in altri Paesi europei<sup>10</sup>, il legislatore non ha

---

*collettivi*, cit., 208. Sempre sul carattere «neutro» e «aselettivo» di tale formula, vedi anche M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, cit., 304, nonché O. MAZZOTTA, *Licenziamento collettivo*, in *Enc. dir.*, Milano, 2012, V, 772, che ne evidenzia «l'amplissimo spettro di incidenza».

<sup>9</sup> Per l'opinione che tali espressioni avrebbero «risalto descrittivo, e non selettivo», cfr. E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 186, ed anche G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 547, per cui la definizione della fattispecie, «declinata in termini sommarî e generici», è suscettibile di «comprendere situazioni sostanziali molto eterogenee».

<sup>10</sup> Ad esempio, in Francia (cfr. G. CENTAMORE, *I licenziamenti in Francia*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, cit., 61 e 72; M. MERCORIO, *Il licenziamento per motivi economici in Francia*, in *Dir. lav. merc.*, 2017, 456 ss.; F. CURCURUTO, *Licenziamenti collettivi in Europa: un rapido sguardo d'insieme*, cit., 178; A. PESSI, *Iniziativa economica e tutela dell'occupazione: due modelli a confronto (il «licenziamento per motivo economico» in Francia ed i licenziamenti collettivi in Italia)*, cit., 407 ss.), in Portogallo

ritenuto di dover individuare nel licenziamento collettivo fattispecie più specifiche e tassative di giustificazione (ad esempio, soltanto in presenza di una accertata crisi d'impresa o di una determinata riduzione del fatturato o comunque di una difficoltà economica).

Sulla base del testo della legge quindi già di per sé la stessa decisione del datore di lavoro di ridurre il personale è una scelta di politica aziendale implicante una modifica dell'organizzazione produttiva che potrebbe essere considerata essa stessa una riduzione di lavoro<sup>11</sup>.

Come ha già evidenziato la dottrina più attenta, infatti, non è possibile immaginare che in un'organizzazione qualsiasi si rinunci ad una parte del personale senza (che vi sia) alcuna riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro<sup>12</sup>. Di fatto, conseguentemente, l'esistenza della ragione organizzativa è pressoché sempre da ritenersi insita nella stessa decisione imprenditoriale di riduzione del personale. In altre parole, il (presupposto di) fatto oggettivo riduzione o trasformazione di lavoro è costituito dalla stessa riduzione di personale<sup>13</sup>.

---

(cfr. F. MARTELLONI, *I licenziamenti in Portogallo*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, cit., 161), in Spagna (cfr. C. PEDERZOLI, *I licenziamenti in Spagna*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, cit., 200; C. BLASCO, M.C. CATAUDELLA, *Il licenziamento collettivo in Italia e in Spagna*, cit., 111; I. BAJO GARCIA, *Aspetti sostanziali e processuali del licenziamento collettivo nell'ordinamento spagnolo*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 77 ss.; M.D. SANTOS FERNANDEZ, *La riforma del diritto del lavoro in Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 629), in Bulgaria (F. CURCURUTO, *Licenziamenti collettivi in Europa: un rapido sguardo d'insieme*, cit., 177-178) e in Irlanda (F. CURCURUTO, *Licenziamenti collettivi in Europa: un rapido sguardo d'insieme*, cit., 178).

<sup>11</sup> In tal senso, cfr. Cass., 12 agosto 2009, n. 18253, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 41; Cass., 27 aprile 1992, n. 5010, in *Not. giur. lav.*, 1992, 685; Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, cit., secondo cui la nozione legislativa include anche le fattispecie di «diversa ripartizione e di più intensa utilizzazione della forza lavoro».

<sup>12</sup> Cfr. M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 926; ID., «*Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91*», cit., 2027 ss., a meno che a dettare il licenziamento collettivo non vi siano ragioni in un modo o nell'altro «inerenti alla persona dei lavoratori».

<sup>13</sup> In tal senso sembrano anche P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998, XIX, 9; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 148, e già in precedenza S. MAGRINI, *Licenziamenti individuali e collettivi: separatezza e convergenza delle tutele*, cit., 356, ed anche A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 430. *Contra*, invece, P. ALLEVA, *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economiche-produttive*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 72 ss., secondo cui con l'espressione riduzione di lavoro il legislatore avrebbe inteso, oltre alla riduzione della domanda, anche e soltanto «la riduzione del lavoro socialmente necessario per soddisfarla, indotta dal progresso tecnologico e organizzativo». Ma tale interpretazione non può essere accolta già solo per la ragione che non esiste (in

Quella decisione quindi può riguardare anche imprese che versano *in bonis*. Non è richiesta, infatti, l'esistenza di una situazione di crisi di mercato o dell'azienda<sup>14</sup>, né di mera difficoltà economica del datore di lavoro. Non è necessario che ci sia una riduzione dell'attività produttiva o del fatturato, né che tale riduzione sia stabile o definitiva (o prevedibilmente stabile o definitiva). Neppure è necessaria la modifica o la chiusura totale o parziale di settori, reparti, stabilimenti, uffici, sedi o unità produttive dell'azienda<sup>15</sup>.

Pertanto, seppure queste ipotesi siano comunque le più ricorrenti<sup>16</sup>, la riduzione di lavoro o di attività e la trasformazione di lavoro o di attività può verificarsi indistintamente anche: nel caso di introduzione di nuove tecnologie<sup>17</sup>; nel caso di nuovi investimenti; nel caso in cui una parte del ciclo produttivo, o anche attività ad esso accessorie, vengano esternalizzate.

Ma anche nel caso in cui il datore di lavoro più semplicemente intenda ridurre il costo complessivo del personale<sup>18</sup>. E persino nel caso in cui la riduzione di quel costo sia funzionale non già a rendere più coerenti le dimensioni dell'organico con la propria situazione economica-finanziaria (e quindi a rafforzare l'azienda in previsione di future difficoltà), ma soltanto ad incrementare i profitti.

---

astratto ed in assoluto) una quantità di lavoro socialmente necessario per produrre una determinata quantità di beni e servizi, in quanto ciascun imprenditore è libero di produrre quella determinata quantità di beni e servizi con la forza lavoro che ritiene più opportuna o congrua (variabile, quindi, da imprenditore a imprenditore in base a scelte discrezionali).

<sup>14</sup> Cfr. Cass., 21 ottobre 1999, n. 11794, in *Gazz. giur.*, 1999, 48; Cass., 12 agosto 2009, n. 18253, cit.

<sup>15</sup> Per la non necessità di riduzioni o comunque modificazioni di strutture materiali dell'azienda, cfr. Cass., 4 dicembre 1998, n. 12297, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1998, n. 1783; Cass., 22 gennaio 1994, n. 599, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1994, n. 1256; Cass., 27 aprile 1992, n. 5010, cit.

<sup>16</sup> Cfr. Cass., 20 febbraio 2012, n. 2429, in *Not. giur. lav.*, 2013, 77; Cass., 19 aprile 2003, n. 6385, in *Foro it. rep.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1815; Cass., 11 aprile 2003, n. 5777, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 668; Cass., 4 dicembre 1998, n. 12297, in *Foro it. rep.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1783; Cass., 18 novembre 1997, n. 11465, in *Foro it. rep.*, 1997, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1809. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 14 novembre 2012, in *Riv. crit. dir. lav. priv. pubbl.*, 2012, 1062.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., 29 gennaio 1994, n. 895, in *Foro it. rep.*, 1994, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1255.

<sup>18</sup> Cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19457, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 16 ss.; Cass., 9 maggio 2013, n. 10985, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 122; Cass., 11 marzo 2013, n. 5965, cit.; Cass., 12 agosto 2009, n. 18253, cit. Vedi anche Trib. Padova, 17 luglio 2013 e 23 agosto 2013, entrambe in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 43 ss., secondo cui in una impresa che svolge attività stagionale anche la scelta imprenditoriale di ridurre i costi mantenendo in servizio solo personale a tempo determinato «concretizza una trasformazione del lavoro che giustifica il ricorso alla procedura collettiva».

Del resto, in un sistema di economia (pur sociale) di mercato caratterizzato dalla produzione capitalistica perseguire il profitto (anche mediante la riduzione del costo del lavoro o di altri fattori produttivi) è lo scopo lecito per il quale l'imprenditore decide di intraprendere. Nello stesso art. 41, comma 1, della Costituzione la libertà di iniziativa economica privata è finalizzata alla ricerca del profitto<sup>19</sup>.

E oltretutto l'incremento del profitto, determinando anche ed essenzialmente un incremento degli utili (e quindi del capitale) dell'impresa, costituisce indirettamente un beneficio per l'intera comunità dei lavoratori<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, cit.; Cass., 21 luglio 2016, n. 15082; Cass., 1 luglio 2016, n. 13516, cit., e, per la giurisprudenza costituzionale, soprattutto Corte cost., 10 luglio 1975, n. 200. In dottrina, sulla finalizzazione dell'attività di impresa al profitto, cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, XXI, 604; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XVII, 4, che identifica l'utile o il profitto come contenuto minimo essenziale dell'iniziativa economica privata. Per l'intento di profitto come manifestazione anch'esso della libertà della persona, vedi G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, 20. Anche tra i giuslavoristi è opinione condivisa che l'impresa, fermo restando il rispetto delle leggi, assuma come valori fondanti la ricerca del profitto e l'efficienza. Cfr., ad esempio e per tutti, R. PESSI, *La responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 1 ss.

<sup>20</sup> Cfr. Cass., 18 novembre 2015, n. 23620, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 461. In materia di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo la giurisprudenza della Suprema Corte è ancor'oggi divisa sulla rilevanza da attribuire all'elemento dell'incremento del profitto. Per l'orientamento (in via di consolidamento e al momento da ritenersi prevalente) secondo cui la soppressione del posto di lavoro nell'ambito di una riorganizzazione aziendale può essere giustificata anche dall'esigenza di incrementare i profitti, vedi Cass., 24 maggio 2017, n. 13015; Cass., 15 febbraio 2017, n. 4015, in *Dir. prat. lav.*, 2017, 1916; Cass., 1 luglio 2016, n. 13516, cit.; Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 140 ss., con nota adesiva di M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità del punto di vista giuridico* (133 ss.) (anche in *Foro it.*, 2017, 123 ss., con nota parzialmente adesiva di G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo «organizzativo»: la fattispecie*, e in *Mass. giur. lav.*, 2017, 317 ss., con nota adesiva di A. VALLEBONA, *Legittimità del licenziamento diretto ad incrementare il profitto*. La sentenza è invece commentata criticamente da V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, 1 ss. del datiloscritto); Cass., 21 luglio 2016, n. 15082, cit.; Cass., 18 novembre 2015, n. 23620, cit.; Cass., 10 maggio 2007, n. 10672, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 989, con note di P. ICHINO, *Il costo sociale del licenziamento e la perdita aziendale attesa* (998 ss.), e di M. NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento* (990 ss.); Cass., 24 maggio 2007, n. 12094, cit.; Cass., 4 novembre 2004, n. 21121, in *Impresa*, 2005, 329; Cass., 11 aprile 2003, n. 5777, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 668. Per l'orientamento opposto, invece, secondo cui la mera esigenza di incrementare i profitti

Senza dimenticare che il profitto è anche assoggettato al prelievo fiscale e, quindi, rende possibile, o comunque concorre, al finanziamento delle iniziative sociali<sup>21</sup>, ossia a politiche di redistribuzione della ricchezza.

Si deve prendere atto quindi che l'espressione utilizzata dal legislatore per la sua ampiezza e indeterminatezza non è giuridicamente idonea a distinguere fra i possibili obiettivi sottostanti alla decisione imprenditoriale quello di salvare l'impresa da una situazione di crisi o di difficoltà (per ritenerlo valido e legittimo) da quello di aumentare la produttività aziendale e anche il profitto (per ritenerlo, invece, invalido e illegittimo).

In entrambi i casi (evitare perdite o incrementare, o anche solo mantenere, i profitti) l'obiettivo perseguito dal datore di lavoro è economicamente lecito e, come tale, resta giuridicamente irrilevante al fine di accertare l'esistenza o no del motivo giustificativo del licenziamento collettivo<sup>22</sup>.

Ed infatti, è da tener conto, da un lato, che la legge, ai fini dell'integrazione della fattispecie astratta, non pone quale presupposto fattuale di legittimità del licenziamento collettivo l'andamento economico negativo dell'azienda o del mercato (né vieta che il licenziamento sia finalizzato ad incrementare i profitti), e, dall'altro, che la definizione legislativa è troppo generica perché ne possa derivare una selezione delle ragioni di giustificazione e ancor di più una selezione che sia certa ed univoca<sup>23</sup>.

---

non può essere posta a fondamento della decisione del datore di lavoro di riorganizzare l'impresa, vedi Cass., 16 marzo 2015, n. 5173, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 574; Cass., 9 luglio 2013, n. 16987, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 861, con nota critica di A. VALLEBONA, *L'insindacabilità delle valutazioni aziendali nel licenziamento per motivo oggettivo*; Cass., 21 febbraio 2013, n. 4299, in *Not. giur. lav.*, 2013, 515; Cass., 9 luglio 2012, n. 11465, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 226, con nota critica di G. FRANZA, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l'interesse al profitto è insindacabile*; Cass., 24 febbraio 2012, n. 2874, in *Not. giur. lav.*, 2012, 503; Cass., 26 settembre 2011, n. 19616, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2011, n. 1230; Cass., 17 novembre 2010, n. 23222, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 448; Cass., 7 luglio 2004, n. 12514, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 838 ss, con nota critica di P. ICHINO, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamenti per motivi economici*.

<sup>21</sup> Cfr. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., 27.

<sup>22</sup> Sulle difficoltà di giungere nei due casi a conclusioni opposte sul piano del trattamento normativo, vedi M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, cit., 306. Nello stesso senso, vedi anche e già G. PERA, *I licenziamenti collettivi*, cit., 210, secondo cui si deve ritenere «di massima libera la decisione imprenditoriale di ridurre o trasformare l'attività o il lavoro».

<sup>23</sup> *Contra*, invece, P. ALLEVA, *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economiche-produttive*, cit., 75, per il quale la formula legislativa dell'art. 24 della legge n. 223 del 1991 «non comprende, né letteralmente, né concettualmente, la riduzione dei costi di lavoro a fini di massimizzazione del profitto».

Pertanto la prova dell'esistenza della riduzione o trasformazione di attività o lavoro – effetto pressoché sempre inevitabile della stessa riduzione di personale – è condizione sufficiente per ritenere giustificato il licenziamento collettivo. Anche perché l'interesse economico perseguito dal datore di lavoro (qualsiasi esso sia) è estraneo alla causa dell'atto di esercizio del potere, che è e resta la modifica organizzativa.

Ogni altro tipo di indagine è quindi superflua non riguardando i fatti costitutivi del recesso, inclusa quella diretta a verificare se la riduzione o trasformazione di attività o lavoro abbia carattere stabile o soltanto temporaneo (indagine che peraltro sarebbe anche assai complessa nei fatti in quanto, in un mercato altamente mutevole e variabile come quello attuale, la stabilità delle scelte organizzative del datore di lavoro non può che essere sempre relativa, e come tale soggetta a continui e rapidi mutamenti)<sup>24</sup>.

Per questo l'effettiva riduzione o trasformazione di attività o di lavoro non è esclusa neppure dalle circostanze – anch'esse riconducibili ad insindacabili scelte di gestione aziendale dell'imprenditore – che il personale rimasto in servizio svolga prestazioni di lavoro straordinario, che siano effettuate nuove assunzioni o che operazioni o lavorazioni prima svolte direttamente in azienda vengano affidate a terzi<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Esprime dubbi sulla legittimità di tale tipo di indagine anche G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 36. Invece, per la necessità che la trasformazione o riduzione di attività o lavoro abbia carattere stabile e non transeunte o temporaneo, vedi U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 148 ss.; G. MIMMO, *Il licenziamento collettivo*, in *Il licenziamento. Dalla Legge Fornero al Jobs Act*, a cura di L. Di Paola, Milano, 2016, 292; (e sembra anche) C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, cit., 51. In giurisprudenza, sulla necessità che la causale invocata abbia carattere «non congiunturale», cfr. Cass., 18 novembre 1997, n. 11465, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 123.

<sup>25</sup> Cfr., tra le molte, Cass., 26 agosto 2013, n. 19576, cit.; Cass., 22 agosto 2001, n. 11194, in *Dir. prat. lav.*, 2001, 3040; Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, cit.; Cass., 29 aprile 2004, n. 8269, in *Giust. civ.*, 2005, I, 443, semperché non sia accertata la necessità di colmare vuoti di organico originati ingiustificatamente dal processo di ristrutturazione e non si sia in presenza di un ampliamento dell'attività economica dell'impresa non giustificata sulla base delle ragioni che hanno portato alla riduzione del personale. Cfr. anche Pret. Torino, 22 luglio 1993, in *Giur. piemontese*, 1994, 75, per cui il presupposto della riduzione o trasformazione di attività o lavoro sussiste anche nel caso in cui «l'attività di vendita è stata trasformata licenziando tutti i venditori addetti alla clientela medio bassa sostituendoli con agenti e concessionari». *Contra*, in dottrina, P. ALLEVA, *I licenziamenti collettivi in prospettiva europea*, cit., 610, secondo cui la soppressione dei posti di lavoro «non deve ridursi ad un rimpiazzo o ad uno spostamento che lasci invariata la quantità di lavoro impiegata nel ciclo produttivo osservato».

## 2. La rilevanza dei motivi che giustificano i licenziamenti collettivi tra controllo sindacale e controllo giudiziale

Dopo qualche iniziale oscillamento da considerarsi fisiologico nell'interpretazione della nuova disciplina legislativa<sup>26</sup>, ben presto la giurisprudenza ha concordemente escluso che, in linea generale, il controllo giudiziale potesse estendersi anche ad «un'indagine sulla presenza di effettive esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva»<sup>27</sup>. Non un controllo che riguarda, quindi, «gli specifici motivi di riduzione del personale»<sup>28</sup>, in quanto ciò che conta è soltanto l'esistenza del dato oggettivo della riduzione o trasformazione di attività o lavoro.

In altre parole, il controllo del giudice può e deve riguardare la ragione organizzativa od economica oggettiva, non il motivo della scelta imprenditoriale, poiché quest'ultimo rientra nell'ambito di valutazioni tipiche del

<sup>26</sup> In cui la giurisprudenza ha talvolta confuso la ragione oggettiva che è alla base del licenziamento collettivo (ossia la riduzione o trasformazione di attività o lavoro) con il motivo che ha ispirato la scelta dell'imprenditore finendo per sindacare il merito delle valutazioni dell'imprenditore. Ad esempio, ciò è avvenuto nei casi in cui si è affermata la necessità che la riduzione o trasformazione di attività o lavoro fosse «stabile» o «prevedibilmente stabile», «non temporanea» o «non transitoria», «apprezzabile»: cfr. Cass., 22 gennaio 1994, n. 599, cit.; Cass., 26 aprile 1996, n. 3896, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 603; Cass., 18 novembre 1997, n. 11464, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1997, n. 1810; Cass., 24 novembre 1997, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1997, n. 1808; Cass., 7 novembre 1998, n. 11251, in *Impresa*, 1998, 2579; Cass., 19 aprile 2003, n. 6385, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 884. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 18 maggio 1994, in *Orient. giur. lav.*, 1995, 664, secondo cui nel caso di un'impresa che gestisce servizi di pulizia attraverso contratti di durata che possono essere rinnovati o meno «la cessazione di un contratto di appalto di pulizie e il suo mancato rinnovo non è di per sé un fatto che comporti riduzione o trasformazione di attività, trattandosi di un fatto fisiologico e prevedibile in quanto collegato alla durata temporale del contratto di appalto» (nello stesso senso, vedi anche Pret. Milano, 28 luglio 1997, in *Lav. giur.*, 1998, 33).

<sup>27</sup> Cfr. Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, cit.; Cass., 22 agosto 2001, n. 11194, cit.; Cass., 6 ottobre 2006, n. 21541, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2007, n. 1560; Cass., 3 marzo 2009, n. 5089, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2009, n. 1631; Cass., 31 gennaio 2011, n. 2138, in *Not. giur. lav.*, 2011, 641; Cass., 7 dicembre 2012, n. 22219, cit.; Cass., 26 agosto 2013, n. 19576, cit.; Cass., 20 ottobre 2015, n. 21231, cit.

<sup>28</sup> Cfr. Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, cit.; Cass., 22 agosto 2001, n. 11194, cit.; Cass., 6 ottobre 2006, n. 21541, cit.; Cass., 3 marzo 2009, n. 5089, cit.; Cass., 31 gennaio 2011, n. 21, cit.; Cass., 7 dicembre 2012, n. 22219, cit.; Cass., 26 agosto 2013, n. 19576, cit.; Cass., 20 ottobre 2015, n. 21231, cit.; Cass., 22 agosto 2016, n. 17234. Come è confermato anche dal fatto che il legislatore equipara alla «riduzione o trasformazione di attività o di lavoro» anche la cessazione dell'attività, su cui non è ipotizzabile né esercitabile alcun controllo di giustificazione (se non quello che la cessazione dell'attività sia reale). In proposito, cfr. anche S. LIEBMAN, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/1991: tendenza della prassi applicativa*, cit., 125 ss.

datore di lavoro e non è suscettibile di un sindacato esterno di merito<sup>29</sup>.

Come sarebbe, ad esempio, quello volto a stabilire se il motivo presupposto della scelta imprenditoriale di ridurre il personale sia idoneo, congruo o inevitabile. Ed è questa la ragione per cui in tale materia non è possibile configurare il recesso come *extrema ratio* secondo la nota ricostruzione per cui il licenziamento nell'interesse dell'impresa presuppone una situazione di necessità economica<sup>30</sup>.

Peraltro la legge n. 223 del 1991 attribuisce rilevanza giuridica ai «motivi che determinano la situazione di eccedenza» sotto un diverso (se pur connesso) profilo. Quest'ultimi, infatti, devono essere indicati dal datore di lavoro nella comunicazione di apertura della procedura di licenziamento collettivo<sup>31</sup>. Dunque, in tale comunicazione il datore di lavoro ha l'obbligo di indicare quale sia la trasformazione o riduzione di attività o lavoro che giustifica i programmati licenziamenti collettivi.

Non è chiaro, invece, se in quella stessa comunicazione debbano essere indicate anche l'esigenze che ne sono alla base, ossia il «perché» di quella trasformazione o riduzione.

La giurisprudenza sembra propendere per la necessità anche di tale indicazione: sia quando afferma che l'ambito aziendale entro cui dovranno poi essere applicati i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare va determinato tenendo conto delle effettive esigenze organizzative poste a fondamento della riduzione di personale e dichiarate dal datore di lavoro nella lettera di apertura della procedura di licenziamento collettivo<sup>32</sup>; sia quando afferma che tra

<sup>29</sup> Salva l'ipotesi in cui quel motivo sia illecito e determinante. Cfr. art. 1345 Cod. Civ., in relazione all'art. 1324 Cod. Civ.

<sup>30</sup> Per tale ricostruzione giuridica elaborata in un diverso contesto economico, sociale e normativo e con riferimento al giustificato motivo oggettivo nel licenziamento individuale, vedi soprattutto G.F. MANCINI, *Art. 18*, in U. ROMAGNOLI, L. MONTUSCHI, G. GHEZZI e G.F. MANCINI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro quinto – del lavoro*, Bologna-Roma, 1972, spec. 257 ss., secondo cui la scelta che legittima l'uso del licenziamento deve essere «socialmente opportuna», con la conseguenza che è valido il solo licenziamento «non socialmente inopportuno» (259). Sempre per la configurazione del licenziamento come estrema o ultima *ratio*, vedi anche in quegli stessi anni M.V. BALLESTRERO GENTILI, *I licenziamenti*, Milano, 1975, spec. 385 ss.; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 311; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, spec. 94 ss.

<sup>31</sup> Cfr. art. 4, comma 3, legge n. 223 del 1991. Cfr. anche, *infra*, par. n. 8.

<sup>32</sup> Cfr. Cass., 20 febbraio 2012, n. 2429, cit. Cass., 26 maggio 2015, n. 10843, in *Not. giur. lav.*, 2015, 584; Cass. 9 marzo 2015, n. 4678, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 948; Cass., 30 dicembre 2012, n. 26492, in *Foro it.*, 2011, I, 774; Cass., 29 aprile 2009, n. 9991, in *Orient. giur. lav.*, 2009, 444. Cfr. anche, *infra*, cap. III, par. n. 2.

il progettato ridimensionamento del personale e i singoli provvedimenti di recesso vi deve essere un «imprescindibile nesso causale»<sup>33</sup>.

È consigliabile, quindi, indicare in tale lettera oltre al dato oggettivo della trasformazione o riduzione di attività o lavoro anche le esigenze organizzative che hanno giustificato la decisione di ridimensionare il personale soprattutto quando è intenzione del datore di lavoro di non applicare i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare nell'ambito dell'intero complesso aziendale.

Fermo restando in ogni caso che quelle esigenze, così come l'indicata riduzione o trasformazione di attività o lavoro, non potranno essere sindacate nel merito dal giudice, il quale non potrà esprimere su di esse valutazioni di opportunità, razionalità o convenienza. Come si è già avuto modo di ricordare, infatti, anche la scelta di gestione aziendale di procedere ad una riduzione di personale costituisce insindacabile esercizio della libertà di organizzare l'impresa garantita dall'art. 41 Cost.<sup>34</sup>.

In sostanza, quindi, l'unico controllo esperibile dal giudice, a fronte della specifica contestazione del lavoratore, è la verifica che le ragioni sottese alla decisione di riduzione del personale indicate dal datore di lavoro nella lettera di apertura della procedura di licenziamento collettivo siano reali, lecite e non elusive<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Cfr. Cass., 20 ottobre 2015, n. 21231, cit.; Cass., 7 dicembre 2012, n. 22219, cit.; Cass., 3 marzo 2009, n. 5089, cit.; Cass., 19 settembre 2007, n. 19347, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2007, n. 1546; Cass., 27 novembre 2007, n. 24646, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2007, n. 1544; Cass., 6 ottobre 2006, n. 21541, cit. In realtà, la verifica dell'esistenza del nesso di causalità tra la programmata riduzione del personale ed i singoli provvedimenti di recesso è garantita dalla corretta applicazione dei criteri di scelta, anche per ciò che riguarda il loro ambito di applicazione. Cfr., *infra*, par. n. 3, nonché cap. III.

<sup>34</sup> Cfr., *retro*, cap. I, par. n. 2.

<sup>35</sup> In dottrina, per il fondamento giuridico di tale ricostruzione, vedi tra i primi G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., 26 e 36 ss., secondo cui «la decisione di riduzione di personale, in sé e per sé considerata, si sottrae ad ogni indagine del giudice, quali che siano i motivi, seri o futili o del tutto personalmente egoistici, che l'hanno determinata» (26 s.); nonché L. MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in AA.Vv., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Lussemburgo, 1958, 231 ss. Sulla necessaria estraneità delle finalità della scelta imprenditoriale dal punto di vista giuridico, sempreché non emergano profili di illiceità, vedi anche C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, cit., 45. Mentre per la necessità di svolgere anche una valutazione che attenga al fatto «se il negozio di recesso rappresenti o meno il mezzo per realizzare elusioni, aggiramenti, violazioni mediate e indirette, non apparenti e occulte», vedi L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 619.

In questo senso, è da ritenere condivisibile anche la ricorrente affermazione della giurisprudenza secondo cui le indagini giudiziali sui motivi del licenziamento collettivo potranno essere svolte nei termini ed entro i limiti indicati soltanto quando il lavoratore contesti «specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dagli artt. 4 e 5 della legge n. 223 del 1991» e fornisca «la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e della procedura di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori»<sup>36</sup>.

Mentre non può essere condiviso dal punto di vista giuridico quell'ulteriore orientamento giurisprudenziale per il quale il giudice non può sindacare (oltre alla razionalità/opportunità) neppure l'esistenza stessa dei motivi posti a fondamento della decisione del datore di lavoro di ridurre il personale, ossia se vi sia stata o no la riduzione o trasformazione di attività o lavoro<sup>37</sup>.

Il problema, peraltro, è più teorico che pratico. Si è già detto in precedenza, infatti, che nella prassi applicativa quella stessa decisione già di per sé implica pressoché sempre una modifica dell'organizzazione di lavoro del datore, e quindi la ricorrenza della fattispecie legale della riduzione o trasformazione di attività o lavoro<sup>38</sup>.

### *3. Limiti del controllo giudiziale e coerenza con la ratio della disciplina speciale dei licenziamenti collettivi. Critica alla configurazione del licenziamento collettivo come recesso ad nutum*

Le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza sui limiti del controllo giudiziale sono da ritenersi corrette in quanto le più coerenti non soltanto con il testo della legge, ma anche con la *ratio* della disciplina dei licenziamenti collettivi, con le norme legislative che pongono limiti al controllo giudiziale

<sup>36</sup> Cfr. Cass., 22 agosto 2016, n. 17234, cit.; Cass., 20 ottobre 2015, n. 21231, cit.; Cass., 26 agosto 2013, n. 19576, cit.; Cass., 7 dicembre 2012, n. 22219, cit.; Cass., 31 gennaio 2011, n. 21, cit.; Cass., 3 marzo 2009, n. 5089, cit.; Cass., 6 ottobre 2006, n. 21541, cit.; Cass., 22 agosto 2001, n. 11194, cit.; Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, cit.

<sup>37</sup> Si tratta, in ogni caso, di un orientamento minoritario. Cfr., ad esempio, Trib. Cassino, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, 195; Trib. Venezia, 15 ottobre 2008, in *Rass. giur. lav. Veneto*, 2009, 108. Per la critica ad esso, vedi C. ZOLI, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 311-312.

<sup>38</sup> Cfr., anche, *retro*, par. n. 1. In ogni caso C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, cit., 38, propone che quanto attestato dal datore di lavoro, specie se formalizzato nell'accordo sindacale, possa condurre «ad una sorta di inversione dell'onere della prova in ordine alla sussistenza del presupposto di giustificazione del recesso alleggerendo in modo consistente la posizione processuale del datore di lavoro».

in materia di esercizio dei poteri datoriali, con i principi costituzionali e con il diritto dell'Unione europea e internazionale.

Si tratta quindi di un modello giuridico nella sostanza da condividere<sup>39</sup> che deve essere confermato come quello di riferimento nella specifica materia dei licenziamenti collettivi, ossia quando il licenziamento economico<sup>40</sup>, in presenza dei requisiti (numerici, temporali, territoriali e causali) stabiliti dalla legge, produce effetti sociali rilevanti (o comunque più rilevanti rispetto a quelli prodotti da un licenziamento individuale).

Per quanto riguarda la coerenza con la disciplina dei licenziamenti collettivi, si è già più volte ricordato che la filosofia ispiratrice della legge n. 223 del 1991 è stata quella di affidare alle organizzazioni sindacali (e in particolare alle rappresentanze dei lavoratori in azienda) e agli organismi pubblici un controllo sociale preventivo sulla decisione del datore di lavoro e sui suoi effetti. Controllo finalizzato soprattutto a porre in essere ogni iniziativa ritenuta opportuna per indurre il datore di lavoro a desistere in tutto o in parte dalla sua decisione, sia mediante la formulazione di proposte alternative, sia mediante la proclamazione di scioperi.

Ed è proprio il controllo sociale effettuato *ex ante* dal sindacato e dagli uffici pubblici competenti attraverso la procedura legale che ha caratterizzato e distinto concettualmente, e continua ancor'oggi a caratterizzare e distinguere concettualmente, il licenziamento collettivo dal licenziamento individuale per ragioni organizzative ed economiche<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Se non fondato, quantomeno ispirato in larga parte dalla ricostruzione giuridica di M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 923 ss.; ID., «*Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91*», cit., 2027 ss., secondo cui, ai fini della giustificazione dei licenziamenti collettivi, «non rilevano i motivi della riduzione di personale, ma la correttezza procedurale dell'operazione».

<sup>40</sup> Com'è noto, tale espressione è stata utilizzata per la prima volta dal legislatore nell'art. 1, comma 7, lett. c), della legge n. 183 del 2014. La (macro)categoria dei licenziamenti economici comprende sia il licenziamento collettivo che il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo (nelle ipotesi in cui il motivo non riguardi la persona del lavoratore), pur conservando ciascuna fattispecie le sue specifiche caratteristiche e discipline giuridiche. Sull'inclusione dei licenziamenti collettivi tra quelli economici, vedi per tutti F. CARINCI, *Licenziamento e tutele differenziate*, cit., 132 ss., e B. CARUSO, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, cit., 12. Per L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi costituzionali»*, cit., 654, la «dicotomizzazione» dei licenziamenti economici in individuali e collettivi rappresenta una «vistosa anomalia» rispetto agli altri sistemi europei.

<sup>41</sup> Sull'autonomia dell'istituto del licenziamento collettivo e sulla radicale distinzione con quello del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, cfr. Cass., 9 settembre 2003, n. 13182, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2003, n. 1797; Cass., 6 luglio 2000, n. 9045, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1919; Cass., 21 maggio

Nel licenziamento collettivo, infatti, il controllo sulla scelta imprenditoriale di riduzione dell'organico effettuato *ex post* dal giudice non è ritenuto, come invece nel licenziamento economico individuale, lo strumento più efficace per contemperare l'interesse dell'impresa con quello dei lavoratori nel loro complesso. Non potendosi negare il diritto del datore di lavoro di ridimensionare l'organico<sup>42</sup>, ancor'oggi la tecnica di tutela che sottopone quel diritto al rispetto di una preventiva procedura sindacale e amministrativa e di criteri oggettivi nella scelta dei lavoratori da licenziare appare essere quella che meglio di ogni altra protegge gli interessi anche degli stessi lavoratori<sup>43</sup>.

In altre parole è la preventiva mediazione sindacale e pubblica, realizzata attraverso la rigida procedimentalizzazione dell'esercizio del potere datoriale, che distingue licenziamenti individuali e licenziamenti collettivi, anche per ciò che riguarda il profilo della giustificazione.

---

1999, n. 4970, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, 769; Cass., 17 dicembre 1998, n. 12658, in *Not. giur. lav.*, 1999, 216. In dottrina, cfr. già per la diversità delle due «materie» M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 927 e 929; ID., «*Riduzione di personale*» e *licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91*, cit., 2027 ss., e ancor prima della legge n. 223/1991, S. MAGRINI, *Licenziamenti individuali e collettivi: separatezza e convergenze delle tutele*, cit., 329 ss. Sulla differenza tra la disciplina giuridica dei licenziamenti collettivi e quella dei licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo anche per i diversi interessi coinvolti, vedi anche G. SUPPIEJ, *Premessa*, cit., XXIV; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 244 ss.; G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 548; G. MAMMONE, *La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione Europea*, cit., 125; E. BALLETTI, *Potere di recesso e tutela della mobilità nella l. 223/1991*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, II, 115 ss.; A. PESSI, *Iniziativa economica e tutela dell'occupazione: due modelli a confronto (il «licenziamento per motivo economico» in Francia ed i licenziamenti collettivi in Italia)*, cit., 430 ss. Sempre per l'«autosufficienza sistemica» della legge n. 223/1991, vedi infine R. DEL PUNTA, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, cit., 25.

<sup>42</sup> Come è riconosciuto anche da M.G. GAROFALO, P. CHIECO, *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, cit., 67, secondo i quali la possibilità per l'imprenditore «di procedere all'espulsione delle eccedenze è una componente essenziale della libertà di impresa». Sulla libertà dell'imprenditore di decidere la corretta dimensione dell'organico aziendale in relazione alla propria convenienza e alle proprie scelte organizzative, vedi anche F. SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, cit., 23.

<sup>43</sup> Sulla riduzione di personale come «operazione imprenditoriale procedimentalizzata», come tale «vincolata nel *quomodo*», vedi M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 923 e 926. In generale, sulla procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali, vedi soprattutto F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., spec. 137 ss., ed anche M. MISCIONE, *La «procedimentalizzazione» dei poteri imprenditoriali*, in *Lav. dir.*, 1994, 109 ss.

Dunque l'originale modello regolativo della legge n. 223 del 1991 e le relative tecniche di tutela dei lavoratori devono continuare ad essere preservate nella loro autonomia giuridica e particolarità, anche rispetto alla fattispecie similare (specie sotto il profilo causale)<sup>44</sup> ma comunque diversa (e diversamente regolata) dei licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo<sup>45</sup>.

Ciò che rileva nei licenziamenti collettivi è la dimensione sociale del fenomeno. Non sembra negabile infatti che, sia dal punto di vista giuridico che da quello sociologico, il potere datoriale ha un contenuto e una incidenza «molto più pregnante» quando è diretto a ridurre il personale aziendale, anziché a sopprimere un singolo posto di lavoro<sup>46</sup>. Così come

<sup>44</sup> Per la parziale coincidenza delle causali, cfr. anche l'art. 4, comma 1, legge n. 236 del 1993. Sulla identità soltanto causale dei due tipi di licenziamento, vedi S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit., 102; P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 25; C. FALERI, *L'adattamento efficiente della norma ai mutamenti del mercato del lavoro: il caso dei licenziamenti per ragioni economiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 297.

<sup>45</sup> Invece, per ricostruzioni che tendono a ricondurre ad unità strutturale le due fattispecie (con conseguente attribuzione ai giudici degli stessi poteri di controllo sui motivi dei licenziamenti), vedi C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, cit., 35 ss., spec. 39, secondo cui il potere del datore di lavoro di licenziare per riduzione di personale è riconducibile ad una fattispecie causalmente unitaria; E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 5, 113 ss. e 153 ss., che individua una figura unitaria di recesso per riduzione di personale sul piano economico e giuridico, anch'essa fondata sulla strutturale unitarietà del potere del datore di lavoro; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., 28 ss., che identifica il giustificato motivo oggettivo come ipotesi tipizzata di abuso del diritto inteso in senso causale; L. MONTUSCHI, *Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esecutivi in margine alla l. n. 223 del 23 luglio 1991*, cit., 434; V. FERRANTE, *Intorno alla nozione di licenziamento collettivo: per una rilettura del diritto interno alla luce delle direttive comunitarie*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 318 ss. (riprendendo la tesi di M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, cit., spec. 256 ss. e 284 ss.); M.V. BALLESTRERO, *L'estinzione del rapporto*, cit., 2011; C. ALESSI, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*, in *Riv. giur. lav.*, 1995, I, 239 ss., secondo cui il giustificato motivo oggettivo costituisce il «generale presupposto di validità del licenziamento, individuale e collettivo, intimato per motivi non inerenti la persona del lavoratore» (250). Ma vedi anche P. ALLEVA, *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economiche-produttive*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 67 ss., che afferma «il carattere causale di tutti i licenziamenti per motivo economico-produttivo» (82); O. MAZZOTTA, *Licenziamento collettivo*, cit., spec. 789; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, cit., 88 ss., 152 ss. e 228 ss.; A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge 92/2012*, cit., 632 ss.

<sup>46</sup> Cfr. G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 548, anche per la citazione tra guiolette nel testo.

nel licenziamento collettivo, a differenza di quello individuale per giustificato motivo oggettivo, è il rispetto della procedura con tutti i suoi obblighi (inclusi i criteri di scelta) a porsi come vero presupposto di fatto dei singoli licenziamenti intimati.

Ne deriva che in caso di licenziamento collettivo il giudizio di legittimità dei singoli recessi non riguarda (se non entro i limiti indicati) le ragioni che lo hanno giustificato, in quanto su quelle stesse ragioni si svolge il controllo preventivo sindacale e dell'organismo istituzionale preposto.

Spetta quindi soltanto a quest'ultimi (e non al giudice) il controllo sulla idoneità/congruità e sulla inevitabilità della decisione del datore di lavoro di procedere al ridimensionamento del personale<sup>47</sup>. Né, del resto, un più ampio controllo giudiziale sarebbe coerente con il fatto che le procedure di riduzione di personale, coinvolgendo una collettività di lavoratori, hanno un rilievo non meramente individuale e determinano conseguenze sociali ed economiche più ampie e gravi.

Ed è anche significativo che il legislatore, nel determinare le sanzioni applicabili in caso di illegittimità del licenziamento collettivo, non abbia mai preso in considerazione direttamente l'ipotesi del difetto o insufficienza del motivo posto a giustificazione del licenziamento<sup>48</sup>.

Sia nel testo originario dell'art. 5, comma 3, della legge n. 223 del 1991, sia in quello modificato dalla legge n. 92 del 2012, sia nell'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, infatti, l'unica sanzione che riguarda il profilo causale è quella prevista per la violazione delle procedure nel caso in cui il datore di lavoro non indichi nella lettera di apertura della procedura (o li indichi in modo falso, inesatto o soltanto parziale) i motivi che hanno determinato la situazione di eccedenza<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Così come anche nella ricerca di soluzioni alternative mentre nel licenziamento individuale è il giudice a farsi carico di verificare la possibilità di reimpiego del lavoratore in azienda, nel licenziamento collettivo è il sindacato a discutere con l'imprenditore la possibilità di ricorrere a misure e strumenti alternativi al recesso. Cfr. *infra*, par. n. 8. Sul punto, vedi anche F. MAZZIOTTI, *Riduzione di personale e messa in mobilità*, in *Integrazioni salariali, eccedenza di personale e mercato del lavoro*, cit., 95.

<sup>48</sup> Cfr. Cass., 12 agosto 2009, n. 18253, cit.; Cass., 14 giugno 2007, n. 13876, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 185. Nello stesso senso, vedi anche M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012, 355, ma già M. D'ANTONA, «*Riduzione di personale*» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91, cit., 2027 ss. (per cui tale mancata previsione dimostra il carattere strettamente procedurale della nozione di riduzione di personale) e R. PESSI, *Commento all'art. 4*, cit., 915.

<sup>49</sup> Per il collegamento del sindacato giudiziario sull'elemento causale con la disciplina della procedura, cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, L. GUAGLIONE, F. SCARPELLI, *Commento all'art. 24*, cit., 1113, per i quali la lacuna legislativa sull'assenza di sanzione per l'insussistenza del requisito causale è soltanto «apparente». Nello stesso senso, ossia per la non

Dunque, nella speciale disciplina di legge dei licenziamenti collettivi, la violazione del requisito causale rileva essenzialmente sul piano del controllo sindacale come elemento che impedisce il corretto svolgimento della procedura<sup>50</sup>.

Infine le considerazioni che precedono consentono anche di superare i comprensibili dubbi espressi da una parte della dottrina sul rischio che in tal modo il potere del datore di lavoro di procedere a licenziamenti collettivi possa essere assimilato o comunque ridursi ad un recesso *ad nutum* conseguenza di scelte autosufficienti ed insindacabili del datore di lavoro<sup>51</sup>.

---

configurabilità di alcuna lacuna nelle legge n. 223/1991, vedi anche P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 261, R. FOGLIA, *Riduzione di personale e licenziamenti «economici»*, in *Dir. lav.*, 1997, I, 3 ss.; A. PILATI, *Le sanzioni nei licenziamenti collettivi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXIV, *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., 502.

<sup>50</sup> Diversamente invece P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 26, ritiene che la mancanza o non veridicità della riduzione o trasformazione di attività o lavoro integri oltre ad una violazione della procedura, anche una violazione dei criteri di scelta (con riguardo all'ambito di applicazione di quei criteri), trattandosi di «una tipica condotta plurioffensiva». In realtà, così non pare in quanto la decisione organizzativa del datore di lavoro di riduzione del personale è diversa concettualmente e giuridicamente da quella successiva che riguarda la scelta dei lavoratori da licenziare. E quindi anche i motivi che devono sussistere per ridurre il personale sono diversi ed autonomi rispetto alle regole che il datore di lavoro deve poi rispettare per selezionare i lavoratori da licenziare. Per cui il riferimento alle «esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale» contenuto nell'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991 serve soltanto a delimitare l'ambito aziendale entro cui applicare i criteri di scelta, mentre non rileva ai fini della decisione (presa a monte) di ridurre il personale. Vedi anche, *infra*, cap. III, par. n. 2.

<sup>51</sup> Rischio già prospettato da G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., 40. Vedi anche, per la configurazione del licenziamento collettivo come licenziamento sostanzialmente *ad nutum*, P. ALLEVA, *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economiche-produttive*, cit., 68; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., spec. 72 ss.; C. ALESSI, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*, cit., 237. Secondo G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 550, l'assenza di un controllo giudiziale sul requisito causale avrebbe favorito in questi anni, specie in alcuni settori produttivi (come, ad esempio, quello chimico-farmaceutico), un uso a volte distorto e speculativo delle procedure di riduzione del personale. Sembra consapevole del rischio indicato nel testo anche M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., spec. 126 ss., laddove ricostruisce il controllo giudiziale sulle scelte imprenditoriali anche in materia di licenziamento collettivo mediante il ricorso alla figura dell'abuso del diritto. Ma per la critica a tale ricostruzione, cfr. L. VALENTE, *La riforma del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e*

In realtà così non è perché nel licenziamento collettivo oggetto di accertamento da parte del giudice non è soltanto il fatto dell'esistenza della riduzione o trasformazione di attività o lavoro (se così fosse, in effetti l'intervento giudiziale si potrebbe trasformare in una semplice presa d'atto della decisione datoriale).

Il giudice, infatti, deve accertare anche ed essenzialmente il rispetto da parte del datore di lavoro di una serie di (ulteriori e) rigorosi adempimenti formali e procedurali prima di poter risolvere i rapporti di lavoro ritenuti eccedenti.

Inoltre e soprattutto il datore di lavoro non è libero di individuare i singoli destinatari dei provvedimenti di recesso<sup>52</sup>. Non è perciò libero, o lo è solo parzialmente, di mantenere in servizio i lavoratori più produttivi e utili alla sua organizzazione liberandosi invece di quelli meno utili o poco produttivi (ed anche in una grande azienda tale limite alla libertà del datore non è poi così irrilevante, potendo risultare anche di ostacolo al risanamento dell'impresa)<sup>53</sup>.

Pertanto il giudice deve accertare anche il rispetto da parte del datore di lavoro di specifici divieti legali e di predeterminati ed oggettivi criteri di scelta (obbligo, peraltro, non previsto neppure dalle direttive comunitarie)<sup>54</sup>. Così come oggetto di accertamento giudiziale è anche l'ambito aziendale entro cui quei criteri di scelta debbono poi essere applicati in quanto il datore di lavoro è libero di restringerne il campo di applicazione rispetto all'intero complesso aziendale soltanto in presenza di determinate e stringenti condizioni<sup>55</sup>.

In altri termini, il giudice è tenuto a verificare anche l'esistenza del nesso di causalità tra il progettato ridimensionamento del personale e i singoli provvedimenti di licenziamento. Ed è quindi nella corretta individuazione e applicazione dei criteri di scelta, ossia nella correttezza del procedimento di selezione dei lavoratori da licenziare, che finisce per sostanziarsi l'effettivo (e

---

*la tutela del lavoratore nel mercato del lavoro dopo il Jobs act*, cit., 65 ss., nonché S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit., 137 ss., ed anche M. PALLINI, *L'utilità sociale quale limite interno al potere di licenziamento?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 95 ss.

<sup>52</sup> Cfr. ampiamente, *infra*, cap. III. Su tale rilevante limitazione al potere di licenziamento dell'imprenditore, vedi fin d'ora P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 548 ss.

<sup>53</sup> Sulla forte restrizione alla libertà del datore di lavoro e sul parziale sacrificio anche delle sue ragioni organizzative, vedi F. SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, cit., 24. Ma sull'opposta esigenza dell'impresa di risanarsi nel mercato anche nell'interesse generale del Paese, vedi G. PERA, *I licenziamenti collettivi*, cit., 214.

<sup>54</sup> Cfr. le già citate direttive n. 75/129/CEE, n. 92/56/CEE e n. 98/59/CE.

<sup>55</sup> Cfr., *infra*, cap. III, par. n. 2.

sostanzialmente unico) controllo giudiziale («causale») sulla giustificazione del licenziamento<sup>56</sup>. E del resto la limitata rilevanza dei motivi del licenziamento collettivo è anche più coerente con il fatto che l'applicazione dei criteri di scelta talvolta o spesso determina, o comunque può determinare, anche il licenziamento di lavoratori che non fanno parte dei reparti, sedi, uffici o settori produttivi soppressi o ristrutturati o riorganizzati<sup>57</sup>.

Dunque la combinazione ed il necessario rispetto di queste precise condizioni legali consente di poter superare anche quei dubbi manifestati da parte della dottrina escludendo il rischio che la scelta gestionale del datore di lavoro di procedere a licenziamenti collettivi sia o possa essere considerata come una scelta assolutamente discrezionale ed arbitraria sottratta ad ogni tipo di controllo e limite<sup>58</sup>.

Al contrario i limiti e i controlli di legge ci sono, e sono anche penetranti, raggiungendo l'obiettivo di arginare e anche modificare la libertà del datore di lavoro specie con riguardo alla scelta dei lavoratori da licenziare<sup>59</sup>.

#### 4. Limiti al controllo giudiziale e coerenza con l'art. 30, comma 1, della legge n. 183 del 2010. Il giudice e l'imprenditore

La correttezza dell'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità sui limiti del controllo giudiziale in materia di licenziamenti collettivi ha trovato ulteriore conferma nell'art. 30, comma 1, della legge n. 183 del 2010.

In base a tale disposizione, infatti, anche nell'ipotesi di esercizio dei poteri datoriali e di recesso (incluso il potere di procedere a licenziamenti collettivi nel caso di eccedenze di personale) il controllo del giudice è limitato all'accertamento del presupposto di legittimità e «non può essere esteso al

<sup>56</sup> In tal senso, cfr. tra gli altri S. LIEBMAN, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/1991: tendenza della prassi applicativa*, cit., 125 ss.; A. PILATI, *Le sanzioni nei licenziamenti collettivi*, cit., 503 ss.; (sembra anche) G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 134, ma già M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 928.

<sup>57</sup> Cfr. sempre, *infra*, cap. III, par. n. 2 ss. Per il porsi del problema, vedi anche M. DE ROSA, *Il licenziamento per ragioni economiche: la fattispecie*, cit., 663.

<sup>58</sup> Con riferimento più in generale ai licenziamenti per motivazioni economiche, cfr. Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, cit.; Cass., 15 febbraio 2017, n. 4015, cit.

<sup>59</sup> Già all'indomani dell'approvazione della legge n. 223 del 1991, F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, cit., 15, evidenziava infatti che la filosofia di quella legge non era «grettamente liberista», ma il legislatore aveva inteso provvedere a realizzare anche «consistenti garanzie a favore dei lavoratori». Nello stesso senso, vedi anche A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 432.

sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive»<sup>60</sup>.

Nel nostro caso, il presupposto di legittimità è l'esistenza della riduzione o trasformazione di attività o lavoro (e il fatto che essa, come potrebbe accadere, non nasconda una frode alla legge o altro motivo illecito). Mentre il giudice non può sostituirsi all'imprenditore nelle valutazioni che la libertà di iniziativa economica costituzionalmente tutelata riconosce esclusivamente a quest'ultimo<sup>61</sup>.

Né, del resto, ne avrebbe i poteri e, soprattutto, le competenze economiche-gestionali soprattutto in termini di responsabilità rispetto all'assunzione del relativo rischio di impresa. Il punto centrale è proprio questo: il giudice dovrebbe surrogarsi nelle scelte all'imprenditore senza averne, però, la responsabilità per ciò che riguarda rischi e conseguenze patrimoniali pregiudizievoli<sup>62</sup>.

Quel giudice quindi non può (né sarebbe in grado di) identificare un interesse proprio dell'impresa diverso ed autonomo rispetto all'interesse dell'imprenditore.

Non vi può essere infatti un interesse dell'impresa oggettivamente inteso, diverso e superiore rispetto all'interesse dell'imprenditore. Già da tempo del resto la dottrina prevalente ha escluso che l'impresa possa configurarsi come istituzione distinta dall'imprenditore, come tale portatrice di interessi propri e oggetto di autonoma considerazione da parte dell'ordinamento<sup>63</sup>.

E poiché quindi l'interesse dell'imprenditore è l'unico che assume rilevanza non è neppure ipotizzabile che le eventuali lacune del giudice

<sup>60</sup> Per precedenti analoghi ma limitati ad ipotesi particolari, cfr. l'art. 27, comma 3, d.lgs. n. 276 del 2003, in materia di somministrazione di lavoro, e l'art. 69, comma 3, d.lgs. n. 276 del 2003, in materia di lavoro a progetto.

<sup>61</sup> Per l'affermazione che con l'art. 30 della legge n. 183 del 2010 il legislatore ha inteso «tutelare più intensamente la libertà organizzativa dell'impresa», cfr. Cass., 18 novembre 2015, n. 23620, cit.

<sup>62</sup> Cfr. Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, cit., secondo cui il giudice è inevitabilmente privo degli «strumenti conoscitivi e predittivi che gli consentano di valutare quale possa essere la migliore opzione per l'impresa e per la collettività». In dottrina, sulle difficoltà (di attitudine e tecniche) per il giudice, cfr. soprattutto M. PERSIANI, *Commento all'art. 4*, cit., 918; ID., *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, cit., 26; P. ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 46 e su alcuni suoi precedenti)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, 365.

<sup>63</sup> Cfr., ad esempio, G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., 18; M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, cit., 686 ss.; R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 757; R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 705. Sul superamento della ricostruzione dell'impresa come istituzione, vedi sempre e per tutti M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, spec. 33 ss.; S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, XXIII, 376 ss.

in termini di conoscenze tecniche possano essere colmate dal ricorso ad «esperti contabili-amministrativi indipendenti»<sup>64</sup>.

Insomma, come sintetizzato da Roberto Pessi, il giudice non può «farsi imprenditore, ridisegnando la pianificazione aziendale e la sua stessa organizzazione»<sup>65</sup>, tanto più ove quell'organizzazione sia particolarmente articolata e complessa<sup>66</sup>.

Peraltro la stessa disposizione dell'art. 30, comma 1, della legge n. 183 del 2010 recepisce e codifica orientamenti già da tempo espressi dalla giurisprudenza<sup>67</sup>, o almeno dalla parte prevalente di essa<sup>68</sup>, anche nella stessa materia dei licenziamenti economici<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> Come invece ritiene A. PERULLI, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit., 257. Per il supporto al giudice delle acquisizioni delle scienze aziendalistiche, vedi anche V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, cit., 36.

<sup>65</sup> Così R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 35. Nello stesso senso, vedi anche M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 875, secondo cui il giudice, nell'interpretare le clausole generali o norme a contenuto generico, «non può trasformarsi in imprenditore».

<sup>66</sup> In proposito, vedi S. BORELLI, *Tecniche di regolazione delle organizzazioni complesse e disciplina lavoristica*, in *Lav. dir.*, 2014, 23 ss.

<sup>67</sup> In tal senso, tra i molti, vedi A. VALLEBONA, *Una buona svolta per il diritto del lavoro: il «collegato» 2010*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 211; R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 475; M. CINELLI, *Dal «Collegato 2010» alle «manovre» dell'estate 2011: quali scenari per la giustizia del lavoro?*, cit., 562; G. PELLACANI, *Il cosiddetto «Collegato lavoro» e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 234, secondo il quale l'effetto in concreto più rilevante della norma è quello di rendere «irreversibili» tali orientamenti; E. BOGHETICH, *I requisiti sostanziali. Il giustificato motivo oggettivo*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, a cura di G. Pellacani, cit., 195. Per il carattere innovativo della norma invece, vedi A. PERULLI, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit., 269-270. Sulla sua sostanziale inutilità giuridica, cfr. B. CARUSO, *Riflessioni retrospettive sul giustificato motivo oggettivo (a prescindere dal Jobs Act): la fattispecie*, cit., 6, secondo cui essa non costituisce «certamente un *quid novi* regolativo»; L. NOGLER, *Opinioni sul «collegato lavoro»*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 126; E. BOGHETICH, *I requisiti sostanziali. Il giustificato motivo oggettivo*, cit., 195; M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, cit., 875, per cui il valore della previsione è essenzialmente simbolico.

<sup>68</sup> Cfr. C. ZOLI, *La legge n. 183 del 2010: le novità in materia di licenziamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 837.

<sup>69</sup> Cfr., ad esempio, Cass., 4 novembre 2004, n. 21121, cit., secondo cui nel licenziamento determinato da ragioni inerenti l'attività produttiva «non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la

Ma che soprattutto nei licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo non sempre erano stati correttamente applicati prevalendo talvolta interpretazioni eccessivamente limitative delle prerogative datoriali; interpretazioni, cioè, per effetto delle quali, pur a volte premettendo il contrario o comunque senza dirlo espressamente<sup>70</sup>, si finiva per sindacare giudizialmente anche il motivo imprenditoriale alla base della scelta organizzativa di sopprimere il posto di lavoro, controllando se quel motivo fosse opportuno o pertinente dal punto di vista economico<sup>71</sup>.

Per questo è da condividere il rilievo sull'importanza di aver trasposto in legge l'opinione comunemente accolta dalla giurisprudenza per evitare che l'affermazione del principio si traduca (come talvolta è accaduto più o meno consapevolmente) «nella sua negazione all'atto dell'applicazione pratica»<sup>72</sup>.

soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato»; Cass., 27 ottobre 2009, n. 22648, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 556; Cass. 22 agosto 2007, n. 17887, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2007, n. 1409, per cui la decisione dell'imprenditore, «quando sia effettiva e non simulata o pretestuosa, non è sindacabile dal giudice quanto ai profili della sua congruità ed opportunità».

<sup>70</sup> Li definisce «scostamenti striscianti» dai principi proclamati in via generale, A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 29. Vedi anche R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 757. La definisce invece «forzatura argomentativa» (di «contraddire in concreto ciò che si affermava solennemente in astratto») necessaria per raggiungere «un equilibrio accettabile», L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e sindacato giudiziario*, cit., 474. Su come spesso i giudici si fanno carico (con un sindacato sostanzialmente di merito) di tutelare l'occupazione del singolo lavoratore nella convinzione che la perdita del posto di lavoro comporti una lesione della sua dignità, vedi anche M. NOVELLA, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 800. Nello stesso senso, vedi infine M.V. BALLESTRERO, *L'estinzione del rapporto*, cit., 1919.

<sup>71</sup> Cfr., ad esempio, Cass., 11 luglio 2011, n. 15157, in *Riv. crit. dir. lav. priv. pubbl.*, 2011, 707, la quale, pur premettendo che il giudice non può sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., finisce poi per affermare che le ragioni organizzative che devono giustificare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo debbono essere (oltreché effettivamente sussistenti anche) «serie e non convenientemente eludibili», tali da imporsi sulle esigenze di stabilità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Vedi anche, sempre con riferimento al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la giurisprudenza sull'incremento del profitto richiamata nella nt. 20 che precede. Per ricostruzioni che, sia pure con diversi fondamenti giuridici, intensità e caratteristiche, estendono tutte il controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo in un'ottica sostanzialmente funzionalistica, cfr. tra gli altri E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., spec. 73 ss. e 227 ss.; V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, cit., 11 ss.; S. VARVA, *Il licenziamento economico*, cit., 66 ss.

<sup>72</sup> Cfr. Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, cit. Ed anche in diverse ricostruzioni della dottrina

In tal modo il legislatore, per evitare ulteriori «fratture» con i suoi interpreti<sup>73</sup>, fornisce alla giurisprudenza un criterio di interpretazione esplicito (indica quale sia, o almeno debba essere, la *ratio*) attribuendo prevalenza all'interesse dell'impresa e della produzione rispetto a quello del lavoratore<sup>74</sup>.

si riscontra lo stesso problema: si premette prima l'illegittimità di un controllo giudiziale sul merito delle scelte imprenditoriali ritenute insindacabili (ossia sul fatto che il datore di lavoro sia unico ed esclusivo titolare dell'interesse all'organizzazione), per poi finire in definitiva per riattribuire lo stesso al giudice poteri di controllo più incisivi e stringenti sul motivo economico del recesso attraverso di volta in volta il ricorso al principio di buona fede (E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 229-230. Ma vedi già F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., 126), alla figura dell'abuso del diritto (M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., 126 ss.), al principio lavoristico che caratterizza la nostra Costituzione (V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, cit., 11 ss.). Per ricostruzioni che invece ritengono legittimo anche un controllo giudiziale diretto sul merito degli atti imprenditoriali sulla base dell'applicazione dei principi di proporzionalità e razionalità, vedi A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, cit., 90, secondo cui le clausole di buona fede e correttezza agiscono «laddove manchino esplicite disposizioni normative che impongono limiti causali/funzionali, al fine di ricondurre entro margini di ragionevolezza e di temperamento degli interessi il potere datoriale»; esse, infatti, recepiscono valori etici e sociali e principi costituzionali, «costituendo il collegamento normativo attraverso cui far penetrare nell'ordinamento giuridico – in funzione di completamento del sistema stesso – regole di proporzionalità e razionalità». Analoghe considerazioni anche e già in ID., *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, 1 ss. Vedi anche, sempre per la valorizzazione del principio di ragionevolezza, L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e sindacato giudiziario*, cit., 475 ss. Nella stessa ottica recentemente, vedi infine P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Torino, 2016, spec. 237 ss. Per la critica alle ricostruzioni dottrinali che finiscono per funzionalizzare il potere di licenziamento ad un fine sociale, vedi C. ZOLI, *Eccesso di potere e ingiustificatazza: la prospettiva del diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 580 ss, e più recentemente V. NUZZO, *La norma oltre la legge. Causali e forme del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, cit., 117 ss., secondo cui l'effetto concreto che esse producono è quello «di un ampliamento degli spazi di discrezionalità dell'interprete, a danno delle invocate esigenze di certezza del diritto» (121).

<sup>73</sup> Cfr. A. TURSI, *Dalla riforma dell'art. 18 al jobs act. Riproposizione e ricomposizione della frattura tra il legislatore e i suoi interpreti?*, cit., XXIV ss.

<sup>74</sup> Sull'utilità della norma anche per chiarire la volontà politica del legislatore, vedi S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit., 128 e 182. Per la ricostruzione della norma come «direttiva» rivolta al giudice ad interpretare le disposizioni in questione compatibilmente «con il valore costituzionale della libertà di iniziativa economica», vedi R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, cit., 475. Cfr. anche G. PELLACANI, *Il cosiddetto «Collegato lavoro» e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, cit., 226 e 233, secondo cui l'obiettivo primario della previsione legislativa consiste «nel chiarire una volta per tutte il ruolo dei diversi attori coinvolti» ed il suo contenuto «rafforza senz'altro il principio per cui un apprezzamento in ordine all'opportunità e convenienza dell'atto imprenditoriale

Ossia all'interesse del datore di lavoro a disporre dell'organizzazione rispetto a quello del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro.

Peraltro, una volta legificato, l'applicazione giudiziale di quel principio risulta rafforzata anche dal possibile controllo di legittimità nel giudizio di cassazione<sup>75</sup>. Il che costringerà ora la Suprema Corte a prendere posizione su eventuali sconfinamenti dei giudici di merito in ordine al tipo di controllo effettuato sulle scelte organizzative del datore di lavoro<sup>76</sup>.

Dunque, al fine di evitare che al garantismo della legge si affianchi «un autonomo garantismo giudiziale»<sup>77</sup>, per il giudice si configura un vero e proprio divieto di ingerenza sulle scelte di gestione aziendale dell'imprenditore<sup>78</sup>.

E si tenga conto che anche la stessa dottrina più fortemente critica nei confronti dei limiti posti al controllo giudiziale sulle scelte organizzative imprenditoriali, nonostante gli apprezzabili e molteplici sforzi profusi, non ha mai identificato con sufficiente chiarezza sulla base di quali condizioni oggettive quell'eventuale ingerenza dovrebbe essere consentita ed effettivamente esercitata dal giudice<sup>79</sup>.

Non ha mai chiarito, cioè, quando, come e perchè il giudice dovrebbe o potrebbe ritenere una determinata scelta organizzativa imprenditoriale «non congrua» o «non seria» o «non intrinsecamente razionale» sotto il

---

(la «scelta sottostante») non è consentito». Un giudizio molto critico è, invece, in M.V. BALLESTRERO, *Perturbazione in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, in *Lav. dir.*, 2009, 3 ss., ed anche in G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, spec. 40 ss.

<sup>75</sup> Cfr., ancora, art. 30, comma 1, della legge n. 183 del 2010, come modificato dall'art. 1, comma 43, della legge n. 92 del 2012. In proposito, vedi gli interventi in *Il controllo della Cassazione sulle norme generali*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di A. Vallebona, 2013, n. 1, 9 ss.

<sup>76</sup> Cfr. A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 30. Sull'«impatto rilevante» della norma in particolare dinanzi alla Corte di cassazione, vedi anche C. ZOLI, *Commento all'art. 41 Cost.*, in R. DE LUCA TAMAJO e O. MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2013, 116.

<sup>77</sup> Definito «inopportuno» da R. DE LUCA TAMAJO, *Il sindacato di ragionevolezza nella giurisprudenza*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, 402, anche per la citazione tra virgolette nel testo.

<sup>78</sup> Per la riduzione degli spazi di controllo devoluti al giudice per quanto attiene alla verifica della cause legittimanti la riduzione del personale, cfr. soprattutto Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, cit.

