

Numero 2 / 2019

(estratto)

Giuseppe Ianniruberto

**Gli effetti dell'omessa indicazione dei criteri di
scelta sulla legittimità dei licenziamenti collettivi.**

Gli effetti dell'omessa indicazione dei criteri di scelta sulla legittimità dei licenziamenti collettivi.

Giuseppe Ianniruberto

già Presidente titolare della sezione lavoro della Cassazione

1. Il caso, esaminato dalla sentenza in commento, riguarda una società, che, adducendo a giustificazione del licenziamento collettivo la completa cessazione dell'attività, di fatto la proseguiva – sia pure con una sensibile riduzione della stessa – anche successivamente alla chiusura della procedura di licenziamento collettivo. Nella specie risultava anche che la società aveva provveduto a riassumere con contratti a termine alcuni lavoratori già licenziati e ad assumerne altri, per rispettare entro le scadenze previste, gli impegni produttivi assunti in precedenza. Alla luce degli elementi acquisiti, il giudice di appello ravvisava una simulata cessazione dell'attività, in virtù della quale si produceva una irregolarità nella procedura di licenziamento e la sua conseguente illegittimità, per non essere stato rispettato quanto prescritto dalla l. 23 luglio 1991 n. 223 e, più specificamente, per la mancata indicazione (e conseguente applicazione) dei criteri sulla base dei quali scegliere i lavoratori da licenziare.

Nel ribadire che la finalità della cadenza procedimentale è quella di consentire il controllo sindacale sulla decisione del datore di risolvere in tutto o in parte i rapporti di lavoro - individuando eventualmente le posizioni di coloro che sono in possesso delle competenze necessarie per l'espletamento delle operazioni di liquidazione -la Cassazione ha ricondotto la fattispecie della mancata predeterminazione dei criteri di scelta all'ipotesi di violazione degli stessi, precisando che nella situazione in esame, si era verificato “un difetto ontologico del recesso”, sanzionato con la reintegrazione nel posto di lavoro e, quindi, con l'applicazione della disciplina di cui all'art. 18 comma 4 l. 20 luglio 1970 n.300, come modificato dalla legge 28 giugno 2012, n.92.

2. Orbene, al di là della soluzione accolta, sicuramente da condividere, dalle parole che si leggono nella motivazione, si evince un pensiero, sul quale è il caso di svolgere alcune riflessioni, perché, in maniera del tutto analoga ad altri istituti del diritto del lavoro, la disciplina del licenziamento collettivo ha subito negli ultimi anni varie modificazioni, per cui – anche in questo caso – si può convenientemente parlare di un “cantiere sempre aperto”.

In mancanza di una legge *ad hoc*, la prima disciplina si ebbe con l'accordo 20 dicembre 1950, per mezzo del quale le parti sindacali introdussero una regolamentazione che, a seguito della delega riconosciuta con la l. 14 luglio 1959, n. 741, si tentò di rendere efficace *erga omnes* con il d.P.R. 14 luglio 1960, n. 1019: questo tentativo non ebbe fortuna perché non superò il vaglio di costituzionalità della Corte costituzionale¹ che da un lato ne dichiarò l'illegittimità per eccesso di delega, per aver regolamentato un intervento spettante alle organizzazioni sindacali, dall'altro ritenne corretta la disciplina relativa all'onere di motivazione, ai criteri di scelta ed al diritto alla riassunzione del lavoratore licenziato.

Sulla base di tale premessa la Cassazione² stabilì che nel caso in cui l'imprenditore industriale non si fosse attenuto alla procedura prevista dagli accordi interconfederali sui licenziamenti collettivi per riduzione del personale, il licenziamento doveva considerarsi individuale.

In proposito si ebbe anche l'intervento delle Sezioni Unite³ le quali affermarono che il licenziamento collettivo, fondato su una ristrutturazione aziendale con riduzione di personale, adeguatamente motivato e portato a conoscenza delle controparti oggetto della soppressione di posti di lavoro, integrava una fattispecie autonoma di recesso motivato del datore di lavoro, alla quale non era applicabile la disciplina del licenziamento individuale dettata dalla legge 15 luglio 1966 n. 604, né l'art 18 della legge

¹ Corte cost. 8 febbraio 1966, n. 8, in *Foro it.* 1967, I, 15.

