

La Legge 223/1991 vent'anni dopo: tra criticità irrisolte e percorsi giurisprudenziali.

INTRODUZIONE.....pag. 4

CAPITOLO I: LA NOZIONE DI LICENZIAMENTO COLLETTIVO

- 1.1 La disciplina previgente: Cenni storici.....pag. 6
- 1.2 La nozione legale del licenziamento collettivo: legge n. 223/1991. Esistono due “nozioni” di licenziamento collettivo?.....pag. 8
- 1.3 Cenni comparatistici.....pag. 11

CAPITOLO II: AMBITO DI APPLICAZIONE

- 2.1 Il requisito Causale.....pag. 13
 - 2.1.2 Critica alla teoria “acausale”.....pag. 15
- 2.2 Il requisito numerico.....pag. 24
 - 2.2.1 In particolare: la rilevanza dell’ “intenzione”.....pag. 24
 - 2.2.2 Circa la “natura” delle risoluzioni di rapporto di lavoro.....pag. 25
- 2.3 Il requisito dimensionale.....pag. 27
 - 2.3.1 In particolare: i limiti dimensionali introdotti dalla L. n. 223/1991 e i criteri di computo dei dipendenti.....pag. 28
 - 2.3.2 In particolare: il computo dei lavoratori occupati.....pag. 30
 - 2.3.3 Segue: i dirigenti.....pag. 31

CAPITOLO III : LA PROCEDURA

<u>3.1 Premesse: le ragioni della procedura</u>	pag. 33
<u>3.2 Il contenuto della procedura</u>	pag. 34
<u>3.3 La comunicazione di apertura della procedura e la comunicazione finale, ex art. 4, commi II,III, IV e IX, legge 223/1991</u>	pag. 37
<u>3.4 L'esame congiunto</u>	pag. 44
<u>3.5 Riforma Fornero: un primo approccio</u>	pag. 48

CAPITOLO IV: I CRITERI DI SCELTA

<u>4.1 Criteri legali</u>	pag. 51
<u>4.1.2. Il concetto i "esigenze tecnico-produttive ed organizzative"</u>	pag. 52
<u>4.2. I criteri previsti dalla contrattazione collettiva</u>	pag. 57
<u>4.2.1. In particolare: Sentenza Corte Cost. 268 del 1994</u>	pag. 58
<u>4.2.2 . Criteri, contrattazione e sindacati: un primo rilievo critico</u>	pag. 60
<u>4.2.3. La direttiva 2000/78/CE ed il suo recepimento nel D. lgs. 216/03</u>	pag.67
<u>4.2.4. In particolare: parametri di giustificazione: dalla ragionevolezza alla necessità</u>	pag. 69
<u>4.2.5. Modifica al recepimento del D. Lgs 216/03</u>	pag. 71
<u>4.2.6. La giurisprudenza italiana a riguardo</u>	pag. 72
<u>4.2.7. La giurisprudenza europea</u>	pag. 77
<u>a)La sentenza Mangold: il criterio dell'età equiparato alle altre discriminazioni</u>	pag. 77
<u>b) Sentenza Palacios de la villa</u>	pag. 80
<u>c) Sentenza Petersen</u>	pag. 82
<u>d) Sentenza Kucukdeveci</u>	pag. 84
<u>4.2.8. L'applicazione della sentenza Mangold in Italia: licenziamenti collettivi alle poste</u>	pag. 86
<u>4.2.9 Pensionabilità e discriminazione: un' ennesima conferma. Cassazione civile , 22/06/2012, n. 10424, sez. Lavoro</u>	pag. 88

<u>4.3 I criteri previsti in via residuale dalla legge</u>	pag. 92
<u>4.4 Violazione dei criteri di scelta</u>	pag. 95

CAPITOLO V: LA DISCIPLINA DEL LICENZIAMENTO COLLETTIVO APPLICABILE AI DATORI DI LAVORO NON IMPRENDITORI

<u>5.1 L'ambito di applicazione della legge 223/01 alla luce dell'intervento modificativo del D.Lgs. 110/04</u>	pag. 96
<u>5.2 D. Lgs. 8 aprile 2004 n. 110</u>	pag. 98
<u>5.3 Osservazioni conclusive</u>	pag. 100
<u>5.4 Applicazioni settoriali</u>	
<u>A) Giornalisti</u>	pag. 101
<u>B) Bancari</u>	pag. 102
<u>C) Licenziamento collettivo e trasferimento d'azienda. Cenni</u>	pag. 103
<u>5.5 I licenziamenti collettivi nell'ordinamento inglese</u>	pag. 105
<u>5.5.1. Il licenziamento per esubero di personale</u>	pag. 105

CAPITOLO VI: CONCLUSIONI.....	pag. 108
-------------------------------	----------

Bibliografia.....	pag. 113
-------------------	----------

INTRODUZIONE

La legge 223 luglio 1991 n. 23 ha modificato profondamente la disciplina previgente in materia di gestione delle eccedenze di personale.

Affidata infatti alla sola contrattazione collettiva, la tutela per i lavoratori interessati nella procedura risultava risibile, soprattutto se paragonata a quella offerta nel licenziamento individuale grazie all'entrata in vigore della legge n. 604/1966 e dell'art. 18 Stat. Lav.

Già in prima analisi erano emerse, palesi, caratteristiche di opacità della lettera della norma che portavano a insicure applicazioni giurisprudenziali della medesima, dovute in prima istanza ad un errato recepimento della disciplina comunitaria o, in seconda battuta, a insidie contenute nel testo stesso, a dire il vero non cristallino nella formulazione e quindi foriero di complicazioni in sede di interpretazione.

Nel primo capitolo mi soffermo sulla nozione stessa di licenziamento collettivo, che deve necessariamente avere come prologo un accenno a quella che era la disciplina previgente in materia, e come nucleo argomentativo la chiarificazione sull'esistenza o meno di una duplice nozione di licenziamento collettivo in seno alla stessa legge 223/1991. Doveroso mi pareva evidenziare come il problema è stato risolto in Paesi vicini, anche giuridicamente, come Francia o Germania.

Nel secondo capitolo concentro la mia attenzione sull'ambito di applicazione della normativa: ora che ho chiaro "cosa è" un licenziamento collettivo, quando è possibile applicare la normativa di riferimento? Quali sono i limiti e quali i criteri che devono trovare applicazione? Di particolare rilevanza risulta essere, a mio avviso, non solo l'individuazione dei requisiti numerici e dimensionali, ma bensì che vi sia sottesa ai licenziamenti stessi una "causa" concreta che ne giustifichi l'applicazione e che non lasci esclusivamente all'espletamento corretto della procedura la tutela garantita ai lavoratori interessati.

Il terzo capitolo prende in esame gli elementi più strettamente tecnici della disciplina: innanzitutto le ragioni che stanno alla base di una procedura così complessa come quella da attuare in sede di licenziamento collettivo, partendo dalla dichiarazione di apertura della stessa fino al raggiungimento del fondamentale momento di esame congiunto tra datore di lavoro e sindacato, cioè fra chi avvia la fase di selezione dei licenziandi e l'interlocutore che si pone a difesa dei medesimi. Necessario è parso anche un appunto su una modifica procedurale (ma agli effetti sostanziale), generata dall'entrata in vigore della c.d. "Riforma Fornero".

Il quarto capitolo pone l'accento sui criteri di scelta volti ad individuare i lavoratori interessati nella procedura, facendo particolare attenzione all'inversione dei rapporti fra legge e

contrattazione collettiva e al conseguente rilievo che viene ad assumere il criterio della pensionabilità, fino a divenire pressochè esclusivo elemento per l'individuazione dei lavoratori. L'elemento comparativo e le sentenze della Corte di Giustizia Europea trovano in questa sede maggiore rilevanza.

Nel penultimo capitolo sembra doveroso trattare del Decreto Legislativo n. 110/04, con il quale il legislatore interno ha tentato di sanare la differenza concettuale esistente fra la normativa comunitaria e quella interna che risiedeva nella differente estensione "soggettiva" degli obbligati all'espletamento della procedura.

CAPITOLO I: LA NOZIONE DI LICENZIAMENTO COLLETTIVO

1.1 La disciplina previgente: Cenni storici

Fino all'entrata in vigore della legge n. 223/1991 e successive modifiche, i licenziamenti collettivi per riduzione del personale erano esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina legale dei licenziamenti (art. 11, legge n. 604/1996, come modificato dalla legge n. 108/1990 prevede espressamente che *“La materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale è esclusa dalle disposizioni della presente legge”*). Questo non significa che la materia fosse priva di contenuto normativo, ma piuttosto che la disciplina era affidata alla contrattazione collettiva, nella quale, a partire dal primo accordo interconfederale, stipulato nel 1947, i licenziamenti per riduzione del personale erano soggetti a regole diverse da quelle previste per l'interruzione del rapporto lavorativo individuale. L'estensione *erga omnes* (con d.p.r. n. 1019/1960) dell'accordo interconfederale stipulato il 5 Maggio 1965, aveva incontrato censura costituzionale, risultandone salvata la sola parte *“sostanziale”*, cioè i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, ma annullandone *“in toto”* la parte procedurale. La disciplina interconfederale prevedeva una procedura conciliativa da svolgersi tra le organizzazioni sindacali e l'associazione imprenditoriale territoriale, avente per oggetto il fine dell'imprenditore di ridurre il personale e il numero dei lavoratori coinvolti. La lacunosità di tale procedura risiedeva nella minima protezione garantita al lavoratore vittima del licenziamento per riduzione di personale: questo ultimo non poteva far altro che sperare che la conciliazione tra le parti avesse successo, e che l'applicazione dei criteri di scelta in concorso fra loro lo escludesse dal novero dei candidati, dato che in caso di negativo esito della conciliazione, l'imprenditore poteva procedere ai licenziamenti in modo pressoché autonomo. L'intrinseca debolezza della disciplina sindacale era divenuta evidente con l'entrata in vigore della legge n. 604/1966 e dell'art. 18 Stat. Lav.: la protezione garantita dalla tutela reale a favore del licenziato individualmente nulla aveva a che spartire con le garanzie minime fornite dalla conciliazione a livello sindacale.