<sup>79</sup> Cfr., ad esempio, A. PERULLI, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit., 257 ss.; V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, cit., 23 ss.; E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., spec. 73 ss. Per ulteriori tentativi sempre in tal senso, vedi anche S. VARVA, *Il licenziamento economico*, cit., 66 ss.

profilo «valoriale»<sup>80</sup>. E in particolare nella materia dei licenziamenti economici perché anche la riduzione dei costi o l'incremento della competitività aziendale o anche solo dei profitti non dovrebbero o potrebbero essere ritenuti motivi imprenditoriali anch'essi congrui, seri e razionali da porre a base della scelta organizzativa di sopprimere il posto di lavoro o ridurre o trasformare l'attività o il lavoro<sup>81</sup>.

Del resto, come è stato già correttamente affermato anche dalla giurisprudenza, il rischio è che ritenere quei motivi non congrui, non seri o non razionali possa rendere l'organizzazione produttiva un dato sostanzialmente imm modificabile se non in presenza di un andamento negativo dell'azienda o, addirittura, di un vero e proprio dissesto o predissesto finanziario<sup>82</sup>.

Mentre l'interesse intrinseco, per così dire «naturale», dell'imprenditore è quello di incrementare sempre l'efficienza, la redditività e la produttività dell'impresa<sup>83</sup>. Non soltanto per affrontare o prevenire situazioni di difficoltà o di crisi, ma anche più semplicemente (nell'ambito di una strategia aziendale più ampia) per rafforzare l'impresa nell'ottica di creare ancora

<sup>80</sup> Cfr., sempre, A. PERULLI, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit., 258, 264 e 282, secondo cui nel licenziamento il giudice deve selezionare le ragioni economiche ammissibili a far retrocedere il diritto alla stabilità dell'impiego secondo i canoni di razionalità «strumentale» e «assiologica» dell'agire. Nello stesso senso, vedi anche V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, cit., 24, per la necessità che il licenziamento economico sia giustificato da «cause serie e di una certa gravità», nonché V. BAVARO, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, 235 ss., e M.V. BALLESTRERO, *L'estinzione del rapporto*, cit., 2011.

<sup>81</sup> Per E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 185, «quando mira solo ad allargare il suo utile, il datore di lavoro non è in buona fede», e quindi il relativo licenziamento così giustificato è da ritenersi illegittimo.

<sup>82</sup> Ma ammettere che il licenziamento per motivi economici sia legittimo esclusivamente ove esso tenda ad evitare il fallimento dell'impresa (e non anche a migliorare la redditività) sarebbe una conclusione «costituzionalmente impraticabile e illogica» anche perché «in termini microeconomici, nel lungo periodo e in un regime di concorrenza, l'impresa che ha il maggior costo unitario di produzione è destinata ad essere espulsa dal mercato». Così Cass., 1 luglio 2016, n. 13516, cit. In dottrina, vedi C. ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 661, secondo cui diversamente si determinerebbe «l'ingiustificatezza di qualunque licenziamento per ragioni tecnico-organizzative adottato da un'impresa dotata di bilanci non in passivo». Nello stesso senso, vedi anche P. ICHINO, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamenti per motivi economici*, cit., 840, secondo cui una regola di questo genere «rischierebbe di costituire un fattore di debolezza gravissimo per l'intero sistema economico nazionale».

<sup>83</sup> Cfr. Cass., 10 maggio 2007, n. 10672, cit.; Cass., 24 maggio 2007, n. 12094, cit.; Cass., 4 novembre 2004, n. 21121, cit.

più occupazione e benessere<sup>84</sup>. Del resto, come ha ricordato Francesco Galgano, l'imprenditore è essenzialmente colui che «svolge una funzione creativa di ricchezza»<sup>85</sup>.

Nel nostro ordinamento giuridico quindi (per l'ampiezza e l'indeterminatezza delle causali di giustificazione utilizzate dal legislatore) il licenziamento per motivi economici, e quello collettivo in modo particolare, si configura come uno degli strumenti di gestione dinamica dell'attività imprenditoriale utilizzabile anche quando l'azienda versa *in bonis* ed anche quando l'obiettivo è quello di migliorare la competitività dell'impresa sul mercato o di consentirle una risposta più adeguata alle esigenze della domanda<sup>86</sup>.

E ciò anche nell'ipotesi in cui il licenziamento sia posto in essere per rimediare ad una scelta di assumere iniziale errata o, comunque, superata dagli eventi successivi, non potendo l'errore iniziale o la sopravvenuta inutilità di quella scelta impedire al datore di lavoro il successivo recesso in presenza dei presupposti obiettivi richiesti dalla legge<sup>87</sup>, se non a costo

<sup>84</sup> Fermo restando che «il vaglio della scelta organizzativa di impresa alla luce dei motivi psicologici ed etici dell'imprenditore (il profitto come fine egoistico) non è consentito dalla legge». Così B. CARUSO, *Riflessioni retrospettive sul giustificato motivo oggettivo (a prescindere dal Jobs Act): la fattispecie*, cit., 10.

<sup>85</sup> Così F. GALGANO, *Imprenditore*, cit., 1.

<sup>86</sup> Anche L. NOGLER, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, cit., 392, ritiene che la disposizione che nel licenziamento individuale richiede la sussistenza del giustificato motivo oggettivo (e ancor più quindi quella che a giustificazione del licenziamento collettivo richiede l'esistenza di una riduzione o trasformazione di attività o lavoro) non può «essere interpretata come se predeterminasse uno specifico assetto organizzativo, perché ciò annullerebbe la libertà d'iniziativa economica del datore di lavoro».

<sup>87</sup> In tal senso invece, cfr. E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 102-104, secondo cui è illegittimo perché contrario a buona fede addebitare al collaboratore l'esito negativo di una scelta rivelatasi poi inopportuna (sul presupposto che è stata la società ad aver creato il problema aumentando l'organico). In particolare, sempre secondo l'Autore, «la riduzione di lavoro non corrisponde ad uno scopo accettabile qualora dipenda da un originario eccesso immotivato nella stipulazione dei contratti individuali, poiché la complessiva considerazione del comportamento deve muovere da una valutazione di autoresponsabilità sociale» (186-187). Come dire insomma che il datore di lavoro non può rimediare ai propri errori e che l'organizzazione aziendale è un dato sostanzialmente immodificabile (fermo che non è chiaro poi, come e sulla base di quali parametri il giudice possa ritenere l'originaria stipulazione dei contratti individuali immotivata e soprattutto eccedente le necessità di quel momento). In quest'ultimo senso, cfr. anche V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, cit., 27, anche in considerazione «della naturale rischiosità di molte delle decisioni assunte dall'impresa e della impossibilità di esprimere un esatto giudizio prognostico sulla loro efficacia». Per l'irrelevanza delle scelte di mercato che sono alla base dei licenziamenti per riduzione di personale, cfr. anche G. GIUGNI,

di limitare oltremodo (per di più senza specifici supporti normativi) la sua libertà di iniziativa economica privata. Oltre a doversi tener conto dei più che probabili effetti disincentivanti che una soluzione di questo genere potrebbe avere sulla stessa propensione dei datori di lavoro ad assumere.

E comunque, in assenza di alcuna indicazione legislativa in proposito, resterebbe anche la difficoltà per il giudice, soprattutto nelle organizzazioni più complesse e di maggiori dimensioni, di individuare parametri di riferimento certi, uniformi e condivisi per stabilire quando l'andamento dell'azienda possa essere ritenuto effettivamente negativo o gravemente negativo o tale da determinare una situazione di vera e propria crisi o dissesto finanziario<sup>88</sup>. Con il rischio di dilatare enormemente gli spazi di intervento del magistrato e così di produrre inevitabilmente decisioni giudiziali soggettive, relative, variabili e contrastanti.

In altri termini e infatti, resterebbe la difficoltà per il giudice di selezionare le ragioni economiche «buone» (in quanto «gravi») e, come tali, «ammissibili a far retrocedere il diritto alla stabilità dell'impiego»<sup>89</sup>; ovvero di stabilire quando il datore di lavoro sia stato «leale» nel perseguire il suo obiettivo di riduzione del personale od abbia agito in «buona fede» ed il

---

*Intervento*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., 102, secondo cui «se intendo espandere la mia produzione automobilistica anche a quella di camions, e per questo assumo lavoratori, successivamente constato di aver commesso un errore di mercato e chiudo questo ramo dell'impresa, qui siamo fuori dalla logica del sindacato giudiziale».

<sup>88</sup> È consapevole del problema E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 105, il quale riconosce che si tratta di valutazioni non sempre agevoli e che riguardano informazioni complesse; ciò nonostante l'Autore ritiene che il giudice debba accertare la crisi (da intendersi come «prodromo del dissesto») avendo riguardo allo stato patrimoniale dell'azienda e ai normali dati economici. Nello stesso senso, vedi anche V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, cit., 36, per cui nei bilanci e nei documenti ad esso allegati «si trova non solo la descrizione dell'esistente ma anche la individuazione delle misure necessarie a risolvere la situazione di crisi o difficoltà, con giudizi prognostici sulle possibili evoluzioni negative dell'andamento aziendale e sulle misure da intraprendere per prevenire tali conseguenze». Ma il punto è sempre che il giudice (anche con l'eventuale supporto degli strumenti messi a disposizione dalle scienze delle organizzazioni produttive e aziendali) non potrà mai sostituire il proprio punto di vista a quello dell'imprenditore stabilendo quali debbano essere le misure necessarie da adottare per superare o prevenire una crisi.

<sup>89</sup> Le citazioni tra virgolette nel testo sono di A. PERULLI, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit., 264 e 266. Vedi anche ID., *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, 412, secondo cui il potere dell'imprenditore è ragionevole «nella misura in cui il licenziamento per motivo economico (oggettivo) trovi la sua giustificazione in una seria ragione di gestione dell'impresa e non in una mera finalità di profitto».

licenziamento sia «compatibile con parametri sociali» e di «solidarietà»<sup>90</sup>; ovvero ancora di stabilire quando la scelta adottata dal datore di lavoro sia «consistente, credibile e seria» e «socialmente tollerabile» in relazione all'interesse antagonista del lavoratore a conservare il posto di lavoro<sup>91</sup>; ovvero ancora di accertare quando la ragione organizzativa addotta sia «necessaria» e risponda a «criteri di media sociale» o di «corretta gestione aziendale»<sup>92</sup>; o ancora più in particolare, infine, di individuare quando lo stato di difficoltà economica sia «consistente e non modesto», la situazione di crisi «non contingente», l'innovazione organizzativa abbia una incidenza sui costi «non modesta» e di «una certa consistenza» oppure determini miglioramenti organizzativi «rilevanti»<sup>93</sup>.

Fermo restando che ciascun imprenditore è libero di far fronte all'andamento economico della propria impresa, sia esso negativo o anche positivo, adottando una propria strategia aziendale, diversa quindi da imprenditore a imprenditore<sup>94</sup>. Ed è quindi libero di adottare provvedimenti organizzativi diversi, e in particolare modelli di organizzazione del lavoro diversi, anche di fronte a situazioni economiche analoghe o comunque

<sup>90</sup> Le citazioni tra virgolette nel testo sono di E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 78 ss., 99 ss., 148 ss., il quale invoca a necessaria giustificazione del licenziamento per riduzione di personale il rispetto da parte del datore di lavoro dei principi di lealtà, buona fede, solidarietà, compatibilità e autoreponsabilità sociale, per cui il giudice in particolare nel licenziamento collettivo deve verificare se le scelte del datore di lavoro siano «coerenti, prevedibili, corrispondenti all'evoluzione dell'intera azienda». Per la condivisibile critica a tali affermazioni, vedi C. ZOLI, *Osservazioni a proposito del libro di Enrico Gragnoli, La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, Padova, 2006, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 1821-1822, secondo cui il criterio della buona fede può operare non già sul piano della scelta organizzativa dell'imprenditore, ma, se mai, su quello in cui si producono i suoi effetti, in particolare con riguardo alla scelta dei destinatari; diversamente «si finirebbe per funzionalizzare il potere di licenziamento ad un fine sociale» in assenza di un necessario intervento del legislatore.

<sup>91</sup> Le citazioni tra virgolette nel testo sono di G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, cit., 45.

<sup>92</sup> Le citazioni tra virgolette nel testo sono di P. ALLEVA, *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economiche-produttive*, cit., 70 e 82.

<sup>93</sup> Le citazioni tra virgolette nel testo sono di V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, cit., 25, 26, 30, 31 e 41. Vedi anche, per analoghe considerazioni, ID., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 562 ss.

<sup>94</sup> Come ben evidenziato già molti anni fa da G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., 17-18, l'impresa una volta costituita «non è per il soggetto promotore ed organizzatore come una sorte di gabbia nella quale egli si trovi per sempre chiuso e condizionato, bensì una attività di cui egli è di volta in volta, di giorno in giorno, arbitro».

assimilabili, sempre con l'assunzione dei relativi rischi e responsabilità<sup>95</sup>.

Non è configurabile nel nostro ordinamento, infatti, un principio generale ed astratto di «razionalità dell'agire economico» cui ogni imprenditore (e in sede di controllo giudiziario lo stesso giudice) dovrebbe(ro) conformarsi<sup>96</sup>. Ed anzi, è opinione largamente condivisa nella dottrina come sia estraneo alla nostra tradizione giuridica l'obbligo per il datore di lavoro di «comportarsi da buon imprenditore»<sup>97</sup>. Così come neppure è configurabile, a differenza di quanto è stabilito per il settore pubblico, un principio o criterio di «buon andamento» dell'impresa<sup>98</sup>.

Dunque le scelte organizzative dell'impresa non possono essere vincolate al raggiungimento di scopi predefiniti (ed imposti) dall'ordinamento sulla base di una gerarchia di valori (neppure se lo scopo sia quello di salvaguardare il più possibile l'occupazione)<sup>99</sup>. Ogni decisione organizzativa

<sup>95</sup> Cfr. Cass., 18 aprile 2007, n. 9263, cit., secondo cui la libertà organizzativa dell'imprenditore garantita costituzionalmente si esprime «nella sua massima ampiezza proprio all'atto di ristrutturazioni o riconversioni produttive, la cui riuscita è collegata proprio alla natura delle scelte di colui che, per assumersene il rischio, deve tali scelte liberamente effettuare, senza subire alcun sindacato sulla loro "razionalità" o "adeguatezza economica"». In dottrina, vedi P. ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 46 e su alcuni suoi precedenti)*, cit., 365, secondo cui l'imprenditore, anche quando adotta decisioni che riguardano la sua organizzazione del lavoro, «può, certo, sbagliare i propri conti, e sovente li sbaglia, ma in tal caso paga di tasca propria: nessuno, dunque, è più motivato di lui a evitare gli errori». Nello stesso senso, vedi anche L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Impresa e diritto del lavoro*, cit., 247.

<sup>96</sup> La citazione tra virgolette nel testo è ancora di A. PERULLI, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit., 270. Nello stesso senso, vedi anche L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e sindacato giudiziario*, cit., 482, secondo cui il controllo giudiziale in materia assolve anche «a una funzione promozionale di una corretta mentalità imprenditoriale».

<sup>97</sup> Così C. ZOLI, *Osservazioni*, cit., 1822. Nello stesso senso, vedi anche S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit., 93-94, cui si rinvia anche per i riferimenti alla scienza dell'organizzazione aziendale, nonché S.P. EMILIANI, *I giudici del lavoro nel conflitto di razionalità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 432, e sembra anche M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., 129 ss. e 144.

<sup>98</sup> Cfr. art. 97, comma 2, Cost. Per i riflessi sul controllo dei poteri della distinzione tra datore di lavoro pubblico e privato, vedi in particolare A. VALLEBONA, *Il controllo dei poteri pubblici e privati: un utile confronto interdisciplinare*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 634 ss.; C. PISANI, *Il controllo sui poteri del datore di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 622 ss.

<sup>99</sup> Mentre soltanto nel caso in cui gli obiettivi aziendali fossero rigidamente predeterminati potrebbe essere prospettata la possibilità per il giudice di controllare la coerenza

di riduzione del personale, se non illecita o fraudolenta, è per questo e sempre razionalmente necessaria. E comunque è da considerare che, come l'esperienza oramai insegna, assai spesso la scelta che è o appare essere quella più razionale in termini di efficienza economica è anche quella che solitamente sacrifica di più gli interessi e i livelli occupazionali.

Pertanto, dal punto di vista giuridico quelle scelte (esclusive ed insindacabili) non possono essere sottoposte a controlli di razionalità e ragionevolezza<sup>100</sup>, ossia a controlli che inevitabilmente finiscono per essere di merito o funzionali, o comunque sconfinare nel merito<sup>101</sup>. E quindi, in assenza di riscontri nel testo normativo<sup>102</sup>, non è possibile circoscrivere il licenziamento collettivo per riduzione di personale soltanto ai casi nei quali esso sia ritenuto socialmente opportuno o tollerabile, serio, necessario, adeguato o inevitabile (dando rilevanza anziché all'interesse dell'organizzazione, anche o esclusivamente ai dati economici).

Ed anzi, anche l'evoluzione del contesto legislativo di riferimento è nel senso di escludere interpretazioni restrittive in materia di recesso per motivi

---

rispetto ad essi di ogni singolo atto di gestione dell'impresa. Sull'interesse concreto dell'impresa come interesse esclusivo che viene soddisfatto attraverso una scelta libera, vedi anche G. FRANZA, *Tecniche di limitazione dei poteri del privato datore di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 604

<sup>100</sup> O anche di «meritevolezza sociale», come sostiene G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 535, pur affermando l'insindacabilità delle scelte tecnico-organizzative del datore di lavoro.

<sup>101</sup> Cfr. soprattutto M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., spec. 7-8. Sul rischio che, tramite i concetti di ragionevolezza, buona fede e correttezza, si introducano ulteriori limiti non espressamente previsti, o addirittura «un controllo giudiziale sul merito e sugli obiettivi dei singoli atti di esercizio del potere datoriale», vedi anche R. DE LUCA TAMAJO, *Il sindacato di ragionevolezza nella giurisprudenza*, cit., 401. Per l'impossibilità di sottoporre le scelte organizzative del datore di lavoro in materia di giustificato motivo oggettivo a controlli di razionalità astratta, me se mai soltanto di ragionevolezza concreta, vedi B. CARUSO, *Riflessioni retrospective sul giustificato motivo oggettivo (a prescindere dal Jobs Act): la fattispecie*, cit., 4 e 12. Sulle distinzioni tra controllo di razionalità, controllo di ragionevolezza sociale (in senso forte e debole) e controllo di proporzionalità in materia di licenziamento economico, vedi S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit., 23 ss. e 73 ss. In proposito e per un apprezzamento dell'operato dei giudici, vedi anche S.P. EMILIANI, *I giudici del lavoro nel conflitto di razionalità*, cit., 442 ss., secondo cui il giudice del lavoro in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento esercita il suo controllo con riferimento all'interesse all'organizzazione, valutando se, avuto riguardo al concreto interesse perseguito, il datore di lavoro abbia agito o no entro i limiti della sfera di libertà garantitagli dalla legge.

<sup>102</sup> Sulla necessità della previsione espressa dei limiti ai poteri del privato datore di lavoro da parte della legge (o dell'autonomia collettiva), vedi A. VALLEBONA, *Il controllo dei poteri pubblici e privati: un utile confronto interdisciplinare*, cit., 635.

economici, e collettivo in modo particolare: basti solo considerare, come già si è ricordato, la trasformazione in atto della tutela dell'occupazione da tutela (prevalentemente) del posto di lavoro a tutela (anche e sempre di più) nel mercato del lavoro<sup>103</sup>, e quindi al di fuori del contratto di lavoro, con una crescente correlazione e sinergia tra politiche passive e attive<sup>104</sup>.

##### 5. Limiti al controllo giudiziale e coerenza con i principi costituzionali. Il bilanciamento tra impresa e lavoro

Com'è noto la libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41, comma 1, della Costituzione non è assoluta e illimitata<sup>105</sup>. Essa, infatti, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo tale da procurare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana<sup>106</sup>.

Per giurisprudenza costituzionale unanime spetta al legislatore ordinario individuare in concreto quali siano i limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata che corrispondono all'utilità sociale e alla necessità di tutelare la sicurezza, la libertà e la dignità umana<sup>107</sup>. Ed anche

<sup>103</sup> E «non dal mercato del lavoro». Cfr. P. ICHINO, *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, cit., 13; ID., *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, cit., 208 ss.

<sup>104</sup> Su tali correlazioni e sinergie, vedi in particolare E. BALLETTI, *Le politiche attive e passive per l'occupazione alla luce del Jobs act*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 543 ss. Cfr. anche per ulteriori riferimenti, *retro*, cap. I, par. nn. 3 e 4.

<sup>105</sup> Per la configurazione dell'iniziativa economica privata come diritto soggettivo di libertà, vedi concordemente e per tutti F. GALGANO, *Commento all'art. 41*, cit., 42 ss.; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 3 ss.; L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 163 ss.

<sup>106</sup> Cfr. art. 41, comma 2, Cost.

<sup>107</sup> Cfr., ad esempio, Corte cost., 30 luglio 1992, n. 388, ma già Corte cost., 5 febbraio 1963, n. 1; Corte cost., 6 febbraio 1962, n. 4; Corte cost., 8 febbraio 1962, n. 5; Corte cost., 5 giugno 1962, n. 54. In ambito lavoristico, vedi M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., 29, secondo cui «la tutela dell'uomo che lavora all'interno dell'organizzazione produttiva è realizzata dalla disciplina legislativa che, nella comparazione di tutti gli interessi coinvolti nella produzione secondo le valutazioni espresse dai principi costituzionali, ne definisce l'equilibrato bilanciamento prevedendo limiti ai poteri dell'impresa». Per la riserva legislativa con riguardo ai limiti da porre alla libertà di iniziativa economica privata, vedi anche L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, cit., spec. 238 ss. In generale, e sempre nello stesso senso, vedi già A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 685 ss., spec. 691.

in dottrina, nonostante alcune opinioni di segno contrario<sup>108</sup>, si ritiene comunemente che l'art. 41, comma 2, della Costituzione sia una «norma in bianco» da riempire ad opera del legislatore<sup>109</sup>.

È dunque riservato alla legge contemperare la libertà di iniziativa economica privata con i limiti (di ordine negativo e non immediatamente precettivi)<sup>110</sup> ad essa posti dalla Costituzione.

Fermo restando che, in una economia di mercato (anche se sociale e regolata)<sup>111</sup>, quei limiti in ogni caso non possono essere «irragionevoli»<sup>112</sup>, ovvero «tali da renderne impossibile o estremamente difficile l'esercizio»<sup>113</sup>. Nel nostro sistema, infatti, è oramai principio acquisito che anche l'impresa sia un valore, pur se economico<sup>114</sup>, strumentale (ma necessario, ed anzi indispensabile) alla realizzazione dei valori della persona e della tutela dell'uomo che lavora<sup>115</sup>.

<sup>108</sup> Per tutti, cfr. C. ESPOSITO, *I primi tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33 ss., e più di recente E. GLIOZZI, *La distribuzione delle ricchezze e l'utilità sociale: l'importanza dell'art. 41 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 769.

<sup>109</sup> Cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 244; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., 602; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, cit., 3. In proposito, vedi anche la posizione in parte diversa di G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 310 ss.

<sup>110</sup> Cfr. Corte cost., 30 dicembre 1958, n. 78.

<sup>111</sup> Sui rapporti tra regole giuridiche e mercato, e per la necessità che sia l'ordinamento giuridico a governare l'economia e non il contrario, vedi in particolare tra i giuslavoristi A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro ed i necessari rimedi*, cit., spec. 884 ss.; G. PROIA, *Diritto del lavoro e mercato*, cit., 1041. Vedi poi anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, per il netto e fermo rifiuto di qualsiasi «naturalismo economico» (V). Sulla necessità di «interventi strutturali di lungo periodo di riregolazione transnazionale dell'economia di mercato», vedi infine R. PESSI, *Libertà e diritto del lavoro*, cit., 1334.

<sup>112</sup> Cfr., tra le molte, Corte cost., 17 luglio 2002, n. 355; Corte cost., 14 giugno 2001, n. 190; Corte cost., 3 giugno 1998, n. 196; Corte cost., 22 gennaio 1987, n. 14. Sull'equilibrato bilanciamento in termini di ragionevolezza, vedi G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 3, ed anche M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 80 ss.

<sup>113</sup> Cfr. Corte cost., 21 maggio 1970, n. 78. Cfr. anche Corte cost., 23 aprile 1965, n. 30; Corte cost., 5 luglio 1990, n. 316, per la necessità di tener conto anche degli equilibri finanziari di bilancio. In dottrina, per l'esistenza di un nucleo essenziale incompressibile della libertà di iniziativa economica privata, cfr. G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, cit., 4 ss.

<sup>114</sup> Ma non soltanto economico. Nel senso che la scelta della libertà di iniziativa privata non è una scelta meramente economica, vedi G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 320.

<sup>115</sup> Sull'impresa come valore costituzionale, vedi A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 73; M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, cit., 15.

In materia di eccedenze di personale il legislatore, utilizzando una tecnica di tutela già ampiamente collaudata nel diritto del lavoro nell'ambito dei trasferimenti d'azienda<sup>116</sup> e delle integrazioni salariali<sup>117</sup>, ha deciso di sottoporre il potere del datore di lavoro di procedere a licenziamenti collettivi al duplice obbligo del rispetto di determinati adempimenti procedurali<sup>118</sup> e di criteri oggettivi per la scelta dei lavoratori da licenziare.

Si tratta di limiti esterni che non vincolano i poteri imprenditoriali al perseguimento di un certo risultato (con l'esclusione di ogni possibile funzionalizzazione) ma ne condizionano l'esercizio alla ricorrenza di determinati presupposti stabiliti nell'interesse dei lavoratori<sup>119</sup>.

In tal modo il legislatore, pur riconoscendo la libertà di licenziamento in materia di riduzione del personale, ne ha valorizzato i rilevanti profili sociali, come richiesto dall'art. 41, comma 2, Cost.<sup>120</sup>.

Il contemperamento operato dal legislatore in tale materia è da ritenersi congruo in quanto, ampliando i poteri del sindacato e dell'autorità istituzionale nella fase procedurale antecedente al recesso in funzione di tutela dell'interesse collettivo e pubblico all'occupazione, è diretto proprio a garantire che le eccedenze di personale siano gestite dal datore di lavoro in modo

<sup>116</sup> Cfr. art. 47, legge n. 428 del 1990. In dottrina, vedi in particolare A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento di azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, 7 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999; ID., *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda dopo le modifiche apportate dal d.leg. n. 18 del 2001*, in *Dir. lav.*, 2001, I, 447 ss.

<sup>117</sup> Cfr. già art. 5, legge n. 164 del 1975, art. 1, legge n. 223 del 1991 e, ora, artt. 14 e 24, d.lgs. n. 148 del 2015.

<sup>118</sup> Sulla procedura come limite alla libertà d'impresa in attuazione del principio della solidarietà sociale, vedi M. D'ANTONA, *«Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91*, cit., 2027 ss.

<sup>119</sup> Sulla configurazione dei limiti posti dalla legge ai poteri discrezionali del datore di lavoro come limiti esterni, vedi C. ZOLI, *Eccesso di potere e ingiustificatezza: la prospettiva del diritto del lavoro*, cit., 580; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., 72, nonché gli Autori e le opere già citati *retro* cap. I, par. n. 2, nt. 38.

<sup>120</sup> Consapevolmente quindi il legislatore, nella sua opera di mediazione, non ha inteso porre limiti ulteriori alla espansione del potere imprenditoriale. Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Il sindacato di ragionevolezza nella giurisprudenza*, cit., 402. Per come la disciplina procedurale sui licenziamenti collettivi (con le tecniche di tipo promozionale e incentivante utilizzate) e quella cogente sui criteri di scelta possano considerarsi una peculiare forma di attuazione dell'art. 41, commi 2 e 3, Cost., vedi anche G. BOLEGO, *La procedura di mobilità*, cit., 482, e F. SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, cit., 23 ss.

tale da ridurre al minimo il loro impatto sociale<sup>121</sup>. Il procedimento quindi, con i collegati incentivi e disincentivi, sembra realizzare ancora nella realtà economica e produttiva attuale il migliore dei contemperamenti possibili.

Del resto, come si dirà ampiamente nel paragrafo che segue, nell'operare quel contemperamento il legislatore ha seguito le orme già tracciate dall'ordinamento dell'Unione europea, evitando nel contempo che la decisione imprenditoriale di riduzione del personale potesse essere assolutamente discrezionale sfuggendo del tutto ad ogni controllo e limite<sup>122</sup>.

Per tale ragione è da ritenere congruo e ragionevole anche l'orientamento giurisprudenziale che limita nei termini già ricordati il controllo giudiziale sulla rilevanza dei motivi del licenziamento collettivo<sup>123</sup>. Non è compito del giudice, infatti, contemperare *ex post* interessi confliggenti stabilendo quale debba prevalere al di fuori dei confini stabiliti dalla legge<sup>124</sup>.

Oltretutto, come si è già visto, imporre limiti e vincoli più stringenti (come potrebbero essere quelli di consentire il ridimensionamento del personale dell'impresa solo in presenza di difficoltà economiche più o meno gravi) rischierebbe anche di comprimere quel contenuto minimo della libertà di iniziativa economica privata che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato essere invece incompressibile<sup>125</sup>. In altre parole ciò che non può essere compresso è il potere dell'imprenditore di esercitare

<sup>121</sup> Anche per Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, cit., la disciplina della legge n. 223 del 1991 si può considerare come una forma di attuazione dell'art. 41, commi 2 e 3, Cost. Nello stesso senso, oltre agli Autori citati nella nota che precede, vedi anche e già M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 924, nonché C. ZOLI, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 304-305, secondo cui la procedura realizza «un contemperamento coerente ai fondamentali principi e valori costituzionali e comunitari in materia di diritto del lavoro, libertà di iniziativa economica privata e utilità sociale, libertà sindacale e partecipazione sindacale».

<sup>122</sup> Cfr., *retro*, par. n. 3.

<sup>123</sup> Cfr., *retro*, par. nn. 1 e 2.

<sup>124</sup> Cfr. Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, cit. Nello stesso senso, vedi anche L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, cit., 619, per cui è da escludere che sia affidabile al giudice «il contemperamento degli interessi contrapposti secondo un criterio sostanzialmente d'equità sociale». Invece, si è già ricordato come negli anni 70 del secolo scorso la dottrina aveva ricostruito il licenziamento economico come ultima *ratio* anche sulla base della affermata prevalenza costituzionale del diritto al lavoro e/o del limite dell'utilità sociale. Vedi, in particolare, G.F. MANCINI, *Commento all'art. 4*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 240 ss., spec. 242; M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, cit., 385-386, anche per le relative conseguenze sul piano del controllo giudiziale.

<sup>125</sup> Cfr., *retro*, nt. 113. In dottrina, cfr. M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., 111-112.

le sue prerogative di adeguamento dell'organizzazione produttiva alle esigenze del mercato in modo tempestivo, o comunque nei tempi che lo stesso imprenditore ritiene necessari o congrui.

Né l'imposizione di quei limiti e di quei vincoli al recesso economico potrebbero fondarsi in assenza di precise indicazioni legislative soltanto sull'esistenza e il rilievo di un fondamentale principio lavoristico accolto nella nostra Costituzione, come pure è stato affermato<sup>126</sup>.

Se anche, infatti, fosse possibile collocare tale principio lavoristico in posizione di supremazia rispetto agli altri diritti costituzionali riguardanti l'impresa e l'attività economica<sup>127</sup>, resta che la prevalenza non potrebbe mai essere assoluta come rischierebbe di essere se la legittimità del licenziamento fosse subordinata sempre e soltanto all'esistenza di cause «serie e di una certa gravità»<sup>128</sup>.

In tal caso il sacrificio imposto al datore di lavoro sarebbe eccessivo in quanto esso di fatto sarebbe privato della libertà di adottare i provvedimenti

<sup>126</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, cit., 13 ss.

<sup>127</sup> Nel senso che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca per cui non è possibile stabilire prevalenze assolute di uno di essi sugli altri, cfr. Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264; Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85. In ogni caso, sui limiti e i «cortocircuiti» di un diritto organizzato intorno ai principi, vedi O. MAZZOTTA, *Nel laboratorio del giuslavorista*, cit., 15 ss., anche per la necessità che il «costituzionalismo» (ossia il potere che hanno i principi costituzionali di incidere direttamente sull'attribuzione o negazione di diritti) si ponga sempre «in comunicazione con il sistema giuridico, al cui interno deve essere necessariamente integrato». Sulle controindicazioni di una interpretazione giurisprudenziale fondata sui principi costituzionali, vedi anche L. NOGLER, *Sul pensiero giuslavoristico in tema di interpretazione*, in *Lav. dir.*, 2014, 259-260. Per l'affermazione che la Costituzione «è molto ma non tutto» e che essa «apre, e ovviamente orienta, il farsi del diritto ma non lo chiude», vedi R. DEL PUNTA, *I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro*, cit., 6. In argomento, e in particolare sul ruolo del giudice del lavoro nell'interpretazione della Costituzione, vedi di recente O. MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 235 ss.; P. ALBI, *La costituzione come argomento. Giudici del lavoro e «interpretazione costituzionalmente orientata»*, in *Lav. dir.*, 2014, 519 ss. Più in generale, sempre sui limiti posti all'opera di interpretazione del giudice, vedi M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Milano, 2016, IX, 391 ss., ed anche S. SCIARRA, *Prove di razionalità per il diritto del lavoro della crisi*, cit., 5 ss., per la necessità che anche nelle sentenze dei giudici costituzionali, per evitare che esse siano irrazionali, gli argomenti «funzionali» non prevalgano su quelli «normativi», su cui soltanto debbono fondarsi (richiamando J. HABERMAS, *Fatti e norme*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Roma-Bari, 2013, 289-290).

<sup>128</sup> Così, ancora, V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, cit., 20, 22 e 24.

ritenuti necessari per migliorare la gestione della propria organizzazione di lavoro. Per operare, sopravvivere ed affermarsi, infatti, l'impresa deve confrontarsi con il mercato perseguendo obiettivi di efficienza organizzativa e produttività<sup>129</sup>; e solo in tal modo, peraltro, l'impresa realizza l'utilità sociale producendo ricchezza e creando benessere e occupazione per l'intera comunità<sup>130</sup>.

Mentre si è già ricordato come nella materia dei licenziamenti collettivi, l'iniziativa del datore di lavoro di riduzione del personale è sottoposta a condizioni e limiti di vario tipo che ne escludono l'arbitrarietà e la discrezionalità assoluta, dando rilievo (e consistenza) anche al diritto al lavoro (fermo restando come sia orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale quello secondo cui il diritto al lavoro, ed anche lo stesso principio lavoristico affermato dalla dottrina che si è richiamata, non implica necessariamente anche il diritto dei lavoratori alla conservazione dell'occupazione)<sup>131</sup>.

Né, ancora, è possibile sostenere che, anche in assenza di riscontri di alcun tipo nella legge, l'utilità sociale imporrebbe comunque un controllo del giudice anche sul merito dei motivi richiesti dalla legge per giustificare

<sup>129</sup> Da ultimo, su tali concetti ampiamente condivisi, vedi M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità del punto di vista giuridico*, cit., 134 ss., anche per ulteriori richiami alla dottrina civilista e commercialista.

<sup>130</sup> Nel senso che l'iniziativa economica (privata e pubblica) è una componente essenziale dell'utilità sociale, vedi già E. GHERA, *Intervento*, in *L'intervento del giudice nel conflitto industriale*, cit., 105, ed anche G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, cit., 17, secondo cui l'impresa, nello svolgimento della propria funzione produttiva, è «di utilità sociale». Sulla centralità dell'impresa anche come formazione sociale e non soltanto economica, vedi B. CARUSO, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs act*, cit., spec. 272 ss., anche richiamando in particolare M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1 ss, spec. 13. Vedi anche L. ZOPPOLI, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, cit., 435, secondo cui l'interesse dell'impresa non è superiore, «se non nella misura in cui si traduca in vantaggi collettivi», e quindi v'è «un interesse all'occupazione e allo sviluppo economico e sociale che può prevalere sulla tutela della persona-cittadino». Sul ruolo dell'impresa socialmente responsabile o «sensibile», e su come essa presupponga il superamento di un modello soltanto conflittuale delle relazioni industriali e dei rapporti di lavoro richiedendo forme di leale collaborazione tra le controparti negoziali, vedi anche, sempre tra i giuslavoristi, R. PESSI, *La responsabilità sociale dell'impresa*, cit., 1 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti e richiami bibliografici. Sul tema, vedi anche il volume curato da L. MONTUSCHI e P. TULLINI, *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, 2006.

<sup>131</sup> Cfr., tra le molte, Corte cost., 26 maggio 1965, n. 45, cit.; Corte cost., 16 gennaio 1957, n. 3; Corte cost., 2 aprile 1969, n. 81; Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 189, cit.; Corte cost., 25 novembre 1993, n. 419; Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 390; Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 56 (ord.). Vedi anche, *infra*, cap. IV, par. n. 5.

il licenziamento collettivo<sup>132</sup>.

Più utili socialmente sono, infatti, i controlli sindacali e pubblici per la maggiore pressione che riescono ad esercitare sul datore di lavoro<sup>133</sup>. Come tali essi sono i controlli più adeguati alla rilevanza sociale del fenomeno e gli unici in grado di incidere effettivamente sulle scelte del datore di lavoro e, quindi, di ridurre, o persino azzerare del tutto, il numero dei licenziamenti inizialmente programmati.

Ne deriva che i controlli sindacali e pubblici, oltretutto più utili socialmente, sono anche quelli che nei fatti tutelano meglio l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, ossia alla prosecuzione del rapporto. Nei limiti in cui, ovviamente, tale interesse può trovare tutela nel nostro ordinamento, trattandosi anch'esso di un interesse privato che, secondo l'ormai accettata tecnica del bilanciamento, deve essere necessariamente contemperato con quello della libertà d'impresa privata<sup>134</sup>.

Del resto, come già da tempo confermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti, nella nostra Costituzione non è richiesto che l'iniziativa economica privata sia funzionalizzata all'utilità sociale ma soltanto che non si svolga in contrasto con essa<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> In tal senso, riferito al licenziamento economico in generale, cfr. ad esempio V. BAVARO, *Laziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, 236, secondo cui, sul presupposto che «il diritto può distinguere la necessità dall'opportunità proprio grazie alla clausola generale dell'utilità sociale di origine costituzionale», l'impresa «è vincolata all'imperativo giuridico-costituzionale che le permette di migliorare la produttività senza sacrificare lavoro, quantomeno fino a quando questo sacrificio non è necessario a salvaguardare la produttività»; con la conseguenza che il licenziamento per motivo economico deve ritenersi giustificato soltanto quando sussistono indicatori economici negativi.

<sup>133</sup> Cfr., *infra*, soprattutto, par. nn. 7 e 9.

<sup>134</sup> Sulla necessità che i valori e i principi classici della tradizione del diritto del lavoro (uguaglianza distributiva, solidarietà) siano sempre più contemperati e contaminati dai valori che promanano dal principio di libertà (competitività, efficienza, merito), vedi B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, cit., 85. Ma sulla funzione della produzione e sul necessario bilanciamento tra i principi costituzionali che assegnano un valore all'impresa e quelli che esprimono i valori riferiti al lavoro, vedi già M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., 28, pur nell'ambito di una sicura prevalenza dei secondi sui primi, in quanto valori personali (cfr. anche ID., *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, cit., 12 ss. e 22, secondo cui in ogni caso la prevalenza del valore del lavoro non può mai comportare «una priorità assoluta e costante»). Evidenzia la «coessenzialità necessaria», la «reciproca strumentalità» tra valori «solo apparentemente in contrasto» e il «proporzionale reciproco sacrificio in ragione dell'attuarsi dell'interesse comune» anche A. PESSI, *Iniziativa economica e tutela dell'occupazione: due modelli a confronto (il «licenziamento per motivo economico» in Francia ed i licenziamenti collettivi in Italia)*, cit., 422-423.

<sup>135</sup> Cfr., ad esempio, Corte cost., 19 dicembre 1990, n. 548, secondo cui l'intervento

Per dirla con Giorgio Oppo, quel limite «non impone di perseguire ma solo di non contrastare i valori privilegiati dal costituente», con la conseguenza che «altro è vietare un comportamento che vada contro un principio, e altro è imporre un comportamento perché conforme al principio»<sup>136</sup>.

Ed è anche da tenere presente che l'utilità sociale a cui fa riferimento l'art. 41, comma 2, della Costituzione non sempre coincide con l'interesse dei lavoratori subordinati. Quell'utilità, infatti, è da intendersi «in senso collettivo»<sup>137</sup>, ossia come «formula riassuntiva dei bisogni della comunità»<sup>138</sup>. Essa quindi può anche non identificarsi con gli interessi degli appartenenti alla categoria dei lavoratori subordinati ma identificarsi, invece, con la produttività e l'efficienza dell'impresa<sup>139</sup>.

Compromettere la produttività e l'efficienza dell'impresa, infatti, può significare compromettere anche il fondamentale interesse all'occupazione. Dunque, l'utilità sociale può anche corrispondere all'interesse (non soltanto generale, ma anche della stessa collettività dei lavoratori) che ha per oggetto la salvaguardia della produttività dell'impresa, o almeno delle sue «attitudini produttive»<sup>140</sup>.

In tal senso, del resto, anche la giurisprudenza ordinaria ha recentemente

---

legislativo non deve essere tale «da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative». In dottrina, vedi già F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna-Roma, 1971, 96 ss., e soprattutto G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618 ss., spec. 633 ss., per la critica a quanti configuravano l'iniziativa economica privata come una funzione vincolata al fine dell'utilità sociale (tra questi, cfr. soprattutto C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 149 ss. e U. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, spec. 53 ss.). Tra i giuslavoristi, cfr. S. HERNANDEZ, *Potere di licenziamento e tutela del posto di lavoro*, cit., 85. Per una ricostruzione del dibattito, vedi anche ed infine M. NUZZO, *Utilità sociale ed autonomia privata*, Milano, 1975.

<sup>136</sup> Così G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 323. In senso analogo, vedi anche Id., *Diritto dell'impresa e morale sociale*, cit., 16.

<sup>137</sup> Così Corte cost., 30 dicembre 1958, n. 78.

<sup>138</sup> Cfr. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., 25, nt. 75, citando A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., 604. Nello stesso senso, vedi anche G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 324.

<sup>139</sup> Cfr. S. HERNANDEZ, *Potere di licenziamento e tutela del posto di lavoro*, cit., spec. 96. Vedi anche V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., spec. 243 e 254, secondo cui per utilità sociale deve intendersi il «benessere economico collettivo»; F. GALGANO, *L'imprenditore*, cit., 99.

<sup>140</sup> Così la nota sentenza della Cass., 30 gennaio 1980, n. 711, in *Giust. civ.*, 1980, 809 ss., seppure riferita alla diversa materia dei limiti al diritto di sciopero.

chiarito come il legislatore, nell'ambito dei compiti e della discrezionalità che la Costituzione gli riserva, può anche ritenere che l'interesse collettivo all'occupazione sia o possa essere «meglio perseguito salvaguardando la capacità gestionale delle imprese di fare fronte alla concorrenza dei mercati e che il beneficio attuale per un lavoratore a detrimento dell'efficienza produttiva possa piuttosto tradursi in un pregiudizio futuro per un numero maggiore di essi»<sup>141</sup>.

Confermando così, come già affermato dalla dottrina più autorevole, che l'impresa deve essere considerata essenzialmente ed innanzitutto «un luogo di produzione», non essendo invece, né potendo essere, (soltanto) «un luogo di occupazione»<sup>142</sup>.

### 6. Limiti al controllo giudiziale e coerenza con il diritto dell'Unione europea e internazionale

Infine i limiti posti al controllo giudiziale sulla rilevanza dei motivi nei licenziamenti collettivi sono coerenti anche con l'ordinamento dell'Unione europea e con il diritto internazionale.

Centrale, al riguardo, è la direttiva 98/59/CE. Si è già ricordato come tale direttiva, riprendendo ed aggiornando i contenuti delle precedenti direttive 75/129/CEE e 92/56/CEE<sup>143</sup>, sia diretta esplicitamente a «rafforzare la tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi»<sup>144</sup>.

A questo fine la direttiva ritiene decisivo «sviluppare l'informazione, la consultazione e la partecipazione dei lavoratori»<sup>145</sup> prevedendo una

<sup>141</sup> Così Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, cit.

<sup>142</sup> Così M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità del punto di vista giuridico*, cit., 137.

<sup>143</sup> Sulle quali, vedi in particolare M. BIAGI, *Vecchie e nuove regole in tema di licenziamenti collettivi: spunti comunitari e comparati*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, 151 ss.; M.G. GAROFALO, P. CHIECO, *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, cit., 1 ss. Vedi anche gli Autori citati, *retro*, nel cap. I, par. n. 1, nt. 13.

<sup>144</sup> Cfr. considerando n. 2. Vedi anche, *retro*, cap. I, par. n. 1. La direttiva persegue anche l'obiettivo di rendere tendenzialmente uniformi le regole dei diversi Stati membri, e con esse gli oneri a carico del datore di lavoro connessi al licenziamento collettivo. Il tutto per rendere indifferente al datore di lavoro la collocazione geografica dell'impresa e, quindi, prevenire fenomeni di concorrenza sleale. Per tale finalità, cfr. Corte gius. Ce, 12 ottobre 2004, causa C-55/02, in *Foro it.*, 2004, IV, 606. Per la constatazione di come siano ancora significative le differenze fra i diversi Stati membri e, quindi, ancora non sia stato raggiunto un livello di tutela uniforme, vedi F. CURCURUTO, *Licenziamenti collettivi in Europa: un rapido sguardo d'insieme*, cit., 188.

<sup>145</sup> Cfr. considerando n. 6.

procedura di informazione e consultazione che coinvolga non soltanto il sindacato<sup>146</sup> ma anche l'autorità pubblica finalizzata al raggiungimento di un «accordo» con il datore di lavoro che eviti o riduca i licenziamenti collettivi o ne attenui le conseguenze sul piano sociale<sup>147</sup>.

Dunque, in conformità al modello tipico partecipativo della legislazione europea, la direttiva incentra la tutela dell'occupazione dei lavoratori sulla proceduralizzazione e sulla presenza di un contropotere collettivo e pubblico.

Per quanto riguarda la definizione di licenziamento collettivo, la direttiva precisa che si intendono licenziamenti collettivi, in presenza di determinati requisiti numerici, temporali e territoriali<sup>148</sup>, quelli giustificati da motivi «non inerenti la persona del lavoratore»<sup>149</sup>.

Si tratta di motivi identificati in negativo, ossia fondati sull'assenza (anziché sulla presenza) di un determinato elemento, come tali comprensivi indistintamente di qualsiasi ragione organizzativa ed economica dell'impresa<sup>150</sup>. Anche nell'ordinamento europeo, quindi, l'interesse dell'impresa al ridimensionamento del proprio organico è considerato prevalente sull'opposto interesse dei lavoratori alla conservazione dell'occupazione.

Ne deriva che al legislatore comunitario non interessa quali siano i

<sup>146</sup> Sulla natura soltanto collettiva (e non individuale dei singoli lavoratori) dei diritti di informazione e consultazione previsti dalla direttiva 98/59/CE, cfr. Corte gius. Ce, 16 luglio 2009, causa C-12/08, punti 38-41, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 245 ss. Sulla possibilità di configurare anche quei diritti delle organizzazioni sindacali come diritti sociali fondamentali per effetto della previsione dell'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19457, cit.

<sup>147</sup> Cfr. artt. 2, 3 e 4. Sull'importanza e la centralità della procedura nella direttiva, vedi tra i molti R. COSIO, *La direttiva sui licenziamenti collettivi nella giurisprudenza, più recente, della Corte di giustizia*, in *Il licenziamento collettivo in Italia e nel quadro del diritto dell'Unione Europea*, cit., 52 ss.; M.G. GAROFALO, P. CHIECO, *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, cit., 1 ss.

<sup>148</sup> Com'è noto, la legislazione italiana prevede una nozione di licenziamento collettivo che ha un ambito di applicazione più ampio di quella europea, e quindi comporta l'applicazione dei vincoli procedurali ad un maggior numero di casi. Sul punto, vedi P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 533. Per l'identificazione di quei requisiti come indici della «gravità degli effetti sociali» dell'operazione che il datore di lavoro prevede di realizzare, cfr. M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 925.

<sup>149</sup> Cfr. art. 2, comma 1, lett. a).

<sup>150</sup> Lo riconoscono anche U. CARABELLI, *Intervento*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 330, e M.G. GAROFALO, P. CHIECO, *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, cit., 73-74. Sempre sul carattere estremamente ampio e generico della definizione contenuta nella direttiva, vedi anche G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 547; G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 22-23.

motivi non personali che inducono il datore di lavoro al licenziamento collettivo, purché ovviamente essi siano esistenti e leciti<sup>151</sup>.

La stessa giurisprudenza comunitaria, del resto, ha già chiarito che la direttiva mira esclusivamente ad un'armonizzazione parziale delle procedure di licenziamento collettivo e «non ha la finalità di ridurre la libertà delle imprese di procedere all'organizzazione delle loro attività e di strutturare il loro personale nel modo che ritengono più conforme alle loro esigenze»<sup>152</sup>.

Con riferimento ai profili causali, quindi, per rispettare la direttiva comunitaria il controllo giudiziale deve limitarsi ad accertare che la riduzione o trasformazione di attività o lavoro che in base alla legge italiana deve giustificare il licenziamento collettivo (oltre ad essere esistente) non sia collegata a motivi soggettivi inerenti la persona del lavoratore. Come ad esempio potrebbe accadere nel caso in cui il datore di lavoro, attraverso i licenziamenti, intenda liberarsi di dipendenti sgraditi.

Svolto quest'accertamento (l'unico imposto dalla direttiva comunitaria)<sup>153</sup> non v'è più necessità di svolgere ulteriori indagini per determinare la ragione che ha ispirato la decisione del datore di lavoro di ridurre o trasformare l'attività o il lavoro<sup>154</sup>.

<sup>151</sup> Sulla necessità che il datore di lavoro fornisca comunque una giustificazione del licenziamento, vedi P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., 556.

<sup>152</sup> Così Corte giust. Ce, 7 dicembre 1995, causa C-449/93, punto 21, in *Foro it. rep.*, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, 1996, n. 1272. Vedi anche Corte giust. Ce, 8 giugno 1994, causa C-383/92, in *Foro. it.*, 1995, IV, 293. In dottrina, cfr. R. COSIO, *La direttiva sui licenziamenti collettivi nella giurisprudenza, più recente, della Corte di giustizia*, cit., 54.

<sup>153</sup> Cfr., al riguardo, Corte gius. Ce, 12 ottobre 2004, causa C-55/02, cit., secondo cui «limitando la nozione di licenziamenti collettivi ai licenziamenti per ragioni di natura strutturale, tecnologica o congiunturale e non estendendo tale nozione ai licenziamenti per qualsiasi motivo non inerente alla persona del lavoratore, la Repubblica portoghese è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli art. 1 e 6 della direttiva del consiglio 20 luglio 1998 n. 98/59/Ce, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi». Per l'insindacabilità delle ragioni addotte dal datore di lavoro e delle scelte di politica aziendale, vedi anche Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 772. In dottrina, cfr. M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 926.

<sup>154</sup> Cfr., in tal senso, Cass., 4 marzo 2000, n. 2463, in *Not. giur. lav.*, 2000, 481. Per Cass., 14 giugno 2007, n. 13876, cit., l'espressione licenziamenti dovuti a riduzione o trasformazione di attività o lavoro, se letta in parallelo con la nozione comunitaria che esclude i licenziamenti dovuti a ragioni inerenti alla persona del lavoratore, esclude che «possano esservi ricompresi i licenziamenti preordinati ad attuare un mero "rimpiazzo" del personale non adeguato alle esigenze delle imprese». Nello stesso senso, cfr. anche

Né un controllo giudiziale anche (o più incisivo) sulla giustificazione dei motivi del licenziamento per riduzione di personale può fondarsi sulle disposizioni dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (nota anche come Carta di Nizza) e/o dell'art. 24 della Carta sociale europea.

Oltre a non imporre (né direttamente né indirettamente) un controllo sul merito, e quindi sull'idoneità o meno, della scelta economica dell'imprenditore, resta che si tratta in ogni caso di disposizioni che non riguardano l'autonomia e speciale materia dei licenziamenti collettivi.

In particolare, l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si limita a sancire il diritto del lavoratore ad una tutela in caso di licenziamento ingiustificato attribuendo il compito di dare concretezza al contenuto ed agli scopi di tale principio al legislatore comunitario ed a quello nazionale<sup>155</sup>. E per ciò che riguarda i licenziamenti collettivi, i contenuti e gli scopi del principio enunciato sono stati «concretizzati» proprio dalle relative e specifiche direttive di cui si è detto, poi attuate nell'ordinamento italiano dalla legge n. 223 del 1991.

Mentre l'art. 24 della Carta sociale europea si limita a stabilire l'impegno delle parti contraenti a riconoscere il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza un valido motivo, identificando, peraltro, come tale anche quello «basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio»<sup>156</sup>.

Né tale riferimento sembra imporre, o anche soltanto lasciare intendere, che il motivo giustificativo debba essere necessariamente serio ed importante

---

Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, cit. In dottrina, cfr. R. COSIO, *La direttiva sui licenziamenti collettivi nella giurisprudenza, più recente, della Corte di giustizia*, cit., 57, secondo cui la conformità della disciplina italiana a quella comunitaria è assicurata «dall'interpretazione estensiva della norma che riconduce alla fattispecie del licenziamento collettivo tutti i licenziamenti dettati da ragioni attinenti all'impresa non riconducibili alla persona del prestatore di lavoro».

<sup>155</sup> Cfr. Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, cit. In dottrina, vedi R. COSIO, *La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell'UE*, in *Il licenziamento collettivo in Italia e nel quadro del diritto dell'Unione Europea*, cit., 36. Vedi anche V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, cit., 43, che ne evidenzia comunque lo «scarso valore pre-cettivo». Contro le «letture riduttive» dell'art. 30, vedi invece G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 621 ss., secondo cui in tale disposizione si coglierebbe «l'affermazione di un diritto alla stabilità dell'occupazione che può essere limitato (cioè venir meno) solo per perseguire interessi di pari valore, nel rispetto del principio di proporzionalità».

<sup>156</sup> Cfr., ancora, Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, cit.

(o grave)<sup>157</sup>. Ogni decisione economica ed organizzativa del datore di lavoro di ridurre il personale, infatti, incide sul funzionamento dell'impresa, nel senso che è strumentale ad un miglioramento del funzionamento dell'impresa.

### 7. Lo scopo della procedura e il contropotere sindacale

Come si è già più volte ricordato nella disciplina dei licenziamenti collettivi, in considerazione della limitata rilevanza che assumono i motivi che li giustificano<sup>158</sup>, la tutela del lavoratore è affidata essenzialmente a controlli e procedure preventive sindacali e pubbliche.

Imponendo obblighi di comunicazione a contenuto predeterminato e di esame congiunto, infatti, la procedura evita che il datore di lavoro possa prendere decisioni senza aver preventivamente ascoltato i punti di vista del sindacato e degli uffici pubblici competenti.

Evita, cioè, che il datore di lavoro possa prendere decisioni precipitose o di cui non abbia valutato attentamente tutte le conseguenze. In altri termini la procedura tende a responsabilizzare il datore di lavoro attraverso la preventiva conoscenza di tutti i punti di vista coinvolti<sup>159</sup>.

Lo scopo della procedura è proprio questo. Non impedire la realizzazione del programma di ridimensionamento dell'organico attribuendo formalmente un potere di veto ai sindacati e agli organismi istituzionali preposti. Ma far sì che il datore di lavoro adotti la propria decisione consapevole degli effetti che essa produrrà anche sul piano sindacale e pubblico

<sup>157</sup> In tal senso, cfr. V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico*, cit., 22 ss., ed anche G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., 632, secondo il quale dall'art. 30 interpretato alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione europea sarebbe ricavabile che il licenziamento «deve essere una misura funzionale a soddisfare una reale esigenza economica del datore, deve essere necessario (cioè non evitabile) e non risultare una decisione sproporzionata rispetto alle ragioni addotte».

<sup>158</sup> Cfr., *retro*, par. n. 1 ss.

<sup>159</sup> Sulla necessità che il datore di lavoro valuti gli interessi contrapposti su cui inciderà l'esercizio del suo potere unilaterale, vedi già F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., 113. Per P. ALLEVA, *I licenziamenti collettivi in prospettiva europea*, cit., 608, lo scopo della procedura è quello di «complicare l'iter giuridico» necessario per ottenere la riduzione di personale «per dare voce ed espressione ad interessi antagonisti o comunque diversi» da quelli del datore di lavoro «onde realizzare, se possibile, un compromesso o composizione di interessi». Sull'importanza degli adempimenti formali come garanzia del lavoratore, vedi anche recentemente V. NUZZO, *La norma oltre la legge. Causali e forme del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, cit., 127 ss.

in generale. Insomma, come è stato affermato, la procedura mira «a far valere il punto di vista sociale»<sup>160</sup>.

Spetta quindi ai sindacati e agli organismi pubblici individuati dalla legge, nelle fasi di informazione e di esame congiunto, non soltanto controllare il programma di riduzione del personale che l'imprenditore intende attuare, ma soprattutto esercitare tutte le pressioni possibili per evitare in tutto o in parte (o anche soltanto ritardare) il preannunciato ricorso ai licenziamenti collettivi.

Com'è noto per raggiungere questo scopo il legislatore, ispirandosi al modello della direttiva comunitaria<sup>161</sup>, ha imposto al datore di lavoro rigorosi adempimenti formali. Non si tratta di un «vuoto formalismo»<sup>162</sup>, ma dell'esigenza di tutelare oltre all'attività sindacale<sup>163</sup> anche i diritti dei lavoratori, non coinvolti direttamente nella procedura<sup>164</sup>.

Con una sorta di fattispecie a formazione progressiva<sup>165</sup> (in cui si susseguono, scadenzati temporalmente<sup>166</sup>, obblighi di informazione, di esame congiunto e di comunicazioni finali), il legislatore ha subordinato l'esercizio del potere datoriale al rispetto di una procedura caratterizzata da più fasi strettamente coordinate e collegate tra di loro<sup>167</sup>.

<sup>160</sup> Così F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, cit., 24.

<sup>161</sup> Cfr., *retro*, par. n. 6.

<sup>162</sup> Cfr. Cass., 22 agosto 2016, n. 17234, cit.

<sup>163</sup> Per cui eventuali vizi formali e/o procedurali possono configurare anche un comportamento antisindacale reprimibile ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970, almeno in tutti i casi in cui impediscano l'azione sindacale. Cfr., *infra*, cap. IV, par. n. 1.

<sup>164</sup> La presenza dei lavoratori nella procedura, coinvolgente una pluralità di soggetti privati e pubblici, si esprime «attraverso le organizzazioni sindacali, portatrici della dimensione collettiva degli interessi in gioco e di una visione d'insieme del mercato del lavoro». Cfr. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268; Corte cost., 21 gennaio 1999, n. 6.

<sup>165</sup> In tal senso cfr., tra gli altri, P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 7; L. MONTUSCHI, *Procedure e forme: comunicare è bello?*, cit., 651; G. BOLEGO, *La procedura di mobilità*, cit., 460.

<sup>166</sup> Per l'affermazione che il mancato rispetto dei termini previsti dall'art. 4 della legge n. 223 del 1991 per lo svolgimento delle varie fasi della procedura non ne comporta l'illegittimità, vedi Cass., 31 gennaio 2011, n. 2138, in *Not. giur. lav.*, 2011, 641, secondo cui quei termini non sono posti a tutela dei lavoratori, bensì a tutela del datore di lavoro come garanzia che la procedura si concluda in tempi ragionevoli. Nello stesso senso, vedi anche Cass., 19 dicembre 2008, n. 29831, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2008, n. 1634; Cass., 3 marzo 2001, n. 3125, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 508.

<sup>167</sup> Per la definizione della procedura come «forma del legittimo esercizio del potere dell'imprenditore di ridurre il personale», vedi M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 929. Nello stesso senso, vedi anche C. ZOLI, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 304.

In tali fasi è costante la presenza delle organizzazioni sindacali che hanno il compito primario di tutelare la collettività dei lavoratori. Ciò in linea con la consolidata tendenza legislativa volta a devolvere la gestione delle crisi, ristrutturazioni e riorganizzazioni aziendali innanzitutto alla competenza delle parti sociali. Nel disegno del legislatore, infatti, il potere di licenziamento del datore di lavoro trova il corrispondente condizionamento soprattutto nell'esercizio dell'autonomia sindacale<sup>168</sup>.

È il modello del cd. «garantismo collettivo» che si fonda sulla capacità del sindacato di assicurare, soprattutto attraverso il suo contropotere in azienda, il raggiungimento del migliore equilibrio possibile, anche tenendo conto della realtà sociale ed economica di riferimento<sup>169</sup>.

Ed anche per questo nell'intero corso della procedura il comportamento del datore di lavoro deve essere ispirato sempre a piena lealtà<sup>170</sup> avendo egli l'obbligo di agire secondo buona fede e correttezza<sup>171</sup>. Ogni fase quindi assume una rilevanza decisiva per valutare la legittimità del provvedimento finale con cui il datore di lavoro comunica ai singoli lavoratori eccedenti il recesso dal rapporto di lavoro<sup>172</sup>.

#### 8. *La perdurante incertezza dei contenuti e dei destinatari dell'obbligo di informazione*

Innanzitutto, per rendere effettive le successive fasi di consultazione

<sup>168</sup> Sull'autonomia collettiva come «l'unica in grado di incidere sulle libere scelte imprenditoriali, vedi in particolare F. SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, cit., 23.

<sup>169</sup> Sul ruolo «combattivo e responsabilmente propulsivo» del sindacato nella procedura di licenziamento collettivo, vedi F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, cit., 24 ss.

<sup>170</sup> Cfr. Cass., 28 ottobre 2009, n. 22824, in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, 767.

<sup>171</sup> Cfr. Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, cit. In proposito, vedi in particolare M. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, I, 135 ss.; L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 723 ss.; A. PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 3 ss.

<sup>172</sup> Per quanto riguarda la ripartizione dell'onere della prova in giudizio, spetta al lavoratore allegare le specifiche omissioni o irregolarità formali e procedurali addebitate al datore di lavoro, mentre spetta al datore di lavoro, nei limiti della contestazione del lavoratore, provare la legittimità della procedura. Cfr. Cass., 8 febbraio 2010, n. 2735, in *Not. giur. lav.*, 2010, 268.

sindacale e amministrativa, il legislatore ha imposto al datore di lavoro l'invio di una dettagliata comunicazione preventiva ai sindacati e agli organismi pubblici preposti<sup>173</sup>.

È la nota lettera di avvio o di apertura della procedura di licenziamento collettivo. Costituisce un obbligo molto temuto dai datori di lavoro per la sua complessità: sia con riguardo alle informazioni da fornire che sono molteplici e spesso incerte nei contenuti; sia con riguardo ai destinatari che non sempre sono individuati con la necessaria chiarezza. Quasi impossibile per il datore di lavoro (anche il più scrupoloso) predisporre ed inviare tale comunicazione in modo corretto (e quasi indispensabile l'assistenza di bravi consulenti).

Ha una importanza fondamentale ai fini dello svolgimento della procedura perché su di essa si fonda il successivo controllo sindacale, amministrativo e giudiziale<sup>174</sup>. In particolare, secondo una giurisprudenza ormai costante, la comunicazione di avvio deve consentire innanzitutto al sindacato di esercitare in modo trasparente e consapevole un effettivo controllo sulla programmata riduzione di personale<sup>175</sup>. Per questo il datore di lavoro deve fornire con essa dati completi e veritieri<sup>176</sup>: dati che, una volta forniti, condizionano anche dal punto di vista giuridico i successivi comportamenti del datore di lavoro.

V'è dunque per il datore di lavoro un vero e proprio obbligo di trasparenza. Se i dati forniti sono incompleti, parziali, inesatti o falsi il rischio è che la funzione sindacale e amministrativa di controllo e propositiva sia o possa essere svolta non proficuamente<sup>177</sup>. È infatti proprio la condivisione della situazione aziendale e del quadro economico e di mercato in cui l'impresa opera che

---

<sup>173</sup> Cfr. art. 4, commi 2, 3 e 4, legge n. 223 del 1991.

<sup>174</sup> Sulla funzione determinante della dichiarazione iniziale della procedura, vedi tra i molti C. ZOLI, *La procedura*, cit., 77.

<sup>175</sup> Cfr. Cass., 6 febbraio 2017, n. 3045; Cass., 11 agosto 2016, n. 17061; Cass., 16 gennaio 2013, n. 880, in *Not. giur. lav.*, 2013, 533; Cass. 11 dicembre 2012, n. 22655, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 803; Cass., 17 luglio 2009, n. 16776, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 500; Cass., 11 luglio 2007, n. 15479, in *Not. giur. lav.*, 2007, 682; Cass., 16 giugno 2005, n. 12940, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 156.

<sup>176</sup> Cfr. Cass., 11 agosto 2016, n. 17061, cit.; Cass., 16 settembre 2011, n. 18943, in *Lav. giur.*, 2012, 367.