² Cass. 11 giugno 1971, n. 1784, in *Mass.giur.lav.*, 971, 516.

³ Cass.sez.un. 27 febbraio 1979, n. 1270, in *Foro it.*, 1979, I, 605.

20 maggio 1970 n.300 sulla reintegrazione del dipendente licenziato. In siffatta situazione, in mancanza delle procedure di consultazione sindacale, il licenziamento andava considerato come individuale.

La tesi venne ripresa dalla successiva giurisprudenza⁴, che nel rimarcare la differenza tra la fattispecie del licenziamento individuale e quella del licenziamento collettivo, l'uno determinato da motivi inerenti la persona del lavoratore e l'altro da scelte imprenditoriali di carattere dimensionale, ritenne che non era possibile il concorso dei rispettivi rimedi, ma soltanto la verifica *a posteriori* dell'effettiva inquadrabilità di ogni singola e concreta fattispecie fra i licenziamenti individuali e della conseguente operatività dei condizionamenti al potere di recesso introdotti con la legge n. 604 del 1966, nel caso in cui il datore di lavoro non avesse osservato quanto prescritto dell'accordo sindacale con riferimento ai licenziamenti collettivi. Su questo principio ebbe a consolidarsi la successiva giurisprudenza di legittimità⁵.

Per concludere sul punto, l'omissione della procedura prevista dall'accordo interconfederale comportava che il licenziamento collettivo si dovesse considerare come licenziamento individuale plurimo, al quale doveva applicarsi la disciplina limitativa di cui alle leggi 604 e 300.

3. La materia costituì oggetto della Direttiva CEE 17 febbraio 1975 n. 75, la quale, in particolare, stabilì che, in vista dei licenziamenti collettivi, il datore doveva procedere ad una consultazione con i rappresentanti dei lavoratori al fine di giungere ad un accordo teso ad evitare o quantomeno ridurre i licenziamenti stessi. In mancanza del raggiungimento di un accordo, poi, il datore doveva inviare alle autorità competenti il progetto di licenziamento, specificandone, tra l'altro, i motivi nonché il numero dei

⁴ Cass. 8 aprile 1977 n. 1336, *ivi*, 1978,I, 2827.

⁵ Tra le varie conformi Cass. 9 luglio 1980, n. 4359, in *Mass.giur.lav.*, 1980, 754; Cass. 12 novembre 1980, n. 6066, in *Riv.giur.lav.*, 1981,II,923; Cass. 14 dicembre 1982, n. 6887, in *Not.giur.lav.*, 1983,101; Cass.sez.un. 18 ottobre 1982, n. 5396, in *Foro it.*, 1983,I,1337; Cass. 7 giugno 1984, n. 3448, *ivi*, 1985,I,2996.

lavoratori destinatari dello stesso . Ma la Cassazione⁶ affermò che, non essendo stata recepita in atti aventi forza di legge, la direttiva non era applicabile dal giudice italiano. In questa situazione l'Italia venne ritenuta inadempiente all'obbligo di conformazione nel termine, in precedenza fissato⁷.

4. Il coinvolgimento dei sindacati nella procedura strumentale ai licenziamenti collettivi, (in precedenza escluso per le ragioni esposte), costituisce un momento fondamentale della l. 23 luglio 1991 n. 223, la quale – nel riempire il vuoto normativo preesistente – ha appunto previsto un controllo preventivo dei soggetti pubblici e collettivi, il cui mancato coinvolgimento condiziona la legittimità dell'intera procedura. In particolare, come ricorda la sentenza annotata, tale legge prevede l'obbligo di comunicazione dei motivi della scelta dei lavoratori, destinatari del recesso, allo scopo di consentire l'oggettività della scelta operata⁸.