Una giustificazione a questa diversità di trattamento ha tenuto impegnata gran parte della dottrina e della giurisprudenza precedente all'entrata in vigore della legge n. 223/1991, che cercando di individuare una *ratio* di fondo che diversificasse "ontologicamente" le due discipline di licenziamento, ha fornito un buon esempio di quella che la dottrina posteriore definirà in senso sarcastico "giurisprudenza creativa". L'espressione "ontologicamente", non deve trarre in inganno: non esiste in natura diversità fra le due fattispecie di licenziamento, non sono due entità diverse. Alla base delle tesi di diversità ontologica stava l'esigenza di dare un fondamento credibile ad un'interpretazione del diritto allora vigente, che ne salvasse la razionalità e ragionevolezza: si cercava di giustificare tramite una differenza in natura, la disparità di protezione offerta dalle differenti discipline.

Per costruire la diversità ontologica la giurisprudenza poneva l'accento sugli elementi quantitativi (il numero dei licenziati) e qualitativi (le procedure) che differenziavano il licenziamento collettivo da quello individuale; ma poi restringeva l'ambito dei licenziamenti sottratti al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 3 legge 604/1966 (giustificato motivo oggettivo) ai soli licenziamenti per i quali l'imprenditore si fosse assoggettato alla procedura prevista dall'accordo interconfederale, stabilendo che, in difetto di tale procedura, i licenziamenti si "convertissero" in una serie di licenziamenti individuali, la cui giustificazione sarebbe stata soggetta al controllo del giudice. Fin dall'inizio, la dottrina aveva proposto un'interpretazione correttiva dell'art. 11, legge n. 604/1966, affermando la possibilità per il lavoratore licenziato per riduzione di personale di impugnare il licenziamento ai sensi dell'art. 3 della stessa legge. La necessità di limitare al minimo la sottrazione dei licenziamenti collettivi al controllo giudiziario era basata sulla considerazione del carattere meramente rituale della procedura di conciliazione prevista dall'accordo interconfederale, e dunque sulla convinzione che fosse sostanzialmente "non protetto" il licenziamento affidato alla sola disciplina sindacale.

Non vi è dubbio che il ragionamento dei giudici non fosse un esempio di coerenza, specialmente nel momento in cui, dovendo trarre le conseguenze di un'interpretazione correttiva dell'art. 11, legge n. 604/1966 fondata sulla differenza ontologica tra licenziamento individuale e collettivo, ricorreva alla finzione della conversione del licenziamento da collettivo a individuale plurimo (della cui diversità verrà trattato successivamente). Alcuni sottolineavano come, attraverso il recupero

del licenziamento collettivo all'area del licenziamento individuale, i giudici avessero svilito il ruolo delle procedure sindacali, cancellando un tratto fondamentale di diversità del licenziamento collettivo: l'interesse coinvolto e la sua gestione sindacale.

Una via per uscire dalle strettoie in cui l'art. 11 legge n. 604/1966, costringeva la questione del licenziamento collettivo era stata intravista da alcuni nella possibilità di dare applicazione alla Direttiva CE 75/129, malgrado non fosse stata trasposta nel diritto interno: ma si trattava di una via impraticabile, alla luce dell'orientamento consolidato nella Corte di Giustizia che escludeva, e continua ad escludere, la cosiddetta applicabilità "orizzontale" (cioè diretta) delle disposizioni contenute nelle direttive nelle controversie tra privati. Una legge era quindi indispensabile, la disciplina della materia è stata introdotta dalla nell'art. 24, legge 23 Luglio 1991, n. 223.

1.2 La nozione legale del licenziamento collettivo: legge n. 223/1991. Esistono due "nozioni" di licenziamento collettivo?

Dopo numerosi anni, a fronte dei vari problemi applicativi di diritto positivo di cui al paragrafo precedente, il 23 luglio 1991, con la legge n. 223, il nostro ordinamento riordina l'intero assetto normativo, relativo alla materia della cassa integrazione, della mobilità, del trattamento di disoccupazione e dell'avviamento al lavoro. Con tale provvedimento normativo si dà attuazione alle Direttive della Comunità Europea in materia di mercato del lavoro.

Per quanto interessa la materia dei licenziamenti collettivi, si registra in questo momento storico la traduzione legislativa di quello che in parte era già stato identificato pattiziamente e giurisprudenzialmente come "*licenziamento collettivo*". Pur avendo ricevuto una legittimazione legale, apparve immediatamente ai commentatori come vi fossero delle incongruenze fra alcune disposizioni contenute nella legge in commento afferenti alla definizione/nozione di licenziamento collettivo. È infatti assai complessa la lettura sistematica della legge, che lasciava intendere l'esistenza di diverse "figure" di licenziamento collettivo. L'art 4, comma 1 della legge prevede infatti che "*l'impresa che sia stata ammessa la*

trattamento straordinario di integrazione salariale, qualora nel corso di attuazione del programma di cui all'art. 1 ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative, ha facoltà di avviare le procedure di mobilità ai sensi del presente articolo”.

Questa norma che non ripropone i requisiti numerici peculiari previsti dall'art 24, 1° comma, ma che per contro, introduce ulteriori elementi definitivi di carattere procedurale e sostanziale (impossibilità di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi), ha dato adito ad un dibattito dottrinale relativo alla esistenza o meno di un ulteriore e diverso tipo di licenziamento collettivo. Mentre per un indirizzo dottrinale esistono, ai sensi della disciplina legale, sostanzialmente due fattispecie di licenziamento collettivo delle quali la prima, per le imprese beneficiarie dell'intervento della Cigs troverebbe il presupposto giustificativo, ex art. 4, nel concetto dell'impossibilità di reimpiego dei lavoratori sospesi, un altro filone dottrinale ritiene che la fattispecie di licenziamento collettivo sia unica e dettata dall'art. 24, mentre la previsione dell'art. 4 andrebbe a configurarsi come mera disposizione di collegamento.

A parere di chi scrive, pur consapevole della teoria che individua una doppia concezione di licenziamento collettivo,¹ pare vi siano numerose argomentazioni in senso contrario: in primis la carenza definitoria, nel senso che l'art. 4 in realtà non “definisce il licenziamento”; non sembra inoltre possibile lasciare al 1° comma art. 4 la responsabilità e la capacità di delineare una fattispecie che possa trovare pieno titolo all'interno del sistema normativo in esame.

L'idea dell'esistenza di due nozioni di licenziamento collettivo potrebbe spingere al riconoscimento di una “molteplicità di nozioni” di questo ultimo, ravvisabili ogni qualvolta fosse possibile scostarsi dalla previsione dell'art 24, 1° comma della legge 223/1991, tornando al tema dell'autonomia “ontologica” del licenziamento collettivo rispetto all'individuale. Nella legge n. 223/1991 esiste dunque un'unica nozione di licenziamento collettivo la quale, a seconda dei diversi contenuti esaminati, viene di volta in volta specificata a mezzo di “ulteriori definizioni” create proprio dalle diverse realtà nelle quali il licenziamento collettivo arriva ad operare.

Ma allora, quando possiamo parlare di licenziamento “collettivo”?

¹ Si veda ad esempio Amoroso Giovanni, *Le eccedenze di personale: appunti sulla legge n. 223 del 1991*, in *I licenziamenti per motivi economico produttivi e la responsabilità d'impresa*, EDIESSE 2007 pag 47 ss.

L'attenzione va rivolta in primo luogo all'art. 24, il cui 5° comma precisa che, *“la materia dei licenziamenti collettivi è disciplinata dal presente articolo”*

In concordanza alla disciplina comunitaria, la nozione di licenziamento collettivo si avvale di un criterio numerico-quantitativo e di un criterio qualitativo: per quanto concerne il primo significa che, affinché sia possibile parlare di licenziamento collettivo (che è concetto differente da plurimo), ci deve essere un numero minimo di lavoratori licenziati, più precisamente quando un'azienda di 15 dipendenti intende effettuare almeno 5 licenziamenti. Il criterio possiede anche limiti temporali e spaziali: l'arco di tempo è 120 giorni anche in più unità produttive, purché ubicate nella stessa provincia.⁴

Se la soglia minima di licenziamenti non viene rispettata si parlerà appunto di licenziamento plurimo, ma le regole del licenziamento collettivo vero e proprio non operano. Restano ferme ovviamente, le tutele per i licenziamenti individuali, sotto certi aspetti più penetranti.

Quanto al criterio qualitativo (o causale), non è sufficiente che vi siano più licenziamenti contestuali (es: 5 licenziamenti disciplinari) ma al fine di sostenere la qualificazione come licenziamento collettivo è necessario che questo avvenga come conseguenza di una *“riduzione o trasformazione di attività o di lavoro”*. Il licenziamento deve inoltre essere riconducibile alla medesima riduzione o trasformazione.

E' opportuno rilevare come la riduzione del personale non debba avvenire necessariamente come conseguenza di una crisi aziendale ma, in altre parole sia ammessa la legittimità del c.d licenziamento tecnologico, ovvero riduzione del personale senza che vi sia parallela riduzione di strutture o di attività produttive, ma un mutamento nel processo produttivo dovuto, nella maggioranza dei casi, ad innovazioni tecnologiche.

Le regole in materia di licenziamenti collettivi si applicano anche a fronte della cessazione dell'attività di impresa, nonché alle riduzioni di personale riguardanti soci lavoratori di cooperative di produzione e lavoro; non operano, invece, *“nei casi di scadenza dei rapporti di lavoro a termine, di fine lavoro nelle costruzioni edili e nei casi di attività stagionali o saltuarie”*.

⁴ Roccella Massimo, *Manuale di diritto del lavoro, Sec. Edizione*, Giappichelli editore, Torino, 2008, pp. 418-427

Potrebbe, di primo acchito, sembrare vieppiù semplice individuare la fattispecie di recesso in esame ma la normativa incontra una serie di difficoltà interpretative che influenzano l'ambito di applicazione che analizzerò nel capitolo successivo.