<sup>177</sup> Ad esempio, si è ritenuto non soddisfare l'esigenza di trasparenza l'aver omesso di indicare l'imminente acquisizione di rami di azienda, in quanto trattasi di operazioni che sono tali da poter incidere sugli assetti occupazionali e influenzare la gestione contrattata della procedura da parte delle organizzazioni sindacali. Cfr. Cass., 16 settembre 2011, n. 18943, cit. Per ulteriori omissioni informative in contrasto con l'esigenza di trasparenza, vedi Trib. Busto Arsizio, 17 giugno 2011, in *Riv. crit. dir. lav. priv. pubbl.*, 2011, 1009.

rende possibile la gestione congiunta della crisi o della trasformazione.

Peraltro il dovere di trasparenza sussiste non soltanto nei confronti del sindacato e degli organismi pubblici, ma soprattutto degli stessi lavoratori potenzialmente destinati ad essere estromessi dall'azienda<sup>178</sup>. Sono i lavoratori, infatti, i soggetti legittimati ad impugnare il licenziamento per inosservanza dell'obbligo di informazione, in quanto la procedura incide su una loro posizione soggettiva costituita dall'interesse alla conservazione del posto di lavoro<sup>179</sup>.

Come si è anticipato, però, il problema più grande per il datore di lavoro è che i contenuti vincolati della comunicazione di avvio sono spesso incerti. La responsabilità di tale incertezza è in parte ascrivibile al legislatore e in parte ascrivibile alla stessa giurisprudenza. Da un lato, infatti, il legislatore ha spesso utilizzato espressioni generiche o ambigue. D'altro lato, la giurisprudenza troppo oscillante non ha saputo fornire criteri di interpretazione certi ed uniformi, indispensabili dal punto di vista operativo.

Nello specifico, ad esempio, non è chiaro cosa il legislatore abbia voluto intendere per «motivi che determinano la situazione di eccedenza»: come si è già ricordato, si tratta di indicare soltanto la riduzione o trasformazione di attività o di lavoro o anche i motivi che hanno ispirato la decisione del datore di lavoro e, quindi, ne sono alla base<sup>180</sup>. Né è chiaro quale debba essere l'ampiezza di tali indicazioni, ossia il loro livello di approfondimento o specificazione<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> Cfr. ZOLI, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 306, per cui la rilevanza dell'interesse collettivo nella procedura non preclude l'emergere di altri interessi quali quelli individuale e pubblico. Sulla pluralità degli interessi coinvolti e tutelati nelle procedure di licenziamento collettivo, vedi anche tra i molti G. BOLEGO, *La procedura di mobilità*, cit., 455.

<sup>179</sup> Cfr. Cass., 9 settembre 2003, n. 13196, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 844; Cass., 19 febbraio 2000, n. 1923, in *Not. giur. lav.*, 2000, 647.

<sup>180</sup> Cfr., *retro*, par. nn. 1 e 2. In ogni caso, i motivi che determinano la situazione di eccedenza devono riguardare l'impresa al momento in cui avvia la procedura non potendosi riferire anche ad assetti o a processi organizzativi ancora futuri ed eventuali o pregressi e risalenti nel tempo. Cfr. Cass., 20 agosto 2013, n. 19271, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2013, n. 1380; Cass., 13 luglio 2006, n. 15943, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 432.

<sup>181</sup> Per E. GRAGNOLI, *Le violazioni formali in tema di licenziamenti collettivi e l'impossibilità di adottare l'ordine di reintegrazione*, in *Lav. giur.*, 2015, 284-285, si deve stabilire «non se la dichiarazione sia perfetta, ma sufficiente a una discussione», per cui sarebbe «fuori luogo ed estranea al paradigma normativo una sorta di rincorsa verso la massima completezza». Per G. PERA, *I licenziamenti collettivi*, cit., 211, la comunicazione deve essere «particolareggiata». Nel senso che l'informazione sin dall'origine deve essere completa «anche se fisiologicamente per dettagli e chiarimenti v'è adeguato spazio nel corso del successivo esame congiunto», vedi A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 432. Sulle altrettante complesse problematiche collegate

Così come non sono chiari neppure i contenuti dell'obbligo di comunicare anche i motivi organizzativi per cui si ritiene di non poter adottare misure idonee ad evitare almeno in parte i licenziamenti collettivi. Ed anche in tal caso è incerto il livello di approfondimento richiesto, e quindi la concreta estensione di tale obbligo.

Ad esempio, per una parte della giurisprudenza, nel caso in cui il motivo della riduzione di personale sia la soppressione o la riduzione di un'unità produttiva, il datore di lavoro deve comunicare anche le ragioni per le quali non ritiene di evitare alcuni licenziamenti con il trasferimento ad altre unità produttive vicine a quella soppressa o ridotta<sup>182</sup>. Secondo altra parte della giurisprudenza, invece, in ipotesi simile (chiusura o ristrutturazione di un settore o ramo d'azienda) il datore di lavoro è dispensato dall'obbligo di specificare i motivi del mancato ricorso ad altre forme occupazionali<sup>183</sup>.

Altra parte ancora della giurisprudenza sostiene poi che non è ipotizzabile per il datore di lavoro l'obbligo di indicazione di tutti i rimedi alternativi astrattamente possibili<sup>184</sup>, ma è sufficiente indicare le ragioni per cui, nello specifico contesto aziendale<sup>185</sup>, non siano praticabili quelli

relative alla tutela della riservatezza dell'azienda e in particolare dei segreti industriali o commerciali, vedi G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 94; A. TOPO, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni del personale*, cit., 177; M. MISCIONE, *La procedura di mobilità*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. Miscione, Torino, 1998, 462; R. FOGLIA, *Diritto di informazione e consultazione nella procedura di licenziamento collettivo*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 172. Al riguardo, in giurisprudenza, cfr. Pret. Roma, 17 luglio 1992, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 333 ss., con nota di P. LAMBERTUCCI, *Sulla legittimità del licenziamento collettivo senza previo ricorso alla Cassa integrazione guadagni*, che ha escluso l'obbligo di comunicare i programmi produttivi aziendali sui quali può essere ragionevolmente necessario mantenere il riserbo.

<sup>182</sup> Cfr. Cass., 11 dicembre 2012, n. 22655, cit.; Cass., 14 febbraio 2011, n. 3597, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2011, n. 1376.

<sup>183</sup> Cfr. Cass., 23 maggio 2008, n. 13381, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 915.

<sup>184</sup> Ad esempio, Trib. Napoli, 17 luglio 2002, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 855, ritiene che il datore di lavoro per conformarsi all'obbligo di indicare i motivi tecnici, organizzativi e produttivi per i quali non sono adottabili soluzioni alternative deve specificare che «sono state eliminate le prestazioni straordinarie, con l'ultimazione di tutti i permessi e congedi spettanti e ciononostante tali misure non sono state sufficienti per sopperire alla necessità di ridurre l'organico, in assenza di nuove commesse». Sulla non necessità di indicare fin dall'inizio tutte le possibili misure alternative ai licenziamenti, vedi anche M. MISCIONE, *La procedura di mobilità*, cit., 461.

<sup>185</sup> *Contra*, però, vedi Cass., 3 novembre 2010, n. 22329, cit., per cui la comunicazione aziendale avente ad oggetto i motivi tecnici, organizzativi o produttivi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla situazione di eccedenza di personale non può essere circoscritta o circoscrivibile a singole unità produttive, ma

«più frequentemente ed efficacemente utilizzati» per evitare l'esubero di personale<sup>186</sup> o quelli che «la situazione, o la stessa controparte sindacale, abbia suggerito»<sup>187</sup>.

Da condividere è la preoccupazione della giurisprudenza per le difficoltà che avrebbe il datore di lavoro ad adempiere a tale obbligo se fosse costretto a fornire la motivazione ostativa nei confronti di tutte le misure astrattamente idonee ad evitare o ridurre i licenziamenti collettivi<sup>188</sup>. Resta, però, l'incertezza

deve riguardare l'intera organizzazione aziendale.

<sup>186</sup> Come, ad esempio, le integrazioni salariali, i contratti di solidarietà e i contratti di lavoro *part-time*. Cfr. Cass., 27 novembre 2007, n. 24646, cit.; Cass., 14 aprile 2010, n. 8894, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, 2010, n. 92.

<sup>187</sup> Cfr. Cass., 5 aprile 2000, n. 4228, cit. Parte della dottrina sostiene anche che l'impresa non potrebbe rifiutare soluzioni alternative al licenziamento nel caso in cui tali soluzioni siano tecnicamente possibili (cfr., ad esempio, F. SANTONI, *Crisi dell'impresa, eccedenze di personale e misure alternative ai licenziamenti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, 63 ss.). La dottrina prevalente è, però, contraria in quanto la discussione sulle misure alternative è oggetto del confronto sindacale e i motivi del rifiuto del datore di lavoro non sono sindacabili nel merito neppure facendo ricorso agli obblighi di trattare con correttezza e buona fede (cfr., per tutti, P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 15; A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 431; S. LIEBMAN, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/1991: tendenza della prassi applicativa*, cit., 125 ss.).

<sup>188</sup> È invece da escludere che al licenziamento collettivo sia applicabile la regola del cd. *repechage* per cui, a differenza di quanto si verifica nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro non è tenuto a fornire la prova dell'impossibilità di impiegare proficuamente i lavoratori in esubero in altre mansioni disponibili in azienda. Come è confermato dal fatto che l'art. 4, comma 3, della legge n. 223 del 1991 impone al datore di lavoro soltanto l'obbligo di indicare nella comunicazione di avvio della procedura i motivi organizzativi (anch'essi, come si è detto, insindacabili nel merito) per cui ritiene di non poter ricorrere a misure alternative al licenziamento. Del resto, la stessa esistenza di un esubero di personale è già di per sé logicamente incompatibile con l'obbligo di *repechage* (che presuppone l'esistenza di posti di lavoro disponibili in azienda). Inoltre, una volta applicati i criteri di scelta e così individuati i lavoratori da licenziare, l'obbligo di *repechage* implicherebbe operare una ulteriore selezione nel caso ci fossero posizioni disponibili in azienda per individuare tra quest'ultimi chi reimpiegare e chi no (né sarebbe chiaro sulla base di quali criteri il datore di lavoro dovrebbe operare tale selezione). Dunque, nel licenziamento collettivo non v'è alcun obbligo al reimpiego da rispettare per la diversità non soltanto giuridica ma anche concettuale che caratterizza il licenziamento collettivo dal licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo (cfr. anche l'art. 11 della legge n. 604 del 1966). Per l'impossibilità di estendere l'obbligo di *repechage* anche ai licenziamenti collettivi, vedi già M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 928, ed anche G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 119 ss. e 215 ss., e prima ancora S. MAGRINI, *Licenziamenti individuali e collettivi: separazione e convergenza delle tutele*, cit., 357-358. Per l'opinione opposta invece (peraltro mai seguita dalla giurisprudenza), vedi tra gli altri U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione*

anche dei riferimenti sia ai rimedi «più frequentemente ed efficacemente» utilizzati, sia ai rimedi suggeriti dalla «situazione» o dalla «stessa controparte sindacale», in assenza di indicazioni più precise<sup>189</sup>.

O ancora, non è chiaro cosa il legislatore abbia voluto intendere per «profili professionali» del personale eccedente e di quello abitualmente impiegato<sup>190</sup>: si tratta di indicare soltanto la categoria legale di appartenenza<sup>191</sup> o anche le

---

*di personale in Italia*, cit., 213 ss.; C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, cit., 50, sul presupposto della piena omogeneità della causale col licenziamento individuale; C. SPINELLI, *Profilo causale dei licenziamenti collettivi e ruolo della procedura sindacale*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, 368 ss.; S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit., 244 ss.; C. ALESSI, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*, cit., 247-248. In giurisprudenza, per l'inutilità di ogni indagine sull'impossibilità di utilizzare aliunde la prestazione del lavoratore, «indagine utile solo rispetto all'ipotesi di licenziamenti individuali», vedi Cass., 6 luglio 2000, n. 9045, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, 573; Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 100; Cass., 8 giugno 1999, n. 5662, in *Orient. giur. lav.*, 1999, 435; Cass., 16 giugno 1998, n. 6009, in *Guida dir.*, 1998, 72.

<sup>189</sup> Per la necessità che le ragioni che impediscono il ricorso a soluzioni alternative ai licenziamenti siano indicate con precisione, cfr. Cass., 17 luglio 2009, n. 16776, cit.; Cass., 9 settembre 2003, n. 13196, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 844, secondo cui tali ragioni – in quanto particolarmente idonee a rappresentare quale è, secondo l'imprenditore, l'assetto che necessariamente deve assumere l'azienda a fronte di fattori che non consentano di mantenere immutato il contingente di forza-lavoro – risultano anche particolarmente idonee a contribuire alla conoscenza che il sindacato deve avere della situazione per esercitare efficacemente il ruolo di cogestione che la legge gli assegna. Nel senso che l'indicazione di tali ragioni non può consistere nella mera ripetizione dei motivi che determinano la situazione di eccedenza, cfr. Cass., 11 aprile 2003, n. 5770, in *Foro it.*, 2003, I, 1381; Cass., 7 settembre 2002, n. 13031, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2002, n. 1447; Trib. Modena, 26 febbraio 2010, in *Riv. giur. lav.*, 2010, 723. Diversamente, L. ANGIELLO, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, in *Dir. lav.*, 2004, *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, 951, ritiene che l'indicazione della impossibilità di soluzioni alternative possa ricavarsi per implicito anche dai motivi addotti a sostegno dell'eccedenza di personale.

<sup>190</sup> Per la precisazione che tali indicazioni sono necessarie anche nell'ipotesi in cui si alleggi la chiusura di un'intera unità produttiva, cfr. Cass., 16 giugno 2005, n. 12940, cit.

<sup>191</sup> Cfr. artt. 2095 e 2103 Cod. Civ. Per l'insufficienza soltanto di tale indicazione, cfr. Cass., 22 giugno 2012, n. 10424, in *Foro it.*, 2012, I, 2664, per cui il riferimento alle generiche e complessive categorie legali degli operai, impiegati, quadri e dirigenti non è idoneo a fornire «quelle specificazioni funzionali che sono indispensabili al fine di dare adeguata concretezza a qualsiasi piano di ristrutturazione aziendale, ancorché focalizzato su risparmi conseguibili sul piano dei costi del personale»; Cass., 15 luglio 2014, n. 16143, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2014, n. 1267; Cass., 7 gennaio 2009, n. 82, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 768.

mansioni<sup>192</sup>, la qualifica o il livello di inquadramento<sup>193</sup>. Pur se la direttiva 98/59/CE fa riferimento al concetto di categoria<sup>194</sup>, la giurisprudenza prevalente (non univoca quindi) sembra prediligere l'interpretazione secondo cui per profili professionali si debbono intendere i livelli contrattuali di inquadramento<sup>195</sup>. Ed è incerto anche il riferimento al personale «abitualmente impiegato»<sup>196</sup>: sono tutti i dipendenti dell'azienda o soltanto quelli che hanno lo stesso «profilo professionale» del personale eccedente<sup>197</sup>.

È ambiguo anche l'obbligo di indicazione del «metodo di calcolo di tutte le attribuzioni patrimoniali diverse da quelle già previste dalla legislazione vigente e dalla contrattazione collettiva»<sup>198</sup>. La giurisprudenza lo interpreta in modo estensivo ritenendo il datore di lavoro obbligato ad indicare «criteri oggettivi» per eventuali erogazioni (unilaterali ed) aggiuntive ai lavoratori licenziati, in modo da escludere scelte arbitrarie<sup>199</sup>.

<sup>192</sup> Per l'affermazione che il riferimento ai «profili professionali» non richiede l'indicazione anche delle concrete posizioni lavorative, ossia delle mansioni svolte, dovendosi restare «pur sempre sul piano astratto della classificazione del personale alla stregua della disciplina applicabile al rapporto di lavoro», cfr. Cass., 12 agosto 2009, n. 18253, cit.; Cass., 9 maggio 2013, n. 10985, cit.; Cass., 7 gennaio 2009, n. 84, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2009, n. 1643. *Contra*, però, vedi Cass., 2 ottobre 1999, n. 10961, in *Gazzetta giur.*, 1999, 45, secondo cui l'informazione è idonea quando contiene «l'indicazione delle mansioni corrispondenti ai posti di lavoro divenuti superflui»; Trib. Milano, 25 giugno 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, I, 599.

<sup>193</sup> Per l'insufficienza dell'indicazione anche del livello o area contrattuale di inquadramento quando in esse siano raggruppate professionalità estremamente varie ed eterogenee, cfr. Cass., 11 luglio 2007, n. 15479, cit. Diversamente, invece, Cass., 7 gennaio 2009, n. 82, cit., ritiene sufficiente l'indicazione dei livelli di inquadramento, anche nel caso in cui quei livelli ricomprendano al loro interno una pluralità di mansioni diverse.

<sup>194</sup> Cfr. art. 2, comma 3, della direttiva 98/59/CE.

<sup>195</sup> Cfr. Cass., 7 novembre 2016, n. 22543, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2016, n. 555; Cass., 9 maggio 2013, n. 10985, cit.; Cass., 7 gennaio 2009, n. 82, cit.; Cass., 12 agosto 2009, n. 18253, cit.; Cass., 2 marzo 2009, n. 5034, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 768; Cass., 3 febbraio 2009, n. 2610, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1011; Cass., 19 gennaio 2009, n. 1181, in *Not. giur. lav.*, 2009, 71; Cass., 11 luglio 2007, n. 15479, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2007, n. 1547; Cass., 14 giugno 2007, n. 13876, cit.

<sup>196</sup> Il riferimento al «personale abitualmente impiegato» è stato aggiunto dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 1997, in attuazione di quanto previsto dalle direttive 75/129/CEE e 92/56/CEE.

<sup>197</sup> In quest'ultimo senso sembra Cass., 14 giugno 2007, n. 13876, cit.

<sup>198</sup> Anch'esso aggiunto dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 1997, sempre in attuazione di quanto previsto dalle direttive 75/129/CEE e 92/56/CEE. Per la difficile intellegibilità di tale obbligo, vedi S. MARETTI, *I licenziamenti collettivi*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 751.

<sup>199</sup> Cfr. Cass., 9 settembre 2003, n. 13182, cit.

Non è chiaro poi se, ed eventualmente a quali condizioni, nella comunicazione di apertura della procedura alcuni elementi possano essere indicati dal datore di lavoro anche *per relationem*, ossia facendo riferimento ad altri atti, comunicazioni e/o documenti già ricevuti o conosciuti dai destinatari o che essi siano tenuti a conoscere secondo buona fede<sup>200</sup>.

Quello che è certo, invece, è che nella lettera di avvio non debbono essere indicati anche i criteri in base ai quali il datore di lavoro, esaurito l'esame congiunto per l'inutile decorso dei termini o per il raggiungimento dell'accordo sindacale, procederà all'individuazione dei lavoratori da licenziare<sup>201</sup>. Né, tantomeno, devono essere indicati direttamente i nominativi dei lavoratori che si intendono licenziare<sup>202</sup>. Per evitare ogni intento discriminatorio, nella comunicazione di apertura della procedura quei nominativi non debbono essere in alcun modo individuabili e riconoscibili<sup>203</sup>.

In concreto, però, non è sempre agevole rispettare tale obbligo per il datore di lavoro, specie nelle imprese di minori dimensioni in cui anche l'indicazione dei profili professionali e della collocazione aziendale del personale eccedente (anch'essa, come detto, obbligatoria per legge) potrebbe consentire a volte l'identificazione indiretta dei lavoratori in esubero.

Per quanto riguarda poi i destinatari, oltre ai problemi di coordinamento tra rappresentanze sindacali aziendali e rappresentanze sindacali unitarie ove presenti<sup>204</sup>, non è chiaro soprattutto a chi debba essere inviata

<sup>200</sup> Lo esclude Trib. Viterbo, 27 aprile 2005, in *Dir. lav.*, 2005, II, 55, con riguardo ai motivi che determinano la situazione di eccedenza. Lo consente, invece, Cass., 5 aprile 2000, n. 4228, cit., ma soltanto nel caso in cui la comunicazione di avvio non costituisca il primo atto palesante la crisi essendo stata preceduta da altre procedure di mobilità o, quantomeno, dal ricorso alla cassa integrazione guadagni. In quest'ultimo senso, vedi anche Pret. Sassari, 9 maggio 1999, in *Not. giur. lav.*, 1998, 135.

<sup>201</sup> Cfr. Cass., 21 settembre 2016, n. 18504, in *Foro it. rep.*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 596; Cass., 11 agosto 2016, n. 17061, in *Foro it. rep.*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 635; Cass., 25 febbraio 1999, n. 1649, in *Not. giur. lav.*, 1999, 373.

<sup>202</sup> Cfr. Cass., 3 febbraio 2016, n. 2113, in *Not. giur. lav.*, 2016, 461; Cass., 30 ottobre 1997, n. 10716, in *Dir. lav.*, 1998, II, 42; Trib. Milano, 16 dicembre 1994, in *Orient. giur. lav.*, 1996, 906.

<sup>203</sup> Cfr. Cass., 20 marzo 2013, n. 6959, in *Not. giur. lav.*, 2013, 675; Pret. Bologna, 8 agosto 1996, in *Lav. giur.*, 1997, 131.

<sup>204</sup> Per la validità ed efficacia della comunicazione fatta alle rappresentanze sindacali unitarie (rsu), anziché alle rappresentanze sindacali aziendali, cfr. Cass., 27 gennaio 2011, n. 1955, in *Foro it. rep.*, voce *Sindacati*, 2011, n. 68. Vedi anche Trib. Milano, 26 febbraio 1999, in *Orient. giur. lav.*, 1999, 12. Per ulteriori contrasti giurisprudenziali, vedi G. BOLEGO, *La procedura di mobilità*, cit., 456 ss., e prima ancora M. MISCIONE, *La procedura di mobilità*, cit., 457 ss.

la comunicazione in assenza di rappresentanze sindacali aziendali<sup>205</sup>.

Con una norma di chiusura, la legge indica genericamente le «associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale». Ma non è sempre facile individuare in concreto chi siano tali associazioni in quanto il concetto di maggiore rappresentatività non è esattamente predefinito dalla legge<sup>206</sup>.

E si tenga conto che, secondo un orientamento molto rigoroso della giurisprudenza, il mancato invio della comunicazione anche ad una soltanto delle associazioni di categoria indicate nella norma rende illegittimo il licenziamento<sup>207</sup>. Quello stesso orientamento, peraltro, certifica l'incertezza

<sup>205</sup> Cfr. art. 4, comma 2, legge n. 223 del 1991. Se invece risulta costituita una sola rappresentanza sindacale aziendale, l'obbligo di comunicazione è adempiuto inviando ad essa la relativa comunicazione. Cfr. Cass., 23 ottobre 2013, n. 24025, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2013, n. 1376, per cui in questo caso non è necessario effettuare alcuna indagine sulla effettiva rappresentatività dell'unica rsa costituita. Sui problemi di costituzione della rappresentanza sindacale aziendale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013, vedi tra i molti G. PROIA, *Corte costituzionale e rappresentanze sindacali aziendali*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, 733 ss.; A. MARESCA, *Costituzione della rsa e sindacati legittimati*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 1298 ss.; A. VALLEBONA, *L'art. 19 stat. lav.: la Corte costituzionale stravolge la volontà del popolo*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, 747 ss.; P. TOSI, *I diritti sindacali tra rappresentatività e rappresentanza*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 1 ss.; A. GARILLI, *Reciproco riconoscimento e rappresentatività sindacale (spunti ricostruttivi della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013)*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 19 ss.; A. ZOPPOLI, *Art. 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n. 231/2013*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 333 ss.; R. DEL PUNTA, *L'art. 19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria*, in *Lav. dir.*, 2013, 527 ss.; F. CARINCI, *Il buio oltre la siepe: Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 899 ss.; R. PESSI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale tra contrattazione collettiva giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 950 ss. Per la necessità che la rappresentanza sindacale aziendale sia formalmente e regolarmente costituita, vedi Cass., 14 gennaio 2005, n. 639, in *Not. giur. lav.*, 2005, 375, per cui se all'interno dell'azienda v'è una rappresentanza soltanto «informale» la comunicazione non è obbligatoria. Mentre è escluso che la comunicazione di avvio debba essere inviata anche ai lavoratori coinvolti nella procedura: cfr., in tal senso, Cass., 5 aprile 2000, n. 4228, in *Foro it.*, 2000, I, 2842.

<sup>206</sup> Com'è noto, infatti, la giurisprudenza individua come parametri di riferimento della maggiore rappresentatività la consistenza numerica della confederazione sindacale, l'equilibrata consistenza associativa in tutto l'arco della categoria, la significativa presenza territoriale estesa sul piano nazionale, l'attività di autotutela sindacale, consistente in particolare nella sottoscrizione di contratti collettivi. Cfr., tra le molte, Cass., 27 aprile 1992, n. 5017, in *Foro it.*, 1993, I, 526; Cass., 10 luglio 1991, n. 7622, in *Not. giur. lav.*, 1991, 414. Per un tentativo di interpretazione in collegamento con la formulazione dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970, vedi G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 91. Sulle difficoltà di selezione, vedi anche D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, cit., spec. 218.

<sup>207</sup> In tal senso, cfr. Cass., 22 agosto 2016, n. 17234, cit., che ha ritenuto «arbitrario», e

del testo di legge quando afferma che non è possibile limitare l'ambito dei destinatari di una comunicazione così rilevante come quella di avvio della procedura di licenziamento collettivo «se non in presenza di sicuri ed univoci elementi che ne individuino con certezza i legittimati a riceverla»<sup>208</sup>.

Non è poi ancora del tutto chiaro quando la comunicazione di apertura della procedura sia o possa essere ritenuta effettivamente contrastante con l'affermato obbligo di trasparenza.

Secondo la giurisprudenza attualmente prevalente, la comunicazione contrasta con tale obbligo, e quindi deve ritenersi inadeguata, quando: a) il datore di lavoro comunichi dati incompleti, parziali o inesatti<sup>209</sup>; b) in conseguenza della comunicazione di dati incompleti, parziali o inesatti la funzione sindacale di controllo sia stata effettivamente limitata o falsata<sup>210</sup>.

Ma v'è anche una parte della giurisprudenza più rigorosa che sostiene che già di per sé l'incompletezza o l'inesattezza dei dati forniti, a prescindere dalla loro idoneità in concreto a fuorviare o eludere l'esercizio dei poteri di controllo preventivo attribuiti all'organizzazione sindacale, renda la comunicazione insanabilmente viziata<sup>211</sup>.

---

comunque «eccessivamente limitativo», l'invio della comunicazione, in assenza di rappresentanze sindacali aziendali o unitarie, soltanto alle organizzazioni sindacali comunali e non anche a quelle che operano a livello provinciale, «poiché un così circoscritto ambito territoriale non teneva conto della rilevanza quantomeno provinciale delle problematiche afferenti una procedura di mobilità e del sicuro criterio di rappresentatività costituito dalla sottoscrizione di contratti collettivi nazionali e accordi provinciali applicati in azienda, laddove la norma faceva riferimento ad una dimensione nazionale». Ma vedi anche Cass., 18 novembre 1997, n. 11465, cit.

<sup>208</sup> Così, ancora, Cass., 22 agosto 2016, n. 17234, cit.

<sup>209</sup> L'incompletezza, la parzialità e l'inesattezza dei dati forniti dal datore di lavoro devono essere valutati in relazione ai motivi della riduzione di personale. Cfr. Cass., 11 dicembre 2012, n. 22655, cit.; Cass., 12 agosto 2009, n. 18253, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 41; Cass., 19 gennaio 2009, n. 1181, cit.; Cass., 26 febbraio 2009, n. 4653, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2009, n. 1634, secondo cui, ove il progetto imprenditoriale sia diretto a ridimensionare l'organico dell'intero complesso aziendale al fine di diminuire il costo del lavoro, «l'imprenditore può limitarsi all'indicazione del numero complessivo dei lavoratori eccedenti, suddiviso tra i diversi profili professionali previsti dalla classificazione del personale occupato nell'azienda, senza che occorra l'indicazione degli uffici o reparti con eccedenza».

<sup>210</sup> Cfr. Cass., 11 agosto 2016, n. 17061, cit.; Cass., 21 settembre 2016, n. 18504, in *Foro it. rep.*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 596; Cass., 16 gennaio 2013, n. 880, cit.; Cass., 19 gennaio 2012, n. 750, in *Foro it.*, 2012, I, 1070; Cass., 16 marzo 2007, n. 6225, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 197; Cass., 12 agosto 2009, n. 18253, cit.; Cass., 16 marzo 2007, n. 6225, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 197; Cass., 13 novembre 2000, n. 14679, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1895; Cass., 5 aprile 2000, n. 4228, cit.; Cass., 19 febbraio 2000, n. 1923, cit.; Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, cit.; Cass., 17 dicembre 1998, n. 12658, cit.

<sup>211</sup> Cfr. Cass., 20 marzo 2013, n. 6959, cit.; Cass., 11 luglio 2007, n. 15479, in *Not.*

E poichè le carenze iniziali non sono sanabili neppure da integrazioni successive del datore di lavoro (ad esempio nel corso dell'esame congiunto)<sup>212</sup>, non assume rilievo il fatto che il sindacato o l'ufficio pubblico, anche e proprio per effetto di quelle integrazioni, abbiano svolto il loro ruolo partecipativo e propositivo in forma pienamente consapevole e libera. Tale parte della giurisprudenza ritiene infatti che la procedura non sia nella disponibilità delle parti anche perché essa è finalizzata a tutelare non soltanto gli interessi delle organizzazioni sindacali, ma anche altri interessi concorrenti, come quello pubblico all'occupazione in generale e quello dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro<sup>213</sup>.

Dunque, seppure non vi sia univocità la giurisprudenza attualmente prevalente, coniungendo il profilo formale a quello sostanziale (e anche con l'obiettivo di preservare l'azione sindacale e gli equilibri da essa conseguiti), ritiene che non ogni *deficit* informativo vizi sempre e comunque la comunicazione di avvio.

Essa, infatti, è ritenuta viziata soltanto quando il *deficit* informativo abbia determinato la limitazione della funzione sindacale<sup>214</sup>, così producendo un

---

*giur. lav.*, 2007, 682; Cass., 17 luglio 2009, n. 16776, cit.; Cass., 9 settembre 2003, n. 13196, cit., secondo cui la comunicazione di avvio rappresenta, nell'ambito della procedura, «una cadenza legale che se mancante è ontologicamente impeditiva di una proficua partecipazione alla gestione della crisi da parte del sindacato».

<sup>212</sup> Cfr., ad esempio, Cass., 13 novembre 2000, n. 14679, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, 583; Cass., 29 dicembre 2004, n. 24116, in *Orient. giur. lav.*, 2005, 128, secondo cui alla forma vincolata di esercizio del potere di ridurre il personale non sono consentite deroghe, surrogazioni o sanatorie *ex post*; Cass., 23 maggio 2008, n. 13381, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 915, per cui l'inadeguatezza delle informazioni comporta l'inefficacia dei recessi, «senza che possa attribuirsi alcun rilievo, o effetto sanante, ad informazioni fornite successivamente e neppure all'eventuale accordo raggiunto con le organizzazioni sindacali». *Contra*, sul punto, C. ZOLI, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 311, secondo il quale nel dialogo collettivo «l'informazione ed il relativo obbligo non possono non essere sovrastati dal confronto e dalla trattativa», con la conseguenza che eventuali errori e reticenze della comunicazione iniziale possono essere «corretti o colmati nel corso di trattative serie e serrate, specie se concluse con un accordo». In senso critico su tale orientamento della giurisprudenza, vedi anche G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 199-200; V. FERRANTE, *Modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 277; F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss.; O. MAZZOTTA, *Licenziamento collettivo*, cit., 781; E. GRAGNOLI, *Le violazioni formali in tema di licenziamenti collettivi e l'impossibilità di adottare l'ordine di reintegrazione*, cit., 283, secondo cui non si può pretendere una «astratta perfezione» della dichiarazione di avvio «tanto meno qualora, in concreto, il dialogo si sia svolto in modo proficuo, con soddisfazione di tutti gli interlocutori».

<sup>213</sup> Condivide invece il «tendenziale rigorismo» di quest'orientamento giurisprudenziale, U. CARABELLI, *Intervento*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 356.

<sup>214</sup> In tal senso, cfr. anche Corte gius. Ce, 16 luglio 2009, causa C-12/08, cit.

effettivo pregiudizio anche per le ragioni degli stessi lavoratori. In questo caso, l'omessa o errata informazione è ritenuta essenziale perché ha inciso sulla formazione del consenso. Se, invece, il *deficit* informativo non ha indotto in errore (essenziale) il sindacato limitando così la sua funzione esso può essere superato e, comunque, non è considerato rilevante ai fini dell'accertamento del vizio della comunicazione.

Per stabilire se l'azione sindacale sia stata effettivamente limitata o falsata dal *deficit* informativo iniziale, la stessa giurisprudenza che valorizza il profilo funzionale attribuisce «rilevanza» anche all'eventuale accordo raggiunto successivamente tra le parti<sup>215</sup>.

Non è, però, mai una rilevanza decisiva in quanto la comunicazione di avvio incompleta o infedele può essere ritenuta lo stesso viziata (e quindi il datore di lavoro esposto alle azioni individuali dei lavoratori licenziati) anche in presenza del raggiungimento di un successivo accordo sindacale<sup>216</sup>. Come può accadere, ad esempio, quando il sindacato partecipi alla trattativa e stipuli poi l'accordo in condizioni di non piena consapevolezza di tutti i dati fattuali e gli elementi di giudizio rilevanti (omessi dal datore di lavoro nella comunicazione di apertura e non comunicati neppure successivamente in sede di esame congiunto)<sup>217</sup>.

Ma è anche da tener presente che per il giudice non è sempre possibile valutare con certezza se e in che misura l'accordo raggiunto sarebbe stato diverso in presenza di informazioni complete e corrette fornite dal datore di lavoro alle organizzazioni sindacali o quali reazioni del mondo sindacale e interventi

<sup>215</sup> Per consentire valutazioni sull'adeguatezza della comunicazione di apertura che siano disancorate da «un rigido e astratto formalismo». Cfr. Cass., 11 agosto 2016, n. 17061, cit.; Cass., 21 settembre 2016, n. 18504, cit.; Cass., 6 aprile 2012, n. 5582, in *Foro it.*, 2012, I, 1734; Cass., 11 luglio 2007, n. 15479, cit.; Cass., 11 gennaio 2008, n. 528, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, 191; Cass., 5 giugno 2003, n. 9015, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 105, per cui il raggiungimento dell'accordo è da ritenere «marcatamente» rilevante per valutare la completezza della comunicazione di apertura della procedura. Vedi anche, *infra*, par. n. 11.

<sup>216</sup> Cfr., ancora, Cass., 11 agosto 2016, n. 17061, cit.; Cass., 3 febbraio 2016, n. 2113, cit.; Cass., 6 aprile 2012, n. 5582, cit.; Cass., 11 luglio 2007, n. 15479, cit.; Cass., 5 giugno 2003, n. 9015, cit. In senso critico su tale orientamento giurisprudenziale, cfr. E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 128, secondo cui la conclusione dell'accordo «impedisce ogni controllo a posteriori sulla legittimità del negoziato, poiché qualsiasi questione è superata dal riconoscimento reciproco della correttezza, insito nella stipulazione del contratto». Nello stesso senso, vedi anche L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e sindacato giudiziario*, cit., 481.

<sup>217</sup> Cfr. Cass., 11 agosto 2016, n. 17061, cit.; Cass., 3 febbraio 2016, n. 2113, cit.; Cass., 3 novembre 2014, n. 23382, in *Not. giur. lav.*, 2015, 185; Cass., 12 novembre 2013, n. 25394, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2013, n. 1375; Cass., 11 luglio 2007, n. 15479, cit.

dell'autorità pubblica esse avrebbero determinato o potuto determinare<sup>218</sup>.

Dunque l'orientamento prevalente che ammette che il vizio procedurale possa essere superato o comunque non rilevare se lo scopo della regola sia stato raggiunto pur realizzando un più equo bilanciamento fra gli opposti interessi coinvolti resta esposto ad una più elevata discrezionalità applicativa, producendo così inevitabilmente maggiore incertezza.

La stessa incertezza che è prodotta anche dall'ulteriore orientamento secondo cui l'obbligo di informazione iniziale può avere un contenuto differenziato anche in relazione alle diverse fattispecie di riduzione di personale<sup>219</sup>. Con la conseguenza che nell'ipotesi di cessazione dell'attività quell'obbligo risulta attenuato<sup>220</sup> rispetto alla diversa ipotesi di riduzione o trasformazione di attività o di lavoro<sup>221</sup>.

### 9. Il confronto sindacale e istituzionale tra crisi economica e modifiche normative. La centralità della funzione dell'accordo sindacale

Si è già ricordato che nella disciplina dei licenziamenti collettivi l'esame congiunto è fondamentale<sup>222</sup>.

L'obiettivo prioritario del legislatore è, infatti, quello di favorire la ricerca di un accordo tra le parti, e in particolare di un accordo che eviti o limiti i licenziamenti programmati.

<sup>218</sup> In tal senso, cfr. Cass., 5 agosto 2010, n. 18255, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, 748. Sulla incongruità della scelta di affidare tale compito al giudice, vedi P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 249; È. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 128-129, secondo cui la contestazione della slealtà del negoziato «presuppone una considerazione delle dinamiche negoziali consentita ai soli protagonisti, gli unici che hanno una visione completa, non limitata alle risultanze documentali, sempre parziali».

<sup>219</sup> Cfr. L. ANGIELLO, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, cit., 952.

<sup>220</sup> Ma non escluso per la necessità di evitare elusioni della legge con riferimento ai casi in cui la cessazione dell'attività dissimuli la cessazione dell'azienda o la ripresa della attività sotto diversa denominazione o in diverso luogo. Così App. Napoli, 4 giugno 2015, in *Dir. merc. lav.*, 2015, 655.

<sup>221</sup> Cfr., ad esempio, Cass., 10 maggio 2003, n. 7169, cit.; Cass., 4 novembre 2000, n. 14416, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1896, secondo cui nell'ipotesi di cessazione dell'attività aziendale non sussiste per il datore di lavoro l'obbligo di specificare nella comunicazione di avvio della procedura di licenziamento collettivo anche i motivi del mancato ricorso a misure alternative o ad altre forme occupazionali.

<sup>222</sup> Cfr., *retro*, par. n. 7.

Per questo l'esame congiunto si svolge in due distinte fasi (la prima direttamente in sede sindacale, la seconda in sede amministrativa)<sup>223</sup> a dimostrazione di come la trattativa debba essere svolta con serietà<sup>224</sup>. L'accordo sindacale poi è fortemente incentivato sia dal punto di vista economico (com'è noto, infatti, la conclusione dell'accordo consente al datore di lavoro un risparmio in termini di somme da versare all'INPS per finanziare gli ammortizzatori sociali)<sup>225</sup>, sia da quello normativo.

Molteplici, infatti, sono gli strumenti messi a disposizione delle parti per una diversa utilizzazione dei lavoratori eccedenti o di una loro parte: dal ricorso ai contratti di solidarietà e a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro<sup>226</sup> all'assegnazione dei lavoratori a mansioni diverse da quelle svolte anche in deroga all'art. 2103 Cod. Civ.<sup>227</sup>; dalla trasformazione dei rapporti

<sup>223</sup> Previo invio da parte del datore di lavoro ai competenti uffici regionali o provinciali del lavoro (se l'impresa è plurilocalizzata, la fase istituzionale si svolge di regola presso il Ministero del lavoro) di una ulteriore comunicazione scritta in cui si illustrano i risultati della consultazione con i sindacati e si indicano i motivi del suo eventuale esito negativo. Cfr. art. 4, commi 5-8, legge n. 223 del 1991.

<sup>224</sup> Sulle concrete modalità di svolgimento di tale esame, vedi da ultimo L. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, cit., 729 ss. In precedenza, vedi D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, cit., spec. 246 ss.

<sup>225</sup> Cfr. art. 5, comma 4, legge n. 223 del 1991. Dal 1 gennaio 2017, con l'abrogazione dell'art. 5, comma 4, legge n. 223 del 1991, cfr. art. 2, comma 35, legge n. 92 del 2012, il quale prevede che l'ulteriore contributo dovuto dal datore di lavoro per finanziare la NASpI in tutte le ipotesi di interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato per la causali che darebbero diritto all'ASpI sia triplicato se il licenziamento è collettivo e la procedura sindacale non si concluda con un accordo tra le parti.

<sup>226</sup> In particolare, sul contratto di solidarietà difensivo, vedi D. GAROFALO, *Strumenti di flessibilità alternativi alle riduzioni del personale (il contratto di solidarietà difensivo)*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 353 ss. Su quello di solidarietà espansivo anche come strumento di ricambio generazionale, vedi invece M. MARTONE, *Il diritto del lavoro alla prova del ricambio generazionale*, cit., 18 ss. Su entrambi, vedi infine F. SANTONI, *La disciplina dei contratti di solidarietà nel d.lgs. n. 148/2015*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 182 ss.

<sup>227</sup> Cfr., rispettivamente, art. 4, comma 5, e art. 4, comma 11, legge n. 223 del 1991. Con riguardo a quest'ultima disposizione, cfr. Cass., 1 luglio 2014, n. 14944, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2014, n. 1285, per la precisazione che gli eventuali accordi sindacali in deroga all'art. 2103 Cod. Civ. non sono vincolanti per i lavoratori i quali restano liberi di «rifiutare la dequalificazione affrontando il rischio del licenziamento». Per la possibilità che l'accordo in deroga preveda anche l'assegnazione di mansioni appartenenti ad una categoria inferiore (nella specie, da impiegato ad operaio), vedi Cass., 7 settembre 2000, n. 11806, in *Foro it.*, 2000, I, 3472. Sulla concreta operatività di tale disposizione incideranno ora anche le modifiche apportate all'art. 2103 Cod. Civ. dall'art. 3 del d.lgs. n. 81 del 2015, e in particolare quella che consente al datore di lavoro di assegnare il lavoratore anche a mansioni immediatamente inferiori nell'ipotesi di modifica degli assetti organizzativi aziendali. Nel

di lavoro dei lavoratori prossimi alla pensione in rapporti a tempo parziale al distacco o comando dei lavoratori eccedenti presso un'altra impresa (specie se appartenente allo stesso gruppo di imprese)<sup>228</sup> per una durata temporanea<sup>229</sup>. Più in generale v'è anche la possibilità per le parti sociali di ricorrere ad accordi in deroga, anche oltre la materia delle mansioni<sup>230</sup>.

Si tratta di un *mix* di strumenti alternativi finalizzati tutti allo stesso obiettivo di ridurre al massimo l'impatto sull'occupazione, anche a costo di determinare dequalificazioni o ulteriori deroghe alla disciplina legale e contrattuale o adottando forme flessibili di lavoro<sup>231</sup>.

---

senso di una riduzione del potere delle organizzazioni sindacali, vedi A. TOPO, *Le sanzioni per i licenziamenti collettivi secondo il Jobs Act*, cit., 194. In generale, sulla nuova disciplina del mutamento di mansioni, vedi soprattutto e con diversi punti di vista C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015; M. BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1156 ss. C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 167 ss.; A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 129 ss.

<sup>228</sup> Sulla gestione e le diverse problematiche dei licenziamenti collettivi nei gruppi di imprese, vedi F. MIANI CANEVARI, *Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese*, in *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, cit., 151 ss.; con specifico riferimento al diritto dell'Unione europea, vedi C. ZOLI, *Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese: la procedura di informazione e consultazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 518 ss.

<sup>229</sup> Cfr., rispettivamente, art. 19, legge n. 223 del 1991 e art. 8, comma 3, legge n. 236 del 1993 e art. 30, comma 4, d.lgs. n. 276 del 2003. Nel loro complesso, vedi F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, cit., 13 ss.

<sup>230</sup> Cfr. art. 8, legge n. 148 del 2011. Sulle potenzialità ed i limiti della norma, vedi, tra i molti e con diversi punti di vista, F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 1137 ss.; R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, 31 ss.; G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. n. 138/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 1249 ss.; F. LISO, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 sull'art. 8 l. n. 148/2011*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 453 ss.; F. SCARPELLI, *Il rapporto tra legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 493 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 11 ss.; A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 16 ss.

<sup>231</sup> Ritiene si tratti di un «armamentario normativo» messo a disposizione per la gestione delle eccedenze di personale «evoluto e sofisticato», R. DEL PUNTA, *I licenziamenti per riduzione di personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, cit., 118. Sull'importante contributo del sindacato in termini di flessibilità e nel rendere possibili soluzioni altrimenti improponibili per l'impresa, cfr. G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 120. Nel complesso, sulle alternative alla riduzione di personale

In altre parole, si tratta di forme di flessibilità interna che possono aiutare le aziende a reagire agli *shock* esterni della crisi e della variabilità della domanda evitando o riducendo il ricorso ai licenziamenti, con conseguenze positive sia per la produttività aziendale, sia per la stabilità dell'occupazione<sup>232</sup>. Peraltro l'autonomia collettiva può prevedere ulteriori misure funzionali alla conservazione del posto di lavoro rispetto a quelle tipizzate o consentite dal legislatore.

Si può dire quindi che il sindacato non è chiamato «a giocare una partita persa in partenza» in quanto la legge, sempre in un'ottica di scambio tra garanzie nel rapporto e salvaguardia dell'occupazione, gli mette a disposizione «risorse negoziali» di diverso tipo da spendere in sede di trattativa<sup>233</sup>.

Ed è fondamentale anche il ruolo svolto dalle istituzioni preposte nella ricerca di soluzioni possibili. Del resto, si è già ricordato che nelle procedure di licenziamento collettivo oltre all'interesse collettivo e a quello individuale dell'impresa e del singolo lavoratore assume rilevanza anche l'interesse pubblico generale alla salvaguardia dell'occupazione e al (conseguente) contenimento della spesa sociale.

Si tratta quindi di un ruolo attivo che può avere ad oggetto, e solitamente ha ad oggetto, anche la formulazione di proposte per la realizzazione di un accordo<sup>234</sup>. Dunque, pur se l'intervento dell'autorità amministrativa

---

disponibili, vedi anche D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, cit., spec. 184 ss. In generale, sull'ammissibilità di «allentamenti» all'inderogabilità della disciplina del diritto del lavoro solo in presenza di espressa previsione normativa, vedi, di recente e per tutti, R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 715 ss., spec. 733-734.

<sup>232</sup> Su come queste forme di flessibilità interna siano state sperimentate con successo in altri ordinamenti europei, *in primis* quello tedesco, vedi T. TREU, *Flexicurity e oltre*, cit., 11.

<sup>233</sup> Non irrilevante è anche, o può essere, il «fattore tempo»: l'accordo, infatti, chiude la procedura anche prima del termine legale previsto. Cfr. art. 4, comma 9, legge n. 223 del 1991. In tal senso, cfr. M. D'ANTONA, «*Riduzione di personale*» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91, cit., 2027 ss., anche per le citazioni tra virgolette nel testo. Sull'eccessiva lunghezza della procedura, vedi A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 433. Sul controllo sociale sindacale soprattutto come controllo *pro-futuro* diretto alla ricerca di soluzioni organizzative alternative, vedi G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, cit., 535. Per l'esclusione della configurabilità di un sindacato giudiziale anche sulla possibilità di ricorrere alle altre misure alternative previste dalla legge, cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, L. GUAGLIONE, F. SCARPELLI, *Commento all'art. 24*, cit., 1114, per i quali si tratta di valutazione affidata alla competenza esclusiva del confronto collettivo; ed anche G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 121.

<sup>234</sup> Cfr. art. 4, comma 7, legge n. 223 del 1991.

resta limitato ad una funzione di mediazione<sup>235</sup>, specialmente nelle grandi aziende e per esuberi di personale di notevoli dimensioni (che suscitano allarme sociale ed una maggiore percezione mediatica) l'esperienza ha dimostrato che la mediazione pubblica (e politica) può risultare decisiva persino più dell'opposizione/mediazione sindacale<sup>236</sup>.

Negli ultimi anni anche i ruoli del sindacato e delle istituzioni nella gestione delle eccedenze di personale hanno inevitabilmente risentito della crisi economica. Ma su di essi hanno inciso, e incideranno sempre di più in futuro, anche le modifiche normative che hanno via via spostato il baricentro delle tutele dalle politiche passive a quelle attive finalizzate ad offrire al lavoratore un efficiente servizio di formazione e ricollocazione nel mercato del lavoro<sup>237</sup>.

<sup>235</sup> Per G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 75, è proprio la «mediazione» il carattere e l'obiettivo principale dell'intervento pubblico in materia di licenziamenti collettivi per riduzione di personale.

<sup>236</sup> Per come anche i recenti casi Almagora e (prima ancora) Fiat e soprattutto i loro successivi sviluppi abbiano dimostrato il declino di un modello di relazioni sindacali soltanto conflittuale, e invece i migliori risultati ottenuti da un modello più partecipativo e cooperativo, basato «sulla scommessa comune», vedi L. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, cit., spec. 745 ss. Per un sindacato partecipativo che possa «potenziare lo sguardo dell'impresa oltre i tempi brevi e gli orizzonti più ristretti», vedi anche L. ZOPPOLI, *Sindacati e contrattazione collettiva: vecchi stereotipi o preziosi ingranaggi delle moderne democrazie?*, in *Lav. dir.*, 2015, spec. 423. Sul tema strettamente collegato, ed oggetto di ciclico dibattito in Italia, della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende, e quindi della mancata attuazione dell'art. 46 della Costituzione, vedi tra i più recenti C. ZOLI, *La partecipazione dei lavoratori in Italia tra vecchi e nuovi modelli*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, 557 ss.; P. ICHINO, *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa. Le ragioni di un ritardo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 861 ss.; D. GOTTARDI, *Ultima chiamata per il sistema dualistico: partecipazione negata dei lavoratori e rischi di sistema*, in *Dir. lav. merc.*, 2014, 575 ss.; A. ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, in *Dir. lav. merc.*, 2014, 295 ss.; G. PROIA, *La partecipazione dei lavoratori tra realtà e prospettive. Analisi della normativa interna*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 60 ss. Sulle responsabilità sindacali per la mancata attuazione della disposizione costituzionale, vedi anche le considerazioni molto critiche di S. CASSESE, *Discorso critico sul diritto del lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2014, 8-9. Sull'importanza del coinvolgimento dei lavoratori soprattutto per affrontare le crisi e le trasformazioni produttive dell'economia mondiale, vedi anche M. CARRIERI, T. TREU, *Introduzione. Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, in *Verso nuove relazioni industriali*, a cura di M. Carrieri, T. Treu, Bologna, 2013, 7 ss.

<sup>237</sup> Sull'importanza anche del ruolo dei fondi interprofessionali per la formazione continua anche nella ricollocazione dei lavoratori in esubero, vedi M. TIRABOSCHI, *Gestire le crisi aziendali con lo sguardo rivolto al futuro*, in *@bollettinoADAPT*, 12 giugno 2017. Sulla svalutazione del ruolo delle parti sindacali nella gestione di situazioni di crisi occupazionali a rilevanza collettiva per il venir meno della risorsa «mobilità», vedi tra gli altri

È presumibile ritenere che tali modifiche, specie in assenza di una effettiva ripresa dell'economia, renderanno ancor più complesso gestire crisi occupazionali e soprattutto trovare ad esse soluzioni ragionevoli; il che renderà ancora più necessaria l'esistenza di un sistema di relazioni industriali meno conflittuale e più cooperativo<sup>238</sup> (difficilmente realizzabile, peraltro, in assenza di una riforma della rappresentanza sindacale)<sup>239</sup>, e probabilmente sempre più decentrato a livello aziendale<sup>240</sup>. Solo in tal modo potrà essere evitato il rischio

E. BALLETTI, *Le politiche attive e passive per l'occupazione alla luce del Jobs act*, cit., 565. Vedi anche, *retro*, cap. I, par. nn. 3 e 4. In proposito, vedi infine anche G. FERRARO, *Crisi occupazionali e tecniche di tutela*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 189/2013, 1 ss.

<sup>238</sup> Su come anche le dinamiche interne allo stesso sindacato, e quindi strategie non sempre coincidenti tra strutture sindacali nazionali, territoriali e aziendali, possano condizionare l'esito della trattativa, come dimostrato anche dalla vertenza Almagià, vedi sempre L. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, cit., spec. 740 ss., per cui può accadere che atteggiamenti cooperativi del sindacato aziendale non siano condivisi a livello confederale o nazionale di categoria o che, al contrario, accordi sostenuti a livello confederale o di categoria non vengano sottoscritti dalla rappresentanza aziendale. Da ultimo e più in generale, sulla attuale crisi di rappresentanza, legittimazione e identità del sindacato, vedi B. CARUSO, "Costituzionalizzare" il sindacato. *I sindacati italiani alla ricerca di regole: tra crisi di legittimità e ipertrofia pubblicistica*, in *Lav. dir.*, 2014, 595 ss., e prima ancora G. PROIA, *Dalle origini al nuovo millennio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXIV, *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, *Il diritto sindacale*, coordinato da G. Proia, Torino, 2007, I, 1 ss. Per la necessità di un potenziamento del ruolo del sindacato, vedi sempre recentemente L. ZOPPOLI, *Sindacati e contrattazione collettiva: vecchi stereotipi o preziosi ingranaggi delle moderne democrazie?*, cit., 415 ss., ed anche F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, cit., 15, proprio con riferimento alla costruzione di percorsi di accompagnamento alle transizioni sul mercato del lavoro dei lavoratori destinatari di licenziamenti per motivi economici.

<sup>239</sup> Sul tema, tra gli ultimi, vedi M. PERSIANI, *Le vicende della rappresentanza e rappresentatività sindacali tra legge e contratto collettivo*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 531 ss.; B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 555 ss.

<sup>240</sup> Per ulteriori indicazioni legislative in tal senso, cfr. anche, da ultimo, l'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015. Su cui, vedi specificamente L. ZOPPOLI, *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in *Labor*, 2016, spec. 50 ss.; P. PASSALACQUA, *Lequordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, 275 ss.; I. ALVINO, *Il micro-sistema dei rinvii al contratto collettivo nel d.lgs. n. 81 del 2015: il nuovo modello della competizione fra i livelli della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 657 ss., ed anche U. GARGIULO, *L'azienda come luogo "preferenziale" delle relazioni sindacali?*, in *Lav. dir.*, 2016, 391 ss. In senso critico, sul processo di «aziendalizzazione» del sistema giuridico del lavoro e delle relazioni industriali, vedi V. BAVARO, *Aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, cit., 213 ss.

che le consultazioni sindacali e istituzionali si riducano ad un inutile rituale al quale il datore di lavoro si sottopone soltanto per adempiere una formalità e senza avere alcuna reale disponibilità alla discussione.

Nonostante le pressioni di varia natura esercitate in sede di esame congiunto il datore di lavoro resta pur sempre libero di respingere in tutto o in parte le istanze sindacali e le eventuali proposte degli uffici pubblici competenti.

Per legge, infatti, non v'è alcun obbligo di concludere l'accordo ma soltanto un onere a negoziare in buona fede senza vincoli di risultato<sup>241</sup>. Dunque il confronto sindacale e quello pubblico vanno affrontati senza chiusure pregiudiziali o aprioristiche, con spirito di collaborazione e reale disponibilità a ricercare una intesa. Ma essi possono anche concludersi con un nulla di fatto senza il raggiungimento di una soluzione concordata<sup>242</sup>.

Se pure l'accordo non è necessario, e quindi almeno formalmente non è evocabile un modello di tipo «cogestionale», restano i forti condizionamenti all'esercizio del potere unilaterale del datore di lavoro tuttora derivanti sia dalla complessità dei vincoli procedurali ma soprattutto dall'incertezza dei criteri legali da applicare per individuare i lavoratori da licenziare<sup>243</sup>.

<sup>241</sup> Cfr., concordemente, M. D'ANTONA, «Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91, cit., 2027 ss.; C. ZOLI, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 305; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 246; R. DEL PUNTA, *I licenziamenti per riduzione di personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, cit., 134; L. MONTUSCHI, *Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla l. n. 223 del 23 luglio 1991*, cit., 418; A. TOPO, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni del personale*, cit., 176. In generale, sugli obblighi a trattare in buona fede, vedi sempre C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Padova, 1992 (spec. 122 e 128 ss., con riferimento alla materia dei licenziamenti per riduzione di personale).

<sup>242</sup> Per la necessità, però, che il confronto con il sindacato sia effettivo, e cioè caratterizzato da atteggiamenti non meramente passivi o negativi, vedi soprattutto C. ZOLI, *La procedura*, cit., 79 ss. Sulla necessità di un leale confronto con i sindacati, vedi anche A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 433. Esclude che il magistrato possa sindacare nel merito la motivazione addotta dal datore di lavoro per rifiutare la proposta negoziale avanzata dal sindacato o dall'autorità amministrativa, F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, cit., 34-35, altrimenti si configurerebbe un vero e proprio obbligo di prestazione in capo al datore di lavoro.

<sup>243</sup> Per la natura non semplicemente consultiva «ma negoziale» della procedura legale in quanto «esplicitamente orientata al raggiungimento di un accordo», vedi M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 924. Sul rilievo negoziale della procedura, vedi anche C. ZOLI, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 304; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 246. Vedi poi anche, *infra*, cap. III, par. n. 11.

L'accordo quindi è ancora centrale ed ha un rilievo determinante (potenziato dai rischi sempre elevati del contenzioso giudiziario)<sup>244</sup>, a conferma di come sia ancora centrale e determinante il ruolo del sindacato (e in particolare della rappresentanza aziendale)<sup>245</sup> nella ricerca delle soluzioni ai problemi che la crisi o la riorganizzazione aziendale pongono ai lavoratori occupati nell'impresa<sup>246</sup>.

Infine, nell'ipotesi in cui non sia possibile riassorbire totalmente o parzialmente i lavoratori in esubero, l'accordo sindacale può anche prevedere, ed è questa la sua funzione forse più rilevante, criteri di scelta dei lavoratori da licenziare alternativi a quelli legali<sup>247</sup>. In questo caso, il sindacato accetta di gestire con il datore di lavoro anche la fase molto delicata della scelta dei licenziati assumendosi una responsabilità nei loro confronti<sup>248</sup>.

Per questo solitamente il sindacato è disponibile ad accordi soltanto a fronte di sostanziali concessioni del datore di lavoro in termini di riduzione del numero dei licenziamenti inizialmente programmati, di riconoscimento di incentivi economici o di misure sociali per la riconversione professionale dei lavoratori<sup>249</sup>. E difatti nell'eventuale accordo possono essere previsti a carico del datore di lavoro anche strumenti di sostegno del reddito o misure volte a facilitare la riqualificazione professionale dei lavoratori licenziati ulteriori rispetto a quelli già previsti dalla legge<sup>250</sup>. Anche in tali casi l'obiettivo del sindacato è sempre quello di ridurre al minimo il costo sociale dell'operazione datoriale di ridimensionamento del personale.

Nel capitolo seguente si approfondiranno specificamente i diversi problemi giuridici posti dalla sottoscrizione degli accordi sulle riduzioni del personale, in particolare per quanto riguarda soggetti, efficacia e individuazione di criteri di

<sup>244</sup> Cfr., *infra*, cap. III, par. n. 11.

<sup>245</sup> Su cui ricade il peso maggiore della vertenza essendo il soggetto legittimato a firmare o a rifiutare l'accordo di chiusura della procedura di licenziamento collettivo. Cfr. L. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, cit., 740 ss.

<sup>246</sup> Per l'accordo come strumento di supporto al potere sindacale nel negoziato, vedi in particolare Cfr. R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, cit., 11.

<sup>247</sup> Cfr. art. 5, comma 1, legge n. 223 del 1991. Cfr., *infra*, cap. III, par. n. 7 ss.

<sup>248</sup> In senso critico su tale competenza attribuita al sindacato, vedi M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 932, secondo cui quando si tratta di individuare i nomi dei lavoratori da licenziare la funzione sindacale dovrebbe essere limitata al «tradizionale ruolo garantista». Cfr. per maggiori approfondimenti, *infra*, cap. III, par. n. 7.

<sup>249</sup> Sulla difficoltà del sindacato di governare il consenso di fronte alla distribuzione di rilevanti sacrifici, vedi anche e tra gli altri E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 132.

<sup>250</sup> Cfr. art. 4, comma 5, legge n. 223 del 1991.

scelta alternativi a quelli legali. Fin d'ora è necessario rimarcare, a dimostrazione di come in tale materia l'interesse collettivo possa spesso confliggere con quello individuale<sup>251</sup>, come la forza dell'accordo sindacale rischi di indebolirsi per effetto del moltiplicarsi delle azioni giudiziali dei singoli lavoratori che proprio quell'accordo (ri)mettono in discussione<sup>252</sup>.

### 10. *La perdurante incertezza dell'obbligo delle comunicazioni finali*

Le comunicazioni finali che il datore di lavoro deve effettuare per iscritto esaurita la procedura sono due, con diversi destinatari, contenuti e finalità<sup>253</sup>.

La prima è diretta a ciascun lavoratore eccedente ed ha ad oggetto il recesso (con preavviso) dal rapporto di lavoro.

La seconda è diretta a determinate organizzazioni sindacali e uffici pubblici<sup>254</sup> ed ha un contenuto più articolato e complesso. Com'è noto, infatti, con essa il datore di lavoro, oltre a comunicare l'elenco dei lavoratori licenziati<sup>255</sup>, deve indicare, e quindi rendere pubbliche, anche le modalità con cui sono stati applicati i criteri di scelta legali o contrattuali.

Non si deve trattare di una indicazione generica, in quanto è la stessa legge a precisare che l'indicazione delle modalità di applicazione dei criteri di scelta deve essere «puntuale». Fissando le ragioni del recesso il contenuto di tale

<sup>251</sup> Sul delicato problema della disponibilità collettiva della posizione soggettiva dei singoli lavoratori, vedi soprattutto U. CARABELLI, S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 402. Sui complessi rapporti tra interessi individuali e interessi collettivi nella definizione dei criteri di scelta, vedi anche L. CASTELVETRI, *La negoziazione dei criteri di scelta nelle riduzioni di personale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, 84.

<sup>252</sup> Sulla necessità che venga riaffermata la priorità dei poteri del sindacato rispetto alle prerogative individuali, anche a garanzia della stessa effettività del modello legale, cfr. E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 124 ss.

<sup>253</sup> Cfr. art. 4, comma 9, legge n. 223 del 1991.

<sup>254</sup> Ma vi sono dubbi sulla permanenza di tale obbligo nei confronti degli uffici amministrativi (regione e Commissione regionale tripartita) dopo l'eliminazione dell'indennità di mobilità e delle liste di mobilità a far data dal 1 gennaio 2017, in quanto l'invio della comunicazione finale anche a quegli uffici sembrava collegato soltanto agli adempimenti connessi all'iscrizione nelle liste di mobilità.

<sup>255</sup> L'eventuale divergenza tra il numero dei lavoratori in esubero indicati nella comunicazione di avvio della procedura di licenziamento collettivo e quello dei lavoratori licenziati indicati nella comunicazione finale non costituisce di per sé motivo di illegittimità del singolo rapporto di lavoro, potendo rappresentare l'effetto positivo del confronto con le organizzazioni sindacali e gli uffici pubblici competenti. Cfr., in tal senso, cass., 21 settembre 2016, n. 18504, cit.; Cass., 11 agosto 2016, n. 17061, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2016, n. 452.

comunicazione assume un rilievo decisivo, in quanto esso è vincolante per il datore di lavoro nell'eventuale giudizio<sup>256</sup>; e sempre in base a quel contenuto, anche i lavoratori dovranno impostare le proprie difese e contestazioni.

Nel corso di questi 25 anni e oltre il contenzioso su questa seconda comunicazione è sempre stato elevatissimo. Patologico si potrebbe dire.

Dopo iniziali contrasti non soltanto giurisprudenziali, nel 2000 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, aderendo all'orientamento all'epoca prevalente<sup>257</sup>, hanno definitivamente chiarito che anche la violazione della norma che impone al datore di lavoro di dare comunicazione ai competenti uffici del lavoro e alle organizzazioni sindacali (tra l'altro anche) delle specifiche modalità di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare determina l'inefficacia del licenziamento che può essere fatta valere da ciascun lavoratore<sup>258</sup>.

<sup>256</sup> Cfr. Cass., 29 settembre 2016, n. 19320. In dottrina, cfr. A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 434; M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 935, per cui la motivazione del singolo licenziamento «resta fissata nei termini in cui viene esplicitata dall'imprenditore all'atto delle comunicazioni obbligatorie sulle modalità di applicazione dei criteri».

<sup>257</sup> Cfr. Cass., 14 aprile 1999, n. 3715, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 573; Cass., 10 giugno 1999, n. 5718; Cass., 14 aprile 1999, n. 3706; Cass., 22 marzo 1999, n. 2701, in *Not. giur. lav.*, 1999, 532; Cass., 12 gennaio 1999, n. 265, in *Not. giur. lav.*, 1999, 368; Cass., 14 novembre 1998, n. 11480, in *Foro it.*, 1999, I, 476; Cass., 23 settembre 1998, n. 9541, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 85; Cass., 21 luglio 1998, n. 7169, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 692; Cass., 1 luglio 1998, n. 6448, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 692; Cass., 22 aprile 1998, n. 4121, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 447; Cass., 17 gennaio 1998, n. 419, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, 359; Cass., 27 maggio 1997, n. 4685, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 632; Cass., 26 luglio 1996, n. 6759, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 628. Per l'orientamento opposto secondo cui l'omessa o incompleta comunicazione prevista dall'art. 4, comma 9, della legge n. 223 del 1991 non incide sulla legittimità del singolo licenziamento ma può dar luogo, se mai, soltanto a una richiesta di risarcimento del danno (o alla possibilità di agire ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970), cfr. Cass., 23 settembre 1999, n. 10368; Cass., 8 aprile 1998, n. 3610, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 448; Cass., 20 novembre 1996, n. 10187, in *Dir. lav.*, 1997, II, 171, con nota adesiva di M. MARAZZA, *Licenziamenti collettivi e vizi di comunicazioni nelle procedure di cui all'articolo 4 della legge 223/1991* (185 ss.).