In particolare, per quanto riguarda le conseguenze della violazione delle regole procedurali da parte del datore di lavoro, l'art. 5 comma 3 prevedeva che il recesso di cui all'art. 4 comma 9 fosse inefficace in assenza dell'intimazione in forma scritta o in violazione delle procedure richiamate dall'art. 4 comma 12, ossia quelle complessivamente previste dallo stesso articolo 4; se invece il recesso avveniva in violazione dei criteri di scelta, questo era da considerarsi annullabile. In tutti questi casi la tutela era quella approntata dall'art. 18 dello Statuto, norma il cui ambito di applicazione veniva, pertanto esteso anche al licenziamento collettivo. Era evidente, quindi, che, in base a questa regolamentazione, la procedura veniva considerata come un momento esterno all'atto del licenziamento, in grado di invalidare o di rendere inefficace la determinazione del datore.

⁶ Cass. 14 novembre 1986, n.6736,ivi, 1988,I,1517; Cass. 9 giugno 1990, n. 5601, inedita; Cass. 26 luglio 2006, n. 17004, in *Giur.cost.*, 2006, 3487

⁷ CGUE 8 giugno 1982, in causa 91/81, in *Foro it.*, 1982,IV, 352; CGUE 26 novembre 1985, in causa 131/84.

⁸ Cass. 22 marzo 2004, n. 5700, in *Orient.giur.lav.*, 2004, 405. Su tale specifico aspetto v. pure Cass. 26 luglio 2005, n. 15643, inedita; Cass. 23 giugno 2006, n. 14643, in *Riv.it.dir.lav.*, 2007,II, 425; Cass. 6 ottobre 2006, n. 21541, in *Guida lav.*, 2006, fasc. 49, 35.

Alla luce di tale disciplina – almeno per questa parte ancora in vigore - all'inizio della procedura il datore è tenuto a comunicare ed informare le organizzazioni sindacali così da permettere lo svolgimento di una trattativa finalizzata ad eliminare o per lo meno ridurre le risoluzioni dei rapporti di lavoro. Come ha evidenziato la Cassazione⁹ in materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale la legge n. 223 del 1991, nel prevedere agli artt. 4 e 5 la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, 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, destinatarie di incisivi poteri di informazione e consultazione secondo una metodica già sperimentata in materia di trasferimenti di azienda. I residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo), ma la correttezza procedurale dell'operazione, con la conseguenza che non possono trovare ingresso in sede giudiziaria tutte quelle censure con le quali, non essendo state contestate specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dai citati artt. 4 e 5 e, non essendo stata fornita 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. Ne deriva che, a differenza di quanto accadeva prima dell'entrata in vigore della legge n. 223, condotte datoriali - quali la richiesta di svolgimento di lavoro straordinario, l'assunzione di nuovi lavoratori o l'esternalizzazione di parte della produzione - successive al licenziamento collettivo non sono suscettibili di incidere sulla validità del licenziamento stesso una volta che la procedura per mobilità si sia svolta nel pieno rispetto degli adempimenti previsti¹⁰. In

⁹ Cass. 12 ottobre 1999, n. 11455, in *Mass.giur.lav.*, 2000,100.

¹⁰ Tra le numerose decisioni conformi edite v. ass. 10 aprile 2003, n. 6385, in *Riv.dir.lav.*, 2003,II, 884; Cass. 6 ottobre 2006, n. 2154, cit.; Cass. 14 ottobre 2000, n. 13727, in *Giust.civ.*, 2001,I, 2738; Cass. 8 marzo 2018, n.5556, in *Not.giur.lav.*, 2018,298.

particolare è stata ritenuta corretta la sentenza di un giudice di merito, il quale avendo accertato che non vi era stata, prima dell'avvio della procedura di licenziamento collettivo, un' apprezzabile diminuzione dell'attività d'impresa, e che, poco dopo il licenziamento, tutti i lavoratori licenziati erano stati riassunti ad eccezione del ricorrente, aveva dedotto che la procedura di licenziamento collettivo era stata utilizzata in una ipotesi in cui non ne sussistevano le condizioni legittimanti¹¹.