1.3 Cenni comparatistici

Una insistita comparazione con i vicini ordinamenti europei viene proposta, in particolare, dai fautori della creazione di un'unica categoria di licenziamenti intimati per ragioni oggettive nella quale far confluire i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e i licenziamenti per riduzione di personale. In numerosi ordinamenti, infatti, le due tipologie vengono ricondotte ai licenziamenti per motivi economici, distinguendosi, poi, le discipline applicabili in dipendenza della rilevanza sociale dei fenomeni espulsivi. In tale ottica viene auspicato un processo imitativo e di armonizzazione idoneo a condurre ad una revisione radicale dell'assetto teorico della materia nel nostro ordinamento.

In Francia, ad esempio, l'articolo L. 321-1 del *Code du travail* definisce il licenziamento per «motivi economici», sia esso individuale o collettivo, in base a tre elementi: «*l'un négatif, un motif non inhérent à la personne du salarié; l'autre faisant référence à la cause immédiate du licenciement, la suppression d'emploi; le troisième renvoyant à la cause ultime du licenciement, notamment les difficultés économiques de l'entreprise*». Il regime è poi diversificato in base alla distinzione tra «*les licenciements individuels et les licenciements collectifs*» nonché tra «*les petits licenciements collectifs et les grands licenciements collectifs*». A tal fine, l'articolo L. 321-2 contiene una modulazione dell'informazione e della consultazione sindacale in base alle dimensioni dell'impresa e al numero dei lavoratori coinvolti. La dottrina francese specifica, inoltre, che il sindacato giudiziale esercitato dal giudice in sede di contenzioso è identico per le due tipologie di licenziamento e incentrato, sostanzialmente, sulla effettività e veridicità delle ragioni addotte dall'imprenditore.

Nell'ordinamento tedesco, “i licenziamenti collettivi non sono considerati un fenomeno alternativo rispetto ai licenziamenti individuali (...). Tutte le norme relative ai licenziamenti individuali si applicano anche ai licenziamenti collettivi. La differenza sta semplicemente nel fatto che per questi ultimi deve essere rispettata una serie di norme aggiuntive”, attinenti ad una speciale procedura di informazione e consultazione sindacale. Il giudice, peraltro, è chiamato a sindacare la fondatezza dei

motivi posti alla base del licenziamento sia individuale che collettivo. Inoltre, è presente in Germania un istituto simile al nostro *repêchage*, per il quale il giudice è tenuto a verificare l'impossibilità della ricollocazione all'interno dell'azienda sia nel caso di licenziamento individuale che collettivo.

Comparazioni di questo tipo hanno condotto taluni a notare che la normativa italiana non presenta in realtà sostanziali differenze rispetto alle regolamentazioni straniere considerate. “*Esiste, infatti, anche in Italia, una disciplina generale circa i requisiti di forma e di sostanza del licenziamento, contenuta nella legge n. 604 del 1966, e una disciplina procedurale specifica, contenuta nella legge 223/91, per i licenziamenti economici che superino una data soglia numerica*”². Sarebbe sufficiente, dunque, per portare l'Italia al passo con i vicini Paesi comunitari, e comunque per restituire una maggiore organicità al sistema, che il legislatore riconoscesse l'identità causale tra licenziamento per giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo. In tal modo si porrebbe rimedio alla disarmonia e frammentarietà che caratterizza l'attuale sistema normativo, e alle incertezze interpretative in ordine ai limiti del sindacato giurisdizionale, ridisegnando «la geografia dell'intera materia dei licenziamenti che si approprierebbe, anche formalmente, della sua struttura naturalmente bipolare in cui da una parte si dovranno collocare i recessi per motivi soggettivi (giusta causa e giustificato motivo soggettivo) e dall'altra quelli per motivi oggettivi e/o di impresa e/o economici a secondo del modello che si intende preferire»³

² Così Vincenzo Ferrante, *La vexata quaestio della nozione di licenziamento collettivo: ancora una condanna per la Repubblica italiana*. Giust. civ. 2004, 9, 1914 Nota a: Corte giustizia CE , 16/10/2003, n. 32, sez. II

³ F. PATERNÒ, *op. cit.*, 111. in *I licenziamenti per riduzione del personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, LD 1994, 111 ss.

CAPITOLO II: Ambito di Applicazione

Affrontato il “*genus*” relativo all’istituto del licenziamento collettivo, nel presente capitolo cercherò di individuare i principi giurisprudenziali e dottrinali più o meno consolidati che definiscono o identificano il licenziamento di che trattasi.

2.1 Il requisito Causale

Per quanto riguarda la causale del licenziamento collettivo, l’art. 24, primo comma, L. n. 223/1991, richiamando quanto già stabilito negli accordi interconfederali, dispone che il predetto licenziamento deve essere disposto “in conseguenza di una riduzione o trasformazione del rapporto di lavoro”. Alla stregua di tale richiamo, secondo un indirizzo giurisprudenziale⁴, risulta confermato il consolidato orientamento della Corte di Cassazione secondo il quale il licenziamento collettivo sussiste non solo se conseguente ad una trasformazione strutturale dell’impresa che comporti la soppressione di elementi materiali dell’organizzazione, ma anche se dipende da una effettiva e non temporanea riduzione dell’attività produttiva incidente solo sull’elemento personale, in quanto, anche in tal caso, i licenziamenti sono causalmente collegati ad una scelta di carattere dimensionale dell’imprenditore.⁵

È un percorso che prende la mosse dal superamento della c.d. “concezione ontologica” di licenziamento collettivo, elaborata dalla giurisprudenza di merito, e fatta propria anche dalla Suprema Corte⁶

È infatti bene specificare che secondo tale concezione, nata sotto la vigenza dell’accordo interconfederale del 1965, poteva intimarsi un licenziamento per riduzione del personale solo in presenza di una contrazione rilevante e definitiva dell’attività economica dell’impresa e non solamente dell’attività lavorativa in sé considerata. Perché si potesse configurare un licenziamento collettivo si richiedeva, in altri termini, che si verificassero circostanze tali da imporre una riduzione o trasformazione dell’attività produttiva. Se invece l’esubero fosse dipeso dalla

⁴ Cass. 27 aprile 1992, n. 5010,

⁵ Cass. 26 gennaio 1995, n. 916, in RIDL, 335 con nota di P. Lambertucci, *Sulla legittimità del licenziamento collettivo senza previo ricorso alla cassa integrazione*.

⁶ Cass. 30 marzo 1974, n. 907, in RGDL. 1974, II, 72

riduzione o trasformazione dell'attività di lavoro – eventualmente in conseguenza di una riorganizzazione tecnologica o razionalizzazione organizzativa – i provvedimenti di recesso conseguentemente adottati si sarebbero dovuti qualificare come licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo, e in base a questa considerazione si negava che costituissero licenziamento collettivo i licenziamenti intimati per cessazione dell'attività d'impresa, in quanto, secondo tale orientamento, la “cessazione” non si considerava come “riduzione”.

In questo modo si tracciava una netta delimitazione che escludeva i cosiddetti “*licenziamenti tecnologici*” e i licenziamenti per cessazione dell'attività.

La legge n. 223/1991 induce ad una revisione di tale impostazione; si va affermando l'orientamento di ritenere ormai superato l'indirizzo giurisprudenziale che ha individuato come collettivo non ogni licenziamento plurimo, ma solo quello conseguente ad una stabile riduzione dell'attività, in quanto un siffatto indirizzo sarebbe stato dettato dall'intendimento di restringere l'area di applicabilità del regime (allora in vigore) del licenziamento collettivo, a beneficio dell'area di tutela del licenziamento individuale. Sempre secondo tale indirizzo interpretativo⁷, in considerazione delle maggiori garanzie a beneficio dei lavoratori che attraverso il controllo sindacale assistono ora il licenziamento collettivo, la differenza tra quest'ultimo e l'individuale plurimo rileva esclusivamente sul piano numerico, realizzandosi una “comunitarizzazione” della nozione di licenziamento collettivo per riduzione di personale, con un controllo non più *ex-post* sulla giustificazione del licenziamento, ma sulla base delle direttive comunitarie, un controllo *ex.ante* (sindacale e pubblico) del ridimensionamento dell'organico, considerata unitariamente in virtù della sua rilevanza sociale e adottata per motivi non inerenti alla persona del lavoratore.

A conferma di tale ipotesi, anche la Corte di Cassazione “...*non esiste una differenza ontologica tra licenziamenti collettivi e licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, essendo ambedue riconducibili a motivi attinenti le condizioni di lavoro, per cui la differenza non è qualitativa, ma semmai semplicemente quantitativa, sicché i due tipi di recesso si differenziano non per la diversa tipologia delle ragioni adottate, ma per il numero di lavoratori coinvolti nel provvedimento di recesso*”⁸

⁷ Pret. Milano 9 febbraio 1993, in RCDL. 1993, 840

⁸ Cass. 12 ottobre 1999, n. 11455 in Giust. Civ. Mass, 1999, 2018

Ad avviso di chi scrive una siffatta impostazione non può essere condivisa: accettata la premessa sulla inesistente diversità ontologica (si veda cap. 1) non può essere accolto un ragionamento che individui nella mera componente numerica la differenza fra le due fattispecie di recesso, diversamente opinando, non comprenderei le ragioni di un “intervento legislativo” come quello in esame, poiché sarebbe stato sufficiente emendare l’art. 3, della l. n. 604/66. Se l’intendimento del legislatore, comunitario prima e nazionale poi, fosse stato unicamente quello di prevedere una procedura al superamento di una soglia minima di licenziamento, allora si riscontrerebbe un errore sistematico.

2.1.2 Critica alla teoria “acausale”

Che la disciplina attuale imperniata sulla legge n. 223/1991, meriti, da parte filosindacale, un giudizio negativo,⁹ potrebbe sorprendere, dato che è noto e incontestabile che la legge fu largamente favorita dalle confederazioni sindacali. Una legge sicuramente garantista, ma tuttavia non ideologica, ispirata a corresponsabilizzare le parti sociali nella ricerca delle soluzioni adeguate alla crisi occupazionale, e al miglior impiego delle risorse e previdenze rese disponibili dal testo normativo.