<sup>258</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 761 ss. Per l'univoca giurisprudenza successiva, cfr. Cass., 27 marzo 2013, n. 7671, in *Not. giur. lav.*, 2013, 873; Cass., 11 giugno 2015, n. 12122, in *Not. giur. lav.*, 2015, 612; Cass., 15 giugno 2005, n. 12830, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2005, n. 1533; Cass., 8 novembre 2003, n. 16805, in *Orient. giur. lav.*, 2003, 954; Cass., 1 agosto 2001, n. 10504, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2001, n. 1556; Cass., Sez. Un., 13 giugno 2000, n. 419, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1922.

Nonostante le aspre critiche di una parte della dottrina<sup>259</sup>, l'interpretazione delle Sezioni Unite sembra da condividere sia sul piano letterale, sia sul piano sistematico.

Pur se il testo della legge ancora una volta non è chiarissimo e si presti perciò ad interpretazioni difformi<sup>260</sup>, appare più aderente al dato testuale l'interpretazione secondo cui il rinvio nell'art. 5, comma 3, alle «procedure richiamate nell'art. 4, comma 12» e, a sua volta, quello nell'art. 4, comma 12, alle «procedure previste nel presente articolo» debbano intendersi riferiti a tutto l'*iter* procedimentale, e quindi a tutte le fasi dell'intera procedura, compresa la comunicazione finale ai sindacati e agli uffici pubblici competenti di cui all'art. 4, comma 9<sup>261</sup>.

Con la conseguenza che se omessa o incompleta anche tale comunicazione finale, come quella di apertura della procedura, incide allo stesso identico modo sulla legittimità del singolo licenziamento.

Ed anche sul piano sistematico, la *ratio* della legge n. 223 del 1991 è quella di collegare la legittimità del recesso alla regolarità formale del procedimento che deve essere realizzato per individuare i lavoratori da licenziare e, più in generale, al corretto svolgimento dell'insieme di adempimenti formali posti a carico del datore di lavoro per l'attuazione del programma di ridimensionamento del personale<sup>262</sup>.

<sup>259</sup> Cfr., soprattutto, M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, cit., 36, nt. 132; L. MONTUSCHI, *Procedure e forme: comunicare è bello?*, cit., 663 ss.; C. ZOLI, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 310 ss. Per la distinzione tra procedura e comunicazioni finali, vedi anche G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 209 ss.; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 253-254; L. ANGIELLO, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, cit., 955.

<sup>260</sup> Per Cass., 21 luglio 1998, n. 7169, cit., il testo di legge «ha effettivamente una formulazione ambigua che risente di una tecnica legislativa non particolarmente rigorosa». Sulla forma giuridica imprecisa della norma, vedi anche L. MONTUSCHI, *Procedure e forme: comunicare è bello?*, cit., 664; L. ANGIELLO, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, cit., 955, per cui il dato normativo è «decisamente equivoco».

<sup>261</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302, cit., anche per le ulteriori ragioni, sempre fondate sull'interpretazione del testo di legge, poste a sostegno dell'orientamento condiviso dalle Sezioni Unite. In dottrina, nello stesso senso, vedi già M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 935, ed anche U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 197; A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 434-435; P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 14; S. LIEBMAN, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/1991: tendenza della prassi applicativa*, cit., 125 ss.

<sup>262</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302, cit.

È quindi coerente, o più coerente, con la filosofia ispiratrice della legge sanzionare con l'illegittimità del recesso non soltanto l'inosservanza delle varie fasi che precedono l'invio delle comunicazioni finali, ma anche le violazioni che riguardano la comunicazione con cui il datore di lavoro all'esito (o meglio a completamento) della procedura svolta, anche stavolta per l'esigenza di rendere trasparente la sua condotta, spiega alle organizzazioni sindacali come ha applicato i criteri di scelta.

Del resto questa comunicazione è fondamentale anche perché la legge non impone al datore di lavoro di comunicare nella lettera di recesso al singolo lavoratore anche i motivi del provvedimento<sup>263</sup>, ossia i criteri di scelta individuati e le loro modalità di applicazione<sup>264</sup>. Dunque, soltanto con la comunicazione obbligatoria finale il lavoratore può conoscere con immediatezza le ragioni del suo licenziamento, sia pure solo indirettamente<sup>265</sup>.

Per il tramite dei destinatari di quella comunicazione (*in primis* le organizzazioni sindacali) il lavoratore può conoscere, cioè, quali sono stati i criteri di scelta applicati dal datore di lavoro e perché la loro concreta applicazione ha determinato il suo licenziamento e non quello di altri lavoratori rimasti in azienda. Come ha affermato anche la giurisprudenza

---

<sup>263</sup> Come è invece imposto ora nei licenziamenti individuali per giusta causa e giustificato motivo. Cfr. l'art. 1, comma 37, della legge n. 92 del 2012, che ha sostituito l'art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966.

<sup>264</sup> Cfr. Cass., 8 gennaio 2016, n. 157, in *Not. giur. lav.*, 2016, 199; Cass., 28 gennaio 2009, n. 2168, cit.; Cass., 10 giugno 1999, n. 5718, cit.; Cass., 8 marzo 2006, n. 4970, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 163; Cass., 2 aprile 1999, n. 3186, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1999, n. 1951; Cass., 4 febbraio 1998, n. 1138, in *Not. giur. lav.*, 1998, 208; Cass., 10 giugno 1999, n. 5718, in *Foro it.*, 1999, I, 2519.

<sup>265</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302, cit. Vedi anche, al riguardo, Cass., 23 settembre 1999, n. 10368, in *Guida dir.*, 1999, 79, secondo cui il lavoratore licenziato ha, in ogni caso, il diritto di richiedere (non è chiaro se al datore di lavoro o, invece, alle organizzazioni sindacali e all'autorità amministrativa) tutte le informazioni sul numero complessivo, generalità e qualifica dei lavoratori in esubero «in modo da poter verificare l'osservanza dei criteri di scelta fissati dall'autonomia collettiva o dalla legge e la sussistenza dei motivi che giustificano la risoluzione del rapporto». Nel senso che il lavoratore può richiedere al datore di lavoro che sia inviata anche a lui copia della comunicazione finale, vedi già M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 935; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 254; G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 182 ss. Nel senso, invece, di un obbligo di comunicazione anche al lavoratore «per conoscenza unitamente alla lettera di licenziamento», vedi R. FOGLIA, *Riduzione di personale e licenziamenti «economici»*, in *Dir. lav.*, 1997, I, 15. Ma *contra* però, vedi Cass., 4 febbraio 1998, n. 1138, cit., secondo cui il datore di lavoro non ha l'obbligo, neppure a richiesta, di rilasciare al lavoratore una copia della comunicazione finale.

la comunicazione finale, pur essendo destinata ai sindacati e non ai singoli lavoratori, costituisce un momento di collegamento fondamentale tra tutela collettiva e tutela individuale<sup>266</sup>.

Per garantire una rapida possibilità di conoscenza di quelle ragioni indispensabili per poter decidere se impugnare giudizialmente il licenziamento<sup>267</sup>, fino a qualche tempo fa la legge prevedeva che la comunicazione finale ai sindacati e agli uffici del lavoro competenti dovesse essere effettuata «contestualmente» a quella dei singoli recessi.

Anche sul significato da attribuire all'avverbio «contestualmente», però, la giurisprudenza non era univoca.

Una parte della giurisprudenza sosteneva che la contestualità non doveva essere intesa come contemporaneità, o come rigida contemporaneità, bensì come obbligo di immediatezza, anche perché la norma non specificava la misura cronologica della contestualità tra le due comunicazioni. Per cui non era necessario che le due comunicazioni avvenissero esattamente lo stesso giorno, purché fossero effettuate entro tempi ragionevoli<sup>268</sup>; fermo restando che per valutare la contestualità (nel senso di non rigida contemporaneità) si attribuiva rilevanza non tanto alla spedizione delle due comunicazioni quanto piuttosto alla ricezione di esse, ossia alla formale conoscenza del loro contenuto<sup>269</sup>.

Per contro la giurisprudenza (più recente e) prevalente aveva interpretato il requisito della contestualità in modo estremamente rigoroso: contestualmente voleva dire, cioè, contemporaneamente, ossia eseguito proprio lo stesso

<sup>266</sup> Cfr. Cass., 8 gennaio 2016, n. 157, cit.; Cass., 1 dicembre 2010, n. 24341, in *Lav. giur.*, 2011, 373.

<sup>267</sup> O anche, eventualmente, per sollecitare al datore di lavoro la revoca del licenziamento prima dell'impugnazione in sede giudiziaria. Cfr. Cass., 29 aprile 2015, n. 8680, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2015, n. 1263. In dottrina, cfr. P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 14.

<sup>268</sup> Cfr. Cass., 8 marzo 2006, n. 4970, cit.; Cass., 24 marzo 2004, n. 5942, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2004, n. 1787; Cass., 4 novembre 1997, n. 10832, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 124; Cass., 22 marzo 1999, n. 2701, in *Not. giur. lav.*, 1999, 532; Cass., 9 ottobre 2000, n. 13457, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2000, n. 1901, secondo cui la comunicazione finale alle organizzazioni sindacali e agli uffici del lavoro, richiamando l'art. 8, comma 4, della legge n. 236 del 1993, per non essere considerata tardiva doveva intervenire anch'essa entro il termine di 120 giorni dalla conclusione della procedura. Nella giurisprudenza di merito, cfr. App. Firenze, 16 aprile 2004, in *Dir. lav.*, 2004, II, 273.

<sup>269</sup> Cfr. Cass., 8 marzo 2006, n. 4970, cit. Per le incertezze derivanti da tale orientamento, cfr. P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 252.

giorno<sup>270</sup>. Per cui nel caso di utilizzo del servizio postale da parte del datore di lavoro la spedizione delle lettere doveva avvenire lo stesso giorno. Non quindi un concetto relativo o elastico, ma tendenzialmente assoluto o rigido.

L'unica possibilità per il datore di lavoro, infatti, era quella di provare che la mancanza di contemporaneità tra le due comunicazioni fosse dipesa (e quindi giustificata) da ragioni oggettive indipendenti dalla sua volontà, ossia da cause di forza maggiore<sup>271</sup>. Soltanto in tal modo si riteneva realizzato un equilibrato temperamento tra i diversi interessi coinvolti salvaguardando lo *spatium deliberandi* per l'impugnazione del recesso ed evitando che il datore di lavoro potesse giustificare a posteriori le scelte operate<sup>272</sup>; soltanto in tal modo, in sostanza, non si riteneva vanificata la fondamentale funzione di garanzia che il legislatore aveva inteso attribuire alle comunicazioni finali.

Per risolvere il contrasto giurisprudenziale è intervenuto il legislatore<sup>273</sup>. Com'è noto, infatti, ora la comunicazione di cui trattasi deve essere effettuata non più contestualmente ma entro 7 giorni dalla comunicazione dei recessi<sup>274</sup>.

<sup>270</sup> Cfr. Cass., 8 gennaio 2016, n. 157, cit.; Cass., 5 febbraio 2016, n. 2322, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 323 ss.; Cass., 28 ottobre 2015, n. 22024, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2015, n. 1257; Cass., 29 aprile 2015, n. 8680, cit.; Cass., 27 marzo 2013, n. 7671, cit.; Cass., 1 dicembre 2010, n. 24341, cit.; Cass., 31 marzo 2011, n. 7490, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2011, n. 1371; Cass., 18 marzo 2011, n. 6285, in *Not. giur. lav.*, 2011, 641; Cass., 1 dicembre 2010, n. 24341, in *Lav. giur.*, 2011, 373; Cass., 17 luglio 2009, n. 16776, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 500; Cass., 23 gennaio 2009, n. 1722, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2009, n. 1639; Cass., 28 luglio 2005, n. 15898, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 141; Cass., 19 marzo 2004, n. 5578, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2004, n. 1789. Per le critiche a tale orientamento ritenuto eccessivamente rigido e formale, cfr. in particolare L. ANGIELLO, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, cit., 954; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 252; G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 552.

<sup>271</sup> Cfr. Cass., 8 gennaio 2016, n. 157, cit.; Cass., 28 ottobre 2015, n. 22024, cit.; Cass., 27 marzo 2013, n. 7671, cit.; Cass., 18 marzo 2011, n. 6285, cit.; Cass., 31 marzo 2011, n. 7490, cit.; Cass., 23 gennaio 2009, n. 1722, cit.; Cass., 17 luglio 2009, n. 16776, cit.; Cass., 19 marzo 2004, n. 5578, cit.; Cass., 1 dicembre 2010, n. 24341, cit.

<sup>272</sup> Cfr. Cass., 29 settembre 2016, n. 19320, cit.

<sup>273</sup> Cfr. art. 4, comma 9, legge n. 223 del 1991, dopo le modifiche apportate dall'art. 1, comma 44, legge n. 92 del 2012.

<sup>274</sup> Come già in precedenza, l'obbligo per il datore di lavoro sembrerebbe escluso soltanto nell'ipotesi di intervento di cause di forza maggiore che gli abbiano impedito di effettuare la comunicazione nel nuovo termine previsto di 7 giorni. In tal senso, cfr. Trib. Roma, 29 settembre 2014, in *Lav. prev. oggi*, 2015, 52.

L'intervento è da condividere, sia perché elimina le incertezze dovute all'interpretazione non univoca dell'avverbio contestualmente, sia perché evitando un rigore eccessivo attribuisce al datore di lavoro un termine breve ma ragionevole per adempiere all'onere di inviare le comunicazioni finali senza comprimere i diritti di difesa del lavoratore<sup>275</sup>. Dopo l'invio di tale comunicazione, infatti, resta per il lavoratore un periodo di tempo adeguato per poter conoscere in che modo siano stati individuati e poi applicati (anche nei suoi confronti) i criteri di scelta e così poter decidere se impugnare o no il licenziamento (e prima ancora, richiedere al datore di lavoro la revoca del licenziamento)<sup>276</sup>.

Soprattutto, però, il contenzioso è esploso sull'obbligo del datore di lavoro di indicare «puntualmente» le modalità di applicazione dei criteri di scelta.

La ragione principale di tale esplosione del contenzioso è derivata. Come si dirà più approfonditamente nel capitolo che segue, infatti, non è ancora chiaro come si debbano prima individuare e poi applicare in concreto i criteri di scelta, soprattutto quelli legali<sup>277</sup>. Da qui anche l'inevitabile incertezza su come le modalità di applicazione di quei criteri debbano poi essere indicate nella comunicazione finale.

Per esigenza di trasparenza e controllo soprattutto dei lavoratori (e poi anche, eventualmente, del giudice), nonché per rimarcare la rilevanza

<sup>275</sup> Sull'opportunità e ragionevolezza dell'intervento legislativo la dottrina è sostanzialmente concorde. Cfr., ad esempio e tra i molti, P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 252-253; M. MARAZZA, D. DE FEO, *I licenziamenti collettivi*, cit., 396; R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 775; U. CARABELLI, S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 397; P. SORDI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, a cura di L. Di Paola, Milano, 2013, 350; F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss., almeno sotto il profilo della certezza in ordine alla cadenza temporale delle comunicazioni finali; A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 26. Esprime qualche perplessità solo C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, 584.

<sup>276</sup> Per App. Venezia, 29 giugno 2016, in *Guida lav.*, 2016, 50, il termine di 7 giorni decorre dal momento dell'intimazione del primo dei licenziamenti effettuati nell'ambito della procedura e indipendentemente da quando il destinatario ne abbia conoscenza. Già per tale soluzione, cfr. M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 460, ed anche P. SORDI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 351, e G. PELLACANI, *Il licenziamento collettivo*, in *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, a cura di G. Zilio Grandi e M. Biasi, Milano, 2016, 232. Invece, per Trib. Torino, 4 maggio 2017, in *Guida lav.*, 2017, 24, quel termine decorre da ogni singolo licenziamento.

<sup>277</sup> Cfr., *infra*, cap. III.

sociale dei provvedimenti finali, il legislatore esige che l'indicazione sia puntuale, ossia il più possibile specifica.

Sul punto la giurisprudenza ha tentato di individuare alcuni punti fermi.

Innanzitutto il datore di lavoro non può limitarsi alla mera indicazione di formule generiche, ad esempio ripetendo i criteri dettati dalla disciplina legale o da quella contrattuale<sup>278</sup>. Né per indicare le modalità di applicazione dei criteri di scelta può fare riferimento a quanto contenuto nell'eventuale accordo sindacale o in altri atti, documenti o verbali esterni alla comunicazione finale<sup>279</sup>.

Dunque anche in tal caso la giurisprudenza ha optato per una interpretazione molto rigida. È, infatti, affermazione costantemente ripetuta che il datore di lavoro, specificato prima come debbano interagire tra di loro i criteri di scelta applicabili, debba operare una valutazione comparativa tra tutti i dipendenti potenzialmente destinatari del provvedimento di licenziamento, ossia tutti quelli con profili professionali comparabili (e quindi anche quelli mantenuti in servizio)<sup>280</sup>.

Non è ancora chiaro, invece, se la legge imponga al datore di lavoro anche la predisposizione di una vera e propria graduatoria a punteggio dei lavoratori licenziati e di quelli rimasti in servizio<sup>281</sup>.

Secondo la giurisprudenza prevalente (ancora non univoca quindi) anche per consentire un efficace controllo giudiziario è necessaria la formazione di una specifica graduatoria con l'indicazione del punteggio assegnato a ciascun criterio di scelta e di quello assegnato a ciascun lavoratore<sup>282</sup>. V'è

<sup>278</sup> Cfr. Cass., 13 dicembre 2016, n. 25554, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 129, con nota di L. VENDITTI, *Licenziamento collettivo: l'indefettibile trasparenza della selezione*; Cass., 4 agosto 2016, n. 16351; Cass., 16 febbraio 2010, n. 3603, in *Orient. giur. lav.*, 2010, 237; Cass., 23 dicembre 2009, n. 27165, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2009, n. 1622; Cass., 27 maggio 1997, n. 4685, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 632.

<sup>279</sup> Cfr. Cass., 10 luglio 2013, n. 17119, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 122; Cass., 28 marzo 2003, n. 4782, in *Lav. prev. oggi*, 2003, 697; Cass., 13 novembre 2000, n. 14679, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, 583.

<sup>280</sup> Cfr. Cass., 13 dicembre 2016, n. 25554, cit.; Cass., 19 settembre 2016, n. 18306, in *Foro it. rep.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 604; Cass., 4 agosto 2016, n. 16351, cit.; Cass., 10 luglio 2013, n. 17119, cit.; Cass., 23 dicembre 2009, n. 27165, cit.; Cass., 18 gennaio 2005, n. 880, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2005, n. 1540.

<sup>281</sup> Per la non necessità di una graduatoria, vedi Cass., 23 dicembre 2009, n. 27165, cit.; Cass., 1 aprile 1999, n. 3140, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 571; Cass., 29 dicembre 2004, n. 24116, cit., sia pure con l'avvertenza che in ogni caso l'indicazione delle modalità con cui sono stati applicati i criteri di scelta deve essere tale da consentire la identificazione («fotografica») dei dipendenti prescelti per il licenziamento. Nella giurisprudenza di merito, cfr. anche Trib. Ascoli Piceno, in *Dir. lav. Marche*, 1997, 73.

<sup>282</sup> Cfr., tra le molte, Cass., 6 febbraio 2017, n. 3045, cit.; Cass., 19 settembre 2016, n.

infatti la necessità di controllare se tutti i dipendenti in possesso dei requisiti previsti siano stati considerati, e quindi inseriti nella graduatoria, e poi se siano stati correttamente applicati i criteri di valutazione comparativa adottati per individuare quelli da licenziare<sup>283</sup>.

In sostanza, dall'esame di tale graduatoria il lavoratore deve essere posto nella condizione di poter comprendere con chiarezza perché l'applicazione dei criteri di scelta individuati ha determinato il suo licenziamento e non quello di altri lavoratori comparabili rimasti in servizio<sup>284</sup>. E così poter decidere se contestare o no, ed eventualmente in che termini e forme, il provvedimento di recesso.

Secondo la giurisprudenza prevalente poi, la formazione della graduatoria, e quindi la comparazione con la specificazione delle modalità applicative, è necessaria anche quando sia concordato in sede negoziale un unico criterio di scelta<sup>285</sup> o quando il datore di lavoro intenda cessare l'attività e licenziare tutti i dipendenti esclusi quelli destinati al compimento

---

18306, cit.; Cass., 9 giugno 2011, n. 12544, in *Giur. it.*, 2013, 406; Cass., 8 novembre 2007, n. 23275, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 276; Cass., 8 gennaio 2003, n. 86, in *Orient. giur. lav.*, 2003, 178. Secondo la giurisprudenza l'obbligo di formare una graduatoria si ricava anche dalla necessità dell'indicazione nella comunicazione di avvio della procedura di licenziamento collettivo, oltretutto dei profili professionali del personale eccedente, anche del «personale abitualmente impiegato». In dottrina, sempre sulla necessità della predisposizione di una graduatoria, cfr. U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 173; G. MAMMONE, *La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali*, cit., 134; F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, cit., 347.

<sup>283</sup> Cfr. Cass., 10 luglio 2013, n. 17119, cit.; Cass., 28 luglio 2011, n. 16621, in *Not. giur. lav.*, 2012, 93; Cass., 16 febbraio 2010, n. 3603, cit.; Cass., 16 marzo 2009, n. 6342, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 80.

<sup>284</sup> Cfr. Cass., 13 dicembre 2016, n. 25554, cit.; Cass., 4 agosto 2016, n. 16351, cit.; Cass., 26 agosto 2013, n. 19576, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2013, n. 1379; Cass., 6 giugno 2011, n. 12197, in *Not. giur. lav.*, 2011, 509; Cass., 5 agosto 2008, n. 21138, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 1024; Cass., 9 agosto 2004, n. 15377, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 476; Cass., 8 novembre 2003, n. 16805, cit.

<sup>285</sup> Cfr. Cass., 13 dicembre 2016, n. 25554, cit.; Cass., 10 luglio 2013, n. 17119, cit.; Cass., 6 giugno 2011, n. 12197, cit.; Cass., 19 dicembre 2008, n. 29831, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2008, n. 1635; Cass., 9 agosto 2004, n. 15377, cit. *Contra*, però, vedi Cass., 17 aprile 2014, n. 8971, in *Giur. it.*, 2015, 168; Cass., 6 giugno 2011, n. 12196, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 323; Cass., 26 agosto 2013, n. 19576, cit., secondo cui se il criterio di scelta concordato in sede sindacale è quello del possesso dei requisiti per aver diritto alla pensione è idonea anche una comunicazione finale che si limiti ad indicare l'elenco dei lavoratori licenziati e il criterio contrattuale applicato, in quanto «la natura oggettiva del criterio rende superflua la comparazione con i lavoratori privi del suddetto requisito». Vedi anche, *infra*, cap. III, par. n. 10.

delle operazioni di liquidazione<sup>286</sup>.

Dalle considerazioni che precedono risulta con evidenza come nella pratica anche per il datore di lavoro più diligente sia estremamente difficile adempiere all'obbligo di indicare nella comunicazione finale le modalità di applicazione dei criteri di scelta in modo «puntuale».

Pur giustificati dall'esigenza di tutelare i diritti individuali dei lavoratori, a volte gli adempimenti richiesti dalla giurisprudenza (o almeno da una parte di essa) risultano in concreto quasi irrealizzabili, presupponendo la comparazione, e quindi la formazione di una specifica graduatoria, tra moltissimi lavoratori (come può accadere, ad esempio, quando i criteri di scelta legali o contrattuali debbano essere applicati nell'ambito dell'intera azienda e/o con riguardo a tutti i lavoratori con professionalità fungibili)<sup>287</sup>.

### 11. L'incertezza che residua anche sull'efficacia sanante dell'accordo sindacale

Si è già ricordato che secondo la giurisprudenza attualmente prevalente non ogni difformità o irregolarità della procedura prevista dalla legge determina l'inefficacia dei singoli licenziamenti<sup>288</sup>.

È necessario, infatti, che quelle difformità o quelle irregolarità abbiano inciso sulla realizzazione dello scopo della procedura. È necessaria, cioè, la rilevanza causale del vizio procedurale, ossia l'idoneità della comunicazione incompleta o inesatta ad impedire in concreto il pieno esercizio dei poteri di controllo preventivo e propositivi del sindacato<sup>289</sup>.

Non è, però, mai semplice stabilire se e quando un vizio della comunicazione possa aver effettivamente impedito alle organizzazioni sindacali di svolgere anche soltanto in parte le proprie funzioni. Così come in presenza di inosservanze della procedura resta incerta anche la rilevanza da attribuire all'eventuale accordo sindacale raggiunto. Ciò pur se la stessa

<sup>286</sup> Cfr. Cass., 21 settembre 2011, n. 19233, in *Lav. giur.*, 2012, 271; Cass., 28 ottobre 2010, n. 22033, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2010, n. 1547.

<sup>287</sup> Cfr., *infra*, cap. III, par. n. 2.

<sup>288</sup> Cfr., *retro*, par. n. 8.

<sup>289</sup> Con onere della prova a carico di chi allega il vizio, sia esso il lavoratore licenziato o il sindacato. Cfr., tra le molte, Cass., 14 aprile 2015, n. 7490, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 29; Cass., 11 gennaio 2008, n. 528, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, 191; Cass., 24 marzo 2004, n. 5942, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 657. Per la valorizzazione del profilo funzionale, vedi anche L. ANGIELLO, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, cit., 950, secondo cui anche in assenza di accordo i vizi procedurali assumono rilevanza soltanto quando impediscano il confronto sindacale.

giurisprudenza ha provato in questi anni a fornire alcuni chiarimenti di carattere generale a tale specifico riguardo.

È condivisa l'opinione secondo cui l'accordo sindacale non può mai sanare la totale omissione della procedura o anche il suo radicale stravolgimento<sup>290</sup>. E ciò sulla base della considerazione di ordine sistematico secondo cui la «forma» di esercizio del potere del datore di lavoro di ridurre il personale non può essere derogata dalla volontà dei soggetti ai quali è affidato il controllo delle scelte dell'impresa<sup>291</sup>.

Né l'accordo sindacale può sanare di per sé qualsiasi *deficit* informativo, in quanto così si comprometterebbe la tutela dell'interesse primario del lavoratore ad un corretto svolgimento della procedura. Può soltanto essere valutato dal giudice come elemento sintomatico per stabilire se in concreto le comunicazioni di apertura e finali siano state complete ed adeguate<sup>292</sup> o se la procedura, nonostante il vizio di tali comunicazioni, abbia raggiunto lo stesso lo scopo di controllo preventivo e trasparenza cui è preordinata<sup>293</sup>.

In concreto, però, le valutazioni della giurisprudenza, pur in presenza di presupposti di fatto potenzialmente assimilabili, sono state spesso di segno opposto.

E così in alcuni casi, sulla base dell'applicazione del principio generale della «strumentalità delle forme», non si è ritenuto rilevante l'omesso invio della comunicazione finale ad uno dei soggetti indicati dalla legge (nella specie, la Commissione regionale per l'impiego), in quanto tale formalità non è stata considerata essenziale per il raggiungimento dello scopo dell'atto e, più in generale, per la correttezza dello svolgimento dell'intera procedura<sup>294</sup>.

Mentre, invece, in altri casi l'atteggiamento della giurisprudenza è stato meno pragmatico, e più rigoroso e formalistico.

<sup>290</sup> Cfr. Cass., 26 giugno 2015, n. 13277, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2015, n. 1260; Cass., 11 giugno 2015, n. 12122, in *Not. giur. lav.*, 2015, 612. Nel senso che l'accordo sindacale non può mai sanare una comunicazione di avvio della procedura orale o priva dei suoi elementi essenziali (identificati, in relazione al tipo di eccedenza di personale, come quelli di natura oggettiva che rendono possibile l'apertura della procedura sindacale), cfr. L. ANGIELLO, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, cit., 950.

<sup>291</sup> Cfr. Cass., 18 luglio 2001, n. 9743, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2001, n. 1554.

<sup>292</sup> Cfr. Cass., 14 aprile 2015, n. 7490, cit.; Cass., 3 novembre 2014, n. 23382, in *Not. giur. lav.*, 2015, 185.

<sup>293</sup> Cfr. Cass., 11 giugno 2015, n. 12122, cit.

<sup>294</sup> Cfr. Cass., 11 giugno 2015, n. 12122, cit., anche in considerazione del fatto che il personale dell'azienda non era incluso tra i beneficiari dell'indennità di mobilità, sicché la Commissione regionale non era chiamata a svolgere in concreto alcun compito.

Ad esempio, si è ritenuto rilevante l'omesso invio della comunicazione finale alle organizzazioni sindacali con cui era stato sottoscritto un accordo anche nel caso di un'impresa che cessava l'attività e licenziava tutti i dipendenti (esclusi soltanto quelli necessari per il compimento delle operazioni di liquidazione)<sup>295</sup>. O ancora, si è ritenuto idoneo ad invalidare l'intera procedura inclusi i licenziamenti intimati l'omesso invio della comunicazione di avvio della procedura alle rappresentanze sindacali aziendali con cui poi era stato concluso un accordo sindacale<sup>296</sup>. Così come, infine, la giurisprudenza ha ritenuto che la comunicazione sul risultato dell'esame congiunto inviata dai sindacati agli uffici del lavoro preposti non esonerasse il datore di lavoro dall'analogo onere posto dalla legge a suo specifico carico<sup>297</sup>.

In ogni caso la giurisprudenza era concorde nell'affermare che, nel corso della procedura e (soltanto) fino alla sua conclusione<sup>298</sup>, il datore di lavoro poteva dare rimedio al vizio procedurale sia mediante il compimento dell'atto mancante, sia mediante la rinnovazione dell'atto viziato, sempreché quegli inadempimenti non avessero impedito ai sindacati di esercitare il loro potere di controllo e tutela<sup>299</sup>.

Ispirato anche da tali orientamenti giurisprudenziali, e ancora una volta con l'obiettivo di deflazionare il contenzioso, il legislatore è intervenuto nel 2012 anche sugli effetti sananti dell'accordo sindacale.

In particolare il legislatore ha stabilito che un accordo sindacale concluso nel corso della procedura<sup>300</sup> possa sanare ad ogni effetto di legge (e quindi

<sup>295</sup> Cfr. Cass., 21 settembre 2011, n. 19233, cit.; Cass., 28 ottobre 2010, n. 22033, cit.

<sup>296</sup> Cfr. Cass., 21 settembre 2011, n. 19233, cit.

<sup>297</sup> Cfr. Cass., 30 ottobre 1997, n. 10716, in *Dir. lav.*, 1998, II, 42, con riferimento alla comunicazione da effettuarsi ai sensi dell'art. 4, comma 6, della legge n. 223 del 1991.

<sup>298</sup> Cfr. Cass., 9 ottobre 2000, n. 13457, in *Orient. giur. lav.*, 2000, 1015.

<sup>299</sup> Cfr. Cass., 24 marzo 2004, n. 5942, cit.; Cass., 28 luglio 2005, n. 15898, cit.; Cass., 8 novembre 2003, n. 16805, in *Orient. giur. lav.*, 2003, 954; Cass., 28 marzo 2003, n. 4782, in *Lav. prev. oggi*, 2003, 697; Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302, cit.; Cass., Sez. Un., 13 giugno 2000, n. 419, cit.

<sup>300</sup> Con esclusione, quindi, degli accordi eventualmente sottoscritti successivamente alla conclusione della procedura. L'accordo può essere sottoscritto anche soltanto da alcune (e quindi non da tutte) le organizzazioni sindacali a cui il datore di lavoro ha l'obbligo di inviare la comunicazione di apertura della procedura di licenziamento collettivo e che partecipano quindi alla consultazione/trattativa. Per l'efficacia sanante dell'accordo nei confronti di tutti i lavoratori dell'azienda, e quindi anche nei confronti dei lavoratori aderenti ai sindacati non stipulanti, sul presupposto del carattere gestionale (e non normativo) di tali accordi, cfr. già P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 251; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 67; P. SORDI, *La*

anche ai fini dell'accertamento dell'illegittimità del licenziamento)<sup>301</sup> eventuali vizi della comunicazione di avvio<sup>302</sup>.

Dunque l'intervento del legislatore è circoscritto ai soli vizi della comunicazione di apertura a conferma dell'importanza che tale comunicazione ha per il corretto e proficuo svolgimento dell'intera procedura, e in particolare del successivo esame congiunto. Mentre non è stata prevista alcuna sanatoria per gli eventuali vizi delle comunicazioni finali, né per tutti gli ulteriori possibili vizi che riguardano lo svolgimento della procedura.

Il riferimento della legge è a qualsiasi tipo di vizio anche per l'assenza di specifiche delimitazioni<sup>303</sup>. Pertanto si può trattare sia di errori procedurali o materiali (come ad esempio, il mancato, tardivo o inesatto invio della comunicazione di avvio ad uno dei soggetti previsti dalla legge)<sup>304</sup>, sia di vizi di sostanza, ossia di vizi che attengono al contenuto della comunicazione (come ad esempio, l'aver fornito informazioni false, reticenti o incomplete).

Non sembra, invece, consentito sanare anche il vizio più grave della mancanza della comunicazione di avvio, in quanto la disposizione legislativa postula l'esistenza della stessa comunicazione, sia pure viziata<sup>305</sup>.

---

*riforma della disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 354; U. CARABELLI, S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 395-396; R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 776; A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge 92/2012*, cit., 621; con motivazioni in parte diverse, vedi anche G. MAMMONE, *La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali*, cit., 139. Pur con qualche dubbio, e ritenendo comunque la soluzione non scontata, vedi infine M. MARAZZA, D. DE FEO, *I licenziamenti collettivi*, cit., 393.

<sup>301</sup> O anche nel senso di inibire alle organizzazioni sindacali di attivare il procedimento per la repressione della condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970.

<sup>302</sup> Cfr. art. 1, comma 45, legge n. 92 del 2012, che ha modificato l'art. 4, comma 12, legge n. 223 del 1991.

<sup>303</sup> In tal senso è l'orientamento della dottrina prevalente. Cfr. M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 460; G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, cit., 90 ss.; S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, cit., 33; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., 453.

<sup>304</sup> In tal caso, peraltro, è dubbio se il mancato invio della comunicazione iniziale ad una delle organizzazioni sindacali previste dalla legge possa essere sanato da un successivo accordo con le altre organizzazioni sindacali. Lo escludono F. SCARPELLI, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, cit., 96, ed anche M. MARAZZA, D. DE FEO, *I licenziamenti collettivi*, cit., 392, e P. SORDI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 355.

<sup>305</sup> In tal senso, cfr. U. CARABELLI, S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 395; R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 776; G. MAMMONE, *La regolazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali*, cit., 138-139; F. LUNARDON,

Come ha già affermato la dottrina ed anche la prima giurisprudenza, per quanto riguarda le modalità della sanatoria sembra ragionevole ritenere che per raggiungere l'effetto sanante nell'accordo sindacale i vizi della comunicazione di avvio devono essere espressamente indicati e formare oggetto di condivisione<sup>306</sup>. Dunque la sanatoria non è automatica, ma deve essere esplicitamente voluta dalle parti stipulanti l'accordo.

Non sembrano consentite sanatorie generali e generiche, con l'utilizzo di formule *standard* o clausole di stile senza una precisa individuazione del vizio da sanare<sup>307</sup>. Ovviamente poi la sanatoria presuppone anche la correzione del vizio, con la rettifica o l'integrazione di quanto indicato in modo incompleto o inesatto nella comunicazione di avvio. Per queste ragioni sembra difficile poter configurare una sanatoria anche per fatti concludenti<sup>308</sup>, pur se la giurisprudenza è costante nel ritenere che l'accordo sindacale

*Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss.; S. MARETTI, *I licenziamenti collettivi*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 771; G. MIMMO, *Il licenziamento collettivo*, cit., 311. Per M. CERBONE, *Accordi sindacali e ruolo del giudice nella nuova disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 423 ss., non sono sanabili neppure i «vizi strutturali» della comunicazione iniziale, con conseguente ampliamento del controllo giudiziale sull'accordo sindacale sanante. In quest'ultimo senso, vedi anche C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 583, secondo cui non possono essere sanate «le carenze o reticenze informative più rilevanti».

<sup>306</sup> Per la dottrina, vedi tutti concordemente A. VALLEBONA, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, cit., 25; M. MARAZZA, D. DE FEO, *I licenziamenti collettivi*, cit., 391; R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 776; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 250; U. CARABELLI, S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 395; A. SITZIA, *I licenziamenti collettivi*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., 327; F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss., con la precisazione che il vizio deve essere riconoscibile. In giurisprudenza, cfr. Cass., 6 febbraio 2017, n. 3045, cit.; Trib. Lodi, 4 settembre 2014, in *Giustiziacivile.com*, 29 gennaio 2014.

<sup>307</sup> In tal senso, cfr. già Trib. Perugia, 11 luglio 2014, in *Foro it.*, 2014, I, 3310, secondo cui la sanatoria non discende automaticamente dalla conclusione di un accordo sindacale, ma «occorre una chiara volontà negoziale di esaminare e colmare la lacuna o convalidare quell'aspetto della procedura difforme dall'archetipo che lo regola». In dottrina, vedi G. NATULLO, *Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (L.N.92/12)*, cit., 9-10; G. PELLACANI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 230; P. SORDI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 354. Diversamente A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., 454, ritiene sufficiente anche «una dichiarazione ricognitiva del contenuto della comunicazione di avvio della procedura sindacale a seguito della quale le parti stipulanti l'accordo si daranno reciprocamente atto della volontà di sanare ogni relativo errore».

<sup>308</sup> Lo ritengono possibile invece G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, cit., 91; P. SORDI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 354; e sembra anche P. ALBI, *La riforma Monti-Fornero e i licenziamenti*

aziendale sia valido anche se non stipulato per iscritto<sup>309</sup>.

L'intervento del legislatore è fortemente promozionale del ruolo del sindacato ed ha il merito di ampliare i suoi poteri nella gestione degli esuberanti di personale<sup>310</sup>. Con una riconferma della scelta originaria di affidare il controllo dell'intera operazione di riduzione di personale all'autonomia collettiva piuttosto che a quella individuale<sup>311</sup>.

Restano però i non agevoli problemi di coordinamento della nuova disciplina con gli esistenti e già richiamati orientamenti giurisprudenziali in materia di efficacia sanante dell'accordo sindacale.

Nell'ipotesi di vizio della comunicazione di avvio, se il vizio non è sanato nell'accordo sindacale non è chiaro se, com'è attualmente per la giurisprudenza prevalente, il giudice possa continuare a valutare il raggiungimento di quell'accordo (pur senza espressa sanatoria) come elemento sintomatico per stabilire l'adeguatezza della comunicazione di apertura o se la procedura pur viziata abbia raggiunto lo stesso il suo scopo. O se, invece, la mancata sanatoria esclude in radice che all'accordo sindacale possa più essere attribuita alcuna rilevanza ai fini della valutazione della correttezza/legittimità della comunicazione di avvio.

Nell'ipotesi di vizio della comunicazione finale, poiché si tratta di vizio non sanabile nell'accordo sindacale, la soluzione mi sembra meno incerta. In questa ipotesi, infatti, a me pare che si possa continuare a ritenere valida l'attuale giurisprudenza prevalente, e quindi il giudice, esprimendo un giudizio sulla rilevanza dell'eventuale accordo sindacale raggiunto, potrà sempre accertare, come fa attualmente, se in concreto quel vizio abbia inciso o no sulla realizzazione dello scopo della procedura.

Fino ad ora, la giurisprudenza si è limitata soltanto ad affermare che la nuova disposizione legislativa ha effetto innovativo nell'ambito della procedura che assicura il controllo sindacale sulla riduzione del personale, escludendo così

---

*collettivi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 161/2012, 3. In senso fortemente dubitativo, cfr. P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 250.

<sup>309</sup> Cfr., da ultimo, Cass., 2 marzo 2015, n. 4176, in *Foro it. rep.*, voce *Lavoro (contratto)*, 2015, n. 35.

<sup>310</sup> Esprimono apprezzamento per la novità legislativa anche G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 552, e G. PELLACANI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 229. Viceversa, per la «strisciante destrutturazione della procedura», vedi M. CERBONE, *Accordi sindacali e ruolo del giudice nella nuova disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 423, secondo cui l'innovazione «segna l'offuscamento dell'anello iniziale della procedura, che invece andava lasciato alla responsabilità unilaterale del datore di lavoro».

<sup>311</sup> Cfr., *retro*, par. n. 2.

che essa possa avere natura interpretativa e quindi retroattiva<sup>312</sup>.

*12. La semplificazione soltanto parziale della procedura. I vincoli formali e procedurali tra necessità di tutela del lavoratore ed esigenze di certezza*

Le considerazioni fin qui svolte inducono a confermare la sensazione che già si era espressa in chiusura del primo capitolo, e cioè che la complessità della procedura esige un'opera di semplificazione più estesa da parte del legislatore<sup>313</sup>.

I due interventi legislativi in materia, infatti, pur riguardando profili indubbiamente rilevanti non sono sufficienti a restituire un quadro di regole giuridiche più certe e semplici da applicare.

Né sembra esservi allo stato un diverso modo per intervenire. Pur nella consapevolezza della difficoltà del compito e nonostante i meritevoli sforzi profusi<sup>314</sup>, si deve prendere atto che in questi anni la giurisprudenza non è

<sup>312</sup> Cfr. Cass., 6 febbraio 2017, n. 3045, cit.

<sup>313</sup> Cfr., *retro*, cap. I, par. n. 6.

<sup>314</sup> Tra gli ultimi e in generale, sul difficile compito dell'interprete diretto all'individuazione del significato da attribuire al testo di legge in un contesto normativo sempre più indecifrabile, cfr. M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 35 ss.; V. SPEZIALE, *Le regole interpretative nella giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2014, 273 ss.; N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 479 ss. Né indubbiamente il compito dei giudici è agevolato dal frequente utilizzo da parte del legislatore di norme e clausole generali. Per il moltiplicarsi delle clausole generali ed elastiche nel diritto del lavoro, vedi G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, cit., 80 ss. (ed anche ID., *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 632 ss.); R. DE LUCA TAMAJO, *Il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro: luci e ombre di una attitudine creativa*, cit., 813 ss. Sulla tendenza del legislatore a incrementare il ricorso a concetti giuridici indeterminati per risolvere il conflitto tra l'interesse delle imprese e quello dei lavoratori anche per evitare il rischio di dissenso verso prese di posizioni più esplicite, cfr. L. CALCATERRA, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 1290. Su tipologia e limiti del controllo esercitato dal giudice, vedi anche i contributi pubblicati sul numero n. 1/2013 di *Colloqui giuridici del lavoro* intitolato *Il controllo della Cassazione sulle norme generali*, cit., nonché F. ROSELLI, *Clausole generali e nomoflaccidia*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 222 ss., e prima ancora U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lav. dir.*, 2007, 443 ss. In generale, con riferimento all'evoluzione e alla complessità del ruolo del giudice del lavoro, vedi con punti di vista diversi R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, cit., 461 ss.; R. RIVERSO, C. PONTERIO, *Quale giudice del lavoro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 719 ss.; O. MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 235 ss.; B. CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un «manifesto ermeneutico»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 245 ss.; G. SANTORO-PAS-

sempre riuscita a svolgere al meglio il suo compito, ossia fornire interpretazioni sufficientemente affidabili soprattutto sui due momenti più delicati e controversi della procedura, ossia comunicazioni iniziale e finali<sup>315</sup>.

Non è riuscita, cioè, a colmare le lacune di norme giuridiche, come si è visto, spesso dal contenuto oscuro o di difficile lettura, o comunque troppo generiche. In ogni caso norme che, ricorrendo di frequente a criteri e concetti indeterminati ed elastici, attribuiscono alla discrezionalità dell'interprete uno spazio eccessivo. Dallo stallo che ne è derivato l'unica alternativa era, e resta tuttora, un intervento di semplificazione di portata ben più ampia di quello tutto sommato marginale che il legislatore ha realizzato negli anni 2012-2015.

Non si tratta, beninteso, di attribuire minor rilievo a procedure e forme. Gli adempimenti procedurali e i vincoli formali sono, e devono restare, fondamentali nella materia dei licenziamenti collettivi per porre sotto adeguata vigilanza i poteri datoriali<sup>316</sup>.

Oltre a dover condurre ad una corretta informazione e ad un serio e leale confronto sindacale e pubblico, essi rappresentano il nucleo essenziale della tutela per i lavoratori anche in considerazione del fatto che le procedure si svolgono al di fuori di qualsiasi controllo o possibilità d'intervento dei singoli lavoratori. Si è già ricordato come gli stessi lavoratori licenziati nel momento in cui ricevono la comunicazione del recesso solitamente ignorano anche come il

---

SARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, cit., 513 ss.; L. NOGLER, *L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in *Dir. it. dir. lav.*, 2014, I, 115 ss.; G. MELIADÒ, *La riforma della Cassazione e la giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 7 ss.; S.P. EMILIANI, *I giudici del lavoro nel conflitto di razionalità*, cit., 427 ss. In particolare, sul ruolo della giurisprudenza della sezione lavoro della Corte di Cassazione, vedi infine *Il contributo della Corte di Cassazione all'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 5 e ss., con contributi di G. FERRARO, M. PERSIANI, F. ROSELLI, P. TOSI e G. VIDIRI.

<sup>315</sup> Per la constatazione generale di come spesso proprio l'incertezza degli orientamenti giurisprudenziali (con anche la possibilità quindi che nei diversi gradi del giudizio la stessa questione venga risolta in modo differente) costituisca per il datore di lavoro «un deterrente formidabile contro il licenziamento collettivo», vedi P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 551. Sulla confusione della giurisprudenza, vedi anche F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., p. 452 ss., nonché V. FERRANTE, *Modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 277, secondo cui i margini di interpretazione delle norme da parte dei giudici erano così ampi che si verificava sempre più spesso «una sorta di gestione episodica e differenziata delle crisi d'impresa».

<sup>316</sup> Sulla tendenza alla formalizzazione dei rapporti di lavoro e per la rilevanza che i vincoli formali e procedurali assumono soprattutto nell'ambito dell'esercizio dei poteri del datore di lavoro, vedi in particolare L. ANGIELLO, *Forma e formalismo nel diritto del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 645 ss.; M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, 2005; G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1989, 555 ss.

datore di lavoro, all'esito della procedura svolta, abbia applicato in concreto i criteri di scelta, e quindi operato la selezione<sup>317</sup>.

Non v'è dubbio quindi che, nel contesto di una giurisprudenza che a ragione concede spazi molto limitati al controllo di merito, le garanzie procedurali rappresentano spesso «l'unico baluardo per i lavoratori»<sup>318</sup>. Come è stato scritto, in tale materia «il procedimento sindacale è tutto»<sup>319</sup>, rappresentando un giusto contrappeso rispetto alla posizione di debolezza dei lavoratori (e per certi versi dello stesso sindacato) a fronte di decisioni aziendali insindacabili nel merito.

Per questo deve restare centrale il ruolo delle forme e delle procedure introdotte dalla legge evitando che il lavoratore possa subire gli effetti di provvedimenti non trasparenti e viziati. Per dirla con Luigi Montuschi, nei licenziamenti collettivi spesso «la forma surroga la sostanza»<sup>320</sup>.

Non si tratta quindi di svalutare o sminuire il ruolo indispensabile dei vincoli formali e procedurali. Si tratta piuttosto di restituire certezza a forme e procedure da applicare evitando ambiguità legislative e conseguenti difformi interpretazioni giurisprudenziali.

In linea generale, la stessa giurisprudenza si è detta convinta della necessità di «rifuggire da un approccio meramente formalistico che finirebbe per legittimare una sorta di “caccia all'errore”»<sup>321</sup>.

Ma in questi anni, e spesso per responsabilità anche del legislatore, nei fatti si è trattato proprio di una «caccia all'errore», con una progressiva e sempre maggiore diffusione di giudizi riguardanti aspetti formali e procedurali. Una sorta di percorso ad ostacoli in cui prima o poi il datore di lavoro è inevitabilmente destinato ad inciampare<sup>322</sup>. Il formalismo, cioè,

<sup>317</sup> Cfr., *retro*, par. n. 10.

<sup>318</sup> Cfr. L. MONTUSCHI, *Procedure e forme: comunicare è bello?*, cit., 656.

<sup>319</sup> Cfr. F. CARINCI, «Provaci ancora, Sam»: *ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, cit., 57.

<sup>320</sup> Così L. MONTUSCHI, *Procedure e forme: comunicare è bello?*, cit., 659. Nello stesso senso, vedi anche M. MARAZZA, D. DE FEO, *I licenziamenti collettivi*, cit., 388, secondo i quali nei licenziamenti collettivi «la forma diviene in un certo senso sostanza».

<sup>321</sup> Cfr. Cass., 21 luglio 1998, n. 7169, cit. Ma già per l'utilizzo della stessa evocativa espressione, vedi R. DEL PUNTA, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, cit., 17. Espressione poi ripresa anche da L. ANGIELLO, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, cit., 956; O. MAZZOTTA, *Licenziamento collettivo*, cit., 789; R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 775; G. BOLEGO, *La procedura di mobilità*, cit., 483-484; V. FERRANTE, *Modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 278.

<sup>322</sup> Per una metafora simile, cfr. L. MONTUSCHI, *Procedure e forme: comunicare è bello?*, cit., 659. Per la «sopravalutazione» dei profili formali, vedi E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 126; ID., *Intervento*, cit., 280-281, secondo cui si deve

ha finito per prevalere sulle forme.

Ed è proprio questo che il legislatore ha il dovere di evitare. Trasformare, o rendere di fatto, le forme e le procedure delle vere e proprie «trappole» per il datore di lavoro<sup>323</sup>. Del resto, si è visto che in tale materia la procedimentalizzazione dell'esercizio del potere imprenditoriale implica spesso la necessità di «decodificare» prescrizioni di natura sostanziale oggettivamente incerte. Il legislatore, infatti, ha costruito una procedimentalizzazione basata su adempimenti che presuppongono il rispetto di obblighi sostanziali di cui non è chiaro il contenuto concreto<sup>324</sup>.

La necessità è ancora una volta quella di ricercare in una materia così delicata dal punto di vista economico e sociale come quella dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale un punto di equilibrio migliore fra i diversi interessi da contemperare: ossia una procedimentalizzazione che sia effettivamente tale.

Se pure è vero infatti che, secondo un tradizionale insegnamento, la procedimentalizzazione è da intendere come «complicazione del processo decisionale dell'imprenditore»<sup>325</sup>, è anche vero che essa deve limitarsi soltanto a complicare quel processo non potendo trasformarsi per la sua complessità ed incertezza (da semplice presupposto e contrappeso) in un vincolo praticamente insormontabile all'esercizio del potere datoriale<sup>326</sup>.

---

evitare che le procedure «siano trasformate da troppe sentenze in una sequenza di formalismi e di adempimenti di difficile realizzazione». Nello stesso senso, vedi anche G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 549-550, che imputa alla giurisprudenza di essersi fino ad ora concentrata in modo «quasi maniacale sui profili formali e procedurali, molto spesso interpretati e applicati ben oltre la loro reale funzione protettiva»; R. PESSI, *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, cit., 45, per cui il controllo formale della giurisprudenza si è spinto «oltre il limite della pignoleria»; P. TOSI, *Lo Statuto dei lavoratori (40 anni dopo) tra garantismo e competitività*, cit., 28, secondo il quale la giurisprudenza ha interpretato «con rigidità norme procedurali non sempre perspicue». Anche M.V. BALLESTREIRO, *L'estinzione del rapporto*, cit., 1999, rileva come la giurisprudenza sugli aspetti formali sia particolarmente intransigente e rigorosa «e poco disponibile a tollerare errori».

<sup>323</sup> Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 563.

<sup>324</sup> Su come la procedura sul piano formale «tende a debordare su quello sostanziale», vedi anche C. ZOLI, *La procedura*, cit., 98.

<sup>325</sup> Cfr. F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, 113, anche per la citazione tra virgolette nel testo. In senso analogo, cfr anche P. ALLEVA, *I licenziamenti collettivi in prospettiva europea*, cit., 608.

<sup>326</sup> E per questo motivo, come si è già evidenziato, neppure è possibile attribuire rilievo alle (contro)proposte avanzate dal sindacato o dall'autorità pubblica in sede di esame congiunto. Non si tratta, infatti, di stabilire se esse siano più o meno «ragionevoli», in quanto la procedura è soltanto un aspetto pur fondamentale di un processo decisionale che resta comunque unilaterale. Altrimenti la procedura si trasformerebbe in un vero e proprio obbligo di prestazione

La forma va rispettata non solo in apparenza, preservando una naturale rigidità sul piano applicativo. Con la conseguenza che la forma elusa o violata è giusto che incida sull'intera fattispecie fino a rendere illegittimo anche l'atto o il provvedimento conclusivo della procedura, ovvero i singoli provvedimenti di recesso.

Non è da (ri)mettere in discussione quindi il diritto anche dei singoli lavoratori ad impugnare il licenziamento per l'inosservanza di adempimenti formali e procedurali<sup>327</sup>, pur se è da rimarcare che la direttiva comunitaria non attribuisce il diritto all'informazione e alla consultazione (e quindi le relative forme di tutela) ai singoli lavoratori, ma soltanto ai rappresentanti dei lavoratori<sup>328</sup>.

Ciò che non sembra (o non sembra più) tollerabile è che le regole da applicare non siano chiare, che non si sappia con esattezza cosa esse prescrivano (e quindi quali siano le azioni lecite e quelle vietate), che il datore di lavoro che abbia necessità di avviare una procedura di licenziamento collettivo sappia già all'inizio che adempiere a tutti gli obblighi previsti dalla legge sarà praticamente impossibile.

Nell'economia moderna ed in un mercato caratterizzato dalla competizione globale è opinione da tutti condivisa che un diritto ad alto tasso di incertezza ponga seri ostacoli ad ogni attività imprenditoriale in quanto espone l'agire economico ad una maggiore imprevedibilità ed insicurezza<sup>329</sup>. Mentre l'esigenza più avvertita nella struttura produttiva attuale è quella di dare certezze a chi gestisce l'azienda evitando il rischio che le sue scelte organizzative siano o possano essere stravolte da successivi (ed

---

per il datore di lavoro avente ad oggetto l'interesse finale al mantenimento dei livelli occupazionali. Mentre il legislatore non ha inteso garantire anche tale interesse, se non in via indiretta ed eventuale attraverso il confronto sindacale e amministrativo. Cfr. anche, *retro*, par. n. 9.

<sup>327</sup> Ad esempio, ponendo ad esso limiti o condizioni. Sul diritto anche dei lavoratori licenziati a che le regole formali e procedurali siano rispettate dal datore di lavoro, vedi in particolare L. ANGIELLO, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, cit., 949. *Contra*, invece, vedi F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss.

<sup>328</sup> In tal senso, cfr. Corte gius. Ce, 16 luglio 2009, causa C-12/08, punto 38, cit. Cfr., *retro*, par. n. 6.

<sup>329</sup> Cfr. soprattutto A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro ed i necessari rimedi*, cit., 884-885, per il quale in una società complessa come la nostra «il diritto deve essere il più possibile semplice e stabile, per dare certezze», mentre nel diritto del lavoro il bene della certezza continua ad essere sacrificato «sull'altare delle norme inderogabili a precetto generico». Da ultimo, vedi anche le critiche di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., spec. 39 ss. Per ulteriori e più ampi riferimenti, vedi, *retro*, cap. I, par. n. 1, nt. 5.

anch'essi imprevedibili) interventi giudiziari<sup>330</sup>.

Per questo è necessario che il legislatore intervenga per individuare con maggiore precisione e chiarezza i contenuti e i destinatari della lettera di apertura della procedura di licenziamento collettivo. Ed allo stesso modo è necessario intervenire sui contenuti della comunicazione finale, e in particolare sull'obbligo del datore di lavoro di comunicare le modalità di applicazione dei criteri di scelta<sup>331</sup>.

Come si è già anticipato e si dirà ancora meglio nel capitolo che segue, per semplificare quest'obbligo del datore di lavoro (il più incerto nel corso dell'intera procedura) è indispensabile chiarire preliminarmente come si debbano prima individuare e poi applicare i criteri di scelta legali e contrattuali<sup>332</sup>. L'incertezza dei secondi, infatti, determina inevitabilmente anche l'incertezza del primo, non essendo possibile per il datore di lavoro indicare «puntualmente» qualcosa che è esso stesso di per sé estremamente incerto.

Infine va delimitato meglio anche il rapporto tra violazione di forme e procedure, eventuali sanatorie (negoziali e non) e raggiungimento dello scopo prefissato dal legislatore.

Lo stesso intervento legislativo sull'efficacia sanante dell'accordo sindacale per i soli vizi della comunicazione di avvio non sembra essere del tutto risolutivo al riguardo.

Probabilmente il legislatore avrebbe dovuto estendere la possibilità di sanatoria con accordo sindacale a tutte le violazioni e irregolarità formali<sup>333</sup>. E deve essere precisato con più chiarezza (anche eventualmente da parte dello stesso legislatore): sia se ed in che modo le violazioni e irregolarità

---

<sup>330</sup> Sulla certezza giuridica intesa come prevedibilità della decisione giudiziale, vedi G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005. Per l'importanza della prevedibilità della decisione non soltanto per l'impresa, ma anche per lo stesso lavoratore, vedi recentemente O. MAZZOTTA, *Nel laboratorio del giuslavorista*, cit., 14, anche richiamando L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 62. Sulla funzione anche economica che può svolgere la prevedibilità della decisione, vedi anche M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, cit., 35 ss. Come ricorda M. BROLLO, *Il diritto del mercato del lavoro postmoderno*, cit., 874, infatti, la certezza del diritto, e quindi la stabilità della normativa, «è una pre-condizione per la libertà di scelta di datori e lavoratori».

<sup>331</sup> Per la necessità di una semplificazione ed una «pulizia» tecnico-normativa della procedura di licenziamento collettivo, vedi anche P. TOSI, *Lo Statuto dei lavoratori (40 anni dopo) tra garantismo e competitività*, cit., 38, nonché V. FERRANTE, *Modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 272, specie con riguardo alla individuazione dei destinatari, ai contenuti delle comunicazioni e allo svolgimento della fase di esame congiunto.

<sup>332</sup> Cfr., *infra*, cap. III.

<sup>333</sup> In tal senso, vedi già ed anche M. MARAZZA, D. DE FEO, *I licenziamenti collettivi*, cit., 392.

formali rilevino anche in assenza di accordo sindacale e anche nel caso in cui lo scopo prefissato dal legislatore sia stato comunque raggiunto; sia, infine, se ed in che modo le violazioni e irregolarità formali rilevino anche in presenza di un accordo sindacale senza sanatoria e anche nel caso in cui lo scopo prefissato dal legislatore sia stato comunque raggiunto<sup>334</sup>.

In assenza di questi ulteriori ma necessari interventi legislativi di semplificazione e chiarimento, l'impressione è che nello svolgimento delle diverse fasi della procedura sia destinata a perdurare l'ambiguità anche in considerazione delle numerose contraddizioni che ancor'oggi si è visto caratterizzano il diritto vivente. Con la conseguenza che si deve fortemente dubitare che le modifiche apportate alla procedura potranno realizzare gli obiettivi prefissati dal legislatore, specie per ciò che riguarda la realizzazione di un diverso equilibrio nel rapporto di lavoro tra datori di lavoro e lavoratori, ed i rispettivi interessi.

Restano, infatti, per la maggior parte inalterate le difficoltà per il datore di lavoro di rispettare tutti gli adempimenti formali imposti dalle varie fasi della procedura. Mentre l'obiettivo del legislatore era quello di assicurare ai datori di lavoro, responsabilizzando ulteriormente le organizzazioni sindacali, maggiori spazi di agibilità nella gestione delle eccedenze di personale (anche in risposta a orientamenti giurisprudenziali troppo spesso inaffidabili in termini di certezza).

Ed è anche da tener presente che, nonostante la sostanziale eliminazione della tutela della reintegrazione e la sua sostituzione con quella economica<sup>335</sup>, nel nostro ordinamento il rispetto da parte del datore di lavoro di tutti quegli adempimenti continua ad essere sanzionato con l'illegittimità dell'atto finale, ovvero dei singoli provvedimenti di licenziamento. Al contrario di quanto accade in altri Paesi europei (anche ritenuti tra i più evoluti) ove l'inosservanza degli obblighi di informazione e della procedura di consultazione sindacale nel licenziamento collettivo non determina neppure l'illegittimità dell'atto finale di recesso, ma soltanto la corresponsione di una indennità/indennizzo in presenza di determinate condizioni<sup>336</sup>.

<sup>334</sup> Incerto è anche l'ulteriore caso in cui i vizi della comunicazione iniziale non siano stati sanati nell'accordo sindacale poi raggiunto perché non riconoscibili dalle parti o conosciuti solo posteriormente. In proposito, vedi F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss.

<sup>335</sup> Cfr. ampiamente, *infra*, cap. IV, par. nn. 1 e 2.

<sup>336</sup> Ad esempio in Francia e in Gran Bretagna (ove quell'inosservanza comporta soltanto l'erogazione di una indennità protettiva pari a non più di 90 giorni di retribuzione). Cfr., al riguardo, F. CURCURUTO, *Licenziamenti collettivi in Europa: un rapido sguardo d'insieme*, cit., 185; L. RATTI, *I licenziamenti in Gran Bretagna*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, cit., 143.

## Capitolo Terzo

### *L'irrisolta complessità dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare*

Sommario: 1. La funzione dei criteri di scelta ed il limite alla libertà d'impresa. – 2. L'incerto ambito di applicazione tra complesso aziendale, professionalità fungibili e necessità di ridurre al minimo l'impatto sociale. – 3. I criteri di scelta legali: l'incerta regola del concorso e i diversi interessi da contemperare. – 4. *Segue*: i diversi significati dell'espressione carichi di famiglia. – 5. *Segue*: l'anzianità di servizio o anagrafica?. – 6. *Segue*: l'incertezza delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative. – 7. La preferenza per i criteri di scelta contrattuali e le difficoltà del sindacato. – 8. I problemi giuridici dell'accordo sindacale: livelli e sindacati abilitati. – 9. *Segue*: natura ed efficacia. – 10. *Segue*: contenuto e limiti. L'esperienza applicativa e il criterio unico. – 11. L'irrisolta complessità dei criteri di scelta tra incertezze giurisprudenziali e mancati interventi legislativi. Gli effetti negoziali della procedura.

#### *1. La funzione dei criteri di scelta ed il limite alla libertà d'impresa*

In questi anni la maggior parte del contenzioso che ha riguardato i licenziamenti collettivi si è concentrata oltretutto sulla procedura legale anche sui criteri di scelta dei lavoratori da licenziare<sup>1</sup>.

Com'è dimostrato proprio dal numero sempre elevatissimo di controversie, si tratta di uno dei profili più delicati e traumatici dell'intera materia dei licenziamenti collettivi riguardando il momento della selezione dei lavoratori da licenziare al termine della procedura.

In tale momento, infatti, inevitabilmente si determina un conflitto di interessi tra gli stessi lavoratori assoggettati alla procedura di riduzione del personale posti in competizione tra di loro per assicurarsi la conservazione del posto di lavoro<sup>2</sup>.

Dunque, nel momento della scelta dei lavoratori da licenziare, l'unico

<sup>1</sup> Cfr. art. 5, commi 1, 2 e 3, legge n. 223 del 1991. Per P. Tosi, *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, 836, si tratta di «uno dei capitoli più tormentati del contenzioso alimentato dalla legge 223/1991».

<sup>2</sup> Cfr. M. PERSIANI, *Commento all'art. 4*, cit., 920-921. Vedi anche, *retro*, cap. I, par. n. 2.

modo per comporre quel conflitto, non potendosi più evitare i licenziamenti e garantire a tutti la conservazione del posto di lavoro, è attribuire ai lavoratori il diritto a che il procedimento di selezione sia equo ed imparziale (ed avvenga nel rispetto delle regole formali e delle prerogative sindacali).

Per questo motivo il legislatore italiano (ancor più di quello dell'Unione europea)<sup>3</sup> ha dedicato particolare attenzione all'individuazione dei lavoratori in esubero, imponendo al datore di lavoro, oltre al rispetto di alcuni specifici divieti<sup>4</sup> e delle percentuali (cd. «quote») di lavoratori disabili e di manodopera femminile<sup>5</sup>, l'applicazione di criteri di scelta predeterminati ed obiettivi.

Ove, infatti, non siano stabiliti dai contratti collettivi, e quindi «in mancanza» di essi, è la stessa legge che individua direttamente i criteri di scelta che il datore di lavoro è tenuto a «rispettare»<sup>6</sup>.