Nella logica ricostruttiva degli orientamenti giurisprudenziali va ricordata l'affermazione, per la quale, nel caso in cui sia stata domandata la declaratoria di illegittimità di un licenziamento collettivo per carenza dei presupposti e violazione delle norme sui criteri di scelta, non è consentito al giudice l'esame d'ufficio del profilo dell'eventuale nullità dell'atto risolutivo per mancata osservanza, da parte del datore di lavoro, delle regole procedimentali, in quanto l'esame di tale profilo non può ritenersi imposto dal principio di cui all'art. 1421 cod. civ. sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del negozio giuridico in ogni stato e grado del giudizio, atteso che tale principio va coordinato con le regole del processo e, segnatamente, con il principio dispositivo e con il principio della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, i quali escludono che il giudice possa dichiarare di sua iniziativa una nullità, il cui accertamento presupponga l'esercizio di una azione diversa da quella in effetti proposta¹².

5. Il quadro normativo (applicabile alla fattispecie esaminata dalla sentenza in commento) ha subito una modifica per effetto della l. 28giugno 2012, n. 92 - in relazione anche alla riformulazione dell'art. 18 dello Statuto - che ha così regolato la materia.

a) Se non è stata osservata la procedura prevista dall'art. 4 comma 12 l. 223 il lavoratore licenziato ha diritto ad un'indennità risarcitoria compresa tra le 12 e le 24 mensilità, tenendo conto dell'ultima retribuzione complessiva .

¹¹ Cass. 10 aprile 2003, n. 6385, in *Riv.dir.lav.*, 2003,II, 884.

¹² Cass. 22 aprile 2005, n. 8474, in *Not.giur.lav.*, 2005,777.

b) Il lavoratore licenziato in mancanza dell'utilizzo della forma scritta nell'intimazione a lui rivolta ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, unitamente all' indennità commisurata all'ultima retribuzione globale e, comunque, non inferiore a cinque mensilità

c) Il lavoratore licenziato senza l'osservanza dei criteri di scelta ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al pagamento di un'indennità risarcitoria, sempre calcolata sull'ultima retribuzione globale maturata nel periodo intercorrente il recesso e la reintegrazione, in misura non superiore a 12 mensilità.

Orbene, mentre nelle due ultime ipotesi il regime sanzionatorio è rimasto sostanzialmente invariato rispetto a quello contenuto nell'originaria regolamentazione della legge 223, diversa è la situazione per la fattispecie riportata sub a), che in precedenza veniva equiparata, quanto alle conseguenze, alla mancanza di forma scritta. Con la riforma del 2012, mediante il richiamo al terzo periodo del settimo comma dell'art. 18, vi è un'assimilazione ai casi in cui l'illegittimità del licenziamento individuale è sanzionato con un'indennità risarcitoria.

La disciplina è stata nuovamente modificata con il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (Jobs Act) nel senso che:

a) per il licenziamento non intimato in forma scritta è prevista la reintegrazione nel posto di lavoro oltre un'indennità risarcitoria commisurata al periodo compreso tra il recesso e la reintegrazione;

b) in caso di violazione delle regole procedurali o dei criteri di scelta il giudice dichiara estinto il rapporto a partire dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria pari a due mensilità per ogni anno di servizio, in misura non inferiore a quattro mensilità e non superiore a ventiquattro mensilità.

Ulteriore modifica alla fattispecie sub b) ha apportato il d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito in l. 9 agosto 2018, n.96, che, quanto all'indennità risarcitoria, ha elevato il minimo a sei mensilità ed il massimo a trentasei mensilità¹³.

La legge 96 ha anche innovato l'art. 4 comma 9 della L 223 nella parte in cui prevedeva l'obbligo della comunicazione contestuale dell'elenco dei lavoratori collocati in mobilità e l'indicazione dei criteri di scelta applicati, fissando il termine per l'adempimento in sette giorni¹⁴.

Va da ultimo sottolineato che la l. 96 ha aggiunto al disposto all'art. 4 comma 12 della legge 223 la precisazione che gli eventuali vizi della comunicazione di cui al

¹³ Va però ricordato che Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194, ivi, 2019, 38 ha dichiarato "l'illegittimità di tale disciplina in quante tale misura nel minimo on realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco" e può non costituire un adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento, né un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente e comprime l'interesse del lavoratore in misura eccessiva, al punto da risultare incompatibile con il principio di ragionevolezza. La decisione è stata oggetto di commenti su varie riviste ed anche in questa Rivista, fasc.1/2019.