Trova infatti piede, in buona parte della dottrina e della giurisprudenza quella che è possibile definire come teoria “acausale” (che potremmo anche chiamare a “tutela meramente procedimentale”).

Secondo questa corrente dottrinale, i licenziamenti di più di 5 lavoratori (licenziamento collettivo ai sensi dell’art. 24, legge n.223/1991) non necessitano di nessun presupposto legittimante, risultando quindi inoppugnabili, purché la riduzione del personale dipendente sia effettiva, e siano correttamente adempiuti alcuni presupposti procedurali, consistenti, però, in una semplice informazione delle associazioni sindacali e degli organi pubblici. La stessa comunicazione delle “ragioni” e dei “motivi” dell’iniziativa di ridurre il personale esaurisce la propria portata ed efficacia nell’ambito delle relazioni intersindacali, e quindi la possibile difformità con la realtà effettuale non può essere invocata come vizio finale dell’atto di recesso. Il licenziamento collettivo si configura in questo modo, effettivamente

⁹ *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economico-produttive*, Marangoni Andrea, in *I licenziamenti per motivi economico produttivi e la responsabilità d’impresa*, EDIESSE 2007

come un licenziamento *ad Nutum*, in cui l'impulso che ha determinato l'atto negoziale non assume né rilevanza giuridica né ruolo causale (salvo il licenziamento discriminatorio, comunque ipotesi eccezionale).

Ma, essendo per definizione "causale" il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (è proprio questo il portato innovativo dell'art. 3 Legge n. 604/1966 rispetto alla precedente regola della licenziabilità *ad nutum*) allora per quale motivo se l'espulsione del personale fino a 5 elementi deve essere sorretta da presupposti sostanziali e sindacabili, quella con più di 5 dipendenti dovrebbe essere totalmente libera?

Ma non è solo l'irragionevolezza e l'improponibilità logica di un assetto normativo siffatto ad opporsi ad una teoria acausale. Appare insostenibile ed erronea anche sotto un profilo esegetico; La prima, e solo all'apparenza ovvia, notazione è che presupposti fattuali legittimanti dei licenziamenti collettivi sono espressamente previsti dall'art. 24, legge n. 223/1991, il quale assoggetta alle procedure di confronto sindacale, previste dall'art. 4 e 5 della stesa legge, quei datori di lavoro che *"in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro intendano effettuare almeno 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni"*.

Il licenziamento collettivo, pertanto, non si giustifica da sé, ma è "conseguenza" di qualcosa che sta a monte, e ne è, quindi, il presupposto legittimante, ossia la "riduzione o trasformazione di attività o di lavoro". Tuttavia, è proprio su questa formula legislativa, che si sono consumati, e possono consumarsi, equivoci capaci di legittimare la teoria acausale (anche se la "lettera" della norma sembrerebbe condannarla senza appello). Intanto, si è cominciato con il negare che la suddetta formula implichi sempre un ridimensionamento strutturale dell'azienda, con chiusura di uffici, reparti, filiali, ecc. potendo, invece dar luogo soltanto a una riduzione della "forza lavoro"; fin qui potrei anche essere d'accordo, pensando, ad esempio, a una duratura crisi di domanda in un'impresa con lavorazioni e qualifiche omogenee e ad alta intensità di manodopera. Bisogna a mio avviso guardarsi dall'equivoco, che si traduce in un rovesciamento concettuale assurdo, secondo cui, visto che il licenziamento collettivo può sussistere legittimamente come fattispecie, anche se abbia comportato solo contrazione di livello occupazionale, allora esso altro non è che la decisione di realizzare tale contrazione occupazionale. È L'equivoco di leggere tale formula legislativa, sostituendo alla parola "lavoro" l'espressione "forza-lavoro", come se dicesse "imprese che in conseguenza di una riduzione o

trasformazione di attività o di “forza lavoro” intendano effettuare almeno 5 licenziamenti, ecc”.

L’errore logico interpretativo – che è poi il cardine sul quale si fonda la teoria acausale – è evidente, perché, in tal modo, si cancella arbitrariamente il nesso di causa ed effetto, che innerva, invece, la previsione testuale (“in conseguenza”), unificando paradossalmente causa ed effetto. Il termine “lavoro”, predicato nell’espressione “riduzione di lavoro”, non può assolutamente essere letto come “forza lavoro”, o, altrimenti, si perviene al bisticcio logico: visto che il licenziamento collettivo altro non è che una riduzione della forza lavoro, si affermerebbe che il licenziamento collettivo è causa di se stesso. Sarebbe come dire “imprese che, in conseguenza di una riduzione di forza lavoro, intendano ridurre la forza-lavoro (di almeno cinque unità)”. Il termine “lavoro” in quel contesto va, piuttosto, inteso nel senso in cui normalmente si dice che un’impresa “ha lavoro”, o “ha poco lavoro”, o “non ha più lavoro”, nel senso, cioè, di “domanda di merci o servizi da soddisfare”, e che viene soddisfatta con l’organizzazione produttiva data, tuttavia suscettibile di evoluzioni e mutamenti. In correlazione il termine può indicare oltre alla riduzione della domanda, anche la riduzione del “lavoro socialmente necessario per soddisfarla”¹⁰, indotta dal progresso tecnologico e organizzativo, concetto che, ovviamente, nulla ha a che vedere con la forza lavoro concretamente impiegata nell’impresa. Questa, semmai, non fa altro che subirne le conseguenze, diventando eccedente, a causa della riduzione, per innovazione tecnico-organizzativa della quantità di lavoro che sarebbe necessaria, almeno astrattamente, per produrre quel certo stock di beni o servizi.

La formula legislativa, pertanto, può comprendere tanto la crisi di mercato e di domanda, quanto la necessità di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale: entrambe, però, si pongono come “causa” di una “conseguenza”, consistente nella riduzione della quantità di forza-lavoro concretamente occupata nell’impresa. Il nesso causa-effetto è così ricostruito, e che i licenziamenti siano una conseguenza di una cosa che sta a monte, e che non può coincidere logicamente con i licenziamenti stessi (ossia riduzione di forza-lavoro), lo conferma, poi, l’ulteriore previsione dell’art.24, primo comma, quando prevede la riconducibilità di licenziamenti

¹⁰ Raffaele De Luca Tamajo – Fulvio Bianchi D’Urso, *I Licenziamenti individuali e collettivi nella Giurisprudenza di Cassazione*, Giuffrè 2006

formulati in tempi diversi a una medesima trasformazione o riduzione di attività o lavoro (da intendersi come prima definito).

In definitiva, è logicamente ed esegeticamente impossibile trovare un fondamento alla teoria acausale nella formazione dell'art. 24, legge n. 223/1991, sotto il profilo che esso completerebbe, come presupposto autolegittimante, anche la sola "riduzione di lavoro", dato che questa espressione non indica affatto i licenziamenti, ma la causa dei licenziamenti stessi.

Tuttavia parte (peraltro consistente) della Giurisprudenza, anche recente, rimane a mio avviso "ottusamente" ancorata ad una visione meramente procedimentale dell'intervento sindacale (sulla cui importanza e rilevanza procedural-sostanziale tratterò diffusamente nei prossimi paragrafi) che in via diretta non fa altro che conferire nuova linfa ai sostenitori della corrente acausale.

Analizzerò ora in dettaglio una pronuncia che conferma quanto sopra esposto: la sentenza¹¹ (Corte d'Appello di Milano, 16/11/2010) si riferisce, in particolare, agli effetti limitanti che l'esaltazione del rispetto della forma può esplicitare, da un lato, sul ruolo assegnato alle organizzazioni sindacali nella gestione delle eccedenze di personale (in riferimento soprattutto all'impossibilità di riconoscere efficacia sanante all'accordo comunque raggiunto in sede sindacale) e, dall'altro, sul controllo giudiziale (limitato esclusivamente agli aspetti procedurali dell'operazione di riduzione del personale).

Entrambi i profili problematici emergono chiaramente dalla pronuncia in esame.

Nel caso di specie, il ricorrente proponeva appello avverso la sentenza del Giudice di prime cure che respingeva la sua domanda reintegratoria *ex art. 18 St. lav.*, non avendo ritenuto il licenziamento illegittimo in quanto motivato dall'intenzione di impedire che i lavoratori della Schering s.p.a. fossero trasferiti, *ex art. 2112 c.c.*, alla Bayer s.p.a., così acquistando il diritto di concorrere con quelli di quest'ultima nella procedura per riduzione di personale nel rispetto delle garanzie previste dall'art. 5 della l. n. 223/1991. Secondo la prospettazione del ricorrente, avvalorata dal contenuto di una delibera del Consiglio di amministrazione di Schering s.p.a. - che esplicitava quale motivo determinate gli esuberanti del personale la fusione per incorporazione delle due società - il licenziamento era da considerarsi illegittimo perché adottato in violazione sia dell'art. 2112 c.c. (in virtù del quale «il

¹¹ nota di Loretta Ferramosca, *Riaffermazione dell'orientamento formalistico dei licenziamenti collettivi*, Riv. it. dir. lav. 2011, 3, 743

trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento»), sia dell'art. 4, comma 3, l. n. 223/1991 (a causa della discrepanza tra le vere ragioni della procedura di riduzione del personale e quelle formalmente addotte nell'atto di apertura della procedura medesima, cioè il decremento del fatturato).

La Corte d'Appello riforma la sentenza gravata rilevando la mancata corrispondenza tra la situazione di fatto enunciata nella comunicazione di apertura della mobilità e quella reale nell'ambito della procedura regolata dall'art. 4 l. n. 223/1991.