Sarà poi sempre il giudice a valutare in ultima istanza se i criteri contrattuali o legali siano stati individuati e applicati correttamente, e cioè se il procedimento di selezione dei lavoratori da licenziare tra tutti quelli occupati sia stato effettivamente equo ed imparziale.

Dunque, mentre il datore di lavoro è libero di individuare le dimensioni della sua organizzazione di lavoro e di ridurre se necessario il numero dei dipendenti occupati<sup>7</sup>, non lo è affatto per quanto riguarda l'individuazione

<sup>3</sup> Si è già detto, infatti, che nelle direttive comunitarie in materia non è previsto alcun obbligo per il datore di lavoro di rispettare predefiniti criteri di scelta legali o contrattuali per individuare i lavoratori da licenziare. Cfr., in particolare, l'art. 2, comma 3, dell'ultima direttiva 98/59/CE. Vedi anche, *retro*, cap. II, par. n. 3.

<sup>4</sup> Cfr. art. 8, comma 2, legge n. 236 del 1993, per quanto riguarda i divieti di discriminazione diretta e indiretta; art. 54, comma 4, d.lgs. n. 151 del 2001, per quanto riguarda il divieto di licenziamento delle lavoratrici madri; art. 35, d.lgs. n. 198 del 2006, per quanto riguarda il divieto di licenziamento per causa di matrimonio (pur se in tale disposizione non v'è alcuno specifico richiamo anche al licenziamento collettivo). In tali casi il licenziamento collettivo è consentito solo in caso di cessazione dell'attività dell'azienda.

<sup>5</sup> Cfr. art. 5, comma 2, legge n. 223 del 1991. In base a tale disposizione, nell'individuazione dei lavoratori da licenziare, il datore di lavoro deve rispettare innanzitutto la proporzione tra manodopera maschile e manodopera femminile occupata nelle stesse mansioni e le quote occupazionali riservate alle categorie protette dalla disciplina del collocamento obbligatorio. Su questo secondo obbligo, vedi anche l'art. 10, comma 4, legge n. 68 del 1999, nonché Corte cost., 17 marzo 1995, n. 86, per la legittimità costituzionale della disposizione legislativa, e Cass., 3 febbraio 2000, n. 1201, in *Giust. civ.*, 2001, I, 3067, per la precisazione che il richiamo alle quote si riferisce solo alle percentuali del numero dei lavoratori invalidi da includere nel licenziamento collettivo e perciò non assicura, una volta operato il licenziamento, la proporzione fra soggetti protetti e personale occupato.

<sup>6</sup> Cfr. art. 5, comma 1, legge n. 223 del 1991.

<sup>7</sup> Cfr., *retro*, cap. II, par. n. 1 ss.

dei singoli lavoratori destinatari dei provvedimenti di licenziamento<sup>8</sup>.

Per questo la decisione relativa alla scelta dei lavoratori da licenziare è non soltanto concettualmente ma anche giuridicamente distinta dalla decisione (presa a monte) di ridurre il personale in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro. In sostanza, i criteri di scelta servono a trasformare la decisione imprenditoriale di ridurre il personale in un atto concreto di gestione del rapporto di lavoro, ossia a rendere operativo il provvedimento di riduzione del personale.

Si tratta indubbiamente di un vincolo molto forte al potere unilaterale del datore di lavoro di ridurre il personale in esubero. Basti considerare che, come si è più volte ricordato, la stessa direttiva comunitaria sui licenziamenti collettivi non impone il rispetto di particolari criteri di scelta predefiniti da altri, proprio per evitare una eccessiva limitazione della libertà di iniziativa economica privata dell'imprenditore.

Nel nostro ordinamento più garantista, invece, il datore di lavoro non può individuare direttamente e discrezionalmente né i lavoratori da licenziare, né i criteri per selezionare i lavoratori da licenziare. E quindi l'imprenditore, quando si tratta di scegliere i lavoratori in esubero, non è libero di determinarsi secondo il suo esclusivo interesse economico, ma deve tenere conto anche e soprattutto delle esigenze dei lavoratori eccedenti.

Peraltro l'obbligo di rispetto di criteri di scelta predeterminati ed oggettivi è anche funzionale all'obiettivo di evitare operazioni di riduzioni del personale che siano arbitrarie, pretestuose o discriminatorie.

## *2. L'incerto ambito di applicazione tra complesso aziendale, professionalità fungibili e necessità di ridurre al minimo l'impatto sociale*

Già all'indomani dell'approvazione della legge n. 223 del 1991 apparvero subito chiare le difficoltà che ci sarebbero state nell'individuare l'ambito aziendale entro cui applicare i criteri di scelta<sup>9</sup>.

Testualmente, infatti, la norma afferma, anche in tal caso con una

<sup>8</sup> Cfr., *retro*, cap. II, par. n. 7.

<sup>9</sup> Del resto, anche sotto il vigore degli accordi interconfederali del 20 dicembre 1950 e del 5 maggio 1965, la delimitazione dell'ambito entro cui operare la selezione dei lavoratori da licenziare era considerata operazione assai delicata e complessa. Cfr., al riguardo, M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., p. 934, nonché R. DEL PUNTA, *I licenziamenti per riduzione di personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, cit., 121 e S. MAGRINI, *Licenziamenti individuali e collettivi: separatezza e convergenza delle tutele*, cit., 359, anche per le incertezze giurisprudenziali dell'epoca.

certa ambiguità, che l'individuazione dei lavoratori da licenziare applicando i criteri di scelta contrattuali o legali deve avvenire «in relazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale».

Escluso fin da subito che il riferimento alle «esigenze tecnico-produttive ed organizzative» potesse considerarsi una mera ripetizione del successivo ed analogo criterio di scelta legale come tale privo di una effettiva rilevanza giuridica<sup>10</sup>, le maggiori incertezze si sono concentrate invece sulla nozione di «complesso aziendale».

Nella giurisprudenza di legittimità, è ormai principio costantemente ripetuto quello secondo cui i criteri di scelta debbono essere applicati, almeno tendenzialmente, nell'ambito dell'intero complesso aziendale<sup>11</sup>, potendo essere limitati ad un singolo settore, sede o reparto soltanto quando vi siano oggettive ragioni produttive ed organizzative<sup>12</sup>.

Quella stessa giurisprudenza, infatti, ha già da tempo chiarito che il doppio richiamo alle «esigenze tecnico-produttive ed organizzative» contenuto nell'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991 implica che: a) il primo richiamo a tali esigenze, in quanto collegato a quello del «complesso aziendale», serve per individuare l'area geografica e/o funzionale di applicazione dei criteri di scelta. Più in particolare, esso ha la funzione di determinare, in relazione alle specifiche esigenze organizzative poste a fondamento della riduzione di personale, l'ambito aziendale entro cui dovranno essere effettuati i licenziamenti (e quindi applicati criteri di scelta); b) il secondo richiamo alle «esigenze tecnico-produttive ed organizzative» individua, invece, uno dei tre criteri di scelta legali in base ai quali, una volta determinato l'ambito aziendale di applicazione ed in mancanza di criteri concordati con i sindacati, deve poi essere operata la selezione dei lavoratori da licenziare<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> In dottrina, cfr. M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 934, secondo cui le esigenze a cui si fa duplice riferimento nella legge sono «diverse e diversamente rilevanti».

<sup>11</sup> Cfr. Cass., 28 ottobre 2009, n. 22825, in *Foro it. rep.*, 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, 1626; Cass., 14 giugno 2007, n. 13876, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 185; Cass., 24 gennaio 2002, n. 809, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 909; Cass., 10 giugno 1999, n. 5718, in *Foro it.*, 1999, I, 2519.

<sup>12</sup> Cfr., per limitarsi alla giurisprudenza degli ultimi anni, Cass., 7 novembre 2016, n. 22543, cit.; Cass., 17 marzo 2014, n. 6112, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 795; Cass., 20 febbraio 2012, n. 2429, in *Not. giur. lav.*, 2013, 77; Cass., 3 maggio 2011, n. 9711, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 1051; Cass., 23 marzo 2011, n. 6626, in *Not. giur. lav.*, 2011, 505; Cass., 29 aprile 2009, n. 9991, in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, 444; Cass., 3 novembre 2008, n. 26376, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 239; Cass., 14 luglio 2006, n. 16000, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, 433; Cass., 22 aprile 2005, n. 8474, in *Impresa*, 2005, 1267; Cass., 9 settembre 2003, n. 13182, in *Not. giur. lav.*, 2004, 232.

<sup>13</sup> Cfr., tra le tante, Cass. 27 gennaio 2011, n. 1938, in *Foro it. rep.*, 2011, voce *Lavoro*

In linea generale, quindi, la riduzione di personale deve riguardare l'intero complesso aziendale, ossia l'intera azienda con tutte le sue articolazioni produttive. Come è confermato anche dal fatto che il datore di lavoro, nella comunicazione di apertura della procedura di licenziamento collettivo, è tenuto ad indicare, oltre a numero, collocazione aziendale e profili professionali del personale eccedente, anche quelli del personale «abituale impiegato»<sup>14</sup>.

L'esigenza è quella di ampliare il più possibile l'ambito su cui poi applicare i criteri di scelta, non soltanto per evitare, o quantomeno ridurre al minimo, il rischio di eventuali discriminazioni a danno del singolo lavoratore, ma anche per individuare i lavoratori effettivamente più forti sul mercato del lavoro, o comunque quelli che si ritiene possano subire dal licenziamento un danno comparativamente minore<sup>15</sup>.

Negli ultimi anni, infatti, la giurisprudenza sempre più spesso ha affermato che, nell'ambito della procedura di licenziamento collettivo per riduzione di personale, l'applicazione dei criteri di scelta, ancor più se legali, deve garantire prioritariamente «il minore impatto sociale possibile»<sup>16</sup>.

Dunque, soprattutto in assenza di un accordo con i sindacati, per quella stessa giurisprudenza l'obiettivo fondamentale, specie in un contesto economico-sociale di persistente elevata disoccupazione, è quello di tutelare i lavoratori comparativamente più deboli sul mercato del lavoro attribuendo prevalenza alle loro esigenze rispetto a quelle organizzative del datore di lavoro. E più si amplia la platea del personale a cui applicare i criteri di scelta, più si ritiene che quell'obiettivo possa essere meglio conseguibile e conseguito<sup>17</sup>.

Ciò nonostante, almeno in linea teorica, resta pur sempre per il datore di lavoro la possibilità di restringere l'ambito di selezione a singole unità produttive (o anche a specifici settori, sedi o reparti aziendali) o a singole

(rapporto), 1378.

<sup>14</sup> Cfr. art. 4, comma 3, legge n. 223 del 1991. Al riguardo, vedi Cass., 14 giugno 2007, n. 13876, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 185 e Cass., 29 maggio 2006, n. 12719, in *Foro it. rep.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1623. Vedi, *retro*, cap. II, par. n. 8.

<sup>15</sup> Cfr. Cass., 24 gennaio 2002, n. 809, cit.; Cass., 3 maggio 2011, n. 9711, cit.; Cass., 9 settembre 2003, n. 13182, in *Not. giur. lav.*, 2004, 232.

<sup>16</sup> Tra le ultime, con riferimento all'applicazione dei criteri di scelta legali, cfr. Cass., 26 settembre 2016, n. 18847, in *Foro it. rep.*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 591; Cass., 21 settembre 2016, n. 18504, in *Foro it. rep.*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 764; Cass. 11 luglio 2013, n. 17177, in *Giustizia Civile.com*, 17 gennaio 2014, con nota di M. GAMBACCIANI, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta legali nei licenziamenti collettivi*. Con riferimento invece a quelli contrattuali, cfr. Cass., 20 marzo 2013, n. 6959, in *Not. giur. lav.*, 2013, 675.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., 9 settembre 2003, n. 13182, cit.

tipologie di attività. Con la conseguenza che in tal caso la selezione dei lavoratori da licenziare può essere circoscritta al personale occupato nelle unità produttive o nelle attività individuate. Ma tale scelta, per essere considerata legittima, deve essere necessariamente giustificata dalle ragioni produttive ed organizzative che hanno condotto alla riduzione di personale<sup>18</sup>.

A questo punto il problema diviene quello di comprendere quali possano essere in concreto le ragioni produttive ed organizzative idonee a giustificare la restrizione (rispetto all'intera azienda) dell'ambito di applicazione dei criteri di scelta.

Fino ad ora la giurisprudenza ha consentito al datore di lavoro di limitare l'applicazione dei criteri di scelta soltanto agli ambiti aziendali interessati dal progetto di ristrutturazione in presenza di due condizioni, entrambe ritenute necessarie: l'autonomia strutturale e funzionale di tali ambiti e l'esistenza in essi di specifiche professionalità infungibili rispetto alle altre presenti in azienda<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Sempre in base all'orientamento prevalente della giurisprudenza, è necessario che tali ragioni oggettive siano anche specificamente indicate dal datore di lavoro nella lettera di apertura della procedura di licenziamento collettivo. Cfr. Cass., 21 settembre 2016, n. 18504, cit.; Cass., 17 gennaio 2017, n. 982, in *Guida lav.*, 2017, 63; Cass., 16 settembre 2016, n. 18190, in *Foro it. rep.*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 607; Cass., 26 maggio 2015, n. 10843, in *Not. giur. lav.*, 2015, 584; Cass., 12 gennaio 2015, n. 203, in *Foro it. rep.*, 2015, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1268; Cass., 11 dicembre 2012, n. 22655, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, 213; Cass., 16 febbraio 2012, n. 2255, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 789, con nota di M. BORZAGA, *Sull'ambito spaziale di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità in caso di licenziamento collettivo*; Cass., 29 aprile 2009, n. 9991, cit. Cass., 9 settembre 2003, n. 13182, cit. Per ulteriori riferimenti, vedi anche, *retro*, cap. II, par. 2, nt. 32.

<sup>19</sup> Cfr. Cass., 9 novembre 2016, n. 22788; Cass., 26 settembre 2016, n. 18847, cit.; Cass., 16 settembre 2016, n. 18190, cit.; Cass., 17 marzo 2014, n. 6112, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 795; Cass., 12 febbraio 2013, n. 3330, in *Not. giur. lav.*, 2013, 718; Cass., 31 ottobre 2013, n. 24575, in *Lav. giur.*, 2014, 779; Cass., 14 febbraio 2011, n. 3597, in *Foro it. rep.*, 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1375; Cass., 28 ottobre 2009, n. 22824, in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, 767; Cass., 28 ottobre 2009, n. 22825, in *Not. giur. lav.*, 2009, 765; Cass., 14 maggio 2007, n. 11034, in *Not. giur. lav.*, 2007, 442; Cass., 10 luglio 2000, n. 9169, in *Foro it. rep.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1916; Cass., 16 marzo 2009, n. 6342, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 80. In dottrina, cfr. già M. D'ANTONA, «*Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91*», cit., 2027 ss., secondo cui «il confronto tra lavoratori che svolgono identiche mansioni e sono sotto ogni altro aspetto fungibili, non può essere ristretto al reparto soppresso, ma esteso al complesso aziendale». Nello stesso senso, vedi anche C. PISANI, *Licenziamento collettivo e criteri di scelta*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 135, per cui non possono essere configurabili altre eccezioni alla comparazione complessiva «che non sia quella della non fungibilità e/o equivalenza delle mansioni, altrimenti verrebbe meno il nesso di causalità tra la riduzione dell'attività e le mansioni dei lavoratori licenziati».

In concreto, tale orientamento giurisprudenziale implica che, quando la riduzione di personale riguarda professionalità del tutto fungibili (come spesso accade, specie nelle grandi imprese e per i profili professionali più bassi), per il datore di lavoro restringere l'ambito di applicazione dei criteri di scelta rispetto all'intera azienda diventa operazione assai difficile da realizzare.

Essa poi si complica ancor di più quando il datore di lavoro, non avendo raggiunto un accordo con i sindacati, deve applicare i criteri di scelta legali sussidiari di quelli contrattuali.

Basti considerare che, in queste ipotesi, la giurisprudenza, indipendentemente dall'accertamento della sussistenza del requisito dell'autonomia della parte di azienda coinvolta nel progetto di ristrutturazione, è quasi unanime nell'escludere che sia possibile applicare i criteri di scelta legali soltanto nell'ambito del personale occupato nelle sedi e/o unità produttive soppresse o ridotte senza operare alcuna comparazione con i restanti dipendenti dell'azienda con professionalità identiche, equivalenti o comunque omogenee<sup>20</sup>, addetti presso altre sedi e/o unità produttive situate sul territorio nazionale<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Da ultimo, cfr. Trib. Civitavecchia, 7 giugno 2016, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 97, secondo cui la fungibilità deve essere apprezzata «guardando ai compiti che rientrano nel bagaglio professionale del lavoratore, avuto riguardo anche alla classificazione del personale contenuta nel contratto collettivo». In futuro si dovrà anche verificare come inciderà su tale orientamento della giurisprudenza la modifica legislativa dell'art. 2103 Cod. Civ. ad opera dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2015, per effetto della quale il potere del datore di lavoro di modificare le mansioni del lavoratore non è più sottoposto al limite necessario dell'equivalenza, essendo sufficiente che le nuove mansioni siano riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte. Tale modifica potrebbe implicare la conseguenza che il datore di lavoro, per individuare i lavoratori da licenziare applicando i criteri di scelta, debba effettuare la comparazione con riferimento a tutti i lavoratori in possesso dello stesso inquadramento (per livello e categoria legale), anche a prescindere dalle (diverse) professionalità in concreto possedute. Cfr. anche per ulteriori riferimenti, *retro*, cap. II, par. n. 9, nt. 227.

<sup>21</sup> Cfr. Cass., 9 novembre 2016, n. 22788, cit.; Cass., 26 settembre 2016, n. 18847, cit.; Cass., 12 gennaio 2015, n. 203, cit.; Cass., 11 novembre 2013, n. 25310, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 284; Cass., 11 luglio 2013, n. 17177, cit.; Cass., 5 agosto 2013, n. 18617, in *Mass giur. lav.*, 2014, 122; Cass., 3 maggio 2011, n. 9711, cit.; Cass., 2 dicembre 2009, n. 25353, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 771, con nota di D. COMANDÉ, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi: il criterio topografico, da solo, non "spezza" l'unità del complesso aziendale lungo l'asse Roma-Milano*; Cass., 14 maggio 2007, n. 11034, in *Not. giur. lav.*, 2007, 442; Cass., 12 maggio 2006, n. 11034, in *Foro it. rep.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1628; Cass., 15 giugno 2006, n. 13783, in *Not. giur. lav.*, 2006, 686; Cass., 3 aprile 2006, n. 7752, in *Foro it.*, 2006, I, 2760; Cass., 20 novembre 2007, n. 24044, in *Orient. giur. lav.*, 2008, I, 210, per cui quando risulta che i lavoratori dell'azienda siano «intercambiabili» non è consentito limitare la scelta ad un

Peraltro in quella stessa giurisprudenza non soltanto resta ancora estremamente indeterminato il concetto di autonomia dell'ambito aziendale considerato<sup>22</sup>, ma neppure è del tutto chiaro quando determinate professionalità possano ritenersi effettivamente fungibili.

Specie in passato, la giurisprudenza aveva identificato il concetto di infungibilità della professionalità (anche) direttamente con quello di luogo di svolgimento della prestazione lavorativa ritenendo di per sé infungibili le professionalità nelle ipotesi in cui (pur essendo esse in concreto fungibili) le sedi di lavoro coinvolte erano eccessivamente distanti l'una dall'altra.

In tal modo si era finito per determinare una sorta di infungibilità territoriale tra le diverse posizioni pur in presenza di professionalità sostanzialmente equivalenti. Ciò aveva consentito al datore di lavoro, quando il progetto di ristrutturazione aziendale riguardava una singola unità produttiva o uno specifico settore, di limitare la comparazione soltanto ai dipendenti di quella unità o di quel settore, escludendo la fungibilità delle loro posizioni rispetto a quelle dei dipendenti di altre unità produttive o di altri settori per l'eccessiva distanza chilometrica tra le diverse sedi di lavoro (individuata, secondo criteri discrezionali destinati anch'essi ad alimentare ulteriori incertezze, a volte in oltre 250 chilometri, a volte in oltre 100 chilometri)<sup>23</sup>.

solo reparto. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 14 novembre 2012, in *Riv. crit. dir. lav. priv. pubbl.*, 2012, 1062; Trib. Modena, 26 febbraio 2010, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 723; Trib. Ascoli Piceno, 22 gennaio 2008, in *Dir. lav. Marche*, 2008, 81; Trib. Roma, 21 dicembre 2001, in *Giur. lav.*, 2001, 84; Trib. Nocera Inferiore, 28 aprile 2000, in *Arch. civ.*, 2000, 997; Trib. Milano, 3 settembre 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 823; Pret. Milano, 24 luglio 1997, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, 99; Trib. Milano, 8 ottobre 1994, in *Orient. giur. lav.*, 1995, 151. *Contra*, ma isolatamente, le più risalenti Cass., 29 dicembre 1998, n. 12879, in *Foro it. rep.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1780 e Cass., 26 settembre 2000, n. 12711, in *Foro it. rep.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1903, per la quale, invece, la selezione dei lavoratori da licenziare in base ai criteri legali anche in presenza di professionalità fungibili può essere effettuata «solo nell'ambito dell'unità produttiva o del settore aziendale interessati alla ristrutturazione cui è collegata la riduzione del personale».

<sup>22</sup> Per Cass., 31 luglio 2012, n. 13705, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1058, l'unità produttiva per essere considerata autonoma si deve caratterizzare «per condizioni imprenditoriali di indipendenza tecnica e amministrativa ove si esaurisca per intero il ciclo relativo ad una frazione o ad un momento essenziale dell'attività, con esclusione delle articolazioni aziendali che abbiano funzioni ausiliari o strumentali». In termini analoghi, cfr. anche Cass., 3 novembre 2008, n. 26376, cit. Per le incertezze della giurisprudenza sui concetti di autonomia, unità produttiva e complesso aziendale, vedi C. PISANI, *Licenziamento collettivo e criteri di scelta*, cit., 135-136.

<sup>23</sup> Cfr. Cass., 31 luglio 2012, n. 13705, cit.; Cass., 22 aprile 2005, n. 8474, cit. In dottrina, per alcuni tentativi di identificazione di un parametro da prendere come riferimento per stabilire quando la distanza sia o possa essere ritenuta idonea ad impedire la

Con orientamento più restrittivo, invece, la giurisprudenza più recente ha iniziato ad escludere che l'eccessiva distanza geografica, così come anche gli ulteriori costi e oneri per il datore di lavoro e per lo stesso lavoratore derivanti o connessi ad un suo eventuale trasferimento, possano costituire ragioni produttive ed organizzative in grado di poter giustificare la restrizione dell'ambito di applicazione dei criteri di scelta legali<sup>24</sup>.

Ciò in quanto, da un lato, si è ritenuto che, soprattutto in assenza di un accordo con i sindacati sulla determinazione dei criteri di scelta, l'eventuale aggravio dei costi aziendali rientra «nell'alea connessa agli effetti dell'operatività dei criteri legali sussidiari»<sup>25</sup>; d'altro lato, non si può escludere a priori che il lavoratore, pur di evitare il licenziamento, accetti un trasferimento presso una diversa sede di lavoro distante anche molti chilometri da quella presso cui operava, coinvolta nel progetto di ristrutturazione o addirittura chiusa<sup>26</sup>.

In sostanza il rigore di quest'ultimo orientamento, ispirato anch'esso dalla necessità che i procedimenti di ristrutturazione delle imprese abbiano il minore impatto sociale possibile, esclude quasi del tutto il potere del datore di lavoro di restringere l'ambito di applicazione dei criteri di scelta legali in presenza di professionalità fungibili tra di loro. E ciò anche nelle ipotesi in cui gli specifici ambiti aziendali coinvolti nel progetto di ristrutturazione siano caratterizzati da una effettiva autonomia organizzativa e produttiva.

Con conseguenze che per lo stesso datore di lavoro sono, o potrebbero essere, assai rilevanti soprattutto per ciò che riguarda l'organizzazione del lavoro e la gestione del personale.

È indubbio, infatti, che finire per imporre praticamente sempre l'applicazione dei criteri di scelta legali sull'intero complesso aziendale quando le professionalità siano equivalenti (non attribuendo alcun rilievo neppure a circostanze quali l'eccessiva distanza chilometrica tra le diverse sedi di lavoro o gli ulteriori costi per eventuali trasferimenti) significa dover porre assai spesso a carico del datore di lavoro non soltanto costi aggiuntivi, ma anche la gestione di problemi organizzativi a volte molto complessi (peraltro, con

---

comparazione, cfr. E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 205; D. CASALE, *I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 1138-1139.

<sup>24</sup> Cfr. Cass., 21 settembre 2016, n. 18504, cit.; Cass., 26 settembre 2016, n. 18847, cit.; Cass., 11 luglio 2013, n. 17177, cit.; Cass., 2 dicembre 2009, n. 25353, cit. In passato, per diverse valutazioni su costi e oneri aggiuntivi posti a carico della aziende, cfr. Cass., 4 febbraio 1998, n. 1150, cit.

<sup>25</sup> Cfr. Cass., 21 settembre 2016, n. 18504, cit.; Cass., 11 luglio 2013, n. 17177, cit.

<sup>26</sup> Cfr. Cass., 21 settembre 2016, n. 18504, cit.; Cass., 26 settembre 2016, n. 18847, cit.; Cass., 11 luglio 2013, n. 17177, cit.

effetti talvolta irragionevoli anche sulle posizioni degli stessi lavoratori).

Viceversa la giurisprudenza è più incerta sulla possibilità di predeterminare un ambito più ristretto rispetto al complesso aziendale quando il datore di lavoro raggiunge un accordo con i sindacati sulla determinazione dei criteri di scelta (ed eventualmente anche, e prima ancora, proprio sul loro campo di applicazione).

Mentre per lungo tempo ha prevalso un orientamento meno rigoroso<sup>27</sup>, negli ultimi tempi, invece, si sta consolidando anche in tal caso un orientamento più restrittivo; e così, si è affermato che quando il criterio concordato sia unico e riguardi la possibilità di accedere al pensionamento o al prepensionamento, esso deve applicarsi a tutti i dipendenti dell'impresa a prescindere dal settore o dai settori aziendali nei quali si è manifestata la crisi o l'eccezione<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. Cass., 17 febbraio 1999, n. 1335, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 421 (con nota di S. LIEBMAN, *Criteri pattizi di individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità ed ambito soggettivo di riferimento per la loro applicazione*), secondo cui «nel contesto dell'attività di determinazione pattizia dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità le parti (collettive) contraenti possono liberamente delimitare anche l'ambito soggettivo di riferimento per la comparazione dei dipendenti potenzialmente interessati dal provvedimento di riduzione del personale, considerato che la regola di tendenziale estensione della scelta a tutti i lavoratori del complesso aziendale è riferibile esclusivamente alle concrete modalità di applicazione dei criteri legali previsti dall'art. 5 l. n. 223/1991, la cui operatività ha però carattere residuale ed è espressamente subordinata all'assenza di specifici accordi sindacali in materia». In sostanza, nello stesso senso, vedi anche Cass., 19 maggio 2006, n. 11886, in *Foro it. rep.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1626, secondo cui con l'accordo sindacale possono essere legittimamente determinati «criteri di scelta dei lavoratori diversi da quelli stabiliti per legge, e, in particolare, può darsi rilievo soltanto alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale, senza considerare i criteri del carico di famiglia e dell'anzianità di servizio, così limitando la suddetta selezione dei lavoratori ad una categoria di dipendenti o prevedendo che la scelta stessa debba essere effettuata reparto per reparto o limitatamente ad un solo settore e non con riferimento a tutti i dipendenti in servizio nell'azienda»; Cass., 8 marzo 2006, n. 4970, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 163; Cass., 25 gennaio 2006, n. 1405, in *Not. giur. lav.*, 2006, 209; Cass., 6 aprile 2002, n. 4949, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1849, per la quale deve considerarsi del tutto legittimo «l'accordo sindacale che, in deroga ai criteri legali e nel rispetto dei principi di non discriminazione tra lavoratori e di razionalità delle regole pattuite, tenga conto delle sole esigenze tecnico-produttive dell'impresa e, conseguentemente, limiti la scelta dei lavoratori ad un unico e ben individuato settore produttivo o reparto»; Cass., 29 novembre 1999, n. 13346, in *Foro it. rep.*, 1999, *Lavoro (rapporto)*, n. 1929. Nella giurisprudenza di merito, vedi Trib. Nocera Inferiore, 28 aprile 2000, cit.; Trib. Roma, 11 aprile 1997, in *Orient. giur. lav.*, 1997, I, 525, per cui è «legittimo l'accordo sindacale che determini l'ambito aziendale all'interno del quale si rende necessaria la riduzione di personale, dovendosi fare riferimento all'intera azienda solo in mancanza di un accordo». In dottrina, vedi F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, cit., 333.

<sup>28</sup> Cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19457, cit.; Cass., 23 giugno 2014, n. 14170, in *Foro*

In effetti il testo della norma non sembra attribuire all'accordo sindacale anche il potere di determinare l'ambito della scelta<sup>29</sup>; tuttavia l'orientamento più elastico della giurisprudenza sembra più coerente con il sistema della legge n. 223 del 1991 nel suo complesso che è diretta ad incentivare soluzioni condivise con i sindacati, proprio per evitare che il datore di lavoro gestisca unilateralmente vicende così gravi per il futuro occupazionale di tanti lavoratori.

### 3. I criteri di scelta legali: l'incerta regola del concorso e i diversi interessi da contemperare

Come si è già ricordato, i tre criteri di scelta legali hanno carattere suppletivo in quanto non si applicano quando nel corso della procedura sia stato raggiunto un accordo sindacale che regoli anche i criteri di scelta.

Essi presuppongono ciascuno un interesse diverso da tutelare.

Nel primo, e cioè i carichi di famiglia, l'interesse tutelato è esclusivamente quello del lavoratore; nel secondo, e cioè l'anzianità, anch'esso riguardante la persona del lavoratore, l'interesse tutelato è prevalentemente, ma non esclusivamente, quello del lavoratore; mentre nel terzo, e cioè l'esigenze tecnico-produttive ed organizzative, l'interesse tutelato è invece esclusivamente quello del datore di lavoro<sup>30</sup>.

Tutelando interessi diversi, e a volte contrapposti, la legge impone che tali criteri siano applicati in concorso tra di loro<sup>31</sup>.

Già prima della approvazione della legge n. 223 del 1991, sotto il vigore degli accordi interconfederali del 1950 e del 1965, la giurisprudenza

*it. rep.*, 2014, *Lavoro (rapporto)*, n. 1286. Cfr. anche, *infra*, par. n. 10.

<sup>29</sup> In tal senso, cfr. R. DEL PUNTA, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 567; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 167 ss.; F. SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, cit., 34.

<sup>30</sup> Per la critica secondo la quale i criteri di scelta adottati dal legislatore «non guardano al mercato del lavoro» ma solo «al limitato ambito aziendale», vedi M. RICCI, *Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi*, cit., 783 ss., secondo cui l'effetto di tale impostazione «è stato quello di scollegare la scelta dei lavoratori da licenziare dal mercato del lavoro, espellendo verosimilmente proprio chi aveva minori possibilità di ricollocazione». Invece, si tratta di criteri di scelta «manifestamente a favore dei lavoratori più anziani» per M. MARTONE, *Il diritto del lavoro alla prova del ricambio generazionale*, cit., 9.

<sup>31</sup> Per Cass., 9 settembre 2003, n. 13182, cit., l'art. 5 della legge n. 223 del 1991 prospetta una sorta di «procedura concorsuale» tra i lavoratori.

aveva chiarito che «in concorso tra loro» vuole dire che il datore di lavoro deve applicare tutti e tre i criteri, senza esclusioni<sup>32</sup>. Al datore di lavoro è, quindi, imposta una valutazione globale e complessiva dei tre criteri di scelta, ossia una loro applicazione congiunta, proprio per contemperare equamente l'esigenze dell'azienda e la tutela dei lavoratori più deboli sul mercato del lavoro<sup>33</sup>.

La legge non stabilisce, però, come debba operare il concorso tra tali criteri e, in particolare, non chiarisce il peso o rilievo che possa o debba essere attribuito a ciascuno di essi.

Tuttavia la giurisprudenza è pressoché unanime nel ritenere che, pur sempre nell'ambito di una applicazione congiunta, il datore di lavoro possa accordare prevalenza anche soltanto ad uno, o due, dei tre criteri<sup>34</sup>.

Pertanto, non essendo stata prevista una gerarchia tra di essi, è il datore di lavoro che, nell'esercizio del suo potere organizzativo, stabilisce l'ordine di priorità, e cioè attribuisce a ciascun criterio il rilievo, e quindi l'importanza, che ritiene più funzionale alle esigenze dell'azienda (anche attraverso sistemi a punteggio e graduatorie).

Quasi sempre l'interesse del datore di lavoro è quello di accordare prevalenza al criterio delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative, per conservare il posto di lavoro a quei lavoratori che esso ritiene possano essere oggettivamente più utili per il funzionamento dell'azienda. Sempre a tutela dell'imparzialità della scelta, la giurisprudenza però limita tale potere del datore di lavoro, in quanto anche l'eventuale prevalenza data al criterio delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative deve essere pur sempre giustificata da ragioni oggettive per escludere qualsiasi intento elusivo o, peggio, discriminatorio<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. Cass., 10 gennaio 1996, n. 132, in *Orient. giur. lav.*, 1996, I, 675; Cass., 14 marzo 1992, n. 3167, in *Foro it. rep.*, 1992, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1824; Cass., 17 aprile 1990, n. 3166, in *Foro it. rep.*, 1990, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1924; Cass., 13 febbraio 1990, n. 1039, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 44.

<sup>33</sup> Cfr. Cass., 23 dicembre 2009, n. 27165, in *Foro it. rep.*, 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1622; Cass., 19 maggio 2006, n. 11886, in *Foro it. rep.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1625; Cass., 3 febbraio 2000, n. 1201, in *Giust. civ.*, 2001, I, 3067.

<sup>34</sup> Cfr. Cass., 28 ottobre 2009, n. 22824, in *Foro it. rep.*, 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1627; Cass., 19 maggio 2006, n. 11886, cit.; Cass., 3 febbraio 2000, n. 1201, cit. In passato, *contra*, però isolatamente, vedi Pret. Bologna, 6 aprile 1992, in *Orient. giur. lav.*, 1993, 206, per cui assume rilevanza anche l'ordine di elencazione previsto dal legislatore, con la conseguenza che i carichi di famiglia prevalgono sugli altri due criteri, e l'anzianità prevale sulle esigenze aziendali.

<sup>35</sup> Cfr. Cass., 28 ottobre 2009, n. 22824, cit.; Cass., 19 maggio 2006, n. 11886, cit.; Cass., 3 febbraio 2000, n. 1201, cit.

Non è chiaro, peraltro, entro quali limiti il criterio delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative possa prevalere sui criteri di carattere sociale. Si deve tener conto, infatti, che i criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità tendono a far ricadere la scelta sui lavoratori più forti sul mercato del lavoro (o che si presumono tali) per ridurre al minimo il costo sociale dei licenziamenti<sup>36</sup>.

Così come neppure è chiaro, al contrario, se il datore di lavoro possa applicare soltanto i due criteri etico-sociali escludendo ogni rilevanza al criterio delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative<sup>37</sup>.

Nella prassi solitamente l'applicazione concorrente dei tre criteri di scelta è rispettata attribuendo a ciascun criterio un determinato punteggio (variabile in relazione alle prevalenze che il datore di lavoro, nel rispetto dei limiti indicati, è libero di accordare).

Come si è già ricordato poi, individuato il campo di applicazione dei criteri di scelta, il datore di lavoro solitamente predispone, in base ai punteggi assegnati a ciascun lavoratore, una graduatoria finale in modo tale da poter consentire sempre, non soltanto ai sindacati ma anche ai singoli lavoratori (e in ultima istanza allo stesso giudice), la verifica sulla comparazione effettuata tra tutti i lavoratori concorrenti, e quindi il controllo sulla corretta applicazione dei criteri di scelta<sup>38</sup>.

#### 4. Segue: *i diversi significati dell'espressione carichi di famiglia*

Il primo criterio individuato dalla legge è quello dei carichi di famiglia.

Si tratta di un criterio riguardante la persona del lavoratore espressione di un principio di solidarietà sociale, estraneo al rapporto di lavoro ed alla sua causa. Esso tende a tutelare i lavoratori che hanno maggiori responsabilità familiari, ovvero quei lavoratori che, comparati agli altri, potrebbero subire, proprio in ragione di quelle responsabilità, un danno maggiore dal licenziamento (anche per le più elevate difficoltà che essi presumibilmente avrebbero nel reperire una nuova occupazione).

Non è specificato cosa è inteso esattamente per carichi di famiglia. Né v'è nella pur ampia legislazione in materia di lavoro una definizione di carichi di famiglia di rilievo generale cui poter far riferimento. Ed anche la

<sup>36</sup> Cfr. Cass., 9 settembre 2003, n. 13182, cit.

<sup>37</sup> In tal senso, sia pure con qualche dubbio, cfr. D. CASALE, *I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, cit., 1125. Vedi anche, *infra*, par. n. 11.

<sup>38</sup> Cfr., *retro*, cap. II, par. n. 10.

giurisprudenza fino ad ora non ha chiarito con certezza cosa il legislatore avesse voluto effettivamente intendere per carichi di famiglia.

Ed infatti, una parte della giurisprudenza ritiene che il datore di lavoro, per rendere il criterio concreto ed operativo, debba limitarsi a verificare il numero di persone a carico del lavoratore<sup>39</sup>.

Ma neppure v'è certezza su come effettuare questa verifica: a volte, infatti, si fa riferimento ai carichi di famiglia rilevanti per conseguire il diritto agli assegni per il nucleo familiare (già assegni familiari)<sup>40</sup>; altre volte, invece, si fa riferimento ai carichi di famiglia rilevanti per conseguire il diritto alle detrazioni fiscali<sup>41</sup>.

Per contro altra parte della giurisprudenza, partendo dal presupposto che si debba concretamente accertare la complessiva situazione familiare del lavoratore e quindi il suo oggettivo stato di bisogno economico<sup>42</sup>, esclude che la verifica del datore di lavoro possa limitarsi al semplice calcolo degli assegni per il nucleo familiare o delle detrazioni fiscali<sup>43</sup>. Ed afferma invece che il criterio dei carichi di famiglia, più coerentemente con la sua funzione sociale, debba riferirsi alla composizione della famiglia, e cioè ad ogni componente del nucleo familiare<sup>44</sup> a cui il lavoratore effettivamente fornisce, o comunque concorre a fornire, i mezzi di sostentamento<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> Sembrerebbe in tal senso Cass., 21 luglio 2015, n. 15210. Cfr. anche Cass., 12 gennaio 2016, n. 275, in *Not. giur. lav.*, 2016, 260, sia pure riferita alla diversa nozione di maggiori carichi familiari contenuta nell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 61 del 2000 in materia di rapporto di lavoro *part-time*, e in particolare di diritto di precedenza nell'assunzione a tempo pieno e nella relativa trasformazione del rapporto.

<sup>40</sup> Cfr. Cass., 18 gennaio 1986, n. 324, in *Foro it. rep.*, 1986, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2457. Per la normativa relativa agli assegni per il nucleo familiare, cfr. l'art. 2, legge n. 153 del 1988 e il d.p.r. n. 797 del 1955.

<sup>41</sup> Cfr. App. Salerno, 2 agosto 2011, n. 210, nella causa iscritta al n.r.g. 1470/10, inedita. Per la normativa relativa alle detrazioni d'imposta, cfr. l'art. 12, d.p.r. n. 917 del 1986.

<sup>42</sup> In tal senso cfr. F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, cit., 337; (e sembra anche) G. BOLEGO, *La procedura di mobilità*, cit., 472.

<sup>43</sup> Cfr. Cass., 3 febbraio 2016, n. 2113, in *Not. giur. lav.*, 2016, 461.

<sup>44</sup> Risultante dal certificato di stato di famiglia, attestante la composizione della famiglia anagrafica. Cfr., al riguardo, l'art. 4, del d.p.r. n. 223 del 1989, secondo cui «agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune». Cfr. anche il riferimento alla composizione del nucleo familiare per la determinazione dell'Indicatore della situazione economica equivalente (cd. ISEE) contenuto nell'art. 3, del d.p.c.m. n. 159 del 2013 (cfr. anche, al riguardo, l'art. 2-*sexies*, legge n. 89 del 2016).

<sup>45</sup> Cfr. Pret. Padova, 19 luglio 1993, in *Dir. lav.*, 1993, II, 532 ss., con nota critica di A. TOPO, *Sui criteri di scelta nel licenziamento collettivo. Il carico di famiglia*; Trib. Roma, 23

Parte della dottrina poi, si è spinta ancora oltre affermando che onere del datore di lavoro sarebbe addirittura quello di accertare la complessiva situazione economica e patrimoniale di ciascun lavoratore anche al di là della semplice composizione del nucleo familiare (verificando quindi, anche l'eventuale esistenza di fonti di reddito e patrimoniali ulteriori, anche tra tutti i familiari conviventi)<sup>46</sup>.

Del resto, il riferimento alla «situazione economica» non è una novità in materia, costituendo un criterio di scelta autonomo, in aggiunta a quello dei carichi di famiglia, già presente nell'accordo interconfederale del 1950<sup>47</sup>. Ma proprio il fatto che esso non sia stato riprodotto né nel successivo accordo interconfederale del 1965 né nella legge n. 223 del 1991 indurrebbe ad escludere che i carichi di famiglia possano far riferimento, e quindi ricomprendere, anche la situazione economica del lavoratore.

Ovviamente le conseguenze per il datore di lavoro sono molto diverse nelle tre ipotesi considerate.

Soprattutto nella seconda e ancor più nella terza ipotesi, infatti, la verifica per il datore di lavoro è senz'altro più complessa, riguardando dati e informazioni di cui il datore di lavoro spesso non è direttamente in possesso, e quindi dovrebbe preventivamente acquisire (con la relativa documentazione attestante) dallo stesso lavoratore, o comunque da soggetti terzi<sup>48</sup>.

---

dicembre 2013, nella causa iscritta al n.r.g. 30597/13, inedita. In questo senso, sembra anche M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 935, per cui il criterio dei carichi di famiglia va inteso nel senso che deve essere preferito nella tutela «chi ha la responsabilità di un più numeroso nucleo familiare», nonché F. MAZZIOTTI, *Riduzione di personale e messa in mobilità*, in *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, a cura di G. Ferraro, F. Mazziotti e F. Santoni, Napoli, 1992, 124; P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 17. Per Cass., 3 febbraio 2016, n. 2113, cit., il riferimento alle persone effettivamente a carico del lavoratore in ogni caso deve intendersi limitato a quelle persone che il lavoratore stesso abbia comunicato al datore di lavoro.

<sup>46</sup> Cfr., ad esempio, R. DEL PUNTA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e nella cassa integrazione guadagni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1983, 792-793, pur consapevole della difficoltà per l'azienda di acquisire la conoscenza di tali dati; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 177. In tal senso pur con molta ambiguità sembrerebbe anche Cass., 16 settembre 2016, n. 18190, in *Foro it. rep.*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 607. *Contra*, però, Cass., 18 gennaio 1986, n. 324, cit., che all'epoca, con riguardo all'analogo criterio di scelta previsto dall'accordo interconfederale del 5 maggio 1965, aveva escluso l'esistenza di un onere di questo tipo per il datore di lavoro per esigenze di controllabilità della circostanza da parte dei lavoratori, delle organizzazioni sindacali e, in ultima istanza, del giudice; Trib. Torino, 25 luglio 1986, in *Giur. piemontese*, 1987, 109.

<sup>47</sup> Cfr. art. 2, dell'accordo interconfederale del 21 aprile 1950.

<sup>48</sup> Per la difficoltà della verifica da parte del datore di lavoro, vedi in particolare L. VENDITTI,

Ed oltretutto rimettere la gestione del criterio alla cooperazione volontaria dei dipendenti o ad accertamenti unilaterali del datore di lavoro potrebbe realisticamente determinare problemi anche sul piano dell'effettiva attendibilità. Ferma comunque la difficoltà di individuare parametri oggettivi ed univoci in grado di misurare la situazione familiare e soprattutto economica del singolo dipendente.

In ogni caso in relazione a tali oneri aggiuntivi si è già ricordato che la giurisprudenza più recente, se pure con riferimento alla determinazione dell'ambito di applicazione dei criteri di scelta, è orientata a ritenere che, in assenza di un accordo sindacale che possa tutelare le posizioni dei lavoratori socialmente più deboli, il datore di lavoro debba assumersi anche i rischi connessi agli eventuali maggiori oneri derivanti dall'applicazione dei criteri di scelta legali<sup>49</sup>.

Non è escluso quindi che in futuro, seguendo la stessa logica interpretativa, nella giurisprudenza possa ancor più consolidarsi e prevalere l'orientamento che, per quanto riguarda l'applicazione del criterio legale dei carichi di famiglia, impone al datore di lavoro anche il rischio/onere di accertare la complessiva situazione familiare di ciascun lavoratore.

Infine, oltre a restare tutt'ora incerta l'inclusione tra i familiari anche del convivente *more uxorio*, neppure è chiaro se il datore di lavoro possa attribuire, ed eventualmente entro quali limiti, ai singoli carichi di famiglia punteggi (e quindi valutazioni, o comunque rilievi) diversi. Come magari potrebbe essere anche funzionale all'esigenza ritenuta primaria di ridurre al minimo l'impatto sociale dei licenziamenti quando, ad esempio, il carico di famiglia, e quindi la persona convivente di cui si ha la responsabilità, è una persona disabile, gravemente malata o con analoghe difficoltà.

In sintesi l'impressione è che, più che gli oneri aggiuntivi imposti dagli orientamenti giurisprudenziali più rigorosi, la difficoltà maggiore per il datore di lavoro continui a restare quella della assoluta incertezza su come si debba effettivamente intendere e poi applicare il criterio legale dei carichi di famiglia<sup>50</sup>.

I numerosi dubbi interpretativi ancora irrisolti, infatti, rendono a sua

---

*Licenziamento collettivo e tecniche di tutela*, cit., 145; P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 17.

<sup>49</sup> Cfr., *retro*, par. n. 2.

<sup>50</sup> E si tenga presente che, secondo l'insegnamento prevalente della giurisprudenza, «grava sul datore di lavoro l'onere di indicare e provare le circostanze di fatto poste a base dell'applicazione dei criteri di scelta». Cfr., tra le molte, Cass., 29 luglio 2003, n. 11651, in *Foro it. rep.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1804; Cass., 15 febbraio 2001, n. 2188, cit.; Cass., 14 luglio 2000, n. 9374, in *Inform. prev.*, 2001, 132. Vedi anche, *infra*, par. n. 11.

volta molto problematico l'agire del datore di lavoro, il quale non è così posto in grado di poter valutare con certezza quali siano, o potrebbero essere, le conseguenze determinate dal mancato raggiungimento di un accordo con i sindacati, e quindi dalla necessità di dover applicare i criteri di scelta suppletivi legali, e in primo luogo quello dei carichi di famiglia.

### 5. Segue: *l'anzianità di servizio o anagrafica?*

Soltanto in apparenza meno complesso è il criterio dell'anzianità.

Anche in questo caso, infatti, il legislatore non specifica, come già non era stato specificato negli accordi interconfederali del 1950 e del 1965<sup>51</sup>, se per individuare il criterio dell'anzianità si debba fare riferimento all'anzianità di servizio o a quella anagrafica.

Tuttavia la giurisprudenza anche costituzionale<sup>52</sup> è costante nel ritenere che tale criterio debba essere applicato prendendo a riferimento l'anzianità di servizio in azienda<sup>53</sup>. Del resto, è anche significativo che lo stesso legislatore in altra parte della legge n. 223 del 1991 quando ha voluto riferirsi all'anzianità anagrafica abbia utilizzato espressamente il termine età<sup>54</sup>.

Si tutela, quindi, il lavoratore che ha una maggiore anzianità di servizio (*last in, first out*) perché è considerato più equo proteggere dal licenziamento chi collabora da più tempo con il datore di lavoro. Pertanto a tale lavoratore è riconosciuto un maggiore affidamento sulla conservazione del posto di lavoro.

In altre parole con tale criterio il legislatore ha inteso premiare oltre alla professionalità acquisita anche la fedeltà all'azienda. Mentre ha sicuramente reso più difficile al datore di lavoro operazioni di ricambio generazionale del personale<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. art. 2, dell'accordo interconfederale del 5 maggio 1965, e art. 2, dell'accordo interconfederale del 21 aprile 1950.

<sup>52</sup> Cfr. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, in *Dir. lav.*, 1994, II, 160, con nota di M.N. BETTINI, *Accordi sindacali sui criteri di scelta dei lavoratori in mobilità*.

<sup>53</sup> Cfr., tra le molte, Cass., 3 febbraio 2016, n. 2113, cit.; Cass., 19 maggio 2006, n. 11886, in *Foro it. rep.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1626; Cass., 10 luglio 2000, n. 9169, in *Foro it. rep.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1917; Pret. Bologna, 6 aprile 1992, cit. Con riferimento agli accordi interconfederali, cfr. Cass., 19 luglio 1997, n. 6652, in *Foro it. rep.*, 1997, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1832; Cass., 18 gennaio 1986, n. 324, cit.

<sup>54</sup> Cfr. art. 4, comma 9, legge n. 223 del 1991. Vedi anche art. 7, commi 4, 5 e 6, legge n. 223 del 1991, ove il termine anzianità è sempre riferito all'anzianità aziendale.

<sup>55</sup> In dottrina, favorevoli al riferimento all'anzianità aziendale o di servizio, cfr. M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 933; E. GRAGNOLI, *Licenziamenti collettivi e criteri di scelta*, in *I licen-*

Peraltro tale interpretazione non si pone sempre e necessariamente in contrasto con l'esigenze dell'impresa, ma anzi può risultare anche più funzionale ad esse, in quanto in molti settori e per certe mansioni e tipologie di attività i lavoratori con maggiore anzianità di servizio, e quindi con maggiore esperienza professionale, sono anche quelli più produttivi (se pure è vero che essi sono anche quelli che nel contempo e solitamente hanno le retribuzioni più elevate)<sup>56</sup>.

Fino ad ora, dunque, la giurisprudenza ha escluso ogni riferimento all'anzianità anagrafica, anche perché selezionare i lavoratori da licenziare anche in base all'età potrebbe risultare discriminatorio<sup>57</sup>.

Tuttavia è da tener conto che anche tutelare i lavoratori con età più elevata, anziché quelli con maggiore anzianità di servizio, potrebbe essere ritenuto socialmente più opportuno, in quanto proprio tali lavoratori sono spesso quelli più deboli sul mercato del lavoro (e quindi più bisognosi) trovando maggiori difficoltà a reperire una nuova occupazione<sup>58</sup>. Nonostante gli sgravi di tipo economico infatti, le imprese sono tuttora più esitanti ad assumere lavoratori con età più avanzate, anche per l'impossibilità di investire sulla loro formazione<sup>59</sup>.

In futuro quindi non è escluso che anche su questo punto la giurisprudenza possa mutare il suo orientamento, proprio sulla base delle sue stesse già ricordate affermazioni secondo cui l'obiettivo prioritario dell'applicazione dei criteri di scelta legali resta quello di ridurre il più possibile l'impatto sociale dei licenziamenti (premiando i lavoratori che si ritiene siano o possano essere

---

*ziamenti collettivi*, cit., 104; (sia pure con qualche dubbio anche) G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 143. Ma vedi già in tal senso, con riferimento alla disciplina vigente all'epoca degli accordi interconfederali, R. DEL PUNTA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e nella cassa integrazione guadagni*, cit., 791.

<sup>56</sup> Per diverse valutazioni, vedi P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 549.

<sup>57</sup> Cfr., specificamente, art. 3, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 216 del 2003.

<sup>58</sup> In tal senso, vedi già F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, cit., 335-336; G. PERA, *Licenziamento, per riduzione del personale, dei lavoratori prossimi al pensionamento*, in *Riv. it dir. lav.*, 1997, II, 383 ss.; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 176-177; P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 18; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, cit., 277. Su come il riferimento all'anzianità anagrafica sia maggiormente rispettoso della funzione solidaristica della norma, vedi anche G. BOLEGO, *La procedura di mobilità*, cit., 472. Per una posizione «elastica» secondo cui la scelta tra anzianità anagrafica e anzianità di servizio è da affidare alla discrezionalità dell'imprenditore e può risultare anche un «misto di entrambe», vedi D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, cit., 136.

<sup>59</sup> In proposito, cfr. R. DEL PUNTA, *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, cit., 405.

meno dipendenti dal posto di lavoro e dal relativo reddito)<sup>60</sup>.

Resta incerto, infine, se il datore di lavoro, in assenza di uno specifico accordo sindacale, possa computare nell'anzianità di servizio del singolo lavoratore anche i periodi di lavoro svolti presso altra e diversa impresa pur se appartenente allo stesso gruppo, o ad essa collegata. In assenza di specifici precedenti giurisprudenziali, l'autonomia che è riconosciuta dall'ordinamento a ciascun soggetto giuridico (pur se parte di un gruppo di imprese) sembrerebbe escludere tale possibilità<sup>61</sup>.

### 6. Segue: l'incertezza delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative

Il terzo criterio selettivo, tutelando esclusivamente gli interessi del datore di lavoro, è quello su cui fin dall'inizio si sono concentrate, e si concentrano tutt'ora, le maggiori incertezze.

Rispetto ai due precedenti, infatti, il legislatore ha utilizzato espressioni ancora più ambigue e indeterminate, attribuendo al datore di lavoro un potere di scelta apparentemente molto ampio<sup>62</sup>.

Due sono le indicazioni di carattere generale che provengono dalla giurisprudenza.

In primo luogo, la giurisprudenza esige che tale criterio, per poter essere validamente applicato, sia specificato con l'indicazione di quali siano in concreto le esigenze tecnico-produttive ed organizzative prese in considerazione<sup>63</sup>. Sono dunque da evitare formulazioni generiche in relazione alle quali non sarebbe possibile un controllo oggettivo sui punteggi attribuiti e sulle comparazioni effettuate<sup>64</sup>.

In secondo luogo, la specifica individuazione delle esigenze aziendali, e poi la comparazione tra i lavoratori concorrenti, deve sempre rispettare i principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1375 e 1175 Cod. Civ., per garantire

<sup>60</sup> Cfr., *retro*, par. n. 2.

<sup>61</sup> In tal senso, vedi D. CASALE, *I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, cit., 1148.

<sup>62</sup> In senso critico sulla stessa scelta di identificare le esigenze tecnico-produttive ed organizzative come criterio di scelta, cfr. S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit., 223 ss.

<sup>63</sup> Cfr. Cass., 8 novembre 2007, n. 23275, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 276.

<sup>64</sup> Cfr. Cass., 4 agosto 2016, n. 16351, cit., in cui si è ritenuta priva di oggettiva verificabilità l'identificazione del criterio delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative in termini di «funzioni indispensabili per l'ente»; Cass., 8 novembre 2007, n. 23275, cit.; Cass., 29 gennaio 1993, n. 1115, in *Foro it. rep.*, 1993, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1652; Cass., 11 aprile 1990, n. 3055, in *Impresa*, 1990, 2172.

una equilibrata composizione degli interessi confliggenti delle parti<sup>65</sup>.

Escluso quindi che il datore di lavoro possa applicare tale criterio facendo generico riferimento (e rinvio) a indeterminate esigenze tecnico-produttive ed organizzative, resta il problema di chiarire quando le singole esigenze aziendali specificamente individuate dal datore di lavoro violino le regole della buona fede e correttezza.

Ancora una volta si deve fare riferimento alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza.

Si è affermato, al riguardo, che il giudice pur non potendo sindacare il merito delle scelte che competono esclusivamente al datore di lavoro possa comunque esercitare un controllo sulla legittimità di tali scelte, anche verificando la corrispondenza con l'effettiva esigenza aziendale<sup>66</sup>.

Così, in un caso, è stata ritenuta legittima la scelta del datore di lavoro di far riferimento, per la concreta individuazione delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative, al possesso di «titoli e corsi per miglioramento professionale», assegnando a ciascun corso e titolo seguito o conseguito un determinato punteggio e premiando i lavoratori con punteggi più elevati<sup>67</sup>. In quest'ottica non pare dubitabile che ogni riferimento a titoli e qualità professionali del lavoratore, purché essi siano riscontrabili oggettivamente, possa identificare una legittima esigenza aziendale.

In altri casi, sono stati ritenuti rispettosi dei principi di buona fede e correttezza anche riferimenti a circostanze come la disponibilità a svolgere le proprie mansioni in più sedi/settori dell'azienda<sup>68</sup> o anche la distanza minore della propria residenza dalla sede di lavoro per ridurre i costi aziendali derivanti dall'erogazione delle indennità di trasferta e chilometrica<sup>69</sup>.

Così confermando più in generale che anche la necessità di evitare di adottare provvedimenti di trasferimento (con i relativi inevitabili problemi di costi e incertezze), pur non potendo costituire ragione idonea ad evitare la comparazione sull'intero complesso aziendale quando le professionalità siano fungibili<sup>70</sup>, potrebbe costituire invece una concreta esigenza organizzativa, e

<sup>65</sup> Cfr. Cass., 20 novembre 2007, n. 24044, in *Orient. giur. lav.*, 2008, I, 210; Cass., 15 giugno 2006, n. 13783, in *Foro it. rep.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1622; Cass., 12 maggio 2006, n. 11034, in *Foro it. rep.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1628; Cass., 1 settembre 2004, n. 17556, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 970.

<sup>66</sup> In tal senso, vedi anche U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 175.

<sup>67</sup> Cfr. App. Genova, 26 maggio 2004, in *Dir. maritt.*, 2005, 932.

<sup>68</sup> Cfr. Cass., 1 settembre 2004, n. 17556, cit.

<sup>69</sup> Cfr., ancora, Cass., 1 settembre 2004, n. 17556, cit.

<sup>70</sup> Cfr., *retro*, par. n. 2.

quindi un valido criterio di scelta da applicare in concorso con gli altri due criteri legali<sup>71</sup>.

Per contro in passato la giurisprudenza, ancora sotto il vigore degli accordi interconfederali, aveva escluso che il datore di lavoro potesse dare rilievo, ai fini dell'identificazione delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative, a pregresse infrazioni disciplinari del lavoratore, sulla base della motivazione secondo cui esse non sarebbero riferibili «alle esigenze di funzionalità dell'impresa»<sup>72</sup>.

In realtà, anche i precedenti disciplinari possono incidere eccome sulla funzionalità dell'impresa. Non è comprensibile quindi la ragione per la quale il datore di lavoro non possa attribuire alcuna rilevanza anche a tali precedenti premiando con punteggi maggiori i lavoratori più corretti e diligenti a cui non siano mai state irrogate sanzioni disciplinari<sup>73</sup>.

E la giurisprudenza fino ad ora è stata anche concorde nell'escludere ogni rilievo al rendimento del singolo lavoratore, in quanto elemento assai difficile da valutare con riferimento a parametri oggettivi e per questo esposto al rischio di operazioni strumentali e discriminatorie<sup>74</sup>.

Ciò, peraltro, non significa che il datore di lavoro, come già si è detto, non possa applicare il criterio delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative valorizzando la professionalità del lavoratore<sup>75</sup>, purché essa

<sup>71</sup> In tal senso, cfr. già C. PISANI, *Licenziamento collettivo e criteri di scelta*, cit., 135.

<sup>72</sup> Cfr. Cass., 8 giugno 1983, n. 3923, in *Giust. civ.*, 1984, I, 463; Cass., 19 luglio 1985, n. 4267, in *Foro it. rep.*, 1985, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2369.

<sup>73</sup> Per la rilevanza anche dei precedenti disciplinari ma solo se prevista e regolata da accordi collettivi, cfr. D. CASALE, *I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, cit., 1146.

<sup>74</sup> Cfr. Cass., 28 marzo 1996, n. 2796, in *Foro it. rep.*, 1996, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1308; Cass., 22 aprile 1992, n. 4814, in *Orient. giur. lav.*, 1992, 700; Cass., 3 luglio 1990, n. 6804, in *Riv. giur. lav.*, 1990, II, 441; Cass., 7 giugno 1984, n. 3448, in *Foro it. rep.*, 1984, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2289; Cass., 26 ottobre 1982, n. 5608, in *Foro it. rep.*, 1982, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2122. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Pret. Bologna, 6 aprile 1992, cit.; Pret. Milano, 7 agosto 1986, in *Lavoro* 80, 1987, 229; Pret. Torino, 26 novembre 1985, in *Giur. piemontese*, 1986, 308; Trib. Treviso, 12 marzo 1985, in *Orient. giur. lav.*, 1985, 894. In dottrina, sull'impossibilità di considerare il rendimento, vedi E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 206; C. ALESSI, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*, cit., 262; P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 19; F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, cit., 343-344. In senso critico e per un tentativo di superamento del consolidato orientamento giurisprudenziale, cfr. recentemente S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit., 227 ss. In passato, sulla razionalità del criterio dello scarso rendimento, vedi anche G. PERA, *Licenziamento, per riduzione del personale, dei lavoratori prossimi al pensionamento*, cit., 383 ss.

<sup>75</sup> Cfr. Cass., 20 novembre 2007, n. 24044, cit.

sia collegata a dati oggettivamente comprovabili (come, per esempio, il livello di specializzazione professionale acquisita<sup>76</sup>, gli incarichi assegnati e le funzioni svolte anche per dimostrare la capacità di esplicare più compiti, il possesso della laurea o di altri titoli di studio, le note di merito e di qualifica e, al limite, anche la sua stessa produttività nel caso in cui sia possibile misurarla in modo certo).

Sempre per valorizzare la professionalità del lavoratore, se pure la dottrina prevalente non sia d'accordo<sup>77</sup>, mi pare anche possibile, in quanto ragionevole, attribuire rilievo alla circostanza del numero delle presenze al lavoro.

In questo caso, peraltro, non si tratta di penalizzare chi è risultato più assente dal lavoro (né tale penalizzazione, del resto, sarebbe legittima, almeno nei casi in cui il lavoratore abbia diritto alla conservazione del posto di lavoro), ma soltanto di premiare chi è risultato più presente con l'attribuzione di un punteggio più elevato<sup>78</sup>. Non credo sia dubitabile, infatti, che anche il numero di presenze al lavoro, e quindi l'assiduità della collaborazione, possa costituire per il datore di lavoro un indicatore di maggiore funzionalità alle esigenze aziendali.

### *7. La preferenza per i criteri di scelta contrattuali e le difficoltà del sindacato*

Nell'ambito di un licenziamento collettivo i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare sono individuati in via prioritaria dai contratti collettivi.

Da sempre tale potere attribuito dalla legge ai contratti collettivi costituisce per il sindacato «un dono probabilmente non gradito»<sup>79</sup>, o

<sup>76</sup> Cfr. Cass., 29 gennaio 1993, n. 1115, cit.; Cass., 11 aprile 1990, n. 3055, cit.

<sup>77</sup> Tra i molti, cfr. E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 206; D. CASALE, *I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, cit., 1143; F. LISO, *La nuova legge sul mercato del lavoro: un primo commento*, in *Lav. inf.*, 1991, 14; G. BOLEGO, *La procedura di mobilità*, cit., 473.

<sup>78</sup> Peraltro è anche da tener conto che per le donne (per le quali durante il periodo di astensione obbligatoria per la maternità vige il divieto assoluto di lavorare penalmente sanzionato) la legge n. 223 del 1991 già prevede specifiche garanzie. Come si è già ricordato, infatti, l'art. 5, comma 2, della legge n. 223 del 1991 stabilisce che il datore di lavoro, nell'operare la scelta dei lavoratori da licenziare, non può licenziare una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata nelle mansioni prese in considerazione. E poi anche l'art. 54 del d.lgs. n. 151 del 2001 vieta il licenziamento anche collettivo delle lavoratrici madri fino al compimento di un anno di età del bambino (cfr. già, in tal senso, Trib. Firenze, 4 dicembre 1991, in *Toscana lav. giur.*, 1992, 214, ed anche Cass., 24 ottobre 1986, n. 6236, in *Mass. giur. lav.*, 1986, 626).

<sup>79</sup> Cfr. U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 171,

comunque «un terreno infido e pericoloso»<sup>80</sup>, in quanto impone scelte a volte «laceranti»<sup>81</sup> che determinano inevitabili divisioni tra i lavoratori assoggettati alla procedura di riduzione del personale.

Cogestendo anche la scelta dei licenziati, infatti, le organizzazioni sindacali finiscono esse stesse per determinare la salvezza di alcuni lavoratori e il sacrificio di altri<sup>82</sup>. Si allenta così il vincolo di solidarietà tra lavoratori alimentando possibili contrapposizioni. Per questo talvolta il sindacato ha esitato nell'esercitare appieno il compito di individuazione dei criteri di scelta delegatogli dal legislatore assumendosi le relative responsabilità<sup>83</sup>.

Si è già ricordato più volte, però, che la legge n. 223 del 1991 è intesa a favorire una gestione concordata della procedura di licenziamento collettivo sotto ogni profilo e in ogni momento.