¹⁴ Cass. 26 settembre 2018, n. 23034 ha stabilito che detto termine decorre dalla comunicazione del primo licenziamento, come risulta dal tenore letterale della disposizione, che fa espresso riferimento alla "comunicazione" dei recessi e non già alla data di ricezione degli stessi.

La stessa Corte (Cass. 7 novembre 2018, n. 28461) ha ribadito che il mancato rispetto del termine di sette giorni determina l'invalidità dei recessi intimati, restando irrilevante che il licenziamento dipenda dalla totale cessazione dell'attività aziendale e che il criterio di scelta sia unico per tutti i lavoratori, dal momento che la gradualità delle operazioni di chiusura e la permanenza, sia pur temporanea, di taluni lavoratori, finalizzata al completamento delle operazioni ultimative, richiede l'applicazione di criteri di scelta predeterminati, controllabili da tutti i soggetti interessati e finalizzati all'individuazione dei tempi di operatività del licenziamento.

In passato si era posto il problema se la comunicazione in questione facesse parte - diversamente dagli adempimenti di cui ai commi sesto, settimo, e ottavo dell'articolo 4 - delle procedure la cui inosservanza, a norma dell'art. 5, comma terzo, della medesima legge, comporta l'inefficacia dei licenziamenti. Era sorto in proposito un contrasto nella giurisprudenza di legittimità e Cass. 8 aprile 1998, n. 3610, in *Foro it.*, 1998,I, 2125 aveva escluso che il datore fosse tenuto a tale adempimento. Il contrasto fu risolto in senso contrario da Cass.sez.un. 11 maggio 2000, n. 302, ivi, 2000,I,215, la quale precisò che tale inefficacia poteva essere fatta valere da ciascun lavoratore interessato nel termine di decadenza di sessanta giorni previsto dal citato art. 5, mentre il relativo vizio procedurale poteva essere sanato mediante il compimento dell'atto mancante o la rinnovazione dell'atto viziato.

comma 2 dello stesso articolo possono essere sanati in virtù di accordo sindacale concluso nel corso della procedura del licenziamento collettivo¹⁵.

Dal sintetico richiamo effettuato nelle pagine precedenti sull'evoluzione della disciplina in materia risulta evidente il processo di svalutazione occorso alle procedure introdotte dalla legge 223 (ma anche – e più in generale – alla tutela del lavoratore di fronte al licenziamento illegittimo), con sanzioni pecuniarie, che hanno sensibilmente ridotto gli spazi della tutela reintegratoria.

5. Tornando alla sentenza annotata, è opportuno rimarcare che la fattispecie richiamata si è verificata nel 2014 ed è stata, quindi, esaminata alla luce della regolamentazione all'epoca in vigore. Orbene, di fronte alla tesi prospettata dal ricorrente, vale a dire che la tutela reintegratoria poteva essere applicata solo in caso di violazione dei criteri di scelta, ma non anche nel caso della loro totale mancanza, la Cassazione ha ritenuto che in presenza di un'omissione del genere si ha un difetto ontologico del recesso e – se ben s'intende – si configura una situazione ben diversa da quella in cui una procedura sia stata prima attivata ma poi violata. La tesi va condivisa perché, se la violazione dei criteri di scelta all'epoca comportava la reintegrazione ed il pagamento dell'indennità risarcitoria, appare evidente che, nella più grave situazione in cui il datore di lavoro

¹⁵ In proposito Cass. 6 febbraio 2017, n. 3045, (in *Not.giur.lav.*, 2017, 334) ha affermato che l'efficacia sanante dell'accordo conclusivo della procedura di mobilità non ha efficacia retroattiva, posto che la novella ha introdotto un elemento del tutto innovativo nell'ambito della procedura, che assicura il controllo sindacale sulla riduzione del personale, laddove le norme di interpretazione autentica sono solo quelle dirette ad esplicitare il senso di quelle preesistenti, oppure a chiarire o ad escluderne uno tra quelli ragionevolmente attribuibili a quelle oggetto di interpretazione. Il carattere innovativo avutosi sul punto, sul punto avutosi con la legge 92, trova conferma nella giurisprudenza precedente all'entrata in vigore di tale legge: tra le varie conformi v. Cass.sez.un. 15 ottobre 2002, n. 14616, in *Mass.giur.lav.*, 2002, 868; Cass. 11 luglio 2007, n. 15479, in *Not.giur.lav.*, 2007, 682; Cass. 2 marzo 2009, n. 5034, in *Foro it.*, 2009, I, 1011; Cass. 11 luglio 2007, n. 15479, in *Not.giur.lav.*, 2007, 682; Cass. 3 novembre 2014, n. 23382, *ivi*, 2015, 185; Cass. 14 aprile 2015, n. 7490, in *Riv.it.dir.lav.*, 2016, II, 29.