Innanzitutto, occorre sottolineare che la *ratio decidendi* della Corte ruota essenzialmente intorno alla possibile violazione dell'art. 4 l. n. 223/1991, essendo tralasciato completamente, invece, l'ulteriore e assai problematico profilo della violazione dell'art. 2112 c.c. nella parte in cui stabilisce che «il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento».

L'attenzione della Corte è invece rivolta sin da subito alla verifica del rispetto rigoroso della procedura di informazione e consultazione sindacale stabilita dall'impianto della l. n. 223/1991.

La Corte dimostra immediatamente di aderire all'orientamento più rigoroso che conferisce primaria importanza alla comunicazione di apertura della procedura di riduzione del personale, sul presupposto che l'esigenza di chiarezza iniziale è strumentalmente volta a favorire l'effettiva partecipazione sindacale al processo decisionale dell'impresa. Le prescrizioni legali relative alla prima fase della procedura andrebbero intese come veri e propri obblighi di allegazione preventiva, l'inottemperanza dei quali si risolve in un inadempimento essenziale: si legge infatti nella sentenza che l'incompletezza o infedeltà della comunicazione iniziale *ex art. 4, comma 3, l. n. 223* vizia i licenziamenti intimati all'esito della procedura «anche nel caso di accordo tra impresa e sindacato».

La dottrina che aderisce a questa impostazione rigidamente formale, afferma che l'incompletezza e/o la genericità dell'informativa non può essere sanata *de facto* nei successivi incontri in sede sindacale, né è sostituibile con il generico riconoscimento delle parti circa l'effettuazione della procedura o la correttezza del comportamento aziendale. Non si trascuri, infatti, che l'art. 5 l. 223/1991 sanziona l'inosservanza della procedura «senza distinguere se essa sia sfociata o meno in un accordo»

L'approccio rigorosamente formale ha indubbiamente il pregio di ricostruire il tradizionale rapporto tra la tutela collettiva collegata agli obblighi di informazione e consultazione sindacale e quella individuale - che si sostanzia nella possibilità per il

singolo di impugnare il licenziamento intimato in violazione delle procedure prescritte dalla l. n. 223, a prescindere dal raggiungimento di un accordo in sede sindacale - in termini di «concorrenza», piuttosto che di "alternatività" e/o "contrapposizione". Attraverso la partecipazione sindacale, cioè, il legislatore ha inteso rafforzare la tutela del singolo lavoratore e non esautorarla e, per questo, gli ha attribuito un diritto di azione autonomo (da quello dal sindacato) in caso di violazione dei vincoli procedurali. Diversamente, risulterebbe privo di qualsiasi pregnanza il disposto dell'art. 5, comma 3, l. 223/1991, secondo cui il recesso è inefficace qualora sia stato intimato in violazione di tali procedure. Non vi è dubbio, infatti, che se da un lato la violazione della procedura di messa in mobilità prevista dall'art. 4 l. n. 223/1991 può assumere carattere di antisindacalità, nel momento in cui offende l'interesse del sindacato ad essere informato e consultato, dall'altro lede la posizione del singolo lavoratore, che subisce gli effetti del provvedimento adottato a conclusione di un *iter* procedurale viziato, perché difforme da quanto imposto per legge.

In sintonia con tale orientamento, nella pronuncia di appello si opta per la illegittimità dei licenziamenti collettivi intimati in violazione degli obblighi di comunicazione, anche in caso di accordo con i sindacati. Ebbene, dall'esposizione in fatto della sentenza è dato desumere che, nel caso di specie, un accordo con i sindacati era stato raggiunto, ma la circostanza è, secondo la Corte d'Appello, irrilevante. Sebbene la sentenza in commento sia carente di ogni argomentazione sul punto, è vero che la non veridicità delle comunicazioni iniziali rischia di falsare la trattativa stessa e quindi il vizio da cui la comunicazione è affetta potrebbe rendere la stessa del tutto inidonea allo scopo.

Eppure non può non sottolinearsi, quanto meno in via problematica, che il raggiungimento di un accordo fa sorgere qualche perplessità sulla categoricità con cui la giurisprudenza esclude una possibile efficacia sanante delle irregolarità della procedura. In altri termini, in presenza di un accordo con le organizzazioni sindacali destinatarie dell'obbligo di informazione, escludere, come sembra fare la pronuncia in esame, in modo apodittico e senza una verifica di fatto, sempre e comunque, la idoneità dello stesso a sopperire alle carenze informative, apre la strada ad alcuni problemi di notevole rilevanza teorico-pratica: ad esempio, se la procedura prevista dalla l. n. 223/1991 mira a garantire in concreto, come pure ammesso dalla stessa Corte d'Appello, un ruolo attivo ai sindacati, perché escludere che un successivo,

consapevole e maturo esame congiunto con gli stessi possa sanare l'incompletezza o infedeltà della comunicazione iniziale? Il sindacato ha esclusivamente il compito di registrare il mero adempimento dei singoli passaggi procedurali dell'operazione di riduzione del personale? Ogni carenza informativa inficia i licenziamenti finali? E se l'accordo non può sanare nemmeno le lacune più insignificanti, sarà il giudice a dover decidere quali carenze sono irrimediabili e quali no? E ancora, nel momento in cui il lavoratore impugna il proprio licenziamento, intimato sulla scorta di un accordo raggiunto in seguito ad un'informativa incompleta, quale è la sorte che spetta all'accordo stesso? Si può impugnare il singolo atto di recesso unilaterale senza passare dall'annullamento dell'accordo sindacale? Potrebbe mai il singolo lavoratore chiedere l'annullamento di un accordo del quale, per definizione non è parte? Tali questioni sembrano ignorate dalla sentenza in commento e dalla giurisprudenza che fa capo a tale orientamento.

È da evidenziare, allora, che in alcune recenti pronunce, la giurisprudenza ha optato per una lettura definitiva, "sostanzialistico-funzionalistica" dell'art. 4 l. n. 223/1991 nell'ottica della quale la procedura «si pone a garanzia della legittimità dei licenziamenti non in quanto, in sé e per sé, scrupolosamente osservata, ma se ed in quanto realmente produttiva di un confronto tra le parti serio e corretto. E prova dell'avvenuto confronto e dello svolgimento di concrete trattative è il raggiunto accordo sindacale»¹². In altri termini, tale lettura si pone un problema di valutazione *ex post* della correttezza della avvenuta comunicazione in base alla capacità che la stessa ha dimostrato di informare il sindacato e metterlo in grado di valutare la situazione dell'azienda e dei lavoratori coinvolti, dal momento che se la parte sindacale è stata in grado di negoziare l'accordo in questione è perché ha avuto la comunicazione di cui all'art. 4 o comunque è riuscita a sopperire alle carenze della stessa nella fase successiva dell'esame congiunto.

L'impostazione funzionalistica è ben presente in alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità in materia di CIGS¹³ : anche qui - si afferma - gli obblighi procedurali non perdono la loro rilevanza "sostanziale", ma l'eventuale mancanza di alcuno dei requisiti procedurali deve essere giudicata alla luce di un criterio di "ragionevolezza". Ed è proprio la valorizzazione del profilo funzionale del controllo sindacale che dà spazio ad una concezione finalistica dei comportamenti,

¹² Cass. 11 gennaio 2008, n. 528, *RGL*, 2009, II, 191, nt. FERRAMOSCA

¹³ Su tutte Cass. 3 maggio 2004, n. 8353, *q. Riv.*, 2005, II, 167

che ritiene irrilevanti i vizi formali purché questi non si rivelino tali da rendere la comunicazione del tutto inidonea allo scopo, provocando un pregiudizio apprezzabile ed irrimediabile dell'interesse collettivo e individuale, secondo una valutazione pur sempre riservata al giudice di merito.

Peraltro, occorre evidenziare che di recente è stato notato come la soluzione interpretativa "funzional-sostanzialista" sembri essere la più coerente con la giurisprudenza della Corte di giustizia, laddove si afferma (esplicitamente) la titolarità collettiva dei diritti garantiti dalla direttiva e (implicitamente) una rilevanza secondaria, rispetto a quella, della posizione soggettiva individuale dei lavoratori. Tanto, sulla base sia del tenore letterale e dell'impianto sistematico della direttiva 98/59 - che affidano il diritto all'informazione e consultazione ai rappresentanti dei lavoratori, e non ai lavoratori considerati individualmente - sia della sua interpretazione teleologica, posto che i rappresentanti dei lavoratori si trovano nelle condizioni più favorevoli al perseguimento dello scopo prefissato dalla direttiva di cui trattasi (presentazione di proposte in merito alla possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti collettivi e di attenuarne le conseguenze, nonché di osservazioni eventuali all'autorità pubblica competente).

L'attenzione dedicata dalla Corte d'Appello al rispetto formale della procedura di informazione e consultazione sindacale è poi strumentale all'affermazione della completa insindacabilità delle scelte di politica aziendale da parte del giudice. Sul presupposto del passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato *ex post* nel precedente assetto ordinamentale, ad un controllo dell'iniziativa imprenditoriale, concernente il ridimensionamento, devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali si limita il controllo giudiziale *esclusivamente* agli aspetti procedurali dell'operazione di riduzione del personale. Riemerge, quindi, in tutta la sua problematicità, la dibattuta questione sull'esistenza ed ampiezza di un sindacato del giudice in merito alle scelte organizzative e produttive dell'imprenditore .

La sentenza che si annota esclude, in tal modo, ogni scrutinio del giudice, sia sulla esistenza di un nesso causale tra le scelte dichiarate ed i licenziamenti, sia sull'effettività della contrazione dell'attività, nonostante sia stato autorevolmente sottolineato che il magistrato deve accertare che le scelte economiche e organizzative del datore di lavoro trovino riscontro nella realtà: infatti, secondo la dottrina più

avveduta¹⁴, l'insussistenza della «riduzione o trasformazione di attività o lavoro» si tradurrebbe nella assenza dei presupposti di fatto richiesti dalla legge per la validità del negozio estintivo, dunque nel contrasto di quest'ultimo con una norma imperativa e nell'invocabilità del regime dell'invalidità assoluta e delle relative conseguenze sul piano dei generali principi del diritto civile. Tanto, sulla base della considerazione che dopo l'intervento del 1991, i licenziamenti collettivi sono dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo cui, sussistendo i presupposti individuati dall'art. 24, si sovrappone la disciplina della l. 223/1991.