Dunque l'obiettivo del legislatore è stato quello non soltanto di sottoporre le scelte organizzative del datore di lavoro che comportino riduzioni di personale al controllo delle organizzazioni sindacali, ma anche, se non soprattutto, di indurre le parti a ricercare, «nel segno della conciliazione»<sup>84</sup>, soluzioni il più possibile condivise. Anche quando si tratta di selezionare i lavoratori destinati ad essere estromessi definitivamente dall'azienda.

In sede di individuazione concordata dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, l'obiettivo primario delle organizzazioni sindacali, non potendo più evitare la riduzione di personale, è quello di ridurre al minimo l'impatto sociale dei licenziamenti. Per contro obiettivo primario, o comunque altrettanto rilevante, per il datore di lavoro è quello di ridurre il

---

ed anche F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, cit., 37, per il quale il codice genetico del sindacato «lo rende riluttante a farsi compromettere in provvedimenti espulsivi». In passato, sull'atteggiamento spesso di disagio, a volte quasi di fastidio, delle organizzazioni sindacali verso i criteri di scelta, vedi in particolare L. MARIUCCI, *I licenziamenti collettivi tra prassi sindacale e opinione degli interpreti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 723.

<sup>80</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e nella cassa integrazione guadagni*, cit., 777.

<sup>81</sup> Cfr. M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 932.

<sup>82</sup> Cfr., sempre, M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 932, anch'esso molto critico nei confronti di tale potere attribuito ai sindacati.

<sup>83</sup> Vedi anche, *retro*, cap. II, par. n. 9. Ma sulla necessità che il sindacato o la rappresentanza aziendale esercitino il loro ruolo tipico, che è quello di «proporre, discutere, trattare, “sporcarsi le mani”, ed eventualmente l'immagine, per mediare come legittimamente possono e devono, onde limitare al minimo l'impatto sociale complessivo della riduzione», vedi L. CASTELVETRI, *La negoziazione dei criteri di scelta nelle riduzioni di personale*, cit., 75 ss.

<sup>84</sup> Così G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993, 33.

personale in esubero preservando la produttività e l'efficienza dell'impresa.

Come l'applicazione dei criteri legali, anche l'individuazione e poi l'applicazione dei criteri contrattuali hanno determinato, e determinano tuttora, diversi problemi giuridici alcuni dei quali ancora non hanno trovato una soluzione sufficientemente definita nella giurisprudenza.

### *8. I problemi giuridici dell'accordo sindacale: livelli e sindacati abilitati*

Pur in presenza per l'ennesima volta di riferimenti legislativi non del tutto chiari<sup>85</sup>, oramai costituisce dato acquisito quello secondo cui qualsiasi livello di contrattazione collettiva può esercitare il potere di selezione dei criteri di scelta delegato dal legislatore.

Nella prassi delle relazioni sindacali, come è naturale che sia, sono pressoché esclusivamente i contratti aziendali ad esercitare tale potere<sup>86</sup>.

Soltanto in sede aziendale infatti il sindacato può avere la forza, ed anche l'interesse, di imporre, se non integralmente almeno in parte, i criteri di scelta che esso ritiene più adeguati soprattutto in considerazione del forte incentivo – innanzitutto, ma non soltanto, economico – che il datore di lavoro ha ancor'oggi al raggiungimento di un accordo con le organizzazioni sindacali anche su tale materia<sup>87</sup>.

E più in particolare tali criteri sono quasi sempre individuati nello stesso accordo sindacale raggiunto nel corso o a conclusione della procedura di riduzione del personale quando non v'è più alcuna possibilità di evitare i licenziamenti adottando misure alternative. Del resto gli stessi artt. 4 e 5 della legge n. 223 del 1991 quando più volte si riferiscono all'accordo sindacale raggiunto nel corso della procedura intendono riferirsi proprio ad un accordo aziendale<sup>88</sup>.

Dopo qualche iniziale contrasto<sup>89</sup>, anche la giurisprudenza ha confermato

<sup>85</sup> Cfr. artt. 5, comma 1, e 4, comma 2, legge n. 223 del 1991.

<sup>86</sup> Su poteri, competenze e contenuti della contrattazione aziendale vedi, in generale e tra i più recenti, F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 21 ss., P. LAMBERTUCCI, *Il contratto collettivo aziendale nell'assetto delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro tra autonomia e decentramento controllato*, in *Dir. merc. lav.*, 2016, 47 ss., ed anche F. OLIVELLI, *La contrattazione collettiva aziendale dei lavoratori privati*, Milano, 2016.

<sup>87</sup> Già all'indomani dell'approvazione della legge n. 223 del 1991, cfr. F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, cit., 326. Vedi anche, *retro*, cap. II, par. n. 9.

<sup>88</sup> Cfr. art. 4, commi 7, 9, 11 e 12, e art. 5, comma 4, legge n. 223 del 1991.

<sup>89</sup> Cfr., ad esempio, Cass., 23 marzo 1998, n. 3057, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 257, secondo

che l'accordo aziendale raggiunto nel corso o a conclusione della procedura sindacale, in quanto coerente con l'intero sistema prefigurato dal legislatore, sia idoneo a contenere anche l'indicazione dei criteri di scelta<sup>90</sup> (ed anzi sia il più idoneo perché l'unico potenzialmente in grado di determinare, non già in via generale ed estratta ma con riferimento ad ogni singola procedura, criteri di scelta che tengano effettivamente conto delle specifiche esigenze aziendali).

Ciò tuttavia non esclude che, in assenza di una selezione del livello coinvolto, criteri di scelta alternativi a quelli legali, almeno sul piano teorico, possano essere individuati anche da altri livelli di contrattazione collettiva, e quindi anche da contratti nazionali di categoria o persino accordi interconfederali<sup>91</sup>.

Potrebbe anche verificarsi, di conseguenza, l'ipotesi in cui vi siano, in relazione ad uno stesso rapporto di lavoro, più contratti collettivi di diverso livello che individuano contemporaneamente i criteri di scelta da applicare, con i relativi e tutt'ora irrisolti problemi di selezione e/o coordinamento tra eventuali discipline confliggenti o comunque diverse<sup>92</sup>.

Più delicato è il problema della individuazione dei sindacati abilitati alla stipulazione di tali contratti collettivi.

Come è noto, l'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991 fa riferimento ai sindacati «di cui all'art. 4, comma 2», ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali «costituite a norma dell'art. 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300»<sup>93</sup> e alle rispettive associazioni di categoria e, in mancanza, «alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale».

Si tratta di riferimenti molto ampi che, oltre a consentire la stipula del

---

cui i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare devono essere stabiliti, anche a livello aziendale, con contratto collettivo, cioè con negozio di carattere normativo che li fissi in via generale ed astratta e non in riferimento soltanto ad una singola e determinata procedura collettiva. In dottrina, vedi le perplessità di G. PERA, *Licenziamento, per riduzione del personale, dei lavoratori prossimi al pensionamento*, cit., 383 ss.

<sup>90</sup> Cfr. Cass., 24 marzo 1998, n. 3133, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 259; Cass., 11 maggio 1999, n. 4666, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 940; nonché, implicitamente, già Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit. In dottrina, cfr. per tutti S. LIEBMAN, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/1991: tendenza della prassi applicativa*, cit., 125 ss.

<sup>91</sup> Cfr. M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 930; P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 20.

<sup>92</sup> Sui quali e tra i più recenti, vedi V. MAIO, *Struttura e articolazione della contrattazione collettiva*, Padova, 2014, spec. 167 ss. In giurisprudenza, cfr. tra le ultime Cass., 15 settembre 2014, n. 19396, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 358.

<sup>93</sup> Cfr. anche Corte cost., 23 luglio 2013, n. 231. Vedi, *retro*, cap. II, par. n. 8 (in particolare su tale sentenza, vedi gli Autori richiamati nella nt. 205).

contratto anche a sindacati non aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative, non escludono anche la possibilità (e la piena validità ad ogni effetto) di accordi separati o non unitari<sup>94</sup>, ovvero accordi sottoscritti soltanto da alcuni (o persino uno solo) dei sindacati ai quali il relativo potere è stato attribuito dalla legge<sup>95</sup>.

Difatti, anche quando il legislatore opera una selezione dei soggetti legittimati alla stipulazione del contratto collettivo, si deve ritenere che quel contratto, in assenza di esplicite indicazioni di segno contrario<sup>96</sup>, possa essere

<sup>94</sup> Ossia di accordi conclusi e sottoscritti non da tutte le organizzazioni sindacali che hanno partecipato alla procedura. In tal senso, cfr. già M. PERSIANI, *Commento all'art. 4*, cit., 921; F. LISO, *La nuova legge sul mercato del lavoro: un primo commento*, cit., 13; F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, cit., 328; (e pure con alcune eccezioni) P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 20. In giurisprudenza, cfr. Cass., 24 aprile 2007, n. 9866, in *Not. giur. lav.*, 2007, 445, secondo cui l'accordo sui criteri di scelta «ben può essere concluso dalla maggioranza dei lavoratori direttamente o attraverso le associazioni sindacali che li rappresentano, senza la necessità dell'approvazione dell'unanimità»; Cass., 2 marzo 1999, n. 1760, in *Lav. giur.*, 1999, 885.

<sup>95</sup> Cfr. Cass., 3 dicembre 2001, n. 15254, in *Lav. prev. oggi*, 2002, 134. In generale, sulla piena validità degli accordi separati sul piano giuridico formale, vedi soprattutto A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 47 ss. Per i numerosi problemi applicativi però, vedi A. LASSANDARI, *Problemi e ricadute della contrattazione "separata"*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 323 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 487 ss. (e con specifico riferimento al contratto aziendale, ID., *Il contratto aziendale "in deroga"*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, 273 ss.); S. LIEBMAN, *Sistema sindacale "di fatto", crisi dell'unità sindacale e rinnovi contrattuali separati: prime verifiche giudiziali*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, 484 ss.; nonché, anche con riferimento alle novità apportate al sistema contrattuale dall'art. 8 della legge n. 148 del 2011, F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., 1137 ss.

<sup>96</sup> Cfr. ora, al riguardo, le regole (di natura però solo contrattuale) poste dal testo unico sulla rappresentanza, sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil il 10 gennaio 2014, riguardanti la titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria e aziendale (parte III). In dottrina, vedi in proposito e tra i tanti F. CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: dal titolo III dello Statuto dei lavoratori al testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 309 ss.; P. LAMBERTUCCI, *La rappresentanza sindacale e gli assetti della contrattazione collettiva dopo il testo unico sulla rappresentanza del 2014: spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 237 ss.; F. LISO, *Libertà sindacale, rappresentanza e conflitto nel "trittico" degli accordi interconfederali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 551 ss.; G. FERRARO, *Sul rinnovato "sistema" di relazioni industriali*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 549 ss.; M. MARAZZA, *Dalla "autoregolamentazione" alla "legge sindacale"? La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 608 ss.; F. SCARPELLI, *Dissensi e consensi sul Testo Unico*

validamente concluso anche da una sola organizzazione sindacale ed anche indipendentemente dalla circostanza che essa sia, con riguardo al complesso dei lavoratori sindacalizzati o in relazione alle altre organizzazioni sindacali ugualmente legittimate, maggioritaria o minoritaria<sup>97</sup>.

Ciò ovviamente sempreché il contratto separato o non unitario sia stato stipulato legittimamente, ossia all'esito di un conflitto genuino e nel rispetto dei limiti e dei principi, direttamente o indirettamente, stabiliti dal legislatore, quali, in particolare, l'adempimento dell'obbligo dell'ammissione alla trattativa di tutti i soggetti legittimati ed il rispetto del divieto di accordi collusivi<sup>98</sup>.

Diversamente si paralizzerebbe lo stesso meccanismo di controllo sindacale su cui è fondata la legge n. 223 del 1991 in quanto sarebbe sufficiente il dissenso anche di un solo sindacato partecipante alla procedura ad invalidare l'accordo raggiunto con il datore di lavoro.

All'indomani dell'approvazione della legge n. 223 del 1991 si era avvertito il timore che l'interesse del datore di lavoro a raggiungere comunque un accordo sindacale – anche per evitare l'applicazione dei più complessi criteri legali e così disinnescare almeno in parte potenziali e più rischiosi contenziosi giudiziari – avrebbe potuto accrescere oltremisura la sottoscrizione di accordi separati<sup>99</sup>, evidentemente nella convinzione che tali accordi il più delle volte potessero pregiudicare gli interessi dei lavoratori coinvolti nella procedura di riduzione di personale in misura maggiore rispetto non soltanto ad un accordo unitario ma anche ad un mancato accordo.

A prescindere da ogni valutazione sulla idoneità in astratto anche dell'accordo separato a tutelare più o meno adeguatamente gli interessi collettivi dei lavoratori coinvolti nella procedura di riduzione del personale, la prassi di questi anni ha dimostrato come, in materia di individuazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, gli accordi separati siano in realtà piuttosto rari.

---

sulla rappresentanza, in *Riv. giur. lav.*, 2014, 651 ss.; R. PESSI, *La democrazia sindacale tra legge e autonomia collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 368 ss.

<sup>97</sup> Diversamente, per la necessità che l'accordo pur non unitario sia sottoscritto da sindacati che rappresentino almeno la maggioranza dei lavoratori interessati, vedi G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 170-171. In giurisprudenza, cfr. in tal senso Cass., 24 aprile 2007, n. 9866, cit.

<sup>98</sup> Cfr. Cass., 3 dicembre 2001, n. 15254, cit. Nel contesto di un'analisi più ampia, cfr. G. PROIA, M. GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, a cura di G. Proia, Padova, 2014, II, 650 ss.

<sup>99</sup> Cfr., soprattutto, F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, cit., 328.

Ciò ad ulteriore conferma della resistenza che spesso ha il sindacato (tanto più ove non agisca unitariamente) ad esercitare un potere che implica un coinvolgimento diretto nella scelta del personale in esubero.

Stante l'estrema delicatezza degli interessi coinvolti, resta per l'interprete il compito di verificare e controllare, con ancor più rigore, la correttezza del procedimento negoziale che ha condotto alla stipulazione dell'eventuale accordo separato di individuazione dei criteri di scelta<sup>100</sup>.

Il che vuol dire, in concreto, accertare se la selezione dei soggetti stipulanti sia avvenuta in modo legittimo, ossia senza comprimere la libertà di azione e il diritto di sciopero delle organizzazioni sindacali dissenzienti, senza alterare il conflitto con comportamenti fraudolenti o collusivi ed accettando di trattare, non solo formalmente ma nel rispetto dei canoni di buona fede e correttezza, con tutti i soggetti che ne sono legittimati<sup>101</sup>.

### 9. Segue: *natura ed efficacia*

L'intenzione del legislatore del 1991, in considerazione della funzione che essi sono chiamati a svolgere, fu quella di attribuire agli accordi sindacali sulla individuazione dei criteri di scelta efficacia *erga omnes*, in assenza della quale non soltanto i datori di lavoro ma anche gli stessi sindacati non avrebbero concreto interesse a negoziare e poi a sottoscrivere accordi di questo tipo.

Come è noto i dubbi sulla efficacia generalizzata degli accordi sindacali che stabiliscono i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare sono stati superati dalla giurisprudenza costituzionale<sup>102</sup>, poi confermata senza esitazioni anche da quella ordinaria<sup>103</sup>, facendo ricorso alla assai discussa categoria degli accordi «gestionali» o «di procedimentalizzazione».

Ogni problema di compatibilità con il sistema prefigurato dall'art. 39

<sup>100</sup> Cfr. U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 180.

<sup>101</sup> Cfr., ancora, Cass., 3 dicembre 2001, n. 15254, cit. Per C. ALESSI, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*, cit., 261, si deve escludere la legittimità di accordi separati «qualora siano stipulati con sindacati di nessuna o scarsa rilevanza nell'ambito aziendale e siano perciò tali da ingenerare il sospetto di manovre fraudolente o collusive».

<sup>102</sup> Cfr. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit.

<sup>103</sup> Cfr. Cass., 27 gennaio 2011, n. 1938, in *Foro it. rep.*, 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1378; Cass., 23 giugno 2014, n. 14170, in *Foro it. rep.*, 2014, voce *Lavoro (rapporto)*, p. 509; Cass., 6 maggio 2000, n. 5735, in *Nuovo dir.*, 2002, 1057; Cass. 20 marzo 2000, n. 3271, in *Not. giur. lav.*, 2000, 643; Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302, cit.; Cass., 11 maggio 1999, n. 4666, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 935. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Vicenza, 21 marzo 2006, in *Rass. giur. lav. Veneto*, 2006, 65.

della Costituzione è escluso, in base a tale giurisprudenza, in quanto non si tratta di contratti collettivi normativi, ma di contratti di diverso tipo che sono volti a disciplinare e/o limitare l'esercizio di poteri originariamente propri del datore di lavoro<sup>104</sup>.

Rispetto ad essi pertanto, non si pongono i problemi di efficacia che sono propri delle tradizionali clausole normative dei contratti collettivi, in quanto non è l'accordo sindacale, ma esclusivamente l'atto adottato dal datore di lavoro, sia pure in attuazione dei criteri concordati con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, ad incidere, e quindi ad avere efficacia diretta, nei confronti del singolo lavoratore<sup>105</sup>.

Pur avendo destato molte perplessità nella dottrina soprattutto dal punto di vista giuridico in quanto l'accordo sindacale assume comunque efficacia generalizzata sia pure indirettamente<sup>106</sup>, la pragmatica soluzione accolta dalla giurisprudenza ha contribuito a risolvere uno dei problemi interpretativi più rilevanti posti dall'intera disciplina della legge n. 223 del 1991.

Soprattutto tale soluzione ha assicurato il concreto funzionamento del meccanismo predisposto dal legislatore confermando che l'accordo sui criteri di scelta coinvolge necessariamente tutti i lavoratori dell'azienda indipendentemente dal fatto che essi non siano iscritti al sindacato che ha stipulato l'accordo o ad alcun sindacato, siano iscritti ad un sindacato non firmatario dell'accordo o siano anche esplicitamente dissenzienti rispetto ai contenuti dell'accordo.

### 10. Segue: contenuto e limiti. L'esperienza applicativa e il criterio unico

La stessa giurisprudenza costituzionale ha poi fornito indicazioni vincolanti di carattere generale anche sul contenuto del contratto collettivo

<sup>104</sup> Cfr. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit. In dottrina, per tale ricostruzione degli accordi sui criteri di scelta, vedi in particolare F. LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Torino, 1999, spec. 233 ss.; P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998, spec. 193 ss. Vedi anche, in precedenza, P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Padova, 1990, 280 ss. e 370 ss.

<sup>105</sup> Cfr. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit. Con riferimento agli analoghi accordi che individuano le prestazioni minime indispensabili che devono essere garantite in occasione degli scioperi nei servizi pubblici essenziali, cfr. Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 344, in *Not. giur. lav.*, 1996, 665.

<sup>106</sup> Cfr., per le critiche, soprattutto M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 7, e A. VALLEBONA, *Le alternative alla efficacia generale del contratto collettivo*, in *Giur. cost.*, 1996, 3833.

che individua i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare.

Innanzitutto è stato affermato che, poiché adempie una funzione regolamentare delegata dalla legge, l'accordo sui criteri di scelta deve rispettare il principio di non discriminazione e quello di razionalità<sup>107</sup>.

In particolare, questo secondo principio impone che i criteri concordati debbano essere obiettivi, generali e coerenti con il fine dell'istituto del licenziamento collettivo<sup>108</sup> (ossia, come si è già ricordato, coerenti con il fine di ridurre il più possibile l'impatto sociale dei licenziamenti collettivi)<sup>109</sup>.

Infine, come ultima indicazione, la Corte costituzionale ha precisato che nell'ipotesi in cui vengano concordati criteri che si discostino da quelli legali – ipotesi quindi che la stessa Corte conferma del tutto legittima – essi debbano essere comunque giustificati in quanto i criteri legali riproducono «criteri tradizionalmente praticati nei rapporti collettivi connessi ai licenziamenti per riduzione del personale nel settore dell'industria»<sup>110</sup>.

Pur riconoscendo la necessità di un controllo giudiziario sugli accordi ma sempre nel rispetto del principio costituzionale della libertà sindacale e contrattuale, si tratta in realtà di indicazioni piuttosto generiche che, anche se non escludono del tutto un sindacato di merito sulle scelte adottate, lasciano alle parti negoziali ampi spazi di manovra.

Dunque, in base agli interessi perseguiti, il contratto collettivo è sostanzialmente libero di individuare qualsiasi criterio di scelta, purché esso sia razionale (nel senso di obiettivo, generale e coerente con la disciplina posta dalla legge n. 223 del 1991), non discriminatorio e, se diverso

<sup>107</sup> Cfr. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit.

<sup>108</sup> Cfr. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit.

<sup>109</sup> Cfr., *retro*, par. n. 2. Per questa ragione, sarebbe da considerarsi illegittimo un eventuale criterio concordato che orientasse la scelta verso i lavoratori con più carichi di famiglia. In tal senso, cfr. R. DEL PUNTA, *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, cit., 411.

<sup>110</sup> Cfr. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit. Nello stesso senso, cfr. anche Corte cost., 23 giugno 1988, n. 694, con riferimento ai criteri di scelta in materia di cassa integrazione guadagni. La dottrina ha espresso forti dubbi sul requisito della coerenza con il fine dell'istituto del licenziamento collettivo in quanto esso finisce per determinare una funzionalizzazione del contratto collettivo ai fini perseguiti dal legislatore. Tra i molti, cfr. U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 181; G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 149 ss.; ma soprattutto M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., spec. 14 ss. Sia pure in diversa materia, la stessa Corte costituzionale ha però affermato che il contratto collettivo è «impermeabile a qualsiasi controllo di razionalità». Cfr. Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 344, cit. In argomento, vedi anche G. PROSPERETTI, *I limiti dell'autonomia collettiva nella fissazione dei criteri di scelta per la collocazione in mobilità*, in *Dir. lav.*, 1994, I, 523 ss.

da quelli legali, anche adeguatamente giustificato<sup>111</sup>.

Ovviamente l'autonomia collettiva, a cui spetta il compito di individuare forme e modalità di tutela dell'interesse collettivo, potrà anche concordare come criteri di scelta gli stessi criteri legali, o anche soltanto uno o alcuni di essi<sup>112</sup>.

In altri termini l'accordo sindacale può stabilire di dare rilevanza, o più rilevanza, solo all'uno o all'altro dei criteri legali, tenendo conto della specifica situazione aziendale e delle caratteristiche del personale occupato. Oppure può specificare i contenuti generici e spesso incerti dei criteri legali più nel dettaglio<sup>113</sup>, anche in tal caso adattandoli alle esigenze del caso concreto<sup>114</sup>.

Così, ad esempio, con riguardo al criterio dell'anzianità, la giurisprudenza ha ritenuto oggettivo, verificabile e non discriminatorio il criterio adottato con accordo sindacale della «anzianità storica senza soluzione di continuità

<sup>111</sup> Cfr., tra le ultime, Cass., 19 settembre 2016, n. 18306, cit.; Cass., 11 novembre 2016, n. 23100; Cass., 4 agosto 2016, n. 16351, cit.; Cass., 5 agosto 2016, n. 16548; Cass., 3 luglio 2015, n. 13794, cit. Per l'inutilità di tale giustificazione, cfr. ancora M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., spec. 17, nt. 50, per cui una volta adottato in sede sindacale un determinato criterio o più criteri «se ne deve presumere la correttezza e la congruità rispetto alla funzione dell'istituto della mobilità». Sulla necessità di verificare la lealtà e correttezza contrattuale del sindacato, vedi infine L. CASTELVETRI, *La negoziazione dei criteri di scelta nelle riduzioni di personale*, cit., 75 ss.

<sup>112</sup> Cfr. Cass., 8 novembre 2007, n. 23275, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 276, per la quale anche ove il criterio selettivo delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative sia concordato con le organizzazioni sindacali come criterio unico esso non può comunque essere formulato in modo generico dovendo sempre consentire un controllo effettivo e oggettivo delle singole posizioni lavorative e, quindi, una loro comparazione al fine di una scelta razionale. Cfr. anche Cass., 19 maggio 2006, n. 11886, in *Foro it. rep.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1626; Cass., 7 giugno 2003, n. 9153, in *Not. giur. lav.*, 2004, 80; Cass., 24 marzo 1998, n. 3133, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 197. Sulla possibilità di concordare anche criteri negoziali che escludano ogni rilievo ai criteri legali sociali privilegiando unicamente le esigenze aziendali, vedi anche R. DEL PUNTA, *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, cit., 409; D. CASALE, *I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, cit., 1130-1131. Lo escludono invece U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 185, e F. SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, cit., 35.

<sup>113</sup> Cfr., *retro*, par. nn. 4-6.

<sup>114</sup> Sulla funzione soprattutto di «specificazione» dei criteri legali, vedi G. PERA, *I licenziamenti collettivi*, cit., 214. Invece, sull'indifferente carattere aggiuntivo, manipolativo o sostitutivo rispetto ai criteri di scelta legali, vedi F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, cit., 38.

nel comparto della formazione» applicato all'intera platea dei lavoratori<sup>115</sup>. O ancora, con riguardo al criterio dei carichi di famiglia, si è ritenuto legittimo il criterio adottato sempre in sede sindacale del «numero dei componenti del nucleo familiare»<sup>116</sup>.

In ogni caso l'accordo sindacale non può mai né individuare direttamente i nominativi dei lavoratori da licenziare, né prevedere criteri così specifici da essere comunque riferibili esclusivamente a nominativi predeterminati<sup>117</sup>. Né, all'opposto, può prevedere criteri troppo generici o decisamente vaghi<sup>118</sup>.

È interessante verificare nella prassi quali siano i criteri di scelta individuati più spesso in sede di contrattazione collettiva e come gli accordi sindacali abbiano tenuto conto dei limiti di carattere generale (im)posti dalla Corte costituzionale.

In questi anni la maggior parte dei contratti collettivi hanno individuato come criterio di scelta (unico o in concorso con altri) quello della maturazione dei requisiti per aver diritto a pensione o della prossimità al loro conseguimento. È quindi l'individuazione e poi l'applicazione di tale criterio che ha prodotto le più rilevanti problematiche giuridiche e su cui si è concentrato maggiormente il contenzioso giudiziario.

Discostandosi dai criteri legali, ed anzi ponendosi in contrasto con quello che tutela i lavoratori con maggiore anzianità di servizio<sup>119</sup>, la giurisprudenza ha ritenuto giustificato il ricorso ad esso in quanto si tratta del criterio di scelta che, sostituendo il reddito da lavoro con il reddito da pensione (e prima ancora, con l'ammortizzatore sociale dell'indennità di mobilità, ora sostituito dalla NASpI), più di ogni altro attenua l'impatto sociale dei licenziamenti collettivi<sup>120</sup>.

<sup>115</sup> Cfr. Cass., 23 agosto 2016, n. 17249, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 867, secondo cui tale criterio è da ritenersi razionale in quanto risponde all'esigenza di «prediligere i lavoratori che, non avendo mai interrotto il loro rapporto professionale nel settore, hanno acquisito un più consistente bagaglio culturale rispetto a coloro che hanno vissuto un'esperienza nel comparto discontinua o temporalmente risalente, ancorché quantitativamente più rilevante».

<sup>116</sup> Cfr. Cass., 21 luglio 2015, n. 15210, cit.

<sup>117</sup> Si tratta dei cd. «accordi fotografia» e «criteri fotografici». Cfr., ad esempio, Trib. Roma, 10 maggio 2002, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, 348. In dottrina, cfr. già M. D'ANTONA, «Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91, cit., 2027 ss. Ma per la difficoltà in sede aziendale (almeno nelle imprese medie e piccole) di concordare criteri che non consentano una individuazione indiretta dei lavoratori da licenziare, vedi D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, cit., 136.

<sup>118</sup> Cfr. Cass., 19 settembre 2016, n. 18306, cit.; Cass., 11 novembre 2016, n. 23100, cit.; Cass., 4 agosto 2016, n. 16351, cit.; Cass., 5 agosto 2016, n. 16548, cit.

<sup>119</sup> Cfr., *retro*, par. n. 5.

<sup>120</sup> Cfr. Cass., 7 novembre 2016, n. 22543, cit.; Cass., 11 novembre 2016, n. 23100,

Pur diverso dai criteri legali quindi, è stato ritenuto un criterio di scelta adeguatamente giustificato in quanto essenzialmente tende a sacrificare i lavoratori che, potendo comunque contare sull'esistenza stabile di un reddito (sia pure da pensione e non più da lavoro), subiscono il danno minore dal licenziamento rispetto a quelli che correrebbero il rischio di rimanere senza alcuna fonte di sostentamento<sup>121</sup>.

Il criterio della prossimità al pensionamento è stato ritenuto giustificato soprattutto in situazioni di mercato del lavoro caratterizzate da alti tassi di disoccupazione giovanile (in cui, quindi, i lavoratori più giovani sono esposti a lunghi periodi di disoccupazione, senza una tutela del reddito analoga a quella dei colleghi più anziani) e in ipotesi di ristrutturazioni industriali caratterizzate da elevati livelli di innovazione tecnologica<sup>122</sup>.

Inoltre tale criterio è stato ritenuto in linea di massima razionale, e quindi obiettivo e generale<sup>123</sup>, pur se anch'esso consente, in realtà, l'identificazione indiretta (*per relationem*) dei lavoratori licenziati (ed è quindi anch'esso, in qualche modo, un «criterio fotografico»)<sup>124</sup>. Ed è stato ritenuto anche non discriminatorio<sup>125</sup>, pur in presenza di una diversa età

---

cit.; Cass., 22 dicembre 2014, n. 27237, in *Guida lav.*, 2015, 46; Cass., 11 marzo 2013, n. 5965, cit.; Cass., 20 febbraio 2013, n. 4186, in *Foro it. rep.*, 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1392; Cass., 9 maggio 2013, n. 10985, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 122; Cass., 9 settembre 2003, n. 13182, cit.

<sup>121</sup> Cfr. Cass., 11 novembre 2016, n. 23100, cit.; Cass., 3 luglio 2015, n. 13794, cit.; Cass., 22 dicembre 2014, n. 27237, cit.; Cass., 20 febbraio 2013, n. 4186, cit.; Cass., 9 maggio 2013, n. 10985, cit. In dottrina, in senso conforme, cfr. in particolare R. DEL PUNTA, *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, cit., 412; G. PERA, *Licenziamento, per riduzione del personale, dei lavoratori prossimi al pensionamento*, cit., 383 ss.

<sup>122</sup> Cfr. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit.

<sup>123</sup> Cfr. Cass., 11 novembre 2016, n. 23100, cit.; Cass., 26 agosto 2013, n. 19576, in *Foro it. rep.*, 2013, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1378; Cass., 9 settembre 2000, n. 11875, in *Foro it.*, 2000, I, 3099.

<sup>124</sup> Per tale ragione, lo reputa illegittimo invece M. D'ANTONA, «*Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91*», cit., 2027 ss., secondo cui tale criterio implica un accordo sui licenziamenti (e non già sui criteri di scelta), in quanto la scelta è implicita nel criterio adottato. Per la critica, vedi R. DEL PUNTA, *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, cit., 415, secondo cui si tratta di un criterio idoneo a orientare equamente la scelta. Esprime qualche perplessità sulla diffusione di tale criterio di scelta anche F. SCARPELLI, *Il criterio di scelta della «pensionabilità» nelle riduzioni del personale: primi dubbi e problemi applicativi*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 1032 ss.

<sup>125</sup> Come già il criterio legale dell'anzianità, anche il criterio pattizio della prossimità al pensionamento potrebbe essere configurato un'ipotesi di discriminazione per età espressamente vietata dal d.lgs. n. 216 del 2003. Entrambi, infatti, indirizzano la scelta dei

pensionabile tra uomini e donne (a svantaggio delle donne per i più bassi limiti di età richiesti all'epoca per la maturazione del diritto a pensione) sempre per la sua maggiore idoneità a contenere l'impatto sociale del licenziamento collettivo proteggendo i lavoratori più esposti sul piano personale e quindi più deboli<sup>126</sup>.

Del resto anche lo stesso legislatore, appena qualche anno dopo l'intervento della Corte costituzionale, ha confermato l'oggettività del criterio della prossimità al pensionamento.

Ed infatti, con una disposizione speciale che riguardava gli esuberanti di personale nel settore bancario, il legislatore aveva esortato gli accordi sindacali ad adottare come criterio di scelta prioritario proprio quello della «maggiore prossimità alla maturazione del diritto a pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria»<sup>127</sup>. Sempre nel settore del credito poi, ai criteri della maturazione dei requisiti per aver diritto a pensione e, in via sussidiaria, della maggiore prossimità al pensionamento si è fatto diretto riferimento anche nei decreti ministeriali n. 157 e n. 158 del 2000, istitutivi dei relativi Fondi di solidarietà, proprio per individuare i lavoratori in esubero<sup>128</sup>.

Infine anche nelle disposizioni della legge n. 92 del 2012 riguardanti gli accordi di incentivo all'esodo dei lavoratori più anziani ancora una

---

lavoratori da licenziare (direttamente o indirettamente) verso i lavoratori più giovani. Per le finalità perseguite, è tuttavia da escludere che essi possano essere considerati discriminatori. Anche perché l'art. 3, comma 4-bis, del d.lgs. 216 del 2003 consente trattamenti differenziati in ragione dell'età dei lavoratori quando si tratta di disposizioni che disciplinano «la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, allo scopo di favorire l'inserimento professionale o di assicurare la protezione degli stessi». In argomento, anche per le compatibilità con il diritto dell'Unione europea, vedi L. IMBERTI, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 301 ss.

<sup>126</sup> Cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19457, cit.; Cass., 22 marzo 2001, n. 4140, in *Foro it. rep.*, 2001, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1536; Cass., 9 settembre 2003, n. 13182, cit.; Cass., 24 aprile 2007, n. 9866, in *Not. giur. lav.*, 2007, 445; Cass., 30 settembre 2015, n. 19457, cit.

<sup>127</sup> Cfr. art. 59, comma 3, legge n. 449 del 1997.

<sup>128</sup> Cfr. artt. 8 dei decreti del Ministero del lavoro n. 157 e n. 158 del 28 aprile 2000. Sulla legittimità dell'individuazione concordata dei criteri di scelta facendo riferimento a quelli previsti dai decreti n. 157 e n. 158 del 2000 per l'accesso al fondo di solidarietà per i dipendenti delle imprese di credito e di credito cooperativo, cfr. Cass., 3 luglio 2015, n. 13794, cit.; Cass., 17 aprile 2014, n. 8971, in *Foro it. rep.*, 2014, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 568; Cass., 21 febbraio 2012, n. 2516, cit.; Cass., 15 marzo 2011, n. 6030, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 744; Cass., Cass., 1 dicembre 2010, n. 24343, cit. In argomento, vedi anche S. CECCONI, A NICCOLAI, *La gestione degli esuberanti nel settore del credito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, III, 13 ss.

volta si è utilizzato il criterio selettivo della prossimità al pensionamento per gestire esuberanti di personale<sup>129</sup>.

In futuro la scelta delle parti sindacali di individuare come criterio preferito quello della prossimità al pensionamento dovrà tener conto di due elementi innovativi (e potenzialmente destabilizzanti) a cui si già fatto più volte riferimento nel corso della trattazione: ossia l'abrogazione definitiva dell'indennità di mobilità<sup>130</sup> e, soprattutto, l'innalzamento dei requisiti di età (e anche di contribuzione) per conseguire il diritto a pensione<sup>131</sup>.

Altro problema che la giurisprudenza ha dovuto affrontare è se il criterio della prossimità al pensionamento possa essere utilizzato come criterio unico o debba essere necessariamente affiancato da altri criteri.

Dopo qualche esitazione anch'essa conseguenza di riferimenti legislativi oggettivamente incerti<sup>132</sup>, la giurisprudenza si è ora consolidata nel senso di ritenere che tale criterio possa essere utilizzato come criterio unico soltanto in presenza di determinate condizioni.

In particolare esso deve essere esaustivo, ossia deve essere da solo idoneo a individuare un numero di lavoratori pari a quelli in esubero<sup>133</sup>. Sempre utilizzando la terminologia della giurisprudenza, tale criterio deve consentire in

<sup>129</sup> Cfr. art. 4, commi 1-7, legge n. 92 del 2012. Su tale strumento, vedi in particolare P. SANDULLI, *L'esodo incentivato*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, 563 ss.; M. MARTONE, *Il diritto del lavoro alla prova del ricambio generazionale*, cit., 10 ss., anche per la constatazione di come si tratti di un istituto che agevola il ricambio generazionale, ma comunque molto costoso per le finanze aziendali e, per questo, concretamente applicabile soltanto «in quelle realtà che possono permetterselo».

<sup>130</sup> Cfr. art. 2, commi 33, 46 e 71, lett. b), legge n. 92 del 2012. In senso fortemente critico su tale abrogazione, cfr. soprattutto G. FERRARO, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, cit., 2 ss. Ma vedi anche, *retro*, cap. I, par. nn. 3, 4 e 5.

<sup>131</sup> Cfr. art. 24, commi 6, 7, 10, 11, 12 e 13, legge n. 214 del 2011. Per T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., 36, si tratta di innovazioni che renderanno più arduo definire i criteri di scelta con accordi sindacali. Sulla costante incertezza nel tempo della legislazione previdenziale, vedi R. DEL PUNTA, *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, cit., 406.

<sup>132</sup> Cfr. Cass., 28 luglio 2000, n. 9956, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 579 e Cass., 13 settembre 2002, n. 13393, in *Dir. lav.*, 2002, II, 583, con nota di R. FABOZZI, *Il criterio del prepensionamento nei licenziamenti collettivi*, secondo cui l'individuazione negoziale dell'unico criterio di scelta della prossimità al pensionamento era da ritenersi sempre legittima, purché nella fase attuativa il datore di lavoro si fosse attenuto a criteri di correttezza, buona fede e non discriminazione.

<sup>133</sup> Cfr. Cass., 16 febbraio 2015, n. 3045, cit.; Cass., 27 gennaio 2011, n. 1938, cit.; Cass., 20 febbraio 2013, n. 4186, cit.; Cass., 9 maggio 2013, n. 10985, cit. *Contra*, però, vedi M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 933, per il timore che l'applicazione di tale criterio possa determinare un puro e semplice «svecchiamento» del personale.

sostanza una selezione «esauriente» ed «univoca» dei lavoratori da licenziare<sup>134</sup>.

Se invece il criterio della maturazione dei requisiti pensionistici o della prossimità al pensionamento riguarda (ed è applicabile a) un numero di lavoratori superiore (o anche inferiore) a quelli in esubero, esso va necessariamente integrato con ulteriori criteri (anch'essi, ovviamente, altrettanto oggettivi e generali) o comunque ulteriormente specificato, in modo tale da consentire sempre la formazione di una graduatoria rigida e, quindi, l'applicazione da parte del datore di lavoro di quel criterio, o di quei criteri, senza alcun margine di discrezionalità<sup>135</sup>.

Così, ad esempio, potrà essere assegnata priorità, nell'applicazione del criterio di scelta, a chi ha già maturato i requisiti per aver diritto a pensione, prendendo poi in considerazione, ove necessario, chi è invece più prossimo al pensionamento. O ancora potrà essere assegnata prevalenza, nell'ambito di tutti coloro che hanno già maturato il diritto a pensione, a chi percepirà un trattamento pensionistico più elevato o a chi ha maturato prima i requisiti pensionistici. Le combinazioni sono molteplici e la scelta, pur sempre nel rispetto dei limiti indicati, è affidata all'autonomia collettiva in grado di poter tener conto adeguatamente anche delle specificità del caso concreto<sup>136</sup>.

Peraltro condizioni e limiti posti dalla giurisprudenza per poter considerare valido l'accordo sindacale che individua come unico criterio di scelta

<sup>134</sup> Cfr. Cass., 11 novembre 2016, n. 23100, cit.; Cass., 22 giugno 2012, n. 10424, in *Foro it.*, 2012, I, 2664.

<sup>135</sup> Cfr. Cass., 16 febbraio 2015, n. 3045, cit.; Cass., 3 luglio 2015, n. 13794, cit.; Cass., 17 aprile 2014, n. 8971, cit.; Cass., 27 gennaio 2011, n. 1938, cit., per cui ove l'unico criterio prescelto, applicato nella realtà, si riveli insufficiente a individuare i dipendenti da licenziare, «esso diviene automaticamente illegittimo se non combinato con un altro criterio di selezione interna»; Cass., 22 giugno 2012, n. 10424, cit., secondo la quale «non vi può essere un'area residua di discrezionalità di scelta da parte del datore di lavoro nella quale non risulti operante nessun criterio predeterminato, in ragione della insufficiente capacità selettiva dell'unico criterio di scelta convenzionalmente stabilito»; Cass., 9 giugno 2011, n. 12544, in *Giur. it.*, 2013, 406, che ha ritenuto illegittimo il criterio di per sé oggettivo del raggiungimento dei requisiti pensionistici poiché previsto «fatte salve le competenze professionali necessarie alla gestione delle aziende, da queste discrezionalmente identificate»; Cass., 20 febbraio 2013, n. 4186, cit.; Cass., 2 settembre 2003, n. 12781, in *Lav. giur.*, 2004, 121; Trib. Roma, 7 ottobre 2013, in *Not. giur. lav.*, 2014, 85. In dottrina, cfr. U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 188, e F. SCARPELLI, *Il criterio di scelta della «pensionabilità» nelle riduzioni del personale: primi dubbi e problemi applicativi*, cit., 1033.

<sup>136</sup> Ma su alcuni complessi problemi relativi alla fase applicativa del criterio della pensionabilità, come ad esempio quello che riguarda la verifica dell'esistenza dei requisiti in capo a ciascun lavoratore, vedi in particolare F. SCARPELLI, *Il criterio di scelta della «pensionabilità» nelle riduzioni del personale: primi dubbi e problemi applicativi*, cit., 1033.

quello della prossimità al pensionamento sembrano poter costituire condizioni e limiti di carattere generale applicabili ogniqualvolta l'autonomia collettiva ritenga di dover individuare un solo criterio di scelta<sup>137</sup>.

Essi quindi valgono anche quando l'unico criterio di scelta concordato in sede sindacale sia quello della cd. «volontarietà», ossia della non opposizione del lavoratore al licenziamento collettivo a fronte solitamente della corresponsione di un determinato incentivo economico e/o dell'offerta di misure di ricollocamento.

Anche tale criterio è utilizzato di frequente nella prassi contrattuale, spesso in concorso con quello del possesso dei requisiti previsti per il trattamento pensionistico. Ed anch'esso, come quest'ultimo, è stato ritenuto oggettivo e razionale.

Come ulteriore limite, infine, resta fermo che il criterio o i criteri di scelta individuati dall'accordo sindacale, così come la loro applicazione, non potranno mai determinare direttamente o indirettamente la violazione dei divieti legali (inderogabili), compresi quelli volti a preservare l'equilibrio delle quote di lavoratori disabili e di manodopera femminile<sup>138</sup>.

Inevitabilmente quindi il rispetto dei suddetti limiti legali esterni finisce per costituire un correttivo ai risultati dati dall'applicazione dei criteri convenzionali (ed anche, peraltro, di quelli legali)<sup>139</sup>, generando ulteriori complicazioni e incertezze nella selezione dei licenziati per il datore di lavoro<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> In termini generali, cfr. Cass., 6 febbraio 2017, n. 3045, cit.

<sup>138</sup> Cfr. art. 5, comma 2, legge n. 223 del 1991. Al riguardo, cfr. App. Ancona, 24 aprile 2007, in *Dir. lav. Marche*, 2007, 554; Trib. Milano, 21 luglio 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 1226.

<sup>139</sup> Cfr. U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 191; P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 22. G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 173 ss.; G. RIGANÒ, *L'accordo sindacale sui criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 205.

<sup>140</sup> Sulle «cospicue controindicazioni» di tale sistema delle quote nell'individuazione dei lavoratori da licenziare, vedi M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 936. Secondo C. ALESSI, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*, cit., 262, l'accordo sindacale può derogare anche i rigidi limiti relativi alle quote, «purché ciò non avvenga in violazione del divieto di discriminazione». Su alcuni problemi applicativi, vedi R. DEL PUNTA, *I licenziamenti per riduzione di personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, cit., 140-141. In particolare, sui numerosi problemi determinati dall'applicazione della quota a tutela dell'occupazione femminile, vedi L. NANÌ, *Licenziamenti collettivi e parità fra generi: impatto della «quota» a tutela dell'occupazione femminile*, in *Riv. giur. lav.*, 1995, 267 ss., nonché P. CHIECO, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 22 ss., anche per il difficile coordinamento con il divieto legale di discriminazione indiretta, e D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, cit., 139 ss.

### 11. *L'irrisolta complessità dei criteri di scelta tra incertezze giurisprudenziali e mancati interventi legislativi. Gli effetti negoziali della procedura*

In materia di criteri di scelta, dall'esame degli orientamenti della giurisprudenza nel corso del tempo emergono sostanzialmente due dati principali.

Pur trascorsi molti anni dall'approvazione della legge n. 223 del 1991, v'è ancora una estrema incertezza su quasi tutti i profili che riguardano l'individuazione e l'applicazione dei criteri di scelta.

In particolare, v'è ancora una estrema incertezza su quale sia il campo di applicazione dei criteri di scelta, sul contenuto concreto dei singoli criteri di scelta legali (specie dei carichi di famiglia e delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative), su come essi debbano essere effettivamente applicati e in che modo debbano operare in concorso tra di loro, nonché anche (sia pure in misura minore) sulla stessa individuazione e applicazione dei criteri di scelta contrattuali<sup>141</sup>.

Persino sul piano processuale non è ancora del tutto chiaro come siano ripartiti gli oneri della prova in caso di contestazione sulla individuazione e poi sull'applicazione dei criteri di scelta.

La giurisprudenza prevalente ritiene che spetti al datore di lavoro allegare i criteri di scelta adottati e dimostrare come siano stati applicati<sup>142</sup>, mentre è onere del lavoratore che abbia impugnato il licenziamento provare che la scelta operata dal datore di lavoro sia illegittima indicando i lavoratori in relazione ai quali quella scelta sarebbe stata falsamente o illegittimamente realizzata<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> Sostanzialmente nello stesso senso, cfr. G. FERRARO, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, cit., 14, secondo cui in questi anni l'elaborazione giurisprudenziale «non è riuscita a chiarire né come effettuare una corretta ponderazione dei criteri legali né come valutare le esigenze aziendali, pure formalmente preservate». Sull'elevatissima «alea giudiziale» in materia di criteri di scelta, vedi anche P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 549 ss., e F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss., per cui la giurisprudenza si è caratterizzata per valutazioni «ampiamente discrezionali oltre che discordanti». Cfr. ampiamente, *retro*, par. n. 2 ss.

<sup>142</sup> Anche con la specificazione delle valutazioni comparative compiute. Cfr. Cass., 15 febbraio 2001, n. 2188, in *Foro it.*, 2001, I, 1566; Cass., 29 luglio 2003, n. 11651, cit.; Cass., 14 luglio 2000, n. 9374, cit.

<sup>143</sup> Cfr., tra le molte, Cass., 26 settembre 2016, n. 18847, cit.; Cass., 3 febbraio 2016, n. 2113, in *Not. giur. lav.*, 2016, 461; Cass., 27 luglio 2011, n. 16470, in *Foro it. rep.*, 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1364; Cass., 26 settembre 2000, n. 12711, in *Foro it. rep.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1903; Cass., 6 luglio 2000, n. 9045, in *Foro it. rep.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1943. Vedi anche Cass., 14 marzo 2014, n. 6057, secondo cui non può ritenersi rispettosa degli oneri di allegazione la generica deduzione del mancato rispetto

Almeno nei casi in cui il datore di lavoro non sia limitato a comunicare criteri assolutamente vaghi: in tali casi, infatti, nessun onere probatorio è ravvisabile in capo al lavoratore in quanto la comunicazione del datore di lavoro non gli consente di contestare le scelte operate e di comparare la propria posizione con quella degli altri dipendenti rimasti in servizio<sup>144</sup>.

Nel suo complesso si tratta di un orientamento condivisibile in quanto finalizzato ad evitare oneri della prova eccessivamente gravosi per il lavoratore specie quando l'esubero sia quantitativamente rilevante.

Ma v'è anche una parte della giurisprudenza che afferma che il lavoratore licenziato debba essere onerato anche della cd. «prova di resistenza», ovvero debba dimostrare di aver subito in concreto un pregiudizio per effetto della violazione da parte del datore di lavoro<sup>145</sup>. In altri termini, secondo questa diversa giurisprudenza, il lavoratore deve anche dimostrare che la violazione dei criteri di scelta abbia avuto un rilievo determinante ai fini del suo licenziamento<sup>146</sup>.

Come già per la procedura legale e i suoi adempimenti formali, anche per i criteri di scelta l'incertezza sotto ogni profilo o quasi ha prodotto, o quantomeno contribuito a produrre, in tutti i licenziamenti collettivi (e in particolar modo in quelli ove il datore di lavoro abbia applicato i criteri legali) un contenzioso sterminato, che supera anche in tal caso i limiti del fisiologico.

Di ciò, ovviamente, il legislatore era ben consapevole ma ha scelto di non intervenire con nessuna delle due riforme del 2012-2015, preferendo utilizzare strumenti diversi per deflazionare il contenzioso<sup>147</sup>.

La decisione desta forti perplessità perché (a prescindere dall'esigenza di ridurre il numero delle controversie) ancor più della disciplina sulla procedura quella sui criteri di scelta esigeva, e continua ad esigere tutt'ora, un intervento legislativo chiarificatore.

---

dei criteri di scelta imposti dalla legge «disancorata da qualsivoglia specificazione in ordine alle concrete circostanze fattuali che, anche comparativamente, avrebbero dovuto, secondo la parte ricorrente, escluderla dal novero dei soggetti da licenziare».

<sup>144</sup> Cfr. Cass., 23 dicembre 2009, n. 27165, in *Foro it. rep.*, 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1623. Vedi anche App. Roma, 1 giugno 2016, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 96, secondo cui il lavoratore non ha l'onere di allegare che la corretta applicazione dei criteri di scelta avrebbe procurato a lui un risultato vantaggioso. Per l'esclusione di una ipotesi di litisconsorzio necessario tra il lavoratore licenziato e gli altri lavoratori non selezionati e potenzialmente licenziabili in base ad una corretta applicazione dei criteri di scelta, vedi Cass., 20 settembre 1999, n. 10173, in *Foro it. rep.*, 1999, voce *Appello civile*, n. 124.

<sup>145</sup> Cfr. Cass., 1 dicembre 2016, n. 24558.

<sup>146</sup> Cfr., ancora, Cass., 1 dicembre 2016, n. 24558, cit.

<sup>147</sup> Cfr., *retro*, cap. I, par. n. 3, e, *infra*, cap. IV, par. n. 7.

Si deve prendere atto infatti che la giurisprudenza di ogni livello anche sui criteri di scelta, in modo ancora più evidente che sulla procedura, non è riuscita a dare un significato certo ed univoco a disposizioni legislative troppo spesso generiche ed indeterminate<sup>148</sup>. Non è riuscita, cioè, anche in tal caso a sistematizzare la materia, fornendo interpretazioni stabili ed affidabili.

In questo modo la complessità dei criteri di scelta, sotto tutti i molteplici aspetti presi in considerazione, è destinata per ora a restare irrisolta. Come si è visto, infatti, la legge non dice nulla in merito al significato da attribuire ai diversi criteri di scelta richiamati e a come essi debbano interagire tra di loro. E per questo un intervento del legislatore continua a porsi come indispensabile costituendo anche in tal caso l'unica soluzione possibile per restituire al datore di lavoro un minimo di certezza sulle regole da applicare<sup>149</sup>.

Il secondo dato è la tendenza della giurisprudenza, specie di quella più recente, ad un maggior rigore, con l'assunzione di posizioni più garantiste per il lavoratore, quando si tratta di verificare la correttezza dell'applicazione dei criteri di scelta legali rispetto a quelli contrattuali.

Sul piano pratico entrambi tali dati dovrebbero indurre il datore di lavoro a valutare in futuro con ancor più attenzione se, all'esito della procedura, convenga applicare i criteri di scelta legali o raggiungere un accordo con i sindacati concordando con essi sia i criteri da applicare (anche facendo riferimento agli stessi criteri legali, ma con l'esatta determinazione di cosa si intenda per ciascuno di essi e come debbano essere concretamente applicati), sia, eventualmente, anche il loro campo di applicazione in relazione alle ragioni che hanno imposto la riduzione di personale.

L'incertezza, infatti, rende assai difficile anche al datore di lavoro più diligente applicare correttamente i criteri di scelta, soprattutto quelli legali<sup>150</sup>.

È sintomatico che nella prassi sia accaduto che il datore di lavoro abbia a volte persino rinunciato ad applicare il criterio che più è diretto a tutelare i suoi interessi (ossia quello delle esigenze tecnico-produttive ed orga-

---

<sup>148</sup> In parte diversa è la posizione di R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, cit., 473, per il quale si tratta di norme (quelle sui criteri di scelta) che sono «oggettivamente di troppa incerta traduzione applicativa», ma «la colpa delle quali non può essere addossata ai giudici».

<sup>149</sup> Pur consapevoli di come sia difficile immaginare una formulazione dell'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991 «che ci sbarazzasse per incanto di alcuni inevitabili problemi applicativi e di contesto». Così R. DEL PUNTA, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo*, cit., 567.

<sup>150</sup> Per la constatazione di come si tratti di un «terreno notevolmente scivoloso» per le imprese anche quando a monte vi sia un accordo sindacale, F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss.

nizzative) proprio perché la sua applicazione (qualunque essa fosse stata in concreto) non gli avrebbe garantito alcuna certezza<sup>151</sup>. Ma come si è già ricordato, il paradosso è che anche la sola applicazione dei criteri sociali potrebbe essere ritenuta illegittima in presenza dell'obbligo di applicare tutti e tre i criteri legali in concorso tra loro<sup>152</sup>.

Insomma l'esperienza ha dimostrato come per il datore di lavoro sia di fatto impossibile rispettare i criteri di scelta legali: in qualsiasi modo essi siano individuati, applicati e fatti interagire tra di loro v'è sempre spazio per possibili contestazioni.

In ogni caso poi, è da tenere presente che il datore di lavoro dovrà mettere in conto che l'applicazione dei criteri di scelta legali (quand'anche fosse ritenuta corretta) il più delle volte finirà per determinare oneri e costi aggiuntivi per la sua organizzazione produttiva<sup>153</sup>.

Dunque, gestire insieme al sindacato anche la delicata fase della selezione dei lavoratori da licenziare – il che equivale a dire, inevitabilmente, dover accogliere parte delle sue richieste, in quanto anche il sindacato è solitamente disponibile ad accordi su questa materia solo se riesce a registrare un livello accettabile di consenso da parte dei lavoratori<sup>154</sup> – potrebbe risultare per il datore di lavoro lo stesso più conveniente che agire unilateralmente.

Sul piano giuridico, gli orientamenti della giurisprudenza esaminati ci inducono a riflettere se ancor'oggi, a distanza di oltre 25 anni dall'entrata in vigore della legge n. 223 del 1991, sia possibile ritenere che la procedura sindacale prevista da tale legge abbia soltanto effetti informativi o al più consultivi. Del resto, già con la sentenza n. 268 del 1994, la Corte costituzionale aveva avvertito che per ciò che riguarda i criteri di scelta la sussidiarietà della regola legale, proprio per i vincoli, i limiti e gli oneri che essa impone al potere di selezione del datore di lavoro, è intesa a favorire una gestione concordata del licenziamento collettivo dei lavoratori in esubero.

---

<sup>151</sup> E si tenga conto che anche ove il datore di lavoro, in applicazione del criterio delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative, abbia attribuito lo stesso identico punteggio di professionalità a ciascun dipendente (in tal modo considerando tutti i lavoratori ugualmente necessari e quindi neutro il suddetto criterio), le successive comparazioni per sottrarre alla selezione i lavoratori di un reparto piuttosto che un altro sono state ritenute illegittime perché contrarie al principio di buona fede e correttezza. Cfr., in tal senso, Cass., 20 novembre 2007, n. 24044, in *Orient. giur. lav.*, 2008, 210. Vedi anche, *retro*, par. n. 6.

<sup>152</sup> Cfr., tra le molte, Cass., 21 dicembre 2009, n. 27165, in *Foro it. rep.*, 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1622. Cfr., *retro*, par. n. 3.

<sup>153</sup> Cfr., *retro*, par. nn. 2-6.

<sup>154</sup> Cfr. G. FERRARO, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, cit., 12.

E si tenga presente che anche il legislatore del 2012, stabilendo che i vizi della comunicazione di avvio della procedura possano essere sanati ad ogni effetto di legge nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della stessa procedura<sup>155</sup>, ha attribuito ai sindacati poteri ancora più incisivi.

È vero che lo stesso legislatore nel contempo ha anche escluso la sanzione della reintegrazione nel caso di licenziamento collettivo illegittimo per violazione delle procedure<sup>156</sup>. Ma resta pur sempre per la violazione di tali procedure la previsione di una indennità risarcitoria di importo piuttosto consistente (in sostituzione della reintegrazione)<sup>157</sup>, specie per i datori di lavoro con minori disponibilità economiche. E soprattutto resta la sanzione più forte della reintegra (sia pure con effetti risarcitori limitati) nel caso di violazione dei criteri di scelta<sup>158</sup>.

V'è allora da chiedersi, specie se anche in futuro gli orientamenti della giurisprudenza più rigorosi saranno confermati, se la procedura sindacale non si sia trasformata, non soltanto di fatto ma anche giuridicamente, da procedura con effetti soltanto consultivi a vera e propria procedura contrattuale, o quasi.

Ciò in quanto il raggiungimento di un accordo sindacale anche sulla determinazione dei criteri di scelta e, prima ancora, sul loro campo di applicazione non è soltanto fortemente incentivato (anche economicamente), ma finisce quasi per essere imposto al datore di lavoro.

Così dando ragione a coloro che, già all'indomani dell'approvazione della legge n. 223 del 1991, avevano ritenuto che la procedura legale, in quanto esplicitamente orientata al raggiungimento di un accordo, potesse essere considerata già allora non soltanto «consultiva, ma negoziale»<sup>159</sup>.

Ovviamente il problema (e una risposta più consapevole alla domanda) non può prescindere dalla considerazione anche delle disposizioni del d.lgs. n. 23 del 2015 che hanno ulteriormente circoscritto (ma soltanto per i nuovi assunti) le ipotesi di tutela reale nel licenziamento collettivo escludendola anche nel caso di violazione dei criteri di scelta<sup>160</sup>.

Non pare dubitabile che, soprattutto quando la nuova disciplina sarà pienamente a regime e quindi non vi sarà più nessun lavoratore assunto con contratto a tempo indeterminato prima del 7 marzo 2015 (in un futuro,

<sup>155</sup> Cfr. art. 1, comma 45, legge n. 92 del 2012. Vedi, *retro*, cap. II, par. n. 11.

<sup>156</sup> Cfr., *infra*, cap. IV, par. n. 1.

<sup>157</sup> Cfr. ancora ampiamente, *infra*, cap. IV, par. n. 1 e n. 6.

<sup>158</sup> Cfr. sempre, *infra*, cap. IV, par. n. 1.

<sup>159</sup> Cfr. M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, cit., 924. Nello stesso senso, vedi anche C. ZOLI, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 304.

<sup>160</sup> Cfr., *infra*, cap. IV, par. n. 2.

per ora, ancora molto lontano), sanzioni fortemente ridimensionate con l'esclusione pressoché totale della reintegra (anche nel caso quindi di licenziamento collettivo illegittimo per violazione dei criteri di scelta) potranno rendere se non più semplice certamente meno oneroso per il datore di lavoro gestire situazioni di eccedenze di personale, anche agendo in via unilaterale.

Di conseguenza nel tempo è presumibile che si ridurrà progressivamente anche il potere (fino ad ora ancora molto incisivo) delle organizzazioni sindacali nella gestione delle varie fasi della procedura non risultando più così indispensabile per il datore di lavoro – o almeno non più come lo era prima (specie per quelli di maggiori dimensioni e fatturati) – raggiungere comunque un accordo nel corso di essa anche sulla selezione dei criteri di scelta<sup>161</sup>.

Per il momento però, la scelta compromissoria di mantenere ancora per così tanti anni due diversi regimi di tutela (anche) in materia di licenziamenti collettivi sembra destinata se non ad impedire, almeno a rallentare significativamente il prodursi di tali effetti.

---

<sup>161</sup> Sul ridimensionamento del ruolo del sindacato e della gestione sindacale, cfr. in particolare R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 35-36, per cui l'esclusione della reintegra «se non toglie la centralità dell'accordo ne ridimensiona la necessità»; G. PELLACANI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 239. Cfr. anche, *retro*, cap. I, par. n. 5, nt. 155. Anche per l'incidenza della soppressione dell'indennità di mobilità sul futuro raggiungimento di soluzioni negoziate della procedura di licenziamento collettivo, vedi L. VENDITTI, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi nel d.lgs. n. 23/2015*, cit., 94-95, che rileva anche l'insufficienza delle misure compensative che potrebbero essere previste dai fondi di solidarietà bilaterali.



## Capitolo Quarto

### *Le sanzioni riformate.*

### *I regimi diversificati, la progressiva eliminazione della reintegrazione e il problema della congruità degli indennizzi*

SOMMARIO: 1. Le sanzioni riformate nella legge n. 92 del 2012. Coerenze, contraddizioni e problemi aperti. La conferma della rilevanza procedurale dei motivi che giustificano i licenziamenti collettivi. – 2. Le sanzioni riformate nel d.lgs. n. 23 del 2015. Il sistema a regime. – 3. I problemi giuridici connessi alla (co)esistenza di regimi diversificati. – 4. La progressiva eliminazione della reintegrazione. L'incerto confine tra violazione dei criteri di scelta e licenziamento discriminatorio o ritorsivo. – 5. Reintegrazione, Costituzione e ordinamento dell'Unione europea e internazionale. Compatibilità e incompatibilità. – 6. Il problema della «congruità» degli indennizzi previsti dalla legge italiana. – 7. Licenziamenti collettivi, esigenze dell'impresa e interessi dei lavoratori. La rilevanza del contesto storico di riferimento e dell'interesse pubblico generale.

#### *1. Le sanzioni riformate nella legge n. 92 del 2012. Coerenze, contraddizioni e problemi aperti. La conferma della rilevanza procedurale dei motivi che giustificano i licenziamenti collettivi*

Dopo le modifiche apportate dall'art. 1, comma 46, della legge n. 92 del 2012, il nuovo testo dell'art. 5, comma 3, della legge n. 223 del 1991 prevede ancora, nel caso di licenziamento intimato in violazione dei criteri di scelta legali o contrattuali, la tutela della reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento del danno, oltre il versamento dei contributi previdenziali.

Rispetto alla disciplina previgente però, il risarcimento del danno, sempre quantificato in misura pari all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento fino all'effettiva reintegra, non può essere ora mai superiore a 12 mensilità di quell'ultima retribuzione, detratti l'*aliunde perceptum* e *percipiendum*.

Dunque, nell'ambito di una ridefinizione complessiva del regime sanzionatorio applicabile al licenziamento collettivo, nel caso di violazione dei criteri di scelta il legislatore ha ritenuto di dover mantenere la sanzione

più forte della reintegrazione. Tuttavia sono stati ridotti gli effetti risarcitori: come detto, infatti, l'importo del risarcimento del danno è stato contenuto entro il limite massimo di 12 mensilità, mentre non è più previsto, come in passato, un importo minimo *ex lege* (ossia non è più previsto che la misura minima del risarcimento non possa essere inferiore a 5 mensilità di retribuzione).

Invece la sanzione ancor più forte e incisiva della reintegrazione con effetti risarcitori pieni (ossia senza un limite massimo predefinito), in precedenza estesa senza distinzioni a tutti i casi di licenziamento collettivo illegittimo<sup>1</sup>, è rimasta soltanto nel caso (in concreto assai improbabile) del licenziamento intimato senza forma scritta (così come nel licenziamento individuale, essa è rimasta soltanto nei casi di licenziamento nullo o orale)<sup>2</sup>.

Mentre nel caso di licenziamento intimato in violazione delle procedure di legge (tra cui è ricompresa anche l'ipotesi della incompletezza della comunicazione finale prevista dall'art. 4, comma 9, della legge n. 223 del 1991)<sup>3</sup> non è più prevista la sanzione della reintegrazione, ma soltanto una indennità risarcitoria omnicomprensiva tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità. La quantificazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsto è operata discrezionalmente dal giudice in base a criteri predeterminati<sup>4</sup>.

Non si tratta della stessa tutela risarcitoria prevista nel caso di vizi formali e procedurali nel licenziamento individuale (ove essa è ancora più ridotta, da 6 a 12 mensilità)<sup>5</sup>, ma di quella stessa prevista nel caso di difetto

<sup>1</sup> Cfr., *retro*, cap. I, par. n. 1.

<sup>2</sup> Cfr. art. 18, commi 1-3, legge n. 300 del 1970, come modificati dall'art. 1, comma 42, lett. b), legge n. 92 del 2012. Sulla volontà del legislatore di riallineare le sanzioni nel licenziamento economico individuale e collettivo, vedi in particolare R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 777.