disponga dei recessi senza sentirsi vincolato da alcun criterio, la tutela del lavoratore non può per questo essere meno ampia¹⁶.

6, Dopo aver sinteticamente ricordato le linee guida della legislazione ed i principi affermati dalla giurisprudenza, è opportuno svolgere alcune considerazioni sul ruolo delle regole procedurali previste per questa materia, la cui portata – è stato giustamente osservato¹⁷ – dimostra una “discutibile svalutazione dei vizi di carattere formale” da parte del legislatore del 2012 ed ancor più da quello del 2015. E’ stato altresì sottolineato come la maggiore severità che ha caratterizzato la legge 223 rispetto a questi vizi trova la sua giustificazione “nel superiore rango degli interessi protetti”¹⁸, oltre nel fatto che il controllo sindacale esercitato *ex ante* svolge un ruolo assorbente rispetto a quello che un tempo veniva esercitato dal giudice *ex post*, il cui compito, a seguito della richiamata legge, non può più riguardare i motivi delle scelte fatte dal datore, ma possa soltanto investire la corretta osservanza delle procedure¹⁹.

Tanto premesso, va ricordato che la normativa europea, sulla spinta della quale il nostro legislatore (non solo quello italiano, ma anche quelli di altri Stati entrati nell’Unione²⁰) è poi intervenuto per regolare la materia, - pur lasciando agli Stati membri il compito di specificare le misure sanzionatorie e contro i comportamenti

¹⁶ A.TOPO, *I licenziamenti collettivi dopo il jobs act*, in *Studi in onore di Raffaele de Luca Tamajo*, Editoriale Scientifica, 2018, I, 489, ritiene che la omessa o carente informazione possa essere ricondotta all’interno della inosservanza della forma scritta, in quanto violazione di norma imperativa, adottata in applicazione di una norma comunitaria, dotata di particolare resistenza nei confronti delle politiche di livello nazionale.

¹⁷ C.CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, 584.

¹⁸ S.GIUBBONI, *Problemi della nuova normativa dei licenziamenti collettivi*, in *Studi in onore di Raffaele de Luca Tamajo*, cit, I, 297.

¹⁹ G.NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele processuali nel nuovo regime sanzionatorio del licenziamento collettivo*, in *Studi in onore di Raffaele de Luca Tamajo*, cit, I, 331.

²⁰ Per una panoramica sulla legislazione in materia adottata dai vari Stati membri v. 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- R.Foglia, Giuffrè, 2016, 175.

elusivi²¹ - , ha avuto sempre l'obiettivo di assicurare che le garanzie adottate siano tali da rendere concreti i diritti spettanti ai lavoratori, per cui la correttezza del procedimento diventa un elemento essenziale affinché il recesso possa essere considerato legittimo.

L'interrogativo, che allora si pone, è se la disciplina italiana, soprattutto dopo il d.lgs. 23, possa dirsi conforme ai principi di proporzionalità e di effettività, principi che la stessa Corte di giustizia CEE ha in varie occasioni sottolineato.

Un rapido *excursus* su alcune delle più significative decisioni offre spunti di riflessione, utili per inquadrare il problema.