La sentenza in esame non segue l'orientamento dottrinale esposto, inserendosi piuttosto lungo il sentiero tracciato dalla giurisprudenza ancora oggi predominante che svaluta il profilo causale, concentrando l'attenzione sul rispetto degli aspetti procedurali, sotto il profilo delle procedure di informazione consultazione sindacale e dell'applicazione dei criteri di scelta. La Corte d'Appello di Milano sul punto è netta - «il controllo giudiziale si esercita esclusivamente sugli aspetti procedurali» - e non lascia spazio a possibili aperture all'intervento del giudice, né nel caso in cui non sia stato raggiunto un accordo con i sindacati, né, allorché sia stato raggiunto l'accordo, se il lavoratore riesce a fornire la prova di «maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali». Aperture talvolta consentite dalle stesse pronunce che hanno affermato la "a-causalità" del licenziamento collettivo .

È evidente come la conclusione cui, peraltro frettolosamente, giunge la pronuncia in esame rischia di trasformare il licenziamento collettivo in un «recesso *ad nutum*, la cui peculiarità consiste in una rigorosa proceduralizzazione funzionale al solo controllo sindacale» e nel quale «la mancanza di ragioni giustificatrici non tocca in nessun modo la validità e l'efficacia del recesso».¹⁵

¹⁴ U. CARABELLI, *I licenziamenti*, cit., 201 ss., cui si rinvia anche per l'esame delle altre posizioni dottrinali sulla questione

¹⁵ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Tratt G*, 2005, pag 37 ss..

2.2 Il requisito numerico

Per quel che riguarda il profilo quantitativo, il precetto normativo prevede che la normativa *de qua* trova applicazione nel caso in cui si “...intendano effettuare almeno 5 licenziamenti, nell’arco di 120 giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell’ambito del territorio di una tessa provincia”. In relazione al requisito numerico sono sorti dubbi interpretativi, affrontati e in parte risolti dalla giurisprudenza.

2.2.1 In particolare: la rilevanza dell’ “intenzione”

La prima questione interpretativa posta all’attenzione dei giudici attiene al c.d. profilo *programmatico*¹⁶: la fattispecie licenziamento collettivo si individua in base ad un “progetto” o altresì, valutando la successiva realizzazione?

Il momento determinante per stabilire la natura del licenziamento è quello iniziale della procedura o quello, successivo, dell’intimazione del licenziamento?

Dottrina e Giurisprudenza sono concordi nel ritenere sufficiente a far nascere l’obbligo di procedura di cui all’art. 4 (cui il 24 rinvia), il fatto che il presupposto di che trattasi sussista al momento del progetto di licenziamento¹⁷, mentre reputano irrilevante la circostanza che lo sfoltimento del personale sia, poi, avvenuto parzialmente a mezzo di dimissioni incentivate e, quindi, si sia licenziato un solo dipendente. Si tratta, a ben vedere, di opinione largamente diffusa nella giurisprudenza di merito, ancorché non sempre condivisa della dottrina.

A favore di una tale interpretazione esiste, innanzitutto, una ragione di ordine testuale, giacché lo stesso art. 24 prevede che le disposizioni dell’art. 4 si applicano alle imprese che “intendano effettuare almeno 5 licenziamenti...”¹⁸ tuttavia, vi è chi ha ritenuto insufficiente tale argomento, osservando che la norma, dal momento in cui impone un onere preventivo, non poteva che fare riferimento ad una intenzione

¹⁶ Olivieri Antonello, *Il senso “ letterale ” o “ sostanziale ” della nozione di licenziamento collettivo: molto rumore per nulla.* (Nota a Cass. Civ. Sez. Lav. 8/02/2010 n 2374) ADL 2010

¹⁷ Trib. Trani, 15 febbraio 2002, in Lav Giur., 2002, 448, Nota di Carpagnano

¹⁸ Cerreta, op. cit; r. del Punta, *I licenziamenti per riduzione del personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, LD 1994, 131 ss.

che, però, assumerebbe rilevanza solo nel momento in cui viene esternata attraverso l'atto introduttivo della procedura.

Come confermato da alcune sentenze¹⁹, una più valida argomentazione alla suddetta interpretazione può ricavarsi dalla "ratio" della norma. Se, infatti, la L. 223/1991 cerca di risolvere l'eccedenza di personale con strumenti alternativi al licenziamento, allora il ricorso alle dimissioni incentivate realizza proprio l'obiettivo della procedura. A favore dell'interpretazione offerta dalla magistratura si è mossa, del resto, anche la circolare del ministero edl lavoro n. 62/96, la quale afferma che i requisiti numerici da considerare sono quelli previsti all'inizio della procedura, mentre al termine, il licenziamento può riguardare anche una sola persona.

Parte della dottrina²⁰ richiama, altresì, la direttiva CE del 24 giugno 1992, n. 56, se non ai fini della sua diretta applicabilità (dato che non ancora recepita dal legislatore italiano), quantomeno come supporto interpretativo. Difatti, ai fini che qui interessano, in tale disposizione si equiparano ai licenziamenti le cessazioni del contratto di lavoro ad iniziativa del datore per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore, e tra esse possono senz'altro essere annoverate le dimissioni incentivate.

2.2.2 Circa la "natura" delle risoluzioni di rapporto di lavoro

Come esposto, si ritiene che la centralità della fattispecie del licenziamento collettivo sia costituita dal progetto originario che deve essere comunicato in via preventiva alle R.S.A ed alle associazioni di categoria, poiché in base ad esso si qualifica la natura dei licenziamenti.

Accertamento che non dà luogo a particolari problemi quando il licenziamento è stato impostato come collettivo poiché l' "intenzione" datoriale è manifestata per iscritto; più problematica è la situazione quando il licenziamento è intimato come individuale ed il lavoratore (o il sindacato) ritiene, invece, trattarsi di licenziamento collettivo.

Due sono i problemi principali:

- qual è il momento cui si deve far riferimento per l'accertamento del programma in assenza di una comunicazione di apertura della procedura?

¹⁹ Trib. Milano 10 giugno 2000, in Orient. Giur. Lavoro, 2000, I, 502; Pret. Milano 27 marzo 1996 in Lav. Giur., 1996, 581

²⁰ L. Spagnuolo Vigorita, *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale nella recente L. 223/1991: la fattispecie*, DLRI, 1992, n.,206

- Si deve tener conto solo dei licenziamenti o anche di altre cause di cessazione di rapporti di lavoro, quali – ad esempio – dimissioni incentivata e prepensionamenti?
Sul primo punto occorre tener presente che il datore di lavoro non ha alcun termine per iniziare la procedura e comunicare l'intenzione di procedere a licenziamenti collettivi; mi pare quindi che procedendo a una ricostruzione, occorra far riferimento al momento in cui è stato intimato il primo licenziamento che si assume essere collettivo; occorre a mio avviso chiedersi, se a quella data l'intenzione era di effettuare almeno 5 licenziamenti nei limiti temporali e spaziali indicati dall'art. 24 della legge di riferimento. La giurisprudenza ha, poi, precisato che se l'imprenditore ha intimato, come individuali, un numero di licenziamenti inferiori alla soglia, il successivo superamento della stessa per sopravvenuti licenziamenti comporta la comprensione anche dei primi nella fattispecie del licenziamento collettivo, non valendo ad impedirlo l'assenza dell'intenzione originaria,²¹ il che mi pare una corretta applicazione dell'ultima parte dell'art 24, 1° comma, ove si dispone l'applicazione della normativa a tutti i licenziamenti che nello stesso arco di tempo e nello stesso ambito siano comunque riconducibili alla medesima riduzione o trasformazione.

Circa il secondo punto, il problema si pone solo nel caso in cui i licenziamenti siano stati individuati come individuali e siano meno di cinque; in tal caso sorge l'interesse del lavoratore a sostenere che il licenziamento era collettivo in quanto era prevista l'eliminazione di più di cinque posti di lavoro, attuata in parte tramite licenziamenti e in parte tramite dimissioni incentivata e prepensionamenti.

La giurisprudenza ha affrontato varie volte la questione con conclusioni difformi: secondo l'orientamento maggioritario “ *il riferimento testuale dell'art. 24 L. 223/1991 ad almeno 5 licenziamenti non lascia spazio per considerare, ai fini del requisito numerico ivi previsto, anche le dimissioni incentivata, né risulta ammissibile un' estensione per analogia del termine licenziamento alle dimissioni. Vi è infatti una contraddizione logica tra la ratio della legge – tutta tesa a favorire misure alternative al licenziamento – e la pretesa di considerare anche le dimissioni incentivata (strumenti tipicamente alternativi al recesso) come equivalenti al recesso ai fini del requisito numerico* ”.²²

²¹ Corte App. Milano 26 giugno 2007 n. 584 in Guid. Lav. 2007, 44,29

²² Cass. 22 gennaio 2007 n. 1334 in Giur.It. 2007, 12, 2718, Cass. 23 giugno 2006 n. 14638 in Riv. It. Dir. Lav. 2007, II, 425; Cass. 22 febbraio 2006, n. 3866 in Giust. Civ. Mass, 2006, 2; Cass. 24 marzo

In senso contrario, si sono pronunciati alcuni Pretori, che hanno tratto argomentazioni anche dal testo della direttiva CEE n. 92/56 del 24.6.92, la quale prescrive di assimilare ai licenziamenti *“le cessazioni del contratto di lavoro per una o più ragioni non inerenti alla persona del lavoratore, purché i licenziamenti siano almeno cinque”*.²³

Ma, dato che la procedura di cui all'art. 4 della legge n. 223/1991 deve essere instaurata in quanto il datore di lavoro intenda realizzare la riduzione di personale per il tramite di licenziamenti, cioè senza il consenso dei lavoratori, non si può affermare l'obbligo di instaurare la procedura se l'intenzione è di attuare la riduzione senza i licenziamenti medesimi ed, in ogni caso, se ciò avviene, non vedo come si possa discutere, successivamente, di licenziamento collettivo se neppure un licenziamento è avvenuto.