<sup>3</sup> Cfr., tra le ultime, Cass., 29 settembre 2016, n. 19320; Cass., 13 giugno 2016, n. 12095, in *Foro it. rep.*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 850. Vedi, *retro*, cap. II, par. n. 10.

<sup>4</sup> In particolare, con onere di specifica motivazione al riguardo, il giudice deve tener conto: (innanzitutto) dell'anzianità del lavoratore; (e poi anche) del numero dei dipendenti occupati; delle dimensioni dell'attività economica; del comportamento e delle condizioni delle parti. Cfr. art. 18, comma 5, legge n. 300 del 1970. Sulla natura non soltanto risarcitoria ma anche sanzionatoria di tale indennità, vedi A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., 432, ed anche L. DE ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 622.

<sup>5</sup> Secondo una parte della dottrina, tale ridotta tutela risarcitoria sarebbe applicabile anche al caso in cui il datore di lavoro non comunichi nella lettera di recesso i motivi del licenziamento collettivo sul presupposto che l'art. 2, comma 2, della legge n. 604 del

di giustificato motivo oggettivo. La differenza di importi è da attribuire al maggior rilievo<sup>6</sup> che hanno le procedure e gli adempimenti formali nel licenziamento collettivo rispetto a quello individuale<sup>7</sup>.

Dunque, sanzionandolo ancora con la reintegrazione nel posto di lavoro, il legislatore evidentemente ritiene che il vizio sostanziale della violazione dei criteri di scelta, riguardando direttamente la posizione giuridica dei singoli lavoratori<sup>8</sup>, sia più grave di quello formale della violazione delle procedure.

È da ricordare poi che l'aver mantenuto la sanzione della reintegra per tale ipotesi di vizio è anche coerente con la previsione dell'art. 17 della legge n. 223 del 1991 di cui si è già detto e che non è stata abrogata, in base alla quale il datore di lavoro può licenziare un numero di lavoratori pari a quelli reintegrati, sempre nel rispetto dei criteri di scelta e senza dover esperire una nuova procedura<sup>9</sup>.

Come già nel testo originario, infine, nessuna sanzione è stata esplicitamente e direttamente prevista nel caso di infondatezza delle ragioni che devono giustificare il licenziamento collettivo, ossia nel caso di inesistenza o infondatezza della riduzione o trasformazione di attività o di lavoro.

Si è già fatto presente come tale omissione sia da intendere come conferma della volontà del legislatore di dare seguito all'orientamento giurisprudenziale fino ad ora nettamente prevalente, secondo cui con la legge n. 223 del 1991 il controllo sull'esistenza dei motivi della riduzione di personale

---

1996 (come modificato dall'art. 1, comma 37, della legge n. 92 del 2012) che impone ora al datore di lavoro anche l'obbligo di comunicazione dei motivi del licenziamento sarebbe applicabile anche alla disciplina dei licenziamenti collettivi. In tal senso, cfr. P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 258-259. Per l'applicabilità del nuovo art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 anche al licenziamento collettivo in quanto prescrizione di portata generale, vedi anche G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, cit., 195; F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss. *Contra*, invece, S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, cit., 35, nt. 16.

<sup>6</sup> Anche in termini di «interessi protetti». Cfr. U. CARABELLI, S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 399, nonché M. MARAZZA, D. DE FEO, *I licenziamenti collettivi*, cit., 398.

<sup>7</sup> Per la diversa valenza e funzione che assume l'iter procedurale nei licenziamenti collettivi, vedi anche G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 553; P. SORDI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 358; A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge 92/2012*, cit., 625. Sulla maggiore gravità delle violazioni formali e sostanziali in materia di licenziamento collettivo rispetto al licenziamento individuale, vedi anche F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss. Cfr., *retro*, cap. II.

<sup>8</sup> Cfr. G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel jobs act*, cit., 194.

<sup>9</sup> Cfr., *retro*, cap. I, par. n. 2.

è stato affidato non già *ex post* al giudice, bensì esclusivamente *ex ante* alle organizzazioni sindacali<sup>10</sup>.

Deve continuare ad essere salvaguardata, infatti, l'autonomia e la specificità dei licenziamenti collettivi rispetto ai licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo per il diverso rilievo che essi hanno sul piano economico e sociale. Diverso rilievo che giustifica quindi diversi regimi giuridici<sup>11</sup> e perciò anche diversi sistemi di tutele<sup>12</sup>, se pure sia innegabile che le motivazioni giustificatrici nelle due fattispecie possano anche parzialmente coincidere o sovrapporsi<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Cfr., *retro*, cap. II, par. n. 1 ss. Ma per il rischio di un «inasprimento» del controllo giudiziale sulla sussistenza delle ragioni poste a fondamento del recesso, vedi R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, cit., 777. Nello stesso senso sostanzialmente, vedi anche L. VENDITTI, *Le nuove regole sanzionatorie del licenziamento: una lettura in controtuce*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 674.

<sup>11</sup> Cfr., ad esempio, l'art. 1, comma 40, della legge n. 92 del 2012, che ha sostituito l'art. 7 della legge n. 604 del 1966, in materia di procedura relativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Sul punto, cfr. P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 247-248.

<sup>12</sup> Secondo A. TOPO, *Le sanzioni per i licenziamenti collettivi secondo il Jobs Act*, cit., 198, invece la legge n. 223 del 1991 non avrebbe introdotto un sistema sanzionatorio autonomo del licenziamento collettivo, ma avrebbe «costruito i meccanismi repressivi della violazione delle regole in materia di licenziamenti collettivi attraverso il rinvio al regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali», con la conseguenza che «ogni intervento regolativo sul potere di recesso diviene di per sé suscettibile di espandersi all'area dei licenziamenti per riduzione di personale, ove tale estensione non sia espressamente esclusa». In realtà a me pare che anche le sanzioni nei licenziamenti collettivi, come il resto della disciplina, configurino un sistema autonomo e speciale. Ed in tal senso, peraltro, è anche l'orientamento costante della giurisprudenza (vedi, *retro*, cap. II, soprattutto par. nn. 2 e 3). In linea generale quindi gli interventi legislativi in materia di licenziamenti individuali, inclusi quelli sulle sanzioni, non si devono ritenere applicabili anche ai licenziamenti collettivi; ed anche il rinvio al regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali è soltanto una modalità tecnica (pur a volte contorta e complicata) per individuare il tipo di sanzione applicabile che non incide sull'autonomia e specialità giuridica del sistema sanzionatorio dei licenziamenti collettivi. Per l'autonomia e la compiutezza dell'apparato sanzionatorio specificamente previsto dal legislatore in materia di licenziamenti collettivi, vedi anche A. PILATI, *Le sanzioni nei licenziamenti collettivi*, cit., spec. 514-515; S. LIEBMAN, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/1991: tendenza della prassi applicativa*, cit., 125 ss.; G. MIMMO, *Il licenziamento collettivo*, cit., p. 327, il quale esclude l'applicazione analogica delle norme in materia di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo sulla base della specialità della disciplina posta dalla legge n. 223 del 1991 e dal d.lgs. n. 23 del 2015.

<sup>13</sup> Per le analogie (e la parziale coincidenza) sotto il profilo causale tra licenziamento collettivo e licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, vedi anche U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, cit., 202 ss.; P. CHIECO,

Come già in passato pertanto, e proprio sulla base dell'autonomia concettuale dell'istituto del licenziamento collettivo, è da ritenere che l'inesistenza o la falsità dei motivi dell'eccedenza di personale continui a determinare esclusivamente un vizio della procedura sussistendo l'obbligo per il datore di lavoro di indicare nella lettera di apertura della procedura di licenziamento collettivo anche i motivi che determinano la situazione di eccedenza<sup>14</sup>.

Resta confermata quindi la rilevanza dell'assenza del requisito causale, ma soltanto sul piano procedurale e del confronto sindacale<sup>15</sup>.

*Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, cit., 24-25; ; G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 219; V. NUZZO, *Quando la «forma comune di rapporto di lavoro» diventa incompatibile con l'organizzazione datoriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 61; A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge 92/2012*, cit., 631. Vedi anche, *retro*, cap. II, par. nn. 2 e 3.

<sup>14</sup> Di diverso avviso è, invece, Trib. Roma, 21 gennaio 2014, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 1198, secondo cui, pur in assenza di una specifica sanzione per l'ipotesi di assenza dei motivi posti a base del licenziamento collettivo, risulta coerente con il nuovo assetto delle tutele previsto dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 (*post* riforma Fornero) ritenere applicabile anche a tale ipotesi «la disciplina espressamente e parallelamente prevista per il licenziamento (individuale) per giustificato motivo oggettivo» (ossia reintegrazione con effetti risarcitori limitati), in quanto la previsione di una fattispecie analoga e parallela per il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo costituisce «valido parametro per una corretta interpretazione costituzionalmente orientata ai principi di uguaglianza e parità di trattamento di cui all'art. 3 della Carta costituzionale» (in senso adesivo, vedi G. NATULLO, *Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (L.N.92/12)*, cit., 16). Senonché tali conclusioni non sono accoglibili per due ragioni. La prima è che la legge n. 223 del 1991, come si è detto, prevede una sanzione anche per il profilo causale, ed è quella prevista per la violazione delle procedure nel caso in cui il datore di lavoro non indichi nella lettera di apertura della procedura (o li indichi in modo falso, inesatto o soltanto parziale) i motivi che hanno determinato la situazione di eccedenza. La seconda è che il licenziamento collettivo, come è costantemente affermato anche dalla giurisprudenza già ricordata, si distingue giuridicamente e concettualmente dal licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo ed è, quindi, istituto autonomo con una propria specifica disciplina legislativa, anche per quanto riguarda il sistema sanzionatorio. Come è confermato, del resto, anche dall'art. 11 della legge n. 604 del 1966 (non abrogato e tuttora vigente) che esclude dall'applicazione delle disposizioni della legge n. 604 del 1966 la materia dei licenziamenti collettivi per riduzioni di personale. Cfr. *retro*, sempre cap. II, par. nn. 2 e 3.

<sup>15</sup> In tal senso, cfr. P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 261; S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit., 38 e 105 ss.; A. PILATI, *Le sanzioni nei licenziamenti collettivi*, cit., 500 ss.; L. VENDITTI, *Licenziamento collettivo e tecniche di tutela*, Napoli, 2012, 138 ss.; S. LIEBMAN, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/1991: tendenza della prassi applicativa*, cit., 125 ss. Invece, per la rilevanza del profilo causale anche oltre gli aspetti procedurali, vedi E. BALLETTI, *I licenziamenti per motivi economico-produttivi*, in *Dir. merc. lav.*, 2006, 416 ss., ma già A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 435.

Sistematicamente, infatti, l'esplicazione delle reali motivazioni della riduzione di personale si pone come elemento necessario per l'avvio del negoziato in sede sindacale e amministrativa.

Ne consegue ancora che, ove il lavoratore ne eccepisca la mancata, falsa o inesatta indicazione nella lettera di apertura, l'inesistenza di quei motivi potrà determinare solo l'applicazione della tutela risarcitoria. Fermo restando che sul piano sostanziale si è già avuto modo di far presente che la stessa decisione del datore di lavoro di ridurre il personale comporta pressoché sempre una modifica dell'organizzazione produttiva o del lavoro, tale da integrare la fattispecie legale della riduzione o trasformazione di attività o lavoro<sup>16</sup>.

Com'è noto e si dirà meglio nel paragrafo che segue<sup>17</sup>, attualmente questo regime sanzionatorio così riformato non si applica a tutti i lavoratori subordinati, ma soltanto a quelli assunti prima del 7 marzo 2015. Dunque, pure essendo destinato ad esaurirsi nel tempo, si tratta di un regime che si applicherà ancora per un lungo periodo ed a moltissimi lavoratori.

Con tale regime, rispetto al passato<sup>18</sup> ora il lavoratore ha evidentemente più interesse a far accertare in giudizio la violazione dei criteri di scelta, piuttosto che vizi procedurali (per i quali con la riforma è prevista, come detto, una tutela solo di carattere risarcitorio, se pure di importo piuttosto consistente)<sup>19</sup>. Per questo, con il ricorso al giudice ora il lavoratore tende a chiedere che il licenziamento sia dichiarato illegittimo innanzitutto per la violazione dei criteri di scelta e poi, soltanto in via subordinata, per la violazione delle procedure previste dalla legge<sup>20</sup>.

Non è chiaro, peraltro, come la previsione di una tutela solo risarcitoria nel caso di violazione delle procedure si coordini con le tutele più stringenti previste dall'art. 28 della legge n. 300 del 1970 a favore dei

---

<sup>16</sup> Cfr. in particolare, *retro*, cap. II, par. n. 1. Su come appaia sporadica nei fatti l'ipotesi che una procedura di riduzione di personale sia attuata per soddisfare interessi diversi da quelli riorganizzativi tipici del datore di lavoro, vedi anche L. VENDITTI, *Le nuove regole sanzionatorie del licenziamento: una lettura in controluce*, cit., 673.

<sup>17</sup> Cfr., *infra*, par. n. 2.

<sup>18</sup> In cui risultava più agevole per il lavoratore, a parità di tutele, far valere in giudizio, almeno prioritariamente, vizi della procedura anche perché, percentualmente, la maggior parte dei licenziamenti erano dichiarati illegittimi proprio per l'esistenza di tali vizi. Cfr., *retro*, cap. I, par. n. 1 e cap. II, par. n. 7 ss.

<sup>19</sup> Cfr. per approfondimenti, *infra*, par. n. 6.

<sup>20</sup> Sui possibili rischi di «azzeramento» degli sforzi legislativi per alleggerire l'apparato sanzionatorio, vedi F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss.

sindacati per reprimere condotte antisindacali<sup>21</sup>.

Difatti, in base a tale disposizione, il giudice una volta accertata l'esistenza di tali condotte (e si deve ritenere che anche un vizio della procedura sia idoneo ad impedire o limitare l'azione sindacale)<sup>22</sup> può rimuoverne gli effetti e, quindi, non solo ordinare al datore di lavoro di rinnovare la comunicazione (di apertura o di chiusura della procedura), completandola degli elementi mancanti o non veritieri, ma anche e soprattutto dichiarare la nullità di tutti gli atti compiuti dal datore di lavoro ed eventualmente anche dei licenziamenti che fossero stati nel frattempo intimati; il che implicherebbe, almeno secondo l'orientamento che appare prevalente<sup>23</sup>, la sostanziale reintegrazione dei lavoratori licenziati<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Tra gli altri, segnala l'«inevitabile incoerenza» dei diversi regimi sanzionatori, G. NATULLO, *Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi* (L.N.92/12), cit., 12; ID., *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, cit., 546, anche con riferimento alla riforma del d.lgs. n. 23 del 2015. Per il «disallineamento» delle tutele sul piano individuale e collettivo, vedi anche A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge 92/2012*, cit., 626. Sulla necessità di «sintonizzare» il contenuto dell'ordine di rimozione con le innovazioni introdotte dalla legge n. 92 del 2012 escludendo che esso possa consistere nella reintegrazione del lavoratore sulla base della valorizzazione del vincolo di interpretazione sistematica, vedi F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss. Lo reputano possibile invece, V. FERRANTE, *Modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 282, e P. SORDI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 358-359.

<sup>22</sup> In tal senso, vedi già A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, cit., 432. Per una recente rassegna della casistica giurisprudenziale in proposito, vedi M. RICCI, A. OLIVIERO, C. CORBO, *I licenziamenti collettivi. Nozione e procedure*, cit., 1280 ss. Più in generale, vedi tra gli ultimi M. ESPOSITO, *Relazioni industriali e procedimento per la repressione della condotta antisindacale: attualità e prospettive del modello statutario*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., 397 ss.

<sup>23</sup> Cfr. Trib. Milano, 13 maggio 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, I, 419; Pret. Milano, 19 luglio 1997, in *Orient. giur. lav.*, 1997, I, 811; Pret. Milano, 20 novembre 1995, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 401. Per l'affermazione che solo con la norma statutaria è possibile ricollocare al «centro» della fattispecie del licenziamento collettivo la procedura sindacale, cfr. P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 262-263. Sulla ragionevolezza di un'azione sindacale più incisiva, vedi anche G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 555.

<sup>24</sup> *Contra*, però, A. TOPO, *Le sanzioni per i licenziamenti collettivi secondo il Jobs Act*, cit., 204, secondo cui il giudice non sembrerebbe potere imporre «una sanzione atipica in presenza di una norma che, in relazione alla violazione, individua espressamente la sanzione applicabile». In passato, sempre per l'esclusione della reintegrazione dei lavoratori licenziati, vedi Pret. Milano, 28 gennaio 1997, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, 515; Pret. Milano, 17 gennaio 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 626.

Indubbiamente, venuto meno l'obbligo di reintegra nel caso di violazione delle procedure ed in attesa che la giurisprudenza fornisca i chiarimenti necessari, il sindacato si ritrova ora tra le mani uno strumento potenzialmente dirompente che potrebbe essere utilizzato anche in sede di trattativa per indurre ulteriormente il datore di lavoro a raggiungere un accordo (anche di sanatoria di eventuali vizi della comunicazione iniziale)<sup>25</sup>.

Per il prossimo futuro non è escluso che anche l'attenuazione del regime sanzionatorio per i vizi del procedimento con l'esclusione della tutela reintegratoria, unitamente all'assenza di un controllo giudiziale diretto sul requisito causale<sup>26</sup>, possa indurre la giurisprudenza ad assumere un atteggiamento ancor più rigoroso sulla verifica della corretta applicazione dei criteri di scelta, specie ove si tratti di quelli sussidiari legali<sup>27</sup>.

Per ora la giurisprudenza, nel tracciare la difficile linea di confine tra la violazione delle procedure (e in particolare dell'obbligo di comunicare puntualmente le modalità di applicazione dei criteri di scelta) e la violazione dei criteri di scelta, si è limitata a precisare che il vizio che ha ad oggetto la violazione dei criteri di scelta ricorre esclusivamente quando i criteri di scelta adottati legali o contrattuali siano illegittimi o, pur se legittimi, siano stati illegittimamente applicati<sup>28</sup>. Con l'ulteriore precisazione che in

<sup>25</sup> Per G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 555, il sindacato potrebbe ora «decidere di sanare i vizi della procedura in corso d'opera oppure lasciarla in piedi per poi colpire l'intero *iter* con la sanzione più drastica». Anche A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge 92/2012*, cit., 626, ipotizza per il futuro un aumento del ricorso allo strumento dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970.

<sup>26</sup> Cfr., *retro*, cap. II, par. n. 1 ss.

<sup>27</sup> Cfr., *retro*, cap. III.

<sup>28</sup> Cfr. Cass., 29 settembre 2016, n. 19320, cit.; Cass., 13 giugno 2016, n. 12095, cit. Vedi anche Trib. Padova, 16 settembre 2013, in *Rass. giur. lav. Veneto*, 2013, 27, secondo cui l'assenza della comunicazione sulle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta costituisce una violazione delle procedure con conseguente applicazione della tutela meramente indennitaria; App. Bologna, 3/15 settembre 2014, in *Lav. giur.*, 2015, 280 ss., secondo cui il vizio della comunicazione *ex art. 4*, comma 9, legge n. 223 del 1991 (perché non erano state indicate puntualmente le modalità di applicazione dei criteri di scelta) integra una violazione delle procedure (e non una violazione afferente i criteri di scelta) con conseguente applicazione della sola indennità risarcitoria. In senso parzialmente difforme, vedi, però, App. Torino, 20 gennaio 2017, in *Newsletter Wikilabour*, n. 5 del 27 febbraio 2017, secondo cui l'assenza di indicazione nella comunicazione finale *ex art. 4*, comma 9, della legge n. 223 del 1991 di «un criterio discrezionale in concreto assunto per la individuazione dei lavoratori da licenziare assume valenza di vizio sostanziale, dovendosi ritenere che i licenziamenti siano stati intimati in violazione dei criteri di scelta normativamente predeterminati». In senso critico su quest'ultimo orientamento giurisprudenziale, vedi R. DE LUCA TAMAJO, *Il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro: luci e ombre di*

quest'ultimo caso, la violazione può riguardare tutte le modalità di applicazione dei criteri di scelta (inclusa l'individuazione dell'ambito aziendale entro cui quei criteri debbono essere applicati)<sup>29</sup>.

Peraltro nella prassi è assai raro che il datore di lavoro individui e applichi correttamente i criteri di scelta, ma non comunichi correttamente come li abbia applicati. Più frequente è che il datore di lavoro non comunichi correttamente le modalità di applicazione dei criteri di scelta perché quei criteri non sono stati individuati o applicati correttamente (anche perché, come si è già avuto modo di ricordare nel capitolo che precede, è molto difficile individuare e applicare correttamente i criteri di scelta, specie quelli legali)<sup>30</sup>.

Spesso, quindi, nelle procedure di licenziamento collettivo i due vizi sono presenti congiuntamente. Per cui in futuro è presumibile che la giurisprudenza, in presenza di un vizio formale sulla comunicazione finale, accerterà con ancor più rigore se quel vizio abbia come presupposto anche la violazione dei criteri di scelta (con applicazione quindi della tutela reale, anziché di quella soltanto indennitaria).

In assenza di indicazioni legislative, non è chiaro neppure quale sia la sanzione applicabile nel caso di licenziamento collettivo intimato in violazione delle percentuali di manodopera femminile e di lavoratori appartenenti alle categorie protette, e negli altri casi in cui vi sia (e sia violato) uno specifico divieto legale.

Fino ad oggi la giurisprudenza ha ritenuto che anche in tali casi sia applicabile la sanzione della reintegrazione con effetti risarcitori pieni, come nel caso di licenziamento intimato senza forma scritta. In sostanza la giurisprudenza ha ritenuto che in tali casi si debba applicare la stessa tutela prevista per il licenziamento individuale discriminatorio in quanto il recesso è considerato nullo per ragioni discriminatorie<sup>31</sup>.

---

*una attitudine creativa*, cit., 818, per il quale si è in presenza di «una manipolazione vistosa del dato normativo». Sulla necessità di distinguere le due tipologie di vizio e quindi le relative sanzioni, vedi anche F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss., la quale ritiene inoltre che, dopo le modifiche apportate dalla legge n. 92 del 2012, le comunicazioni finali non possano essere più accomunate a quelle proprie della procedura e, quindi, eventuali vizi di esse non possano essere sanzionati, né con la reintegra né con la tutela indennitaria.

<sup>29</sup> Cfr. Cass., 26 settembre 2016, n. 18847, cit. Vedi anche Trib. Perugia, 11 luglio 2014, cit.; Trib. Padova, 13 novembre 2013, in *Rass. giur. lav. Veneto*, 2013, 28; App. Genova, 14 giugno 2016, in *Guida lav.*, 2017, 67.

<sup>30</sup> Cfr. sempre, *retro*, cap. III.

<sup>31</sup> Cfr. Trib. Taranto, 5 dicembre 2013, in *Foro. it.*, 2014, I, 601. Implicitamente sembra anche Cass., 3 febbraio 2016, n. 2113, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 765 ss., cui si rinvia

Ma si potrebbe anche ritenere applicabile la specifica sanzione prevista per la violazione dei criteri di scelta (ossia reintegrazione con effetti risarcitori limitati), in quanto effettivamente la violazione di tutti quei divieti riguarda anch'essa la (non corretta e quindi illegittima) scelta dei lavoratori da licenziare.

## 2. Le sanzioni riformate nel d.lgs. n. 23 del 2015. Il sistema a regime

Con il recente d.lgs. n. 23 del 2015, attuativo della delega contenuta nella legge n. 183 del 2014<sup>32</sup>, la riduzione delle tutele nel caso di licenziamento collettivo illegittimo è stata ancora più marcata, in quanto anche nell'ipotesi di violazione dei criteri di scelta<sup>33</sup> non è più applicabile la sanzione della reintegrazione, ma soltanto una indennità risarcitoria<sup>34</sup>.

Com'è noto tale indennità (non assoggettata a contribuzione previdenziale) è determinata esclusivamente con riferimento al dato dell'anzianità di servizio, eliminando qualsiasi discrezionalità del giudice nella quantificazione dell'indennizzo spettante. Essa è pari, infatti, a 2 mensilità dell'ultima retribuzione per ogni anno di servizio, con un minimo di 4 ed un massimo di 24 mensilità. Infine rispetto al passato è diversa anche la retribuzione utilizzata come parametro per calcolare il risarcimento del danno: non più

---

anche per la ripartizione degli oneri probatori tra datore di lavoro e lavoratore. Vedi, ancora, Trib. Roma, 21 gennaio 2014, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 1199, con riferimento ad un licenziamento collettivo intimato ad una lavoratrice durante il primo anno di vita del figlio. In dottrina, cfr. in tal senso F. SCARPELLI, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, cit., 98.

<sup>32</sup> Cfr. art. 1, comma 7, lett. c), legge n. 183 del 2014. Per diverse posizioni sui problemi di compatibilità tra i contenuti della legge delega e quelli del decreto attuativo in materia di licenziamenti collettivi, si rinvia tra i molti a M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tutele crescenti e sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*, in *Lav. giur.*, 2015, 557 ss. e A. TOPO, *Licenziamento collettivo, sistema sanzionatorio e ruolo delle organizzazioni sindacali*, cit., 190 ss.

<sup>33</sup> Siano essi legali o contrattuali. Per l'opinione secondo cui il riferimento ai criteri di scelta dovrebbe essere inteso come limitato ai soli criteri legali, cfr. F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema nel d.lgs. n. 23/2015*, cit., 12 ss. Ma tale opinione contrasta con il testo della legge (in cui il riferimento è all'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, e quindi ai criteri non soltanto legali, ma anche, ed anzi prioritariamente, contrattuali), nonché con l'interpretazione unanime di dottrina e giurisprudenza sull'analogo riferimento già contenuto nell'art. 5, comma 3, della legge n. 223 del 1991 (prima e dopo la riforma della legge n. 92 del 2012). In tal senso, vedi già M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, cit., 231.

<sup>34</sup> Cfr. art. 10, d.lgs. n. 23 del 2015.

l'ultima retribuzione globale di fatto, ma quella di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto<sup>35</sup>.

Come si è già evidenziato nel primo capitolo<sup>36</sup>, è evidente che l'intento perseguito dal legislatore sia stato non soltanto quello di introdurre una tutela del posto di lavoro meno rigida, ma anche di garantire al datore di lavoro maggiori certezze nella determinazione dei costi (in precedenza di fatto incalcolabili) derivanti dalla operazione imprenditoriale di riduzione del personale<sup>37</sup>. Correttamente quindi, si è già affermato in dottrina come l'intenzione del legislatore sia stata soprattutto quella di depotenziare «un vizio potenzialmente capace di destabilizzare la procedura»<sup>38</sup>.

La nuova indennità risarcitoria «crescente» è applicabile anche nell'ipotesi di violazione delle procedure<sup>39</sup>, così ora equiparate, quanto a gravità del vizio, alla violazione dei criteri di scelta.

In sostanza, con un'innovazione davvero rilevante (forse la più rilevante, almeno per le ricadute pratiche, dell'intero pacchetto di riforme del *Jobs act*), anche in tale materia la tutela economica è divenuta la regola, mentre la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro è stata quasi del tutto eliminata, restando soltanto nell'ipotesi più che altro teorica (ma, come detto, priva di riscontri nella prassi applicativa) del licenziamento collettivo intimato senza forma scritta<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015.

<sup>36</sup> Cfr. in particolare, *retro*, cap. I, par. n. 4.

<sup>37</sup> Senza che ciò implichi necessariamente un ridimensionamento del ruolo della magistratura nella risoluzione delle controversie in materia di lavoro, e di licenziamento in particolare. In tal senso, vedi anche le considerazioni critiche di C. CESTER, *I licenziamenti tra passato e futuro*, cit., 1106, secondo cui «nulla si è tolto al giudice con riguardo all'attività di accertamento della legittimità o meno del licenziamento, con la discrezionale applicazione dei complessi parametri da tempo sedimentati nella giurisprudenza», mentre la riduzione del ruolo del giudice opera, in realtà, «solo nell'applicazione (del tutto meccanica) della sanzione economica». Sull'obiettivo di ridurre l'intervento giudiziale, vedi anche L. VENDITTI, *Le nuove regole sanzionatorie del licenziamento: una lettura in controluce*, cit., 672, nonché, *retro*, cap. I, par. nn. 2, 3 e 4.

<sup>38</sup> Cfr. F. CARINCI, *Licenziamento e tutele differenziate*, cit., 120.

<sup>39</sup> Cfr. artt. 10 e 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015. Vedi anche, *retro*, cap. I, par. nn. 3 e 4.

<sup>40</sup> Per alcuni sarebbe da ricomprendere nell'ambito del licenziamento collettivo intimato senza forma scritta anche l'ipotesi in cui il datore di lavoro non adempia ai propri oneri di informazione, ossia nei casi di omessa e anche carente comunicazione alle organizzazioni sindacali e all'autorità pubblica, con conseguente applicazione della tutela della reintegrazione. In tal senso, cfr. A. TOPO, *Licenziamento collettivo, sistema sanzionatorio e ruolo delle organizzazioni sindacali*, cit., 194 ss., che fonda tale interpretazione su alcuni dati testuali. In realtà, l'interpretazione proposta non pare giuridicamente accoglibile perché per la violazione delle procedure (inclusi i vizi della comunicazione iniziale) è già prevista

Inoltre, come già con le modifiche apportate dalla legge n. 92 del 2012, anche con il d.lgs. n. 23 del 2015 il legislatore non ha previsto alcuna sanzione specifica per l'ipotesi in cui non sussistano, o risultino essere infondate, le ragioni economiche od organizzative che devono giustificare il licenziamento collettivo. Ad ulteriore conferma della rilevanza soltanto procedurale, e quindi essenzialmente sindacale, del vizio causale<sup>41</sup>.

E neppure in tal caso è stata modificata la disposizione dell'art. 17 della legge n. 223 del 1991 il cui meccanismo operativo presuppone, come detto, la reintegra dei lavoratori licenziati<sup>42</sup>. Se anche la disposizione giuridicamente può continuare ad avere un senso nel caso in cui il licenziamento sia intimato senza l'osservanza della forma scritta<sup>43</sup>, l'eliminazione della reintegrazione in tutti gli altri casi ne riduce ancor di più la rilevanza e la necessità. Fermo restando che nella pratica il datore di lavoro, per i motivi che sono stati illustrati in precedenza, quasi mai vi faceva, e vi fa tuttora,

---

dalla legge una sanzione specifica, quella indennitaria. Tuttavia, seppure si tratta di ipotesi più che altro di scuola come quella del licenziamento collettivo intimato in forma orale (e quindi priva di effettivo rilievo pratico), desta qualche perplessità l'applicazione della tutela economica nel caso limite in cui la preventiva procedura legale sia del tutto omessa dal datore di lavoro, e non soltanto viziata. Forse in tal caso (e soltanto in tal caso), in cui appare evidente l'esercizio pretestuoso del potere di licenziamento collettivo, pur «forzando» la lettera della legge si potrebbe configurare (più che un'ipotesi di violazione delle procedure, in quanto in effetti le procedure non sono state svolte) un'ipotesi di negozio in frode alla legge (art. 1344 Cod. Civ.) con conseguente applicazione delle regole/tutele di diritto comune. In proposito e in generale, vedi G. BOLEGO, *Il divieto di frode alla legge come limite esterno al potere di licenziamento*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Atti delle giornate di studio di Venezia del 25-26 maggio 2007 organizzate dall'AIDLASS, Milano, 2008, 467 ss. Dubbi e perplessità sull'eventuale esclusione della tutela reintegratoria nell'ipotesi di totale omissione della procedura anche in C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 584, F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss., e L. VENDITTI, *Le nuove regole sanzionatorie del licenziamento: una lettura in controluce*, cit., 673-674. In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 16 ottobre 2014, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 712 ss., che invece, sempre in un caso di totale omissione della procedura ma con riferimento al regime precedente il *Jobs act*, ha ritenuto applicabile la sanzione prevista per la violazione dei criteri di scelta (ossia, ancora, la tutela reale attenuata), comunque escludendo che quella omissione possa essere equiparata ad una mera violazione formale.

<sup>41</sup> Cfr., *retro*, par. n. 1. Nel senso di un indebolimento della soluzione compromissoria adottata dalla giurisprudenza di compensare la mancata sindacabilità delle ragioni del licenziamento con una rigorosa osservanza della procedura e della selezione dei lavoratori da licenziare, vedi F. CARINCI, *Licenziamento e tutele differenziate*, cit., 133.

<sup>42</sup> Cfr. sempre, *retro*, par. n. 1.

<sup>43</sup> Cfr. G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, cit., 546-547.

ricorso nell'ipotesi di lavoratori licenziati e poi reintegrati giudizialmente<sup>44</sup>.

Si è già ricordato tuttavia che il nuovo regime di tutela nel caso di licenziamento collettivo illegittimo dettato dal d.lgs. n. 23 del 2015 non riguarda tutti i lavoratori, ma è applicabile soltanto ai lavoratori subordinati (operai, impiegati e quadri, esclusi i dirigenti) assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato dal 7 marzo 2015 in poi<sup>45</sup>.

Per tutti quelli assunti prima di tale data, invece, restano in vigore e continuano ad essere applicabili le norme dell'art. 5, comma 3, della legge n. 223 del 1991 nel testo modificato dall'art. 1, comma 46, della legge n. 92 del 2012<sup>46</sup>. Con il decorso naturale del tempo quindi, man mano che i rapporti di lavoro instaurati prima del 7 marzo 2015 verranno a cessare, il vecchio regime avrà una applicazione gradualmente regressiva. Ma, come già posto in evidenza, ancora per molti anni le relazioni di lavoro saranno influenzate dall'applicazione del regime di tutele destinato ad esaurirsi<sup>47</sup>.

Dunque, come per il licenziamento individuale, anche per il licenziamento collettivo illegittimo v'è allo stato un diverso regime di tutela (non soltanto sostanziale, peraltro, ma anche processuale)<sup>48</sup> per i lavoratori a seconda della data di assunzione: tutele più forti (ma anch'esse, comunque,

<sup>44</sup> Cfr., *retro*, cap. I, par. n. 2.

<sup>45</sup> Cfr. art. 1, d.lgs. n. 23 del 2015. Sulle diverse e complesse problematiche relative al campo di applicazione delle tutele previste dal d.lgs. n. 23 del 2015, vedi per tutti M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, cit., 315 ss.; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015*, n. 23, cit., 366 ss.; M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015*, n. 23, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, cit., 2 ss.

<sup>46</sup> Cfr., *retro*, par. n. 1. Da segnalare in proposito che una ipotesi di riforma delle tutele dei licenziamenti in generale molto simile a quella poi oggi approvata con il d.lgs. n. 23 del 2015, ossia con applicazione della tutela economica soltanto ai nuovi assunti, era già stata proposta diverso tempo fa da A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro ed i necessari rimedi*, cit., 900.

<sup>47</sup> Cfr., *retro*, par. n. 1.

<sup>48</sup> Come si è già ricordato nel primo capitolo, l'art. 11 del d.lgs. n. 23 del 2015 per i licenziamenti dei lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 ha escluso anche l'applicazione del rito speciale introdotto dalla legge n. 92 del 2012, noto come «rito Fornero». Favorevole a tale abrogazione è la dottrina prevalente soprattutto per le molte e difficili questioni interpretative che quel rito aveva e sta tuttora determinando. Cfr., tra i tanti, S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, cit., 38; M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 256/2015, 10, che evidenzia però l'irrazionalità della soluzione adottata; A. VALLEBONA, *Jobs act e licenziamento*, cit., 99, che ne auspica l'abrogazione anche per i vecchi assunti. Vedi anche, *retro*, cap. I, par. n. 3.

nel complesso ridotte rispetto a quelle originariamente previste dalla legge n. 223 del 1991) per i lavoratori già assunti al 7 marzo 2015, tutele (ancora) meno forti per tutti gli assunti successivamente a tale data.

Per questi ultimi quindi, come ha già esemplificato la dottrina facendo uso di espressioni entrate nell'immaginario collettivo, oramai il «posto fisso» non c'è quasi più<sup>49</sup>.

Come si è detto però sono esclusi i dirigenti per i quali invece, a differenza delle altre categorie di lavoratori, si applica un unico regime sanzionatorio di natura risarcitoria in caso di licenziamento collettivo illegittimo (sia per violazione delle procedure che per violazione dei criteri di scelta) senza distinzioni in base alla data di assunzione<sup>50</sup>. Anche ai dirigenti nuovi assunti, inoltre, si continuerà ad applicare il cd. «rito Fornero» in caso di impugnazione giudiziale del licenziamento illegittimo anche collettivo<sup>51</sup>.

### 3. I problemi giuridici connessi alla (co)esistenza di regimi diversificati

Già sono stati evidenziati dalla dottrina i problemi e le contraddizioni posti, o che potrebbero essere posti, dall'esistenza di una lunga fase di transizione nella quale coesisteranno, o potranno coesistere, all'interno della stessa organizzazione di lavoro due diversi regimi di tutela per i lavoratori anche nel caso di licenziamento collettivo illegittimo<sup>52</sup>.

Proprio con riferimento all'ipotesi della violazione dei criteri di scelta, si potrebbe porre, infatti, il caso di due licenziamenti intimati nella stessa azienda, all'esito della stessa procedura e dichiarati illegittimi per la stessa

<sup>49</sup> Cfr. A. VALLEBONA, *Jobs act e licenziamento*, cit., 98. Sul tramonto del mito del posto fisso per tutta la durata della vita lavorativa, vedi anche G. SANTORO-PASSARELLI, *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, cit., 60.

<sup>50</sup> Da ultimo e in generale, sulla peculiarità della figura del dirigente e sulla disciplina speciale (legislativa e contrattuale) ad esso applicabile, vedi soprattutto P. LAMBERTUCCI, *Il dirigente d'azienda tra orientamenti giurisprudenziali, assetti contrattuali e discipline legali: l'occasione per un bilancio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, III, 157 ss.; A. ZOPPOLI, *Dirigente (privato e pubblico)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2012, V, 535 ss.

<sup>51</sup> Cfr. artt. 1 e 11, d.lgs. n. 23 del 2015.

<sup>52</sup> Cfr., ad esempio, G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 55 ss.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act*, cit., 310 ss.. Per l'ampliarsi delle «differenziazioni irrazionali», vedi anche L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, cit., 434. Con specifico riferimento ai licenziamenti collettivi, vedi G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel jobs act*, cit., 187 ss.; G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, cit., 547. Vedi anche, *retro*, cap. I, par. n. 5.

ragione, ma che producono effetti diversi nei confronti dei due lavoratori coinvolti (uno reintegrato, perché assunto prima del 7 marzo 2015, e l'altro soltanto indennizzato, perché assunto successivamente).

Se poi il lavoratore illegittimamente licenziato per violazione dei criteri di scelta è un dirigente, ad esso si continuerà ad applicare la tutela risarcitoria che può risultare più favorevole prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 161 del 2014 (ovvero indennità tra 12 e 24 mensilità, avuto riguardo alla natura e alla gravità della violazione)<sup>53</sup> anche se assunto dopo il 7 marzo 2015.

Con il paradosso che, nell'ipotesi di licenziamento collettivo illegittimo di lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, la categoria (tradizionalmente più forte, anche contrattualmente) dei dirigenti finisce per essere sostanzialmente più tutelata (l'importo minimo dell'indennità risarcitoria è maggiore, 12 anziché 4 mensilità) delle altre categorie (tradizionalmente più deboli) di lavoratori subordinati (operai, impiegati e quadri)<sup>54</sup>.

Infine anche nell'ipotesi di violazione delle procedure sono previste tutele risarcitorie quantificate diversamente tra vecchi e nuovi assunti (a svantaggio, sempre, dei nuovi assunti, almeno per ciò che riguarda l'importo minimo dell'indennità fissato a 4 mensilità, anziché a 12)<sup>55</sup>.

Come è stato già avvertito proprio le differenze di trattamento di cui si è detto potrebbero sollecitare nuovi interventi da parte del legislatore in un senso o nell'altro. E ciò anche per disinnescare i dubbi di costituzionalità della norma che sono stati ipotizzati da una parte della dottrina<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Cfr. art. 24, comma 1-*quinquies*, legge n. 223 del 1991, aggiunto dall'art. 16, comma 1, legge n. 161 del 2014.

<sup>54</sup> Per l'irrazionalità e irragionevolezza di tale scelta legislativa, vedi G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 61; S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, cit., 38 ss.

<sup>55</sup> Cfr., rispettivamente, art. 5, comma 3, legge n. 223 del 1991, come sostituito dall'art. 1, comma 46, legge n. 92 del 2012, e art. 10, d.lgs. n. 23 del 2015.

<sup>56</sup> Sulla irragionevolezza della disparità di trattamento e sui relativi dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza, vedi tra i molti A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento "paradigma" per il diritto del lavoro?*, cit., 45 ss.; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 246/2015, 16 ss.; G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, cit., 199-2000; M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, cit., 124 ss.; S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, cit., 37; L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, cit., 19-20; M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, 46 ss.; G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, cit., 547; E. GRAGNOLI, *Introduzione al volume*, in *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, cit., 19 ss.; F. BUFFA, *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*,

È tuttavia più probabile che nell'attuale situazione economica e in continuità con le riforme più recenti, se in futuro il legislatore decidesse nuovamente di intervenire, il suo intervento sarebbe nel senso di estendere anche ai vecchi assunti il nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti collettivi illegittimi applicabile a regime a tutti i lavoratori, piuttosto che il contrario<sup>57</sup>.

In ogni caso è stato già efficacemente obiettato che tali differenze di trattamento tra lavoratori, oltre a non apparire manifestamente irragionevoli<sup>58</sup> e ad essere comunque transitorie<sup>59</sup>, sono la conseguenza del naturale effetto delle riforme che inevitabilmente modificano regimi in vigore e devono prevedere una data che segna il discrimine tra vecchia e nuova disciplina applicabile<sup>60</sup>.

in *Arg. dir. lav.*, 2015, 570 ss.; G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, cit., 114 ss. Con riguardo specifico agli aspetti processuali e per i dubbi di costituzionalità sotto il profilo dell'irragionevolezza della duplicità dei riti applicabili a vecchi e nuovi assunti, vedi L. DE ANGELIS, *Il giudizio*, in *Jobs act. Il contratto a tutele crescenti*, cit., 249.

<sup>57</sup> Cfr. G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 63; A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, cit., 93, per cui un legislatore saggio dovrebbe applicare la nuova regola anche ai vecchi assunti. Per M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, cit., 8, al legislatore è mancato «il coraggio politico di modificare per tutti (vecchi e nuovi assunti) il regime dei licenziamenti». Dopo averne verificato gli effetti e se funzionerà, auspica l'estensione delle nuove regole a tutti i lavoratori per accelerare il processo di transizione, anche M. LEONARDI, *Linee generali e problemi aperti del jobs act*, cit., 276.

<sup>58</sup> Ed anzi, per alcuni aspetti esse potrebbero apparire anche ragionevoli, come ad esempio quello di tutelare le aspettative dei lavoratori vecchi assunti alla conservazione del regime di recesso già in vigore e di limitare così l'impatto sociale delle modifiche apportate applicandole soltanto ai nuovi assunti. In tal senso, cfr. G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 59; C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, cit., 396; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, cit., 165-166. In generale, su contenuti, condizioni e limiti del giudizio di ragionevolezza anche in rapporto a quello di eguaglianza, vedi soprattutto G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il «custode» della ragionevolezza*, Milano, 2001; nonché, più di recente, E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 23 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

<sup>59</sup> Cfr. B. CARUSO, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, cit., 14, richiamando l'opinione e gli scritti di Pietro Ichino.

<sup>60</sup> Cfr. al riguardo, Corte cost., 13 novembre 2014, n. 254, secondo cui «il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche». Nello stesso senso, cfr. Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 25 (ord.); Corte cost., 21 luglio 2011, n. 224 (ord.). In dottrina, cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act*, cit., 316-317; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, cit.,

Peraltro si tratta di un fenomeno ricorrente nel diritto del lavoro: nelle imprese infatti già coesistono lavoratori ai quali si applicano discipline diverse a seconda della data di assunzione (ad esempio, in materia di pensioni), o che svolgono attività sostanzialmente comparibili ma a cui si applicano diversi regimi di tutele<sup>61</sup>.

Non è escluso poi che la contestuale esistenza di un duplice regime di tutela in ragione della data di assunzione (con la sostanziale eliminazione della reintegra per i nuovi assunti) possa determinare in futuro conseguenze anche per ciò che riguarda la stessa individuazione dei criteri di scelta.

Per il datore di lavoro, infatti, potrebbe risultare più conveniente, per come è calcolato l'importo dell'indennità risarcitoria per i nuovi assunti, dare prevalenza al criterio legale dell'anzianità (intesa come anzianità di servizio)<sup>62</sup> in quanto con esso ad essere più tutelati, e quindi ad evitare il licenziamento, sono i lavoratori che hanno più elevate anzianità di servizio<sup>63</sup>. Dunque in futuro (specie quando termineranno gli incentivi contributivi per le assunzioni) v'è la possibilità che, all'opposto di quanto spesso accade oggi, ad essere «sacrificati» siano i lavoratori più giovani rispetto a quelli più anziani e prossimi al pensionamento<sup>64</sup>.

Mentre è discutibile se le parti, nell'ambito della loro autonomia negoziale, potranno concordare direttamente come criterio di scelta degli esuberanti anche quello dell'applicazione ai lavoratori della disciplina posta dal d.lgs. n. 23 del 2015, in quanto potrebbe trattarsi di criterio discriminatorio (distinguendo i

---

22-23; C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, spec. 395 ss.

<sup>61</sup> In tal senso, cfr. R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, cit., 12. Oltretutto, è stato anche già evidenziato come le differenze di trattamento possano trovare giustificazione anche nella diversa posizione in cui versano lavoratori già assunti e lavoratori ancora disoccupati alla data di entrata in vigore della riforma e nell'intento del legislatore di promuovere la creazione e l'offerta di lavoro nei confronti di quest'ultimi mediante un regime delle tutele contro i licenziamenti meno rigido e con costi più certi. In tal senso, vedi già G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 63; A. VALLEBONA, *Licenziamento: mezzo secolo di andirivieni*, cit., 193-194; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, cit., 22-23. Per la critica, vedi invece M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, cit., 127.

<sup>62</sup> Cfr., *retro*, cap. III, par. n. 5.

<sup>63</sup> In tal senso, vedi M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, cit., 122, ed anche G. PELLACANI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 239-240.

<sup>64</sup> Con il rischio quindi di un più forte *turnover* aziendale. Cfr. G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, cit., 200.

lavoratori soltanto in base al dato temporale dell'assunzione)<sup>65</sup>.

Difficilmente poi, i sindacati saranno più disponibili a concordare con il datore di lavoro come criterio di scelta, unico o in concorso con altri, quello della non opposizione del lavoratore (assunto prima del 7 marzo 2015) al licenziamento collettivo<sup>66</sup> se non a fronte della corresponsione di un incentivo economico molto più elevato (necessario per compensare la circostanza che ad un eventuale nuovo contratto a tempo indeterminato stipulato dal lavoratore licenziato non si applicherà più la reintegrazione, sia pure nella forma già depotenziata dalla legge n. 92 del 2012)<sup>67</sup>.

#### 4. *La progressiva eliminazione della reintegrazione. L'incerto confine tra violazione dei criteri di scelta e licenziamento discriminatorio o ritorsivo*

È indubbio che la novità che ha suscitato le maggiori discussioni anche nell'ambito della disciplina dei licenziamenti collettivi sia stata la progressiva eliminazione della reintegrazione.

Come si è già ricordato, dapprima nel 2012 il legislatore ha operato

---

<sup>65</sup> Per il carattere «certamente» discriminatorio del criterio pattizio della data di assunzione, vedi M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, 46, ed anche M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, cit., 123.

<sup>66</sup> Cfr., *retro*, cap. III, par. n. 10.

<sup>67</sup> Cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act*, cit., 315, per il quale la nuova disciplina dei licenziamenti finirà inevitabilmente anche per scoraggiare la mobilità degli attuali occupati, «certamente poco incentivati a cambiare lavoro e datore di lavoro per il timore di perdere le tutele di cui oggi beneficiano»; M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, cit., 10; G. PELLACANI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 238; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, cit., 232. Sul rischio di un potenziale rallentamento della mobilità dei lavoratori nel breve periodo, con conseguente irrigidimento del mercato del lavoro, vedi anche M. LEONARDI, *Linee generali e problemi aperti del jobs act*, cit., 275; M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, cit., 8-9; C. CESTER, *I licenziamenti tra passato e futuro*, cit., in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1105 ss.; A. TURSÌ, *La paura ... delle tutele «crescenti» e i suoi rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, III, 141 ss., secondo cui, però, l'applicazione delle tutele crescenti può essere sempre esclusa con accordo collettivo o anche individuale. Nello stesso senso, vedi anche F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, cit., 7-8. In proposito infine, vedi specificamente M. TIRABOSCHI, *L'articolo 18 come benefit? A proposito del caso Novartis e della applicazione in via pattizia del regime di stabilità reale del contratto di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 459 ss.

una modulazione delle conseguenze giuridiche dei vizi del licenziamento collettivo in relazione al grado di disvalore che si ritiene debba essere attribuito a ciascuno di essi. E così sono state previste tutele differenziate, graduate a seconda del vizio del licenziamento collettivo<sup>68</sup>.

In questo contesto e per il relativo campo di applicazione, la reintegrazione è ancora possibile, ma soltanto nei casi ritenuti di più grave difformità del licenziamento rispetto alla disciplina legale, ossia nei casi di licenziamento intimato senza forma scritta e in violazione dei criteri di scelta. Mentre nel caso di licenziamento intimato in violazione degli adempimenti procedurali previsti dalla legge al lavoratore è riconosciuta una tutela indennitaria, diversamente dal passato.

Dopodichè nel 2015 il legislatore, avendo evidentemente ritenuto le modifiche previste con la legge n. 92 del 2012 insufficienti a raggiungere gli obiettivi prefissati, ha escluso l'applicazione della tutela reale anche nel caso di licenziamento intimato in violazione dei criteri di scelta<sup>69</sup>. Per i nuovi assunti quindi, in caso di licenziamento collettivo illegittimo la reintegrazione non è più prevista, salvo ipotesi residuali e di impatto pratico limitato. Mentre la tutela risarcitoria è destinata a divenire a regime quella di generale applicazione contro il licenziamento collettivo illegittimo<sup>70</sup>.

Tuttavia si dovrà verificare in futuro come la giurisprudenza riterrà di delimitare per i nuovi assunti l'incerto confine tra violazione dei criteri di scelta e licenziamento discriminatorio o ritorsivo.

Al momento non è chiaro, infatti, se in presenza di un motivo discriminatorio o illecito (unico e determinante)<sup>71</sup> nella scelta dei lavoratori da licenziare, il licenziamento collettivo debba essere ritenuto illegittimo per violazione dei criteri di scelta (vizio che si estende anche alla non corretta applicazione dei criteri di scelta) o nullo perché discriminatorio o ritorsivo<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Cfr., *retro*, par. n. 1.

<sup>69</sup> Cfr., *retro*, par. n. 2.

<sup>70</sup> In armonia con la generale esclusione della tutela reintegratoria anche per il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, ossia per tutti i licenziamenti economici. In proposito, vedi C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, cit., spec. 391.

<sup>71</sup> Per Cass., 14 novembre 2016, n. 23149, in *Foro it. rep.*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 796, si deve escludere la rilevanza del motivo illecito nel licenziamento collettivo quando il datore di lavoro dimostri l'esistenza delle ragioni oggettive del licenziamento collettivo e l'esatta individuazione dei lavoratori licenziati sulla base dei criteri di scelta legali o contrattuali, e quindi il nesso di causalità. Vedi anche, nello stesso senso, Trib. Napoli, 2 dicembre 2015, in *Riv. giur. lav.*, 2016, II, 177.

<sup>72</sup> Nel senso che molti licenziamenti collettivi nei quali siano stati violati i criteri di scelta

La differenza è ora assai più rilevante per i nuovi assunti per la diversa intensità della sanzione applicabile: nel primo caso, infatti, si applicherebbe soltanto l'indennizzo economico (a differenza dei vecchi assunti a cui continua ad applicarsi in tal caso la tutela reintegratoria, sia pure con effetti risarcitori limitati), mentre nel secondo caso si applicherebbe invece la reintegrazione con effetti risarcitori pieni<sup>73</sup>.

In presenza di una sanzione specifica (e tipica) prevista per la violazione dei criteri di scelta, e quindi anche nei casi in cui siano individuati criteri discriminatori o illeciti o l'applicazione dei criteri abbia prodotto effetti discriminatori o illeciti, a me pare che essa debba prevalere rispetto alla sanzione generale (e atipica) prevista per i licenziamenti (individuali) discriminatori o per motivi illeciti.

Ed oltretutto è anche da tenere conto che l'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015 prescrive l'applicazione del regime sanzionatorio più forte della reintegrazione soltanto nel caso di licenziamento collettivo intimato senza l'osservanza della forma scritta.

Dunque, in attesa dei primi riscontri della giurisprudenza, almeno il dato testuale della legge sembrerebbe escludere che la disciplina sui licenziamenti discriminatori o nulli possa essere applicata anche alla speciale ed autonoma materia dei licenziamenti collettivi<sup>74</sup>.

---

potrebbero essere considerati discriminatori, vedi M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, cit., 122. Nello stesso senso, vedi anche F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, cit., 13, e (sembra anche) A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge 92/2012*, cit., 628. Per G. PROSPERETTI, *L'elemento della malafede del datore nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 260, si applica la tutela soltanto economica in caso di adozione di criteri di scelta discriminatori, «ma non rientranti tra quelli di cui all'art. 15 St. lav.».

<sup>73</sup> Sull'applicabilità delle sanzioni previste dall'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015 (reintegrazione più risarcimento del danno pieno) per il licenziamento nullo e discriminatorio anche al licenziamento collettivo, vedi M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, cit., 122; G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, cit., 197, sulla base della considerazione che diversamente la tutela del lavoratore coinvolto in un licenziamento collettivo «sarebbe irragionevolmente meno pregnante di quella prevista in caso di licenziamento individuale». Nello stesso senso, vedi anche L. VENDITTI, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi nel d.lgs. n. 23/2015*, cit., 99; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, cit., 231-232 e 235.

<sup>74</sup> Sulla specialità ed autonomia anche del regime sanzionatorio dei licenziamenti collettivi, vedi, *retro*, par. n. 1, nt. 12, e gli autori ivi citati.

### 5. *Reintegrazione, Costituzione e ordinamento dell'Unione europea e internazionale. Compatibilità e incompatibilità*

In passato si è discusso molto se la tutela reale, ossia essenzialmente la reintegrazione nel posto di lavoro, fosse o no costituzionalmente necessaria.

Com'è ampiamente noto, la Corte costituzionale ha già da tempo chiarito che la tutela reale non è obbligatoriamente imposta dai principi costituzionali posti a garanzia del diritto al lavoro (ovvero soprattutto quelli previsti dagli artt. 4 e 35 della Costituzione)<sup>75</sup>.

In particolare la Corte ha escluso che la reintegrazione nel posto di lavoro sia «l'unico possibile paradigma» attuativo di quei principi<sup>76</sup>. Con la conseguenza che anche l'eventuale abrogazione della tutela reale avrebbe il solo effetto di «espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro»<sup>77</sup>. Garanzia che la stessa Corte ritiene possa essere realizzata anche con la tutela obbligatoria<sup>78</sup>, restando affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario la scelta dei tempi e dei modi di intervento, anche in rapporto «alla situazione economica generale», ossia alle «condizioni economico-sociali del Paese»<sup>79</sup>.

Dunque la Corte costituzionale ha riconosciuto che la Costituzione, pur esigendo che una tutela ci sia e non sia meramente simbolica, non indica quali siano i mezzi per realizzare il valore del lavoro e la garanzia del diritto al lavoro, né tantomeno impone un unico paradigma di tutela<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> Cfr. Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46.

<sup>76</sup> Cfr. Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46, cit.

<sup>77</sup> Cfr. Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46, cit.

<sup>78</sup> Cfr. Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46, cit.

<sup>79</sup> Cfr. Corte cost., 18 dicembre 1970, n. 194 e Corte cost., 26 maggio 1965, n. 45. Vedi anche Corte cost., 19 maggio 1976, n. 129; Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 189; Corte cost., 14 gennaio 1986, n. 2; Corte cost., 13 ottobre 2000, n. 419, secondo cui la garanzia costituzionale del diritto al lavoro non può comportare una «diretta e incondizionata tutela del posto di lavoro». Più di recente, vedi anche Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303; Corte cost., ord., 3 maggio 2012, n. 112.

<sup>80</sup> Come è, peraltro, anche per gli altri diritti sociali, come per esempio il diritto alla previdenza sociale. Anche in tal caso, infatti, la giurisprudenza costituzionale è concorde nel ritenere che l'art. 38 della Costituzione prefiguri un modello «aperto» vincolato soltanto nel fine in cui spetta al legislatore ordinario stabilire non soltanto i modi, ma anche le forme e le strutture più idonee ed efficienti a garantire l'obiettivo dell'adeguatezza della prestazione previdenziale. Cfr. Corte cost., 6 giugno 1974, n. 160; Corte cost., 5 febbraio 1986, n. 31, in *Foro it.*, 1986, I, 1770 ss., con nota di M. CINELLI, *L'«adeguatezza» della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*; Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 36. Per l'affermazione che la Costituzione «resta di massima sul terreno dei fini, e non si spinge su quello

Soprattutto la Corte ha negato che il diritto alla stabilità inteso come riparazione in forma specifica al licenziamento illegittimo caratterizzi a tal punto il nostro ordinamento giuridico da essere immodificabile da parte del legislatore. In sintesi, per i giudici delle leggi la riparazione in forma specifica non ha una priorità valoriale e la reintegrazione è una delle tecniche di tutela giuridica del posto di lavoro non imposta costituzionalmente, ma frutto di un intervento discrezionale del legislatore.

Per la Corte, quindi, non esiste un modello ideale ed intangibile di tutela contro il licenziamento illegittimo valido sempre ed in ogni caso a prescindere dal contesto economico e sociale di riferimento (ma ogni epoca storica è caratterizzata dal relativo modello di tutela ritenuto in quel momento il più coerente e razionale, ma sempre necessariamente mutabile nel tempo).

Nonostante l'ampia condivisione<sup>81</sup>, una parte della dottrina<sup>82</sup> continua dei mezzi, la cui scelta è lasciata alla politica», vedi R. DEL PUNTA, *Il giudice e i problemi dell'interpretazione: una prospettiva giuslavoristica*, cit., 389, con la conseguenza che «risulta quasi sempre arbitrario contestare una certa normativa [...] sul terreno strettamente costituzionale, perché essa potrebbe rivelarsi, in potenza, socialmente utile (e non interessa qui se lo sia o no davvero) in vista di un interesse [...] che la Costituzione annovera tra quelli più importanti, anche se pur sempre in una prospettiva di bilanciamento».

<sup>81</sup> Anche da parte di chi si è sempre espresso a favore del mantenimento nel nostro ordinamento di un sistema di stabilità reale, ritenuto il più razionale. Cfr., ad esempio, M. NAPOLI, *Elogio della stabilità*, cit., 9 ss., secondo cui la stabilità reale non può essere considerata «un diritto acquisito, con conseguente pretesa all'intangibilità dell'assetto legislativo esistente». Sull'ampia condivisione rispetto ai contenuti ed alle conseguenze giuridiche della sentenza della Corte costituzionale, vedi R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, cit., spec. 754; A. VALLEBONA, *I quarant'anni dello statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 597; L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, cit., 105 ss.; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 150; L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT*, n. 58/2008, 20 ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., 423-424, secondo cui il legislatore ben può modificare il sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo «senza incorrere nella violazione della costituzione materiale», altrimenti si determinerebbe «una sorta di cristallizzazione che costituzionalizzerebbe gli equilibri raggiunti rendendoli irreversibili». Critico nei confronti dell'«operazione ideologica» che configura la reintegrazione come unica misura compatibile con i valori costituzionali è anche R. ROMEI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, cit., p. 560. Nello stesso senso, vedi infine pure M.G. GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, 16.

<sup>82</sup> I «partigiani della tutela reale» o i «puristi della reintegrazione», come li ha efficacemente definiti R. DEL PUNTA rispettivamente in *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., e in *La stabilità reale nell'epoca dell'instabilità*, cit., 762.

a ritenere che la tutela della reintegrazione nel posto di lavoro sia costituzionalmente necessitata, se non come unica tutela almeno come tutela prevalente. Ed a fondamento giuridico delle ragioni di disaccordo con le affermazioni della Corte costituzionale è solita richiamare soprattutto una nota sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite, la n. 141 del 2006<sup>83</sup>.

In tale sentenza la Suprema Corte, argomentando sulla base di una ricostruzione del rapporto tra risarcimento specifico e risarcimento per equivalente nel diritto civile delle obbligazioni<sup>84</sup>, premette che il diritto del lavoratore al proprio posto di lavoro è «protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost.» e «subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma»<sup>85</sup>.

La conseguenza che la Suprema Corte trae da tali premesse è la necessità di considerare «come eccezionali le norme che escludono o limitano la tutela specifica»<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Per il richiamo ai contenuti ed ai concetti della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 141/2006, vedi soprattutto V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, cit., 53 ss.; ID., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 532 ss.; A. PERULLI, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit., 256; M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, cit., 110 ss.; R. VOZA, *Licenziamenti illegittimi e reintegrazione: le nuove mappe del Jobs Act*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 576; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, cit., 6, nt. 10; M.V. BALLESTRERO, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, cit., 795. Tra i processualisti, vedi soprattutto A. PROTO PISANI, *La prova del «requisito dimensionale» ex art. 18 l. 300/70: un grand arrêt delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I, 710 ss., proprio a commento della sentenza n. 141/2006; più di recente, cfr. anche D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 907 ss.

<sup>84</sup> Ricostruzione che tende a porre come regola dell'ordinamento, o comunque a privilegiare, la tutela in forma specifica rispetto alla tutela per equivalente monetario. In argomento, vedi soprattutto A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, nonché, tra i processualisti, oltre agli Autori citati nella nota che precede, I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, spec. 85 ss. Per i risvolti nell'ambito del rapporto di lavoro, vedi il volume *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, a cura di M. Barbieri, F. Macario e G. Trisorio Liuzzi, Milano, 2004.

<sup>85</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 440 ss., con nota critica di A. VALLEBONA, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le sezioni unite cambiano idea*; in *Mass. giur. lav.*, 2006, 494 ss., con nota critica di E. BOGHETICH, *Onere della prova dei requisiti dimensionali dell'azienda: «esigenze di giustizia» inducono le sezioni unite della cassazione ad avallare l'orientamento esegetico minoritario*; in *Arg. dir. lav.*, 2006, 594 ss., con nota adesiva di E. MENEGATTI, *Le sezioni unite risolvono il problema della ripartizione dell'onere della prova circa i limiti dimensionali dell'impresa ai fini dell'applicazione della tutela reale*.

<sup>86</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

La Suprema Corte conclude poi affermando che la sentenza della Corte costituzionale n. 46 del 2000 «secondo cui la tutela reale del lavoratore può essere limitata discrezionalmente dal legislatore» deve essere intesa «in tal senso»<sup>87</sup>. Ossia deve essere intesa nel senso che il legislatore, effettuando il bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti, può escludere o limitare la tutela specifica del lavoratore illegittimamente licenziato non «in via di regola», ma soltanto in casi «eccezionali»<sup>88</sup>.

In sostanza la sentenza n. 141/2006 finisce per affermare che il diritto alla stabilità (reale) del posto di lavoro non deriva dalla disciplina legislativa, ma preesiste ad essa e da essa non è più modificabile se non nei ristretti termini indicati.

Le conclusioni a cui giunge la Corte di cassazione a Sezioni Unite non sono giuridicamente accoglibili innanzitutto perché si pongono in aperta contraddizione con la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale che la Suprema Corte dichiara di voler interpretare.

Per non porsi in contrasto con la sentenza della Corte costituzionale n. 46 del 2000, infatti, la Suprema Corte finisce per attribuire a quella sentenza un significato esattamente opposto a ciò che essa ha effettivamente affermato.

Come si è già ricordato, nella sentenza n. 46 del 2000 la Corte costituzionale ha affermato espressamente che: il principio della tutela reale non ha una copertura costituzionale rappresentando soltanto uno dei modi possibili per realizzare la garanzia del diritto al lavoro<sup>89</sup>; tale garanzia può essere realizzata anche soltanto con la tutela economica; tra tutela reale e tutela economica la Costituzione non impone alcun rapporto di regola ed eccezione (e viceversa), spettando sempre al legislatore la scelta discrezionale tra l'una e l'altra (o delle diverse combinazioni tra l'una e l'altra); pertanto il legislatore può discrezionalmente limitare la tutela reale anche introducendo come regola generale la tutela indennitaria, soprattutto se lo stesso legislatore ritiene che tale scelta sia necessaria in riferimento alla situazione economica generale del momento (o comunque la più coerente con essa)<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

<sup>88</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

<sup>89</sup> Cfr. invece, correttamente, Cass., 9 ottobre 2001, n. 12349, in *Foro it. rep.*, 2001, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1518; Cass., 11 agosto 2000, n. 10640, in *Foro it.*, I, 127; Cass., 9 maggio 2007, n. 10549, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 335 ss., secondo cui, sul piano del diritto internazionale privato, il regime di tutela reale non costituisce principio di ordine pubblico, come invece il divieto di licenziamento ingiustificato.