E' il caso di partire dall'art 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata il 7 dicembre 2000 a Nizza, la quale testualmente dispone che "ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali". In questa prospettiva la Corte di giustizia ha affermato che tali obblighi sorgono anteriormente ad una decisione del datore di risolvere il rapporto di lavoro²² e vanno comunicati in tempo utile per permettere alle parti di giungere ad un accordo²³. Un siffatto obbligo è strumentale al rafforzamento della tutela dei lavoratori e tende ad uniformare la normativa in materia degli Stati membri²⁴. Tutto ciò sta a significare che si pone in contrasto con la normativa comunitaria una disciplina nazionale che riduca gli obblighi di cui alla Carta di Nizza²⁵; ne consegue che il datore di lavoro ha diritto di effettuare i licenziamenti collettivi solo

²¹ CDUE 16 luglio 2009, C-80/14, in *Riv.it.dir.lav.*, 2016,II,215, nell'affermare che il giudice nazionale deve interpretare il diritto interno quanto più è possibile alla luce ed allo scopo delle direttive comunitarie onde pervenire al risultato perseguito da quest'ultime, non può giungere ad interpretazione *contra legem* del diritto nazionale.

²² CDUE 23 settembre 2017, C-149/16, *ivi*, 2018,II,131.

²³ CDUE 10 dicembre 2009, C-323/08, *ivi*, 2010,II,502.

²⁴ CDUE 30 aprile 2015, C-80/14, *ivi*, 2016,II,215.

²⁵ CDUE 16 luglio 2009, C-12/08, *cit.*

dopo la conclusione delle procedure di consultazione e la notifica del progetto di licenziamento²⁶.

E' stato allora osservato²⁷ che la procedura di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori è "evento strutturale e fisiologico nella gestione dell'impresa" e che, pertanto, da un lato il legislatore non può introdurre limiti di carattere sostanziale e, quindi, circoscrivere nel merito le decisioni organizzative del datore di lavoro, dall'altro, però, può assegnare ai vincoli di tipo procedurale la funzione di tutelare l'occupazione e di attutire l'impatto della crisi dell'impresa. Questi vincoli, del resto, costituiscono il contrappeso della libertà di iniziativa economica del datore di lavoro, tant'è che sono elevati al rango di diritti fondamentali dell'Unione. Il negoziato, in sintesi, non costituisce mero adempimento formale, ma assume una rilevanza centrale, tutt'altro che priva di connotati sostanziali²⁸.

In questa situazione la stessa Corte²⁹ ha affermato a suo tempo che quando la disciplina comunitaria non contiene una specifica norma sanzionante una violazione delle sue disposizioni o rinvii in merito alle disposizioni legislative nazionali, gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario; pertanto, pur conservando un potere discrezionale quanto alla scelta delle sanzioni, essi devono garantire che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva.

²⁶ CDUE Corte CEE 27 gennaio 2005, C-188/03, in *Not.giur.lav.*, 2005, 422.

²⁷ M.MAGNANI, *Directive comunitarie di vecchia e nuova generazione e trasformazioni d'impresa*, in *Dir.lav.*, 2005,I,137.

²⁸ C.ZOLI, *Licenziamenti collettivi e gruppi di impresa. La procedura di informazione e consultazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv.dir.lav.*, 2010,II,518.

²⁹ CDUE 8 giugno 1994, C- 383/92.

Alla luce di tali non equivoche affermazioni è stato osservato³⁰ che la discrezionalità del legislatore nazionale è in qualche modo vincolata; che la dimensione collettiva del licenziamento e l'attinenza alla stessa organizzazione dell'impresa è un elemento che non può essere sottovalutato in considerazione della qualità e quantità degli interessi coinvolti. D'altra parte l'indennizzo previsto nel minimo – pur dopo l'intervento della Corte costituzionale³¹ – non appare congruo rispetto al nocimento sofferto dal lavoratore, in considerazione anche della misura minima prevista per la piccola impresa (sei mensilità ex art. 9 d.lgs. 23), per il dirigente (l'art. 16 l. 30 ottobre 2014 n. 161, nel caso di licenziamenti collettivi, dispone che l'indennità è dovuta in una misura compresa tra dodici e ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo alla natura e alla gravità della violazione).