Concludendo sul punto, nonostante vi sia qualche autore su posizioni differenti, si deve dar conto a mio avviso dell'orientamento univoco della giurisprudenza nel ritenere che ad integrare il presupposto c.d. *“quantitativo”* di cui all'art. 24, primo comma, L. n. 223/1991 siano solamente i recessi dovuti al licenziamento.

2.3 Il requisito dimensionale

L'applicazione della complessa disciplina dei licenziamenti collettivi, sia nel caso della *“messa in mobilità”*, sia per il caso della riduzione del personale è subordinata alla sussistenza presso l'impresa di un *“minimo”* occupazionale, con ciò richiamando quanto disposto per la disciplina dei licenziamenti individuali.

In questo caso, tuttavia, il limite dimensionale dell'impresa non determina una variazione di tutele a seguito dell'illegittimità del licenziamento, ma condiziona l'applicazione della stessa disciplina e delle procedure di attivazione dei licenziamenti collettivi. Il problema che qui si intende mettere a fuoco riguarda il campo di applicazione strettamente inteso, con riguardo alle dimensioni dell'impresa che la legge richiede per l'applicazione della normativa e alle ipotesi che ne vengono espressamente escluse.

2004 n. 5940 in Not Giur. Lav., 2004, 645; Cass. 20 ottobre 2003, n. 15674, in Orient. Giur. Lav. 2003, 1, 961; Cass. 9 agosto 2003, n. 12037, in Giust. Civ. Mass. 2003, 7-8;

²³Cass. 12 novembre 1999 n. 12592 in Dir. Prat. Lav., 2000, 12, 962; Cass. 9 dicembre 1999 n. 13796 in Fori It., 2000, I, 1225

2.3.1 In particolare: i limiti dimensionali introdotti dalla L. n. 223/1991 e i criteri di computo dei dipendenti.

Come ho avuto modo di argomentare precedentemente, la disciplina dei licenziamenti collettivi individua due diverse fattispecie, agli art. 4 e 24, che pongono differenti problemi anche rispetto al limite dimensionale richiesto all'impresa. Per l'avviamento della procedura di mobilità ex art. 4, legge n. 223/1991 il requisito dimensionale coincide con il limite richiesto per la sottoposizione dell'impresa al trattamento della Cigs, che ne è necessario presupposto, e non pone problemi specifici in ordine al campo di applicazione.

Diversamente, per l'ipotesi della riduzione del personale prevista dall'art. 24, legge 223/1991 (ad "imprese che occupano più di 15 dipendenti"), il riferimento letterale pone qualche dubbio interpretativo, e applicativo.

Un primo problema, postosi in relazione al testo originario della legge del 1991, attiene il significato da attribuire al termine "impresa", se esso debba essere inteso in senso letterale con conseguente esclusione dei datori di lavoro non imprenditori, oppure, se l'applicazione della disciplina possa essere estesa anche agli enti pubblici non economici.

Circa il primo quesito, la dottrina sembra propensa ad attribuire significato restrittivo alla norma in esame, escludendo dal campo di applicazione della disciplina i datori di lavoro non imprenditori.²⁴

Vi è stato, tuttavia, chi ha proposto un'interpretazione estensiva dell'articolo in esame che diverrebbe in questo modo applicabile anche ai datori di lavoro non imprenditori, richiamando quanto disposto dalla direttiva CEE 75/129 del 17 febbraio 1975, la quale si riferisce genericamente al "datore di lavoro", e l'interpretazione giurisprudenziale precedente alla normativa in vigore, che ammetteva il licenziamento collettivo anche per i datori di lavoro non imprenditori²⁵.

La dottrina sembrava, invece, concorde nell'escludere dall'applicazione della disciplina gli enti pubblici non economici (gli enti pubblici economici sono, al

²⁴ Vallebona, Carabelli, Napoletano, Spagnuolo Vigorita in *Il licenziamento individuale e collettivo*, CEDAM 2006.

²⁵ Vedi Mazziotti, in Raffaele De Luca Tamajo – Fulvio Bianchi D'Urso, *I Licenziamenti individuali e collettivi nella Giurisprudenza di Cassazione*, Giuffrè 2006

contrario, soggetti alla disciplina sulle riduzioni di personale), che, oltretutto, godono di una specifica disciplina in materia di mobilità in forza del d. lgs. 29/1993.

Il dibattito dottrinale si è esaurito a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. N. 110/2004, che ha modificato la disciplina del 1991 estendendo l'ambito di applicazione della stessa anche ai datori di lavoro non imprenditori

Sotto diverso profilo, è diffuso il convincimento che per quanto riguarda il limite dei 15 dipendenti, pur richiamando per analogia quanto previsto dall'art. 18 Stat. Lav., esso si riferisce all'impresa nel suo complesso. Peraltro, vi è chi, nel medesimo ambito, ritiene che si debba far riferimento all'organico oggettivo inteso nel senso dei dipendenti necessari per il normale esercizio dell'attività d'impresa.; altri ritengono invece che si debba far riferimento al numero dei lavoratori mediamente occupati.²⁶ Il criterio dell'organico medio dell'ultimo semestre (calcolato computando anche gli apprendisti) è utilizzato per calcolare il requisito dimensionale dell'impresa ai fini dell'applicazione della disciplina della C.i.g. e, quindi, della fattispecie prevista dall'art. 4 della stessa legge. L'utilizzazione di un diverso criterio di computo dei dipendenti (che, ad esempio escluda dal novero dei lavoratori computabili gli apprendisti) comporterebbe disparità di trattamento all'interno della disciplina delle eccedenze di personale condizionando fortemente le scelte imprenditoriali. Un ulteriore argomento utilizzato a favore di questa tesi fa leva sulle indicazioni provenienti dalla direttiva comunitaria, che si riferisce ai dipendenti occupati "abituamente" all'impresa.

Da ultimo, occorre dar conto della posizione assunta dalla giurisprudenza in relazione al raggiungimento del requisito numerico attraverso il gruppo di società. Sotto questo profilo, occorre rilevare preliminarmente che di per se il gruppo non assume rilevanza giuridica ai fini del raggiungimento del requisito dimensionale, ciononostante ad un orientamento formatosi in relazione all'applicazione della tutela reale, nell'ipotesi in cui la "parcellizzazione societaria"²⁷ sia preordinata ad eludere le tutele di cui all'art 18 Stat. Lav..

²⁶ Ancora Mazziotti, in Raffaele De Luca Tamajo – Fulvio Bianchi D'Urso, *I Licenziamenti individuali e collettivi nella Giurisprudenza di Cassazione*, Giuffrè 2006

²⁷ Del Punta in *licenziamenti per riduzione del personale: u primo bilancio giurisprudenziale*, LD 1994, 131 ss.

Il Supremo collegio ha precisato che *“nel caso in cui più imprese formalmente distinte, ma con un'unica organizzazione imprenditoriale(intesa anche come unico centro decisionale), utilizzano contemporaneamente le prestazioni degli stessi lavoratori, i requisiti dimensionali e quantitativi prescritti dall'art. 24 della legge n. 223/1991 ai fini dell'applicabilità della disciplina dei licenziamenti collettivi devono essere riferiti all'unico complesso aziendale costituito dalle predette imprese”*²⁸

La materia dei licenziamenti collettivi è stata ulteriormente modificata dalla Legge 19 luglio 1993 n. 236, he all'art. 8, secondo comma, che ha esteso l'applicazione degli artt. 1,4 e 24 ai soci di lavoratori di cooperative di cui alla L. 142 del 2001.

2.3.2 In particolare: il computo dei lavoratori occupati

Un altro aspetto di criticità riguarda i criteri di computo dei lavoratori occupati presso l'azienda ai fini della verifica del requisito minimo dei “quindici dipendenti” necessario a ritenere applicabile la disciplina in commento.

Due sono le soluzioni: la prima, prende in considerazione il momento iniziale della procedura; l'altra, condivisibile, si rifà ad un generale concetto di “media” occupazionale richiamando, così quanto già emerso rispetto alla analoga questione del computo del numero dei lavoratori ai fini dell'applicabilità dell'art.18 S.L. e del trattamento di Cigs (peraltro sembra ancor più logica se ci si pone nella prospettiva di tutela “antifrodatoria”²⁹ che permea la legge 223/1991).

Per quanto attiene, poi, la valutazione dei cosiddetti rapporti speciali in essere presso l'unità produttiva, quali quelli a termine, in prova, a tempo parziale, di formazione e lavoro, di apprendistato, ecc., premesso che la soluzione passa per il più ampio principio dell'applicabilità alla fattispecie in esame dei criteri e dell'interpretazione giurisprudenziale in tema di licenziamenti individuali, la giurisprudenza si è tendenzialmente uniformata alla dottrina e alle indicazioni dello stesso Ministero del Lavoro,³⁰ ritenendo computabili i rapporti di apprendistato e di formazione e lavoro, così come stabilito per la richiesta del Cigs dell'art. 1, L. 223/1991.

²⁸ Cass. 24 febbraio 2003 n. 4274 in lavoro nella Giur. (II) 2003 nota di Ferràù

²⁹ Raffaele De Luca Tamajo – Fulvio Bianchi D'Urso, *I Licenziamenti individuali e collettivi nella Giurisprudenza di Cassazione*, Giuffrè 2006

³⁰ Circ. 29.11.1991, n. 155, DPL 1991, 3321

Un altro aspetto di sicuro rilievo è quello relativo al rapporto tra le norme sui licenziamenti collettivi e sulla mobilità e quelle in tema di “divieto di discriminazione” e “parità” tra uomo e donna. Alcuni interventi legislativi posteriori alla legge in esame hanno inteso porre rimedio ad una situazione che vedeva la percentuale di donne poste in mobilità di gran lunga superiore a quella degli uomini³¹: con la L. 236/97, si impone l’obbligo imprenditoriale di “*non collocare in mobilità una percentuale di manodopera femminile superiore alla manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione*” (art. 6,5° c. bis, L. n. 236/93).

Rimangono comunque, innumerevoli problemi tecnico-giuridici, relativi, tra gli altri, alla corretta collocazione della “quota”³² e del suo rilievo in punto di criteri di scelta dei lavoratori licenziandi, o meglio ancora nel momento della scelta dei singoli dipendenti, nel quale la “*quota si attegga così a criterio di scelta inderogabile e prevalente sugli altri*”.

Sono, più in generale, numerose le perplessità in ordine alla possibile forza espansiva dei principi paritari e antidiscriminatori uomo/donna una volta considerati al fianco della disciplina dei licenziamenti collettivi, per la quale, tuttavia, non può parlarsi comunque di ritorno a forme di tutela rigide ma piuttosto di “flessibilità” orientata al contemperamento degli opposti interessi. Affronterò successivamente e con maggiore dettaglio, un altro elemento caratterizzante eventi discriminatori nel momento dell’individuazione dei licenziandi: la pensionabilità, o meglio, il raggiungimento dei requisiti pensionistici.

2.3.3 Segue: i dirigenti

L’art. 4, comma 9, richiamato dall’art. 24, prevede espressamente la possibilità di collocare in mobilità, all’esaurimento della procedura, “gli impiegati, gli operai e i quadri eccedenti”; da questo dato letterale si è ritenuto che la categoria dei dirigenti

³¹ Bonardi Olivia, *Le discriminazioni basate sul sesso*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Cedam 2007, pp. 345-378.

³² Bonardi Olivia, *Le discriminazioni basate sul sesso*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Cedam 2007, pp. 345-378.

fosse esclusa dall'applicazione della L. 223/1991. Esclusione motivata (oltre che dal riferimento al dato letterale), in base all'esclusione della categoria dei dirigenti anche dalla disciplina limitativa del licenziamento individuale, esclusione riproposta dalla L. n. 108/1990, che costituisce ulteriore conferma della specialità di tale categoria, non assoggettabile a vincoli in ordine al recesso.³³

Vi è tuttavia una tesi difforme, che propende per l'applicabilità anche ai dirigenti della disciplina sui licenziamenti collettivi.³⁴

Tale opinione non ritiene gli argomenti sopra esposti abbastanza efficaci, e, soprattutto, contesta la visione di una sorta di rapporto di specialità tra licenziamento collettivo e licenziamento individuale (da intendersi quale disciplina generale), che consentirebbe di trarre dalla legge n. 108/1990 la regola generale del recesso *ad nutum* del dirigente. Le due discipline sarebbero, infatti, concepite come diverse fattispecie, rientranti nel vasto genus del recesso dal rapporto di lavoro.

Raramente il tema è stato affrontato anche in giurisprudenza, la quale ha escluso la fondatezza della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 24, L. 223/1991 nella parte in cui esclude dalla procedura i dirigenti, mentre ha ritenuto non manifestamente infondata la medesima questione rispetto a "*quei dirigenti*" il cui rapporto "*non risulti caratterizzato in maniera determinante dall'elemento fiduciario*"³⁵

³³ Sul punto, Mazzotta, Zoppoli, Del Punta AA.VV, *I licenziamenti per motivi economico produttivi e la resp d'impresa*, EDIESSE 2007

³⁴ Spagnuolo Vigorita, Guaglione e Scarpelli in AA.VV, *I licenziamenti per motivi economico produttivi e la resp d'impresa*, EDIESSE 2007

³⁵ Raffaele De Luca Tamajo – Fulvio Bianchi D'Urso, *I Licenziamenti individuali e collettivi nella Giurisprudenza di Cassazione*, Giuffrè 2006

CAPITOLO III : LA PROCEDURA

3.1 Premesse: le ragioni della procedura

Il licenziamento, a seguito di intervento della cassa integrazione guadagni straordinaria, ex art. 4 legge 223/1991, o per riduzione del personale, ex art. 24 della medesima legge, deve essere attuato mediante un'articolata procedura, più complessa di quella contenuta negli accordi interconfederali del 20 dicembre 1950 (esteso “*erga omnes*” con d.p.r. n. 1019/1960) e del 5 maggio 1965, che disciplinavano la materia dei licenziamenti collettivi prima dell'entrata in vigore della legge 223/1991.³⁶ Le ragioni dell'inserimento, nella legge 223/1991, di tale procedura possono essere ricondotte, sostanzialmente, a due.

In primo luogo, la necessità – anche a seguito di ripetute pronunce della Corte di Giustizia Europea, aventi ad oggetto la mancata attuazione, nel nostro ordinamento, della normativa comunitaria – di adeguarsi alle direttive europee in materia, vale a dire la n. 75/129, del 17 febbraio 1975, poi modificata dalla n. 92/56 del 24 giugno 1992, che, appunto prevedono una procedura formale per l'attuazione dei licenziamenti collettivi.³⁷

In secondo luogo, l'esigenza di predisporre un meccanismo operativo che, da un lato, confermasse una fase di confronto con le organizzazioni sindacali (già prevista nei citati accordi interconfederali del 1950e 1965) e che, dall'altro, prevedesse, in considerazione dell'evoluzione in tale direzione dell'intero sistema delle relazioni industriali e sindacali, una fase di confronto anche innanzi alle pubbliche istituzioni.

3.2 Il contenuto della procedura

³⁶ Vedi nello specifico il paragrafo 1, capitolo 1,

³⁷ Vedi sul punto Roccella Massimo, *Manuale di diritto del lavoro, Sec. Edizione*, Giappichelli editore, Torino, 2008, pp. 418-427

La procedura in esame è disciplinata, principalmente, dall'art. 4 legge 223/1991, così come modificato dall'art. 1 primo comma del D.Lgs. 26 maggio 1997 n. 151, cui rinvia, seppur non integralmente, prevedendo il richiamo delle sole disposizioni contenute nei commi da II a XII e XV bis dell'art. 4, anche l'art 24 della medesima legge 223/1991.³⁸

Tale procedura prevede:

- a) Una comunicazione preventiva scritta, che deve contenere l'indicazione dei motivi che determinano la situazione di eccedenza, dei motivi tecnici organizzativi e produttivi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione da evitare, in tutto o in parte, la dichiarazione di mobilità, del numero, della collocazione aziendale e dei profili professionali del personale eccedente nonché del personale abitualmente impiegato, dei tempi di attuazione del programma di mobilità, delle eventuali misure programmate per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale dell'attuazione del programma medesimo, del metodo di calcolo di tutte le attribuzioni patrimoniali diverse da quelle già previste dalla legislazione vigente e dalla contrattazione collettiva.

Tale comunicazione deve essere inviata, con qualsiasi mezzo, per esempio a mano, per lettera o mediante fax, alle rappresentanze sindacali aziendali e alle rispettive associazioni di categoria.

Nel caso in cui manchino le rappresentanze sindacali aziendali, la comunicazione di apertura dovrà essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. La norma precisa, altresì, che la comunicazione alle associazioni di categoria può essere effettuata per il tramite delle associazioni dei datori di lavoro alla quale l'impresa aderisce o conferisce mandato. È importante ricordare che, ai sensi del comma XV bis dell'art. 4 legge 223/1991, il suddetto obbligo di comunicazione, e ciò vale altresì per tutti gli obblighi di informazione e consultazione previsti dalla legge³⁹, incombe sul datore di lavoro, anche se le decisioni relative all'apertura della procedura sono state assunte da un'impresa controllante.

³⁸ Alessandro Corrado – Diego Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Giappichelli 2007

³⁹ Ballestrero Maria Vittoria, *Lo stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Giappichelli, Torino 2009

- b) Versamento all'INPS, da parte delle imprese in relazione alle quali sia prevista l'indennità di mobilità, del contributo di cui al terzo comma dell'art. 4 legge 223/1991 ("contributo di ingresso")⁴⁰, pari a una mensilità di massimale Cigs.⁴¹

Copia della ricevuta di versamento di quanto sopra deve essere alla comunicazione di cui sub a).

Peraltro, in base a quanto previsto dall'art.8, VIII comma l. n. 226/1993, il mancato versamento non comporta alcun effetto sulla validità ed efficacia della procedura o dei conseguenti licenziamenti, ne sul diritto a percepire l'indennità di mobilità.

- c) Invio contestuale di copia della comunicazione e della ricevuta anche alla Direzione regionale del Lavoro, o al ministro se, rispettivamente, l'eccedenza riguarda unità produttive ubicate in un'unica regione, oppure in più regioni.
- d) una fase di esame congiunto, da attivarsi, entro 7 giorni dalla data di ricevimento dell'ultima comunicazione di cui si è detto al precedente punto a), a richiesta delle rappresentanze sindacali aziendali e delle rispettive associazioni. Dalla data di ricevimento decorre altresì il periodo, peraltro derogabile dalla volontà delle parti, di 45 giorni di durata massima dell'esame congiunto in sede sindacale, periodo ridotto alla metà se i lavoratori interessati dalla procedura di mobilità sono in un numero inferiore a 10.
- e) Una fase di ulteriore esame innanzi al Direttore della Direzione regionale o al Ministero del Lavoro, in funzione della, già segnalata, rilevanza territoriale del licenziamento.

Più precisamente, l'impresa, esaurita la procedura di incontro sindacale, deve dare comunicazione scritta sul risultato della consultazione e sui motivi del suo eventuale esito negativo alla Direzione Regionale Del Lavoro (analoga comunicazione può essere inviata anche alle associazioni sindacali dei lavoratori), che convoca le parti, al fine di un ulteriore esame della materia che è stata oggetto del confronto sindacale, formulando anche proposte per una la realizzazione di un accordo. Questa attività viene svolta dal Direttore della Direzione Generale del Lavoro e dallo stesso Ministro del Lavoro qualora, come si è più volte ricordato, le eccedenze riguardino più regioni.

⁴⁰ G