<sup>90</sup> Viceversa per A. ZOPPOLI, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica di bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, cit., 302, le indicazioni della Corte costituzionale

Dunque, con la sentenza n. 46 del 2000 la Corte costituzionale ha affermato esattamente il contrario rispetto all'interpretazione (non propriamente autentica) che le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno inteso fornire di quelle stesse affermazioni. È da condividere quindi l'opinione di chi ha già affermato che, in realtà, la sentenza della Cassazione pare fondarsi soprattutto su «petizioni di principio su come l'ordinamento dovrebbe in ipotesi essere» piuttosto che sull'analisi di come esso in concreto sia<sup>91</sup>.

E così la stessa premessa della Suprema Corte secondo cui il diritto del lavoratore al proprio posto di lavoro è «protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost.» si pone anch'essa in aperto contrasto con un principio oramai acquisito nella giurisprudenza costituzionale.

Da tempo, infatti, la Corte costituzionale ritiene che il diritto al lavoro riconosciuto dall'art. 4, comma 1, della Costituzione, «come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di una occupazione», allo stesso modo «non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto»<sup>92</sup>. L'unico diritto a cui è riconosciuta garanzia costituzionale è, infatti, quello a non subire un licenziamento arbitrario (oltre, ed assieme, a quello a potere adire il giudice nel caso in cui ciò avvenga)<sup>93</sup>.

---

devono essere interpretate nel senso che «la tutela reale va realizzata», mentre soltanto i tempi della realizzazione sono nella disponibilità del legislatore e devono tener conto della «concorrenza con altre esigenze attinenti alla concreta situazione economica generale». Per l'impossibilità che la discrezionalità legislativa in materia di tutele possa consentire un «regresso senza condizionamenti», vedi anche G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 94-95.

<sup>91</sup> Cfr. A. VALLEBONA, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le sezioni unite cambiano idea*, cit., 450. Per analoghe e anch'esse condivisibili critiche, vedi anche V. VALENTINI, *Licenziamento e reintegrazione*, cit., 57 ss.

<sup>92</sup> Così Corte cost., 26 maggio 1965, n. 45, cit., che all'epoca non dichiarò incostituzionale l'art. 2118, comma 1, Cod. Civ., ossia il regime generale di recesso *ad nutum*. Nello stesso senso, vedi anche Corte cost., 16 gennaio 1957, n. 3; Corte cost., 2 aprile 1969, n. 81; Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 189, cit.; Corte cost., 14 gennaio 1986, n. 2, cit.; Corte cost., 25 novembre 1993, n. 419; Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 390; Corte cost., 4 dicembre 2000, n. 541; Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 56 (ord.), secondo cui i principi generali di tutela della persona del lavoratore «non si traducono nel diritto al conseguimento ed al mantenimento di un determinato posto di lavoro». Sull'inesistenza di un sistema costituzionale di stabilità del rapporto di lavoro, vedi il già richiamato M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, cit., 11 ss., e prima ancora R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, Milano, 1978, spec. 178 ss.

<sup>93</sup> Cfr., ancora e tra le molte, Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 390, cit.; Corte cost., 4 dicembre 2000, n. 541, cit.; Corte cost., 6 febbraio 2003, n. 41, cit.; Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 56 (ord.), cit., ma già Corte cost., 9 giugno 1965, n. 45, cit. Per la giurisprudenza ordinaria,

Del resto nel nostro ordinamento giuridico, già prima delle recenti riforme, la stessa tutela reale non ha mai avuto una applicazione generalizzata riguardando, com'è noto, soltanto le imprese di maggiori dimensioni (che in Italia occupano poco più della metà dei lavoratori dipendenti) e restando esclusa anche per determinate categorie di lavoratori (dunque, in ipotesi in cui il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, già aveva ritenuto di operare un diverso bilanciamento tra l'interesse alla stabilità del posto di lavoro, la libertà d'impresa e gli altri diritti costituzionalmente garantiti)<sup>94</sup>.

E anche la giurisprudenza costituzionale ha sempre dichiarato infondate le questioni di legittimità delle norme che limitavano l'applicazione del regime di tutela reale<sup>95</sup>. Indirettamente, così, la stessa Corte costituzionale ha anche già escluso che il regime della reintegrazione possa essere considerato «indissolubilmente connesso alla dignità della persona»<sup>96</sup>.

In tutte queste sentenze la Corte ribadisce il principio per cui «arbitro» delle valutazioni in tale materia è il legislatore che «nell'interesse generale»

---

vedi in termini analoghi Cass., 22 aprile 2014, n. 9090, in *Nuovo not. giur.*, 2014, p. 525. Sul principio di non arbitrarietà del licenziamento e di giustificazione del recesso, vedi anche l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentale dell'Unione europea. In dottrina, vedi tra gli ultimi M. DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, 1349-1350; L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, cit., spec. 12 ss.

<sup>94</sup> Ma sulle numerose «contraddizioni numeriche» all'epoca del campo di applicazione del regime della reintegrazione, vedi in particolare L. ZOPPOLI, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, cit., 423, e L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, cit., 26 ss. In proposito, vedi anche G. DE SIMONE, *Il valore della stabilità nel diritto comunitario e il sistema nazionale di tutele differenziate*, in *Lav. dir.*, 2007, 557 ss.

<sup>95</sup> Cfr., soprattutto, Corte cost., 18 dicembre 1970, n. 194, cit.; Corte cost., 2 aprile 1969, n. 81, cit.; Corte cost., 6 marzo 1974, n. 55; Corte cost., 14 gennaio 1986, n. 2, cit., sulla base della considerazione della particolare natura o dimensione dell'impresa, o talora della qualità o della posizione professionale del lavoratore licenziato. Sulla ricostruzione di tale giurisprudenza, vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 30 ss., ed anche G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, cit., 98 ss., e L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, cit., 12 ss.

<sup>96</sup> Così M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, cit., 125. Esclude che la reintegrazione sia un diritto di civiltà anche e già T. TREU, *Intervento al seminario di Roma del 9 maggio 2003 Art. 18 dello statuto: referendum o legge?*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, 651 ss. Nello stesso senso, vedi pure R. ROMEI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, cit., 560.

tiene conto nei diversi momenti degli «equilibri economici-sociali» e dell'«evolversi delle esigenze organizzative collegate al processo tecnologico»<sup>97</sup>. Equilibri ed esigenze che nel tempo possono anche mutare e giustificare così successive (e sempre discrezionali) modifiche legislative<sup>98</sup>.

Oltretutto anche dopo le ultime riforme la tutela più forte e incisiva della reintegrazione non è affatto scomparsa ma resta un principio cardine dell'ordinamento contro i licenziamenti nulli. Com'è altrettanto noto infatti, pur non costituendo più la sanzione generale nel caso di licenziamento illegittimo, essa continua ad applicarsi nei casi in cui l'illegittimità del licenziamento sia più grave incidendo su aspetti fondamentali della personalità e della dignità del lavoratore, ossia nei casi di licenziamento nullo, discriminatorio, intimato per motivi illeciti, ed anche ingiustificato nei casi più gravi<sup>99</sup>.

Né, infine, può dirsi che la reintegrazione nel posto di lavoro sia imposta dall'ordinamento europeo (o da altre fonti internazionali<sup>100</sup>).

<sup>97</sup> Cfr. Corte cost., 14 gennaio 1986, n. 2, cit., anche per le citazioni tra virgolette nel testo. Sulla stabilità come valore storicamente condizionato, collegata a un modello di impresa e di organizzazione del lavoro rigida, uniforme e durevole che tende al declino, in ogni caso eccedente il nucleo essenziale e attuale della tutela costituzionale, vedi già M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, suppl. al n. 3, spec. 23 (saggio riletto qualche tempo dopo da F. LISO, *Il diritto al lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, 139 ss.).

<sup>98</sup> Cfr., sempre, Corte cost., 14 gennaio 1986, n. 2, cit.

<sup>99</sup> Diversamente invece, cfr. V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, cit., 51 ss., spec. 54, il quale pur riconoscendo che la reintegra non è l'unica sanzione ammessa dall'ordinamento, esclude che la tutela indennitaria possa costituire la sanzione unica o anche solo prevalente in caso di licenziamento illegittimo. Nello stesso senso, vedi M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, cit., 111, il quale esprime dubbi sul fatto che sia costituzionalmente legittimo l'operato ribaltamento del rapporto tra regola ed eccezione in quanto «le norme costituzionali comportano una preferenza dell'ordinamento per la tutela in forma specifica, che il legislatore ha del tutto ignorato». Per la mancanza di proporzionalità e ragionevolezza della nuova disciplina che ridimensiona le ipotesi in cui opera la reintegra ed allarga correlativamente lo spazio della tutela indennitaria, vedi anche C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, spec. 86 ss. Ipotizza invece una «temporanea costituzionalità, ovvero una possibile sopravvenuta incostituzionalità se e quando si dovesse ritenere superata la ragione giustificatrice della deroga per i nuovi assunti, o si dimostrasse l'inutilità di queste misure per il raggiungimento del fine stabilito», G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, cit., 107-108.

<sup>100</sup> Come, ad esempio, le raccomandazioni OIL o altre convenzioni ratificate dall'Italia. In nessuna di esse, infatti, è imposto espressamente il regime di stabilità del posto di lavoro. Sul punto, vedi F. BUFFA, *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, cit., 577 ss.

Si è già ricordato che nella direttiva 98/59/CE in materia di licenziamenti collettivi non v'è alcuna disposizione che riguardi le sanzioni da applicare nel caso in cui siano violati gli obblighi da essa previsti, né tantomeno è imposta la tutela della reintegrazione nel posto di lavoro<sup>101</sup>.

Ed anche in materia di licenziamento in generale, nell'ordinamento dell'Unione europea non v'è alcuna indicazione specifica su quale debba essere la tutela da assicurare al lavoratore nel caso in cui il licenziamento sia ingiustificato<sup>102</sup>.

Nella Carta sociale europea poi è stabilito che, «per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento», i Paesi firmatari si impegnano a riconoscere il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo «ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione»<sup>103</sup>.

Non soltanto, quindi, anche in tal caso non v'è alcun accenno alla tutela reale. Ma anzi è la tutela economica ad essere considerata il mezzo più

---

<sup>101</sup> L'art. 6 della direttiva, infatti, si limita a disporre che «gli Stati membri provvedono affinché i rappresentanti dei lavoratori e/o i lavoratori dispongano di procedure amministrative e/o giurisdizionali per far rispettare gli obblighi previsti dalla presente direttiva». Ovviamente il fatto che la direttiva non stabilisca quali siano le sanzioni da applicare non significa che non debba essere applicata alcuna sanzione in caso di mancato rispetto delle norme procedurali. Ed infatti, la giurisprudenza della Corte di giustizia è costante nell'affermare che, anche quando le direttive non prevedano sanzioni specifiche, l'esigenza che le violazioni del diritto dell'Unione siano accompagnate da esplicite sanzioni si fonda comunque sull'obbligo di leale cooperazione e sul principio di efficace trasposizione delle direttive. Cfr., proprio con riferimento alla direttiva sui licenziamenti collettivi, Corte giust. Ce, 8 giugno 1994, causa C-383/92, in *Dir. lav.*, 1994, II, 290. Vedi anche, *retro*, cap. I, par. n. 1.

<sup>102</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 97 ss, secondo il quale dal diritto dell'Unione europea può essere ricavato soltanto il principio per cui il lavoratore non può essere licenziato arbitrariamente. Dunque, neppure dall'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è ricavabile alcun argomento per contestare il superamento nell'ordinamento nazionale della tutela della reintegrazione. Nel caso del licenziamento collettivo tuttavia, lo stesso S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, cit., 22, afferma che la previsione dell'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, «destrutturando la tutela attivabile (anche) in caso di violazione degli obblighi (di natura essenzialmente procedurale) derivanti dalla Direttiva 98/59, può ragionevolmente ritenersi in contrasto (pure) con l'art. 30 della Carta di Nizza». Nel senso indicato nel testo, vedi anche R. DEL PUNTA, *I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro*, cit., 11; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 495; M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., 37, per cui la garanzia del diritto dell'Unione europea non si estende alla tutela reale.

<sup>103</sup> Cfr. art. 24 della Carta sociale europea, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 30 del 1999.

adatto, o comunque quello primario o più spesso utilizzato, per assicurare al lavoratore una riparazione «adeguata»<sup>104</sup>. È non a caso, infatti, nei Paesi membri dell'Unione europea il licenziamento illegittimo è sanzionato prevalentemente, almeno nei fatti, con l'indennizzo economico<sup>105</sup>; e quello collettivo illegittimo in particolare (per violazione delle procedure o, nel caso siano previsti, per violazione dei criteri di scelta) quasi esclusivamente con l'indennizzo economico<sup>106</sup>.

Dimostrando così come l'effettività del modello ideato dal legislatore europeo fondato sul controllo e la partecipazione sindacale nella gestione delle eccedenze di personale possa essere garantito in modo adeguato non soltanto dalla tutela reintegratoria, ma anche da quella indennitaria<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> Viceversa, per la considerazione che l'ordinamento dell'Unione europea sembra evocare sanzioni di tipo reintegratorio piuttosto che meramente risarcitorio, vedi M.G. GAROFALO, P. CHIECO, *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, cit., 93; G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, cit., 543. Vedi anche G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., 635-636, il quale pur dovendo riconoscere ciò che dal testo dell'art. 24 della Carta sociale europea sembra innegabile, e cioè che essa sembra esprimere «una preferenza per il rimedio risarcitorio», afferma che nell'ordinamento dell'Unione Europea invece l'indennizzo si configura come eccezione e la reintegrazione come regola.

<sup>105</sup> Cfr. *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, a cura di M. PEDRAZZOLI, cit.; F. CURCURUTO, *Licenziamenti collettivi in Europa: un rapido sguardo d'insieme*, cit., 175 ss.; *Licenziamenti: quadro comparato*, a cura di M. TIRABOSCHI, cit., 3 ss.; K. FIORENZA, *La circolazione dei modelli rimediali nel licenziamento europeo*, cit., 170 ss.; L. PISARCZYK, *Il licenziamento individuale in Polonia*, cit., 258 ss. Vedi anche, *retro*, cap. I, par. n. 1.

<sup>106</sup> È così, ad esempio, in Francia (cfr. G. CENTAMORE, *I licenziamenti in Francia*, cit., 59 ss.), in Gran Bretagna (cfr. L. RATTI, *I licenziamenti in Gran Bretagna*, cit., 140 ss.), in Spagna (cfr. C. PEDERZOLI, *I licenziamenti in Spagna*, cit., 204 ss.; I. BAJO GARCIA, *Aspetti sostanziali e processuali del licenziamento collettivo nell'ordinamento spagnolo*, cit., 85), in Finlandia (cfr. F. CURCURUTO, *Licenziamenti collettivi in Europa: un rapido sguardo d'insieme*, cit., 186).

<sup>107</sup> Del resto, anche lo stesso ordinamento italiano già prevedeva esclusivamente la tutela economica per i licenziamenti collettivi illegittimi intimati dalle organizzazioni di tendenza, ossia da quei datori di lavoro che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione, di religione o di culto. Cfr. art. 24, commi 1-ter e 1-quater, legge n. 223 del 1991. Nel senso che per reprimere i comportamenti inadempienti del datore di lavoro il legislatore italiano può individuare anche sanzioni di tipo pecuniario e indennitario, vedi A. PESSI, *Iniziativa economica e tutela dell'occupazione: due modelli a confronto (il «licenziamento per motivo economico» in Francia ed i licenziamenti collettivi in Italia)*, cit., 439. Viceversa, per l'inadeguatezza della tutela obbligatoria a garantire l'effettività di tale modello regolativo, cfr. G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, cit., 194.

Del resto, anche in altre materie ove è stata adottata la stessa tecnica della procedimentalizzazione dell'esercizio del potere del datore di lavoro<sup>108</sup>, la violazione delle procedure sindacali non impedisce la produzione degli effetti dell'atto finale.

Ad esempio, nella materia del trasferimento d'azienda, la giurisprudenza è costante nel ritenere che l'accertamento della violazione degli obblighi procedurali non è idoneo ad invalidare gli effetti dell'atto di trasferimento d'azienda<sup>109</sup>.

Per cui anche nel licenziamento collettivo la violazione degli adempimenti procedurali può mantenere fermo l'effetto estintivo del rapporto di lavoro determinato dai singoli provvedimenti di recesso<sup>110</sup>, con la previsione di una sanzione soltanto indennitaria<sup>111</sup>. Non rappresentando

<sup>108</sup> Vedi anche in generale il d.lgs. n. 25 del 2007, attuativo della direttiva 2002/14/CE che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, e in particolare l'art. 4, comma 3, lett. c), per l'obbligo di informazione e consultazione che riguarda «le decisioni dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro». In proposito, vedi soprattutto C. ZOLI, *I diritti di informazione e di c.d. consultazione: il d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 25*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, 161 ss.; *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori (d.leg. 6 febbraio 2007 n. 25)*, Commentario sistematico a cura di M. Napoli, in *Nuove leggi civ.*, 2008, 843 ss.; E. ALES, *Informazione e consultazione nell'impresa: diritto dei lavoratori o dovere del datore di lavoro? Un'analisi comparata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 221 ss.; M. GAMBACCIANI, *Diritti di informazione e consultazione e condotta antisindacale*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 93 ss.

<sup>109</sup> Cfr. Cass., 7 febbraio 2006, n. 2554; Cass., 6 giugno 2003, n. 9130, in *Not. giur. lav.*, 2003, 787; Cass., 4 gennaio 2000, n. 23, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 610, con nota adesiva di A. MARESCA, «Fruibilità» della tutela sindacale nel trasferimento d'azienda. In dottrina, vedi anche A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento di azienda*, cit., 19; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, cit., 237.

<sup>110</sup> Com'è, peraltro, anche per il licenziamento individuale in presenza di vizi di motivazione e procedimentali (per i vecchi assunti): anche in tali casi, infatti, per il licenziamento dichiarato inefficace è prevista una tutela soltanto risarcitoria (e quindi resta ferma l'estinzione del rapporto di lavoro). Cfr. art. 18, comma 6, legge n. 300 del 1970, come sostituito dall'art. 1, comma 42, lett. b), legge n. 92 del 2012. In dottrina, cfr. F. CARINCI, *Il licenziamento inefficace per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, 871 ss., che ha definito tale regime di «inefficacia impropria». In termini analoghi, vedi anche F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, cit., 452 ss. Del resto, su come nella materia dei licenziamenti sempre più le tradizionali categorie civilistiche subiscano delle «significative torsioni», vedi C. CESTER, *I licenziamenti tra passato e futuro*, cit., 1110-1111, anche per la considerazione che dopo le due ultime riforme il «microsistema» dei licenziamenti «si sia arroccato ancor più nella sua specialità e mal sopporti le incursioni del diritto comune».

<sup>111</sup> Per considerazioni parzialmente divergenti, cfr. invece P. LAMBERTUCCI, *La disciplina*

quegli adempimenti (così come il rispetto dei criteri di scelta) presupposti di validità ed efficacia del negozio di recesso, ma rilevando esclusivamente sotto il profilo dell'attivazione di una sanzione economica nei casi in cui essi siano violati (e quindi, esternamente al negozio).

#### 6. Il problema della «congruità» degli indennizzi previsti dalla legge italiana

Esclusa l'esistenza di un obbligo costituzionale, europeo ed anche internazionale che imponga la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro, più complesso è stabilire se gli indennizzi previsti dalla legge italiana nelle diverse ipotesi di illegittimità del licenziamento collettivo siano effettivamente congrui.

Come detto, il requisito della congruità dell'indennizzo è stabilito dall'art. 24 della Carta sociale europea<sup>112</sup>, mentre l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali (oggi parte del Trattato istitutivo dell'Unione europea) non identifica il contenuto della tutela che deve essere assicurata al lavoratore contro ogni licenziamento ingiustificato.

Dunque, quest'ultima disposizione per la sua genericità non fornisce alcun parametro per determinare se e quando l'eventuale indennizzo previsto possa essere considerato effettivamente congruo (e quindi la riparazione adeguata)<sup>113</sup>.

---

*dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 262, secondo cui la previsione dell'indennizzo in caso di violazione della procedura depotenzia la ricostruzione del potere del datore di lavoro di procedere a licenziamenti collettivi come potere procedimentalizzato, ossia come potere che presuppone il corretto espletamento della procedura sindacale. Nello stesso senso, vedi anche G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, cit., 548-549, secondo cui in assenza di un corretto sviluppo delle procedure «non vi sono le condizioni perché il potere del datore di lavoro – di amministrare il rapporto intimando il recesso – possa produrre la sua efficacia». Prospetta l'inefficacia del provvedimento adottato sulla base della attivazione della nullità cd. di protezione (misura disponibile nella disciplina comune dei contratti) per l'esigenza di garantire i diritti fondamentali del lavoratore, P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 307 ss., sia pure consapevole dei vincoli testuali che sembrano opporsi a tale proposta interpretativa.

<sup>112</sup> Cfr., *retro*, par. n. 5. Sulla necessità dell'adeguatezza del risarcimento, cfr. anche Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303, sia pure in materia di contratti a termine. Vedi anche Corte cost., 26 maggio 2005, n. 199, nonché, a livello internazionale, la convenzione ILO n. 158/1982 sui licenziamenti (anche se tale convenzione non è stata ratificata dall'Italia).

<sup>113</sup> In ogni caso, sulle difficoltà tecniche e processuali di invocare tali norme europee e sovranazionali per sostenere la non adeguatezza ed effettività della tutela risarcitoria prevista dalla legge italiana, vedi soprattutto C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria*:

Per completare il quadro dell'ordinamento dell'Unione europea, è necessario esaminare anche i principi di origine giurisprudenziale.

In materia di licenziamenti collettivi, la giurisprudenza della Corte di giustizia afferma che gli Stati membri, «pur conservando un potere discrezionale quanto alla scelta delle sanzioni», nel selezionare le sanzioni applicabili in caso di violazione del diritto dell'Unione devono rispettare alcuni principi: la sanzione deve essere analoga a quella prevista «per le violazioni di diritto interno simili per natura ed importanza»; in ogni caso poi, la sanzione deve avere «un carattere di effettività, proporzionalità e di capacità dissuasiva»<sup>114</sup>.

Dunque, per la giurisprudenza della Corte di giustizia la discrezionalità del legislatore nazionale nella scelta della sanzione da applicare non è assoluta, ma è vincolata al rispetto di determinati principi: la comparazione con il diritto interno in casi simili e la necessità che la sanzione sia effettiva, adeguata e dotata di efficacia deterrente.

Soprattutto in quest'ultimo caso, trattandosi di principi molto generali e generici, è assai difficile stabilire in concreto quando l'eventuale risarcimento previsto dalla legislazione di uno degli Stati membri sia o no effettivo, proporzionato e con capacità dissuasiva<sup>115</sup>.

Nel caso italiano, occorre distinguere tra le sanzioni previste dalla legge n. 92 del 2012 e quelle previste dal d.lgs. n. 23 del 2015.

Come si è già ricordato, nella legge n. 92 del 2012 la tutela indennitaria è prevista soltanto nella ipotesi di violazione delle procedure<sup>116</sup>. In

---

*compatibilità costituzionale e comunitaria*, cit., spec. 408 ss. (spec. 410-411). In particolare, sui problemi di prospettare una questione di compatibilità comunitaria costituzionalmente rilevante, vedi anche R. COSIO, *La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell'UE*, cit., p. 43 ss. Per diverse considerazioni e valutazioni, vedi invece V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 139 ss. In argomento e più in generale, vedi infine G. BRONZINI, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 53 ss.

<sup>114</sup> Cfr. Corte gius. Ce, 8 giugno 1994, causa C-383/92, in *Dir. lav.*, 1994, II, p. 290. Vedi anche Corte gius. Ce, 2 ottobre 1991, causa C-7/90, in *Racc.*, 1991, p. 4371; Corte gius. Ce, 21 settembre 1989, causa C-68/88, in *Racc.*, 1989, p. 2965.

<sup>115</sup> Da ultimo sul principio di effettività, vedi P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, cit., 291 ss. Come è stato precisato anche dalla giurisprudenza costituzionale, nel nostro ordinamento per dissuasivo e compensativo non si intende, né si può intendere, «integralità della riparazione» o «equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato», in quanto quest'ultime sono regole generali che non hanno copertura costituzionale. Cfr. Corte cost., 30 aprile 1999, n. 148, e prima ancora Corte cost., 2 novembre 1996, n. 369, e Corte cost., 6 maggio 1985, n. 132.

<sup>116</sup> Cfr., *retro*, par. n. 1.

questa ipotesi ritengo si possa ragionevolmente sostenere che l'importo del risarcimento sia rispettoso dei principi fissati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

L'indennità prevista è, infatti, compresa tra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità, mentre la quantificazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsto è operata discrezionalmente dal giudice in base a determinati criteri, tra cui l'anzianità del lavoratore, il numero dei dipendenti occupati e le dimensioni dell'attività economica del datore di lavoro.

Il principio della comparazione mi pare sia rispettato. Nel diritto interno la violazione «simile» per natura ed importanza è quella dei vizi procedurali nel caso di licenziamento individuale anche economico (sempre per i vecchi assunti)<sup>117</sup>. In questo caso, al lavoratore è riconosciuta una indennità risarcitoria determinata tra un minimo di 6 ed un massimo di 12 mensilità di retribuzione.

Dunque la sanzione prevista nel caso di violazione delle procedure nel licenziamento collettivo è non soltanto analoga, ma persino più favorevole di quella prevista dal diritto interno per violazioni «simili». E ciò anche per tenere conto della maggiore rilevanza economica, sociale e sindacale che hanno i licenziamenti collettivi rispetto a quelli individuali<sup>118</sup>.

Allo stesso modo, e pur consapevoli della difficoltà di esprimere un giudizio di corrispondenza a proposito per l'assenza di parametri di valutazione prefissati<sup>119</sup>, mi pare che la sanzione economica prevista possa essere considerata anche effettiva, proporzionata e dotata di efficacia dissuasiva.

L'importo dell'indennità è, infatti, piuttosto consistente sia nel minimo che nel massimo, potendo arrivare fino a 24 mensilità di retribuzione<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> Non sembra possibile ritenere invece, come prospetta G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, cit., 550, che la violazione di diritto interno simile per natura ed importanza sarebbe l'art. 28 della legge n. 300 del 1970, piuttosto che la nuova disciplina sui licenziamenti individuali. Quest'ultima disposizione, infatti, prevede un particolare procedimento giudiziario di carattere generale a garanzia dell'azione sindacale (e non dei singoli lavoratori, che non hanno legittimazione attiva) nel caso in cui si accerti l'esistenza di una condotta antisindacale posta in essere dal datore di lavoro; dunque, si tratta di una violazione diversa per natura ed importanza rispetto alla violazione dei vizi procedurali nel caso di licenziamento collettivo, o comunque meno simile rispetto alla violazione dei vizi procedurali nel caso di licenziamento individuale.

<sup>118</sup> Cfr., *retro*, par. n. 1.

<sup>119</sup> Sulla difficoltà del giudizio la dottrina è concorde. Cfr., tra i molti e per tutti, V. SPECIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit. 315-316; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act*, cit., 327.

<sup>120</sup> In Germania, soltanto per fare un esempio, la misura massima dell'indennizzo per il lavoratore nel caso in cui il licenziamento venga dichiarato illegittimo è di 18 mensilità

Senza dimenticare che il datore di lavoro, anche nel caso di licenziamento collettivo ed a prescindere dall'accertamento giudiziale della sua illegittimità, è anche e già obbligato a versare all'INPS un ulteriore contributo (oltre a quello ordinario) per finanziare la NASpI, triplicato se la procedura non si conclude con un accordo sindacale<sup>121</sup>.

Del resto, è anche da tener conto che negli altri Paesi membri dell'Unione europea l'indennizzo previsto nel caso di violazione degli obblighi procedurali nel licenziamento collettivo è pressoché sempre (e spesso anche ampiamente) inferiore a quello previsto dalla legge italiana<sup>122</sup>.

Nel d.lgs. n. 23 del 2015, invece, la tutela indennitaria è prevista, oltretutto nella ipotesi di violazione delle procedure, anche in quella di violazione dei criteri di scelta<sup>123</sup>. Inoltre è diverso, ed è calcolato diversamente, l'importo dell'indennizzo. Come si è già ricordato, infatti, l'indennità è la stessa in entrambe le ipotesi ed è rapportata automaticamente all'anzianità di servizio (2 mensilità per ogni anno di servizio), con un minimo di 4 ed un massimo di 24 mensilità<sup>124</sup>.

Anche in questo caso mi pare che sia rispettato il principio della comparazione<sup>125</sup>. Per i nuovi assunti, infatti, il d.lgs. n. 23 del 2015 prevede:

---

di retribuzione, Cfr. *Licenziamenti: quadro comparato*, a cura di M. TIRABOSCHI, cit., 13. Sulla consistenza dell'importo e quindi la congruità della sanzione, vedi anche G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, cit., 555; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 68-69; L. NOGLER, *Crescita economica e riforma della disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 453, per cui si tratta di un importo elevato. Per V. FERRANTE, *Modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 282, non è da escludere che la misura del risarcimento previsto sia in alcune ipotesi anche eccedente rispetto al danno in concreto prodotto al lavoratore.

<sup>121</sup> Come si è già ricordato, cfr. l'art. 2, comma 35, legge n. 92 del 2012.

<sup>122</sup> Cfr., ad esempio, gli ordinamenti della Francia (cfr. G. CENTAMORE, *I licenziamenti in Francia*, cit., 59 ss.; *Licenziamenti: quadro comparato*, a cura di M. TIRABOSCHI, cit., 10-11); della Gran Bretagna, nel quale in caso di mancato rispetto della procedura l'indennità non può essere superiore a 90 giorni di retribuzione (cfr. L. RATTI, *I licenziamenti in Gran Bretagna*, cit., 143); e della Finlandia (cfr. F. CURCURUTO, *Licenziamenti collettivi in Europa: un rapido sguardo d'insieme*, cit., 186).

<sup>123</sup> Cfr., retro, par. n. 2.

<sup>124</sup> Per la compatibilità giuridica di tale criterio di calcolo della tutela indennitaria con il criterio della relazione con l'«anzianità di servizio» stabilito dalla legge delega n. 183 del 2014, vedi G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 71, il quale comunque «sul piano dell'opportunità» ritiene che, «pur mantenendo fermi gli importi minimi e massimi stabiliti, sarebbe stata forse preferibile una graduazione meno concentrata nel tempo».

<sup>125</sup> *Contra*, invece, vedi R. COSIO, *La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell'UE*, cit., 41.

da un lato, che nel caso di vizi sostanziali nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, sia riconosciuta al lavoratore la stessa indennità prevista nel caso di violazione delle procedure e dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo; d'altro lato, che nel caso di vizi formali e procedurali nel licenziamento individuale anche economico, sia riconosciuta al lavoratore una indennità pari ad una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, con un minimo di 2 ed un massimo di 12 mensilità.

Dunque anche in tal caso le sanzioni previste per i nuovi assunti nel caso di violazione dei criteri di scelta e di violazione delle procedure nel licenziamento collettivo sono analoghe (nel primo caso) o più favorevoli (nel secondo caso) di quelle previste dal diritto interno per violazioni «simili».

Ne discende che anche in tal caso il legislatore italiano ha tenuto conto nel complesso della maggiore rilevanza economica, sociale e sindacale che hanno i licenziamenti collettivi rispetto a quelli individuali (prevedendo una indennità più elevata nel caso di violazione degli adempimenti procedurali). Fermo restando che, secondo il diritto giurisprudenziale europeo, la comparazione deve essere effettuata tra violazioni «simili» per natura ed importanza<sup>126</sup>, quindi necessariamente diverse se pure affini.

Più difficile è stabilire se la sanzione economica prevista nel d.lgs. n. 23 del 2015 sia anche effettiva, adeguata e con capacità deterrente. Per come è strutturato il nuovo indennizzo, i problemi maggiori si pongono per i lavoratori che hanno pochi anni di anzianità di servizio. Per costoro, infatti, l'indennità potrebbe non superare le 4, 6 o 8 mensilità (rispettivamente con 1 o 2 anni, 3 anni e 4 anni di servizio).

In questi casi, in effetti, si pone con più forza il dubbio sulla effettività, adeguatezza e capacità dissuasiva della sanzione<sup>127</sup>.

Al riguardo, non credo sia giuridicamente risolutiva l'argomentazione che pure è stata utilizzata da una parte della dottrina secondo cui certamente non potrebbe qualificarsi come effettiva una sanzione indennitaria pari a 4 mensilità della retribuzione nell'ipotesi di violazione dei criteri di scelta da parte di una multinazionale che opera sul mercato globale<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> Cfr. Corte gius. Ce, 8 giugno 1994, causa C-383/92, cit.

<sup>127</sup> Sulla probabilità che eventuali ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale «aggrederanno questo profilo», cfr. R. DEL PUNTA, *I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro*, cit., 11. Come subito dimostrato, infatti, dall'ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017, su cui vedi per approfondimenti, *infra*, nt. 139.

<sup>128</sup> In tal senso, vedi R. COSIO, *La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell'UE*, cit., 42; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, cit., 437, per cui l'importo dell'indennità è di «risibile entità (almeno per le imprese più grandi)». Ritengono che le sanzioni siano troppo esigue o modeste per essere effettivamente dissuasive anche

Se si adotta questo criterio di valutazione, infatti, per la multinazionale che opera sul mercato globale molto probabilmente non sarebbe effettiva (né avrebbe capacità di dissuasione) neppure una sanzione di importo anche notevolmente superiore. Mentre è realistico ritenere che anche una sanzione pari a 4, 6 od 8 mensilità possa avere effetto deterrente nei confronti di un datore di lavoro di piccole e medie dimensioni economiche, specie se in situazione di difficoltà.

Per questo in assenza di parametri predefiniti forse, più della dimensione delle imprese o della loro potenzialità economica (o anche della situazione del mercato del lavoro locale), è utile fare riferimento piuttosto, ed anche in tal caso, al parametro più oggettivo della comparazione con le legislazioni degli altri Paesi membri dell'Unione europea.

E da un esame comparato risulta che in quei Paesi l'indennizzo in caso di violazione delle procedure e/o dei criteri di scelta (ove previsti) è spesso calcolato con modalità simili a quelle italiane<sup>129</sup>, e anche l'importo

M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, cit., 116; G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, cit., 99; M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, cit., 50; R. VOZA, *Licenziamenti illegittimi e reintegrazione: le nuove mappe del Jobs Act*, cit., 581, secondo cui il pagamento dell'indennità (se pure riferito al licenziamento individuale) rappresenta per la grande e grandissima impresa «meno di una puntura di spillo». Dubbi sull'effetto deterrente sono espressi anche da M. CINELLI, «Salute» e «occupazione» nell'attuale quadro normativo del Jobs Act: alcune considerazioni, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 443, e A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 419, per il quale il regime sanzionatorio apprestato dal legislatore non sembra «rispondere ai canoni di effettività e congruità dell'indennizzo rispetto al danno patito di cui agli artt. 30 della Carta di Nizza e 24 della Carta sociale europea». Infine, giudizi molto netti sono espressi anche da V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, cit., 134 ss., secondo cui l'indennità è «del tutto irrisoria» e «completamente inadeguata», da L. MARIUCCI, *Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2015, 215, secondo cui la penale è di «contenuto modesto se non irrisorio», da F. BUFFA, *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, cit., 571, secondo cui la misura ridotta dell'indennità risulta essere «irrisoria e financo offensiva, comunque priva in buona parte di efficacia dissuasiva e riparatoria effettiva», da G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, cit., 91, 94, 96 e 109, secondo cui le sanzioni sono «debolissime», «minimali», «quasi irrilevanti», «effimere», «scarsamente dissuasive», e da S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, cit., 4, secondo cui l'indennità risarcitoria è in certi casi «davvero irrisoria», e quindi inidonea a garantire una minima effettività risarcitoria.

<sup>129</sup> Cfr., ad esempio, l'ordinamento francese (cfr. G. CENTAMORE, *I licenziamenti in Francia*, cit., 59 ss.) e quello spagnolo (cfr. C. PEDERZOLI, *I licenziamenti in Spagna*, cit., 204 ss.; I. BAJO GARCIA, *Aspetti sostanziali e processuali del licenziamento collettivo nell'ordinamento spagnolo*, cit., 85).

minimo raramente è pari o superiore all'importo minimo previsto dalla legge italiana<sup>130</sup>.

Non va poi trascurato di considerare che la direttiva 98/59/CE consente che i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare possano essere individuati anche direttamente dal datore di lavoro, ponendo come obbligo soltanto che essi vengano preventivamente comunicati ai rappresentanti dei lavoratori<sup>131</sup>. Mentre nella nostra legislazione più protettiva il datore di lavoro non è libero di individuare discrezionalmente i lavoratori da licenziare dovendo concordare i criteri di scelta con i sindacati o applicare quelli previsti dalla legge.

Ed allo stesso modo nella valutazione assume rilevanza anche il fatto che l'importo dell'indennizzo è ridotto soltanto nei casi in cui il lavoratore abbia un'anzianità di servizio molto limitata, ossia in casi particolari in cui il legislatore ritiene che l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro sia meritevole di una tutela meno intensa<sup>132</sup>.

Inoltre l'importo dell'indennizzo è stato determinato, da un lato, tenendo conto anche della finalità di promozione dell'occupazione (stabile o più stabile) mediante una minore rigidità del sistema sanzionatorio<sup>133</sup>, nonché del contestuale rafforzamento della posizione del lavoratore nel mercato del lavoro (in termini sia di diritti che di servizi)<sup>134</sup>. E dall'altro lato, non è escluso che il legislatore abbia anche tenuto conto delle conseguenze che la

<sup>130</sup> È invece inferiore, ad esempio, in Gran Bretagna (cfr. L. RATTI, *I licenziamenti in Gran Bretagna*, cit., 143).

<sup>131</sup> Cfr., *retro*, cap. III, par. n. 1 e cap. II, par. n. 3.

<sup>132</sup> Del resto, va anche considerato che in altri Paesi membri dell'Unione europea anche tra i più evoluti, l'indennizzo in caso di violazione di obblighi procedurali e sostanziali nel licenziamento collettivo è escluso (e non soltanto ridotto) se il lavoratore ha una anzianità di servizio inferiore a 2 anni. Ad esempio, è così in Francia (cfr. G. CENTAMORE, *I licenziamenti in Francia*, cit., 83; K. FIORENZA, *La circolazione dei modelli rimediali nel licenziamento europeo*, cit., 173) e in Gran Bretagna (cfr. L. RATTI, *I licenziamenti in Gran Bretagna*, cit., 140 ss.; K. FIORENZA, *La circolazione dei modelli rimediali nel licenziamento europeo*, cit., 172).

<sup>133</sup> Obiettivo prioritario che la stessa legge n. 92 del 2012 non era riuscito a realizzare come dimostrato anche dal fatto che le nuove assunzioni si erano concentrate prevalentemente nell'area del lavoro a tempo determinato. Cfr. G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 71.

<sup>134</sup> Cfr., *retro*, cap. I, par. n. 4. Ed al fine di valutare l'effetto dissuasivo, assume rilevanza anche il fatto che nell'ordinamento italiano, come si è già più volte ricordato, il datore di lavoro al momento del licenziamento è anche tenuto a corrispondere all'INPS un contributo di importo non irrilevante per finanziare il trattamento di disoccupazione, con conseguente aumento per il datore di lavoro del costo complessivo del licenziamento.

previsione di una tutela soltanto economica avrà sul regime di decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro.

È assai probabile infatti che in futuro, ridotta la stabilità del rapporto di lavoro<sup>135</sup>, la prescrizione di quei crediti decorra soltanto dalla cessazione di esso<sup>136</sup>. Con la conseguenza che, permanendo nel corso del rapporto di lavoro il timore di licenziamento, il lavoratore potrà attenderne la fine per rivendicare i suoi diritti retributivi, incrementando così i problemi gestionali e le incertezze per i datori di lavoro. Come è stato già affermato, quasi una sorta di «fisiologico contrappeso» al forte ridimensionamento delle sanzioni<sup>137</sup>.

Infine, sempre allo scopo di valutare il carattere realmente dissuasivo del sistema di tutele predisposto dalla nuova disciplina, non può non assumere rilievo anche la constatazione che ancor'oggi le imprese preferiscono assumere con contratto a termine, pur se tale contratto è più oneroso economicamente di quello a tempo indeterminato (il che dimostra come anche dopo la riforma del 2015 le tutele applicabili in caso di licenziamento siano ancora, o comunque siano considerate ancora, in qualche misura «dissuasive»)<sup>138</sup>.

Tutte le considerazioni che precedono, specie se esaminate nel loro complesso, sembrerebbero far pendere anche in tal caso per una valutazione di

<sup>135</sup> Cfr. Corte cost., 12 dicembre 1972, n. 174, per l'individuazione del grado di stabilità o resistenza ritenuto necessario per escludere il timore di licenziamento e consentire l'esercizio dei diritti retributivi in corso di rapporto.

<sup>136</sup> In questo senso, vedi tra gli altri V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, spec. 556 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 61-62; S. MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in *Giur. it.*, 2013, 884 ss.; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, 244. E nello stesso senso è anche il primo (sia pure ancora necessariamente provvisorio) riscontro giurisprudenziale: cfr. Trib. Milano, 16 dicembre 2015, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 571 ss., con il commento di V. MAIO, *Ancora su stabilità e metus dopo le recenti riforme dei licenziamenti ed una prima sentenza* (559 ss.). Sulla stessa sentenza, vedi anche il commento adesivo di A. VALLEBONA, *Prescrizione dei crediti retributivi nel rapporto instabile*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 207 ss., e di V. PINTO, *Nuovi rimedi per i licenziamenti illegittimi e diritto vivente nella prescrizione dei crediti retributivi*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, 415 ss. Vedi inoltre, sempre nello stesso senso, Trib. Torino, 25 maggio 2016, n. 1021, e Trib. Milano, 29 settembre 2016, entrambe in *Dir. rel. ind.*, 2017, 850. In senso contrario invece, vedi Trib. Milano, 7 ottobre 2016, n. 2576, anch'essa in *Dir. rel. ind.*, 2017, 850.

<sup>137</sup> Cfr. V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, cit., 558, anche per la citazione tra virgolette nel testo.

<sup>138</sup> In tal senso, cfr. già G. PROIA, *Commento all'ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017*, in corso di pubblicazione su *Riv. it. dir. lav.*, 2017.

congruità dell'indennizzo e quindi di conformità al diritto dell'Unione europea. E per le stesse ragioni, e pur consapevoli che il giudizio di adeguatezza è inevitabilmente caratterizzato da un alto tasso di incertezza, la quantificazione dell'indennità sembra non contrastare neppure, e prima ancora, con i vincoli e le norme costituzionali<sup>139</sup>. Anche nell'ordinamento interno, infatti, non vi sono parametri e criteri di determinazione dell'indennità spettante in caso di licenziamento anche collettivo illegittimo, e quindi al legislatore è riconosciuto al riguardo un ampio margine di discrezionalità.

Tuttavia restano alcune incongruenze nella determinazione della misura dell'indennità che producono differenze di trattamento irrazionali, o che comunque faticano a trovare una giustificazione ragionevole. Come ad esempio e soprattutto, quella che si verifica nell'ambito dei nuovi assunti tra i dirigenti e le altre categorie di lavoratori subordinati.

Come si è già avuto modo di mettere in evidenza, infatti, per effetto della nuova disciplina i dirigenti paradossalmente risultano essere nel complesso più tutelati rispetto agli operai, impiegati e quadri nel caso di licenziamento collettivo illegittimo per quanto riguarda l'importo e la quantificazione dell'indennizzo spettante<sup>140</sup>.

<sup>139</sup> Con ordinanza del 26 luglio 2017, il Tribunale di Roma ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015 (ma con probabile impatto anche sugli artt. 9 e 10, e quindi anche sul regime applicabile ai licenziamenti collettivi) per contrasto con gli artt. 3, 4, 35, 76 e 117, comma 1, della Costituzione, ritenendo che la sanzione economica prevista per il licenziamento illegittimo sia «inadeguata», non abbia carattere «compensativo» e «dissuasivo», ed abbia invece «conseguenze discriminatorie». In particolare, il Tribunale ha ritenuto l'importo dell'indennità risarcitoria previsto dalle norme del *Jobs act* «irrisorio», «modesto ed evanescente», al punto da costituire «quasi un ripristino di fatto della libertà assoluta di licenziamento». Per critiche in larga parte condivisibili ai contenuti di tale ordinanza, ed in attesa della decisione della Corte costituzionale, vedi i primi commenti di P. ICHINO, *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti. Un primo commento a caldo dell'ordinanza*, pubblicato sul sito [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it) il 4 agosto 2017, unitamente al testo dell'ordinanza, F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione su *Lav. giur.*, 2017, e G. PROIA, *Commento all'ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017*, cit. Esprimono dubbi sull'adeguatezza del risarcimento anche C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, cit., 398 ss. e 408 ss., e M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act*, cit., 327, secondo cui (riferito al licenziamento in generale) era forse preferibile «modulare l'indennizzo in una componente fissa legata all'anzianità di servizio del lavoratore ed in una componente variabile, quantificata dal Giudice alla luce del caso concreto preso in considerazione».

<sup>140</sup> Cfr., *retro*, par. nn. 3 e 4. Per la irragionevole disparità di trattamento nella quantificazione dell'indennizzo tra dirigenti e lavoratori privi di tale qualifica assunti dopo il 7 marzo 2015, vedi anche le considerazioni di Trib. Roma, 26 luglio 2017, cit.

7. *Licenziamento collettivo, esigenze dell'impresa e interessi dei lavoratori. La rilevanza del contesto storico di riferimento e dell'interesse pubblico generale*

In materia di licenziamenti collettivi, con le riforme degli anni 2012-2015 il legislatore ha dunque puntato tutto sulle sanzioni.

All'inizio dell'indagine si è posto l'interrogativo se la nuova disciplina dei licenziamenti collettivi fosse in grado di realizzare gli obiettivi perseguiti dal legislatore<sup>141</sup>. Non soltanto ridurre il contenzioso, ma soprattutto temperare diversamente le esigenze dell'impresa e gli interessi dei lavoratori ridisegnando gli equilibri sostanziali all'interno del rapporto di lavoro (parsi in questi anni, almeno in tale materia, troppo sbilanciati a favore del lavoratore).

Con la riduzione delle sanzioni, il legislatore ha perseguito innanzitutto l'obiettivo di ridurre il contenzioso, essenziale per garantire il buon funzionamento della giustizia.

O meglio concorrere a ridurre il contenzioso, in quanto lo stesso obiettivo è stato perseguito anche con l'adozione di ulteriori istituti e strumenti di vario tipo (diretti e indiretti), probabilmente ancora più incisivi ed efficaci della stessa modifica dell'apparato sanzionatorio (come ad esempio e soprattutto, l'aumento dei costi fiscali del processo del lavoro, con il contributo unificato oltretutto raddoppiato a carico del soccombente in appello, e la disciplina più stringente sulle spese processuali)<sup>142</sup>.

Dai dati disponibili relativi al periodo 2012-2016<sup>143</sup>, risulta che effettivamente le cause in materia di licenziamento collettivo sono fortemente diminuite (sia quelle iscritte a ruolo che quelle definite). La diminuzione è, peraltro, generalizzata avendo riguardato tutti i procedimenti giudiziari in materia di lavoro, ed in particolare quelli in materia di licenziamenti e contratti a termine.

<sup>141</sup> Cfr., *retro*, cap. I, par. n. 2 ss.

<sup>142</sup> Sull'insieme di tali misure e per il conseguente problema dell'accesso alla giustizia per i lavoratori che esse (o alcune di esse) producono (o potrebbero produrre), vedi L. DE ANGELIS, *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso*, in *Labor*, 2016, 61 ss.; L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, cit., 604; G. MELIADÒ, *Il processo del lavoro e la sua crisi: cause e rimedi*, in *Labor*, 2016, 71 ss. Per la riduzione dello spazio della giurisdizione, vedi anche R. ROMEI, *L'accesso alla giustizia del lavoro dal garantismo alle tecniche deflattive*, in *Labor*, 2016, spec. 83 ss., e R. DE LUCA TAMAJO, *Il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro: luci e ombre di una attitudine creativa*, cit., 819. Vedi infine anche, *retro*, cap. I, par. n. 2.

<sup>143</sup> Si fa riferimento ai dati del Ministero della Giustizia, reperiti e resi pubblici dal prof. Ichino, gli unici al momento disponibili al riguardo. Cfr. P. ICHINO, *Licenziamenti, crolla il contenzioso*, in *Corriere della Sera*, 18 febbraio 2017, con relative tabelle pubblicate.

È ragionevole ipotizzare che sulla riduzione del contenzioso nei licenziamenti collettivi abbiano influito in qualche modo anche le riforme in senso peggiorativo delle sanzioni (se pure non è facile stabilire in che misura). Non pare dubitabile, infatti, che anche l'aver ridotto «la posta in gioco»<sup>144</sup> abbia quantomeno concorso a ridurre la propensione dei lavoratori ad impugnare giudizialmente anche il licenziamento per riduzione di personale.

Come si è già detto, però, la sensazione è che l'obiettivo primario del legislatore sia stato quello di realizzare anche nella materia dei licenziamenti collettivi un temperamento più equilibrato tra le esigenze di flessibilità dell'impresa e gli interessi dei lavoratori per la necessità ritenuta di interesse generale di sostenere innanzitutto l'intero sistema produttivo e l'economia nazionale in un periodo di crisi, o comunque ancora di scarsa crescita<sup>145</sup>.

Da questo punto di vista, e pur consapevoli che anche nel licenziamento collettivo le sanzioni costituiscono «la chiave di volta dell'intera disciplina»<sup>146</sup>, la scelta del legislatore di limitare il proprio intervento quasi esclusivamente ai profili sanzionatori desta perplessità.

Beninteso, mi pare sia innegabile che in passato nella materia dei licenziamenti collettivi norme e orientamenti giurisprudenziali abbiano determinato un eccesso di protezione della stabilità del posto di lavoro rispetto alle esigenze di flessibilità delle strutture aziendali. Pertanto, in un periodo di epocali trasformazioni economiche, sociali e giuridiche, il progressivo superamento della reintegrazione e la sua sostituzione con l'indennizzo economico appaiono scelte giustificate e razionali, oltretutto più coerenti con la stessa disciplina interna ed europea dei licenziamenti collettivi.

Basti considerare che l'aver posto la tutela indennitaria come regola nel caso di licenziamento collettivo illegittimo allinea l'Italia alle legislazioni della maggior parte dei Paesi europei<sup>147</sup>, così rendendo anche meno decisiva per il

<sup>144</sup> Cfr. P. ICHINO, *Licenziamenti, crolla il contenzioso*, cit.

<sup>145</sup> Cfr., *retro*, cap. I, par. n. 2. Sulla finalità di «riaggiustamento» di un sistema che non garantisce più un bilanciamento equilibrato tra art. 4 e art. 41, comma 1, della Costituzione, vedi B. CARUSO, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, cit., 16. In particolare sulla compressione dell'interesse dell'impresa all'allineamento tra effettivo fabbisogno di personale e personale in carico, vedi P. TOSI, *Lo Statuto dei lavoratori (40 anni dopo) tra garantismo e competitività*, cit., 15 ss.

<sup>146</sup> Così L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, cit., 434.

<sup>147</sup> In generale, sui processi di adattamento del diritto interno dei singoli Paesi membri alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e per alcune problematiche che tali complessi processi in atto pongono, vedi soprattutto G. PROIA, *Lavoro e Costituzione europea*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 519 ss. In argomento, più di recente, vedi anche G.

datore di lavoro (almeno sotto questo pur limitato aspetto) la collocazione geografica dell'impresa<sup>148</sup>.

Del resto si è visto anche come, nell'epoca della globalizzazione e quindi di un mercato altamente concorrenziale, sia sempre più difficile, e forse illusorio, difendere la sicurezza dei lavoratori essenzialmente e soltanto con la difesa ad oltranza del posto di lavoro garantita dalla reintegrazione<sup>149</sup>.

La stessa crisi economica, infatti, costringe sempre più spesso le imprese a conseguire maggiore produttività per restare competitive sul mercato anche con riduzioni di personale. In tale fase storica è quindi probabilmente più efficace, o comunque necessario, affrontare i processi di trasformazione delle imprese tentando di rafforzare la tutela della persona del lavoratore soprattutto al di fuori del rapporto di lavoro, e cioè nella fase della ricerca di una occupazione o di una nuova occupazione.

Se mai ciò che preoccupa, oltre alla concreta predisposizione di adeguate misure di tutela del lavoratore sul mercato del lavoro per la carenza di risorse<sup>150</sup>, è la coesistenza ancora per moltissimi anni di due regimi diversificati di tutela contro il licenziamento collettivo illegittimo<sup>151</sup>.

Inevitabilmente tale coesistenza produrrà per il datore di lavoro ancora più confusione e incertezze, fattori che incidono anch'essi sulla capacità dell'impresa di competere sul mercato, e per il lavoratore differenze di trattamento a volte difficilmente comprensibili<sup>152</sup>. In particolare il datore di lavoro sarà chiamato a gestire ulteriori complessità applicative nell'ambito di una procedura legale e di criteri di scelta che già di per sé sono ancora estremamente complessi<sup>153</sup>.

---

BRONZINI, *Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT, n. 118/2015, 1 ss., ed il volume *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, a cura di B. Caruso e G. Fontana, cit.

<sup>148</sup> Sull'obiettivo della stessa direttiva 98/59/CE di procedere ad una armonizzazione pur parziale delle procedure di licenziamento collettivo, vedi più ampiamente, *retro*, cap. II, par. n. 6.

<sup>149</sup> Non si può nascondere infatti che, «nella misura in cui le nuove organizzazioni si caratterizzano per un maggiore grado di esposizione ed adattamento al mercato, il fronte di resistenza contro il licenziamento tende ad uscirne capillarmente indebolito». Così, per la presa d'atto del contesto economico di riferimento, R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, cit., 718-719.

<sup>150</sup> Cfr., *retro*, cap. I, par. n. 4.

<sup>151</sup> Cfr., *retro*, par. n. 3.

<sup>152</sup> In tal senso, cfr. già G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 62.

<sup>153</sup> Nel senso che la duplicità di regime sanzionatorio determinerà «maggiori problemi di funzionalità» nella gestione delle procedure di riduzione di personale, cfr. anche e già

Ma ciò che desta maggiori perplessità sono senz'altro i non interventi del legislatore in materia di procedura legale e soprattutto di criteri di scelta<sup>154</sup>.

Restano così in tali ambiti assai delicati norme incerte che producono regole altrettanto incerte. Restano, cioè, irrisolte questioni fondamentali. Anche per la concorrente responsabilità della giurisprudenza che in questi anni, come si è già ricordato più volte, non ha saputo svolgere la sua necessaria opera di razionalizzazione così contribuendo anch'essa a rendere di fatto estremamente complicati ed onerosi i licenziamenti per riduzione di personale<sup>155</sup>.

Pur consapevoli, infatti, che la stabilità degli orientamenti giurisprudenziali sia un obiettivo certamente difficile da raggiungere in un contesto come quello attuale caratterizzato non soltanto da interventi legislativi continui e spesso disorganici ma anche dalla necessità di coordinare tra di loro una pluralità di fonti e ordinamenti giuridici diversi, si deve prendere atto che la giurisprudenza in materia il più delle volte non ha saputo fornire criteri di interpretazione delle norme legislative se non stabili, almeno dotati di un grado di certezza minimale (o per dirla con Luigi Mengoni, di «tollerabile incertezza»<sup>156</sup>).

Per i datori di lavoro quindi tali mancati interventi rischiano di pesare ancora di più di quelli effettuati sulle sanzioni pur rese meno gravose. Resta, infatti, una utopia per il datore di lavoro procedere a licenziamenti collettivi adempiendo a tutti gli obblighi previsti dalla procedura legale e

---

M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, cit., 9. Ne ridimensiona le criticità invece, B. CARUSO, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, cit., 13 ss.

<sup>154</sup> In senso critico sulla portata «assai limitata» delle novità legislative che hanno riguardato la procedura di licenziamento collettivo, vedi anche M. MARAZZA, D. DE FEO, *I licenziamenti collettivi*, cit., 386. Si tratta di modifiche marginali agli obblighi procedurali, o comunque innovazioni modeste, anche per P. SORDI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 349, e V. FERRANTE, *Modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 271 ss., il quale lamenta anche l'assenza di misure di irrobustimento delle politiche attive del lavoro, anche coinvolgendo le stesse imprese (278 s.).

<sup>155</sup> Di diverso avviso è invece R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, cit., 473, secondo cui anche nella materia del licenziamento collettivo la giurisprudenza precedente le ultime riforme avrebbe raggiunto «un discreto grado di stabilizzazione», tale da «ridurre il livello di incertezza». In realtà, come si è tentato di illustrare nel dettaglio nei capitoli precedenti, il grado di stabilizzazione raggiunto dagli orientamenti giurisprudenziali in tale materia (almeno sulla procedura e sui criteri di scelta) appare tutt'altro che «discreto» e il livello di incertezza nel suo complesso tutt'altro che «ridotto», ma anzi, se mai, accresciuto. Cfr., *retro*, cap. II (par. n. 7 ss.) e cap. III.

<sup>156</sup> Cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 3 ss., ora anche in ID., *Diritto e valori*, cit., 53, da cui si cita.

soprattutto individuando e poi applicando correttamente i criteri di scelta siano essi legali o contrattuali<sup>157</sup>.

Né il forte ridimensionamento delle sanzioni (in ogni caso destinato ad incidere soprattutto per il futuro)<sup>158</sup> può giustificare la scelta di non aver semplificato ulteriormente la procedura e soprattutto reso finalmente chiaro come il datore di lavoro debba prima individuare e poi applicare i criteri di scelta. L'esclusione della tutela reale, infatti, non ha reso meno urgente la risoluzione di tali problemi. Così come non può costituire una giustificazione per il legislatore l'indubbia complessità tecnica di alcuni di quegli interventi.

L'ordine delle priorità è stato invertito dal legislatore che non ha adeguatamente considerato che l'esigenza primaria della maggior parte delle aziende (specie di quelle di minori dimensioni economiche) è quella di procedere se necessario a licenziamenti collettivi nel pieno rispetto della legge, e non quella di subire conseguenze sanzionatorie meno pesanti nella quasi certezza di non riuscire a procedere a licenziamenti collettivi nel pieno rispetto della legge. Per il datore di lavoro ancora più importante della riduzione e della predeterminazione dei costi del licenziamento collettivo illegittimo, è infatti la possibilità di non sostenere necessariamente quei costi procedendo a licenziamenti collettivi che siano legittimi.

Ed è anche questa la ragione per cui (almeno nella materia dei licenziamenti collettivi)<sup>159</sup> non sembrano trasponibili nel nostro ordinamento le teorie di matrice economica ed ispirate dal metodo dell'analisi economica

---

<sup>157</sup> E restano quindi sempre attuali le considerazioni di G. PERA, *Licenziamento, per riduzione del personale, dei lavoratori prossimi al pensionamento*, cit., 383 ss., il quale, riferito ai tre criteri di scelta legali che debbono operare in concorso, afferma che «sulla base della mia esperienza professionale, è questo il dramma delle nostre imprese che denunciano in proposito gravissime difficoltà».

<sup>158</sup> Dunque, con effetti (migliorativi o peggiorativi che siano) che ad oggi non sono prevedibili e che soltanto tra circa un ventennio sarà possibile valutare, o iniziare a valutare. In tal senso, riferito all'intera riforma del *Jobs act*, cfr. R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, cit., 2. Per la sospensione del giudizio complessivo sulle recenti riforme, vedi anche M. RICCI, *Le politiche del lavoro del governo Renzi*, cit., 234 ss., in attesa di poterne verificare, trascorso un certo lasso temporale, il tasso di effettività e i risultati concreti.

<sup>159</sup> Ed anche a prescindere da ogni questione sulla compatibilità con la normativa dell'Unione europea di un eventuale regime di tutela dei licenziamenti economici fondato su un sistema di cd. *firing cost*. Su tale questione giuridica ed anche per le diverse posizioni della dottrina, vedi in particolare L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, cit., 61 ss. Cfr. anche la nota che segue per ulteriori riferimenti.

del diritto che, eliminando ogni controllo giudiziale sul licenziamento economico, sono volte a consentire all'imprenditore di risolvere automaticamente il rapporto sostenendo sempre il costo finanziario del licenziamento prestabilito dal legislatore (e dunque pure nei casi in cui il recesso sarebbe giustificato e perciò legittimo)<sup>160</sup>.

Davvero quindi il legislatore ha perso un'occasione per fare definitivamente chiarezza intervenendo sistematicamente sull'intera disciplina dei licenziamenti collettivi<sup>161</sup>. Sempre salvaguardando l'autonomia concettuale e la specialità di quella disciplina, ma risolvendo almeno i problemi giuridici e applicativi più complicati ed incerti che sono stati oggetto di approfondimento nel presente saggio.

Tanto più ove si consideri che uno dei criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 183 del 2014 in materia di adempimenti e procedure a carico del datore per la gestione del rapporto di lavoro era proprio quello della «semplificazione, anche mediante norme di carattere interpretativo, o abrogazione delle norme interessate da rilevanti contrasti interpretativi, giurisprudenziali o amministrativi»<sup>162</sup>.

<sup>160</sup> Si tratta della nota teoria di predeterminazione fissa del costo di separazione (cd. *firing cost*) senza alcun controllo giudiziale, riconducibile in particolare alla proposta di riforma dei sistemi di *Employment Protection* elaborata dagli economisti francesi Olivier Blanchard e Jean Tirole. Al riguardo, vedi O. BLANCHARD, J. TIROLE, *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 161 ss. Per un confronto di tale proposta in termini di analogie e differenze con la riforma italiana del *Jobs act*, vedi P. POTESTIO, *Employment Protection e assicurazione contro la disoccupazione: dal modello di Blanchard e Tirole al Jobs Act*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 140 ss. In Italia, vedi soprattutto le proposte e gli scritti di P. ICHINO, e in particolare *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, cit., 126 ss.; *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 473 ss.; *Il contratto di lavoro*, cit., spec. 436 ss. (con riferimento al licenziamento collettivo, spec. 552); *Le questioni aperte in materia di licenziamento per motivo oggettivo*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 884 ss.; *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, cit., 211 ss. Ma vedi anche E. GHERA, *Il contratto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, cit., 704. In ogni caso, sulle difficoltà che avrebbe il legislatore nello stabilire i parametri per la determinazione di equilibrati *firing costs*, vedi M. NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit., 994.

<sup>161</sup> Si condividono quindi le critiche di metodo di quella parte della dottrina che imputano al legislatore l'assenza di sistematicità e la parzialità nelle riforme della disciplina dei licenziamenti collettivi. Cfr. soprattutto G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, cit., 188 ss., e P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, cit., 262. Vedi anche, *retro*, cap. I, par. n. 5.

<sup>162</sup> Cfr. art. 1, comma 6, lett. b), legge n. 183 del 2014. Su cui, vedi in particolare F. CARINCI,

Peraltro, agendo prima sulla certezza delle regole da applicare per procedere a licenziamenti collettivi, lo stesso intervento sulle sanzioni pur anch'esso necessario avrebbe potuto anche prevedere indennizzi diversi e meglio calibrati, ed al limite anche più elevati, rispetto a quelli stabiliti. Il che avrebbe contribuito a ridurre le principali tensioni che si sono concentrate oltreché sulla eliminazione della reintegrazione anche e proprio sull'importo e la quantificazione degli indennizzi<sup>163</sup>. Ed anzi, una volta reso più semplice per il datore di lavoro il rispetto delle regole per ridurre il personale in esubero, avrebbe avuto anche più senso sanzionare l'eventuale mancato rispetto di quelle regole con maggiore severità (perlomeno in alcune ipotesi).

Per queste ragioni l'impressione è che il legislatore con le ultime riforme non sia riuscito a perseguire del tutto l'obiettivo primario che si era prefissato, ovvero realizzare anche nella cruciale materia dei licenziamenti collettivi un diverso bilanciamento tra le esigenze di libertà dell'iniziativa economica e del mercato (con i connessi valori di efficienza, produttività e competitività delle imprese) e gli interessi individuali e collettivi dei lavoratori, con un riequilibrio a favore del datore di lavoro del potere di ridurre il personale per motivi organizzativi.

E ciò evidentemente nella convinzione che, nella complessa realtà economica e sociale attuale<sup>164</sup>, il raggiungimento di quell'obiettivo sia strumentale e più funzionale al perseguimento (non tanto, o non soltanto, delle esigenze delle imprese ma) innanzitutto e soprattutto dei superiori interessi pubblici generali.

---

Jobs act, *atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, spec. 11.

<sup>163</sup> Cfr., *retro*, par. n. 6.

<sup>164</sup> Sulla necessità imprescindibile di valutare e quindi considerare sempre il contesto storico e la realtà in cui ogni intervento normativo si inserisce, vedi soprattutto B. CARUSO, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, cit., 6. Ma vedi anche, *retro*, cap. I, par. n. 6, per ulteriori riferimenti.