Vi sono, quindi, evidenti incongruenze nell'ambito della nostra legislazione, alla luce delle quali i dubbi circa adeguatezza, proporzionalità ed efficacia deterrente appaiono fondati. Su questo aspetto vi sono opinioni abbastanza concordi³², in base alla considerazione che, se i vizi della procedura sono talmente gravi da inficiare il corretto svolgimento della procedura, lo stesso potere di recesso del datore non può produrre la sua efficacia, inficiando, a sua volta, l'efficacia dei singoli licenziamenti³³. In altri termini, l'irregolarità della procedura, prima ancora di invalidare i singoli recessi,

³⁰ R.COSIO, *La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell'UE*, in *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'unione europea*, cit. p. 40.

³¹ V. nota 13.

³² G.NATULLO, op.cit., ed ivi ampi richiami alla dottrina sul punto. V. pure G.VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi e la certezza del diritto*, in *Il licenziamento collettivo in Italia*, cit., 104, secondo il quale per essere la puntuale osservanza della procedura di informazione e consultazione sindacale, prescritta dall'art. 4 l. 223 del 1991, presupposto necessario per la stessa configurabilità del licenziamento collettivo, in sua mancanza il suddetto licenziamento si deve trasformarsi in una pluralità di licenziamenti individuali illegittimi, come tali sanzionabili.

³³ G.NATULLO, op.cit., p.357.

riguarda in primo luogo un certo ordine dei rapporti aziendali, che, a cascata, si riflette sugli altri interessi³⁴.

La conferma di una siffatta conclusione è data dal rilievo che se di fronte ad un condotta antisindacale il giudice adotta un provvedimento ex art. 28 legge n. 300 ed ordina la rimozione degli effetti del comportamento censurato, il ripristino della situazione preesistente si riflette anche sulla posizione del singolo lavoratore, nei confronti del quale sono caduti gli effetti di comportamento censurato³⁵.

Alla luce di quanto detto può dirsi, da un lato, che la recente disciplina della legge 96 e del d.lgs. 23 non sembra compatibile con la disciplina contenuta nella normativa europea e con la giurisprudenza comunitaria. In ogni caso – tornando alla fattispecie esaminata dalla sentenza annotata - l'interpretazione accolta con la dichiarazione di illegittimità del licenziamento, è quella pienamente condivisibile anche da questo punto di vista dato che, in assenza di una puntuale previsione del legislatore, si presenta come la soluzione più conforme alla normativa comunitaria.

³⁴ Come osservò, a suo tempo, il compianto giuslavorista M.D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Cedam, 1979, p. 67.

³⁵ Cass. 10 dicembre 1983 n. 7313, in *Not.giur.lav.*, 1984, 395 ha infatti affermato che l'azione del sindacato, che miri all'eliminazione degli effetti della condotta antisindacale anche attraverso la ricostituzione del rapporto di lavoro con i lavoratori licenziati, e l'azione di questi ultimi tendenti alla rispettiva reintegra nel posto di lavoro - in quanto dirette alla tutela di interessi diversi (interesse collettivo alla realizzazione dei diritti sociali dei singoli lavoratori ed interesse individuale alla conservazione del posto di lavoro) - sono su un piano, sostanziale e processuale, di reciproca indifferenza e, quindi, l'esperimento di una di esse non può incidere sulle vicende e sulla sorte dell'altra. Nello stesso senso Cass. 1 giugno 1987 n. 4824, *ivi*, 1987, 540. In epoca più recente Cass. 27 febbraio 2017, n. 4899, in *Giur.it.*, 2017, 1924, ha ribadito che il licenziamento determinato da motivi sindacali è nullo ai sensi dell'art. 4 della l. n. 604 del 1966 e, in caso di declaratoria di anti sindacalità del comportamento aziendale che vi abbia dato causa, anche in assenza dell'azione individuale, la persistente validità ed efficacia del rapporto di lavoro deriva dal principio generale secondo cui gli atti nulli sono insuscettibili di produrre effetti giuridici (Nella specie la Corte ha affermato che da tale nullità del recesso consegue la permanenza dell'obbligo contributivo a carico del datore di lavoro, indipendentemente dalla soddisfazione totale o parziale degli obblighi retributivi nei confronti del lavoratore, in quanto, ai sensi dell'art. 12 della l. n. 153 del 1969, la retribuzione deve ritenersi dovuta in tutte le ipotesi in cui il rapporto è in atto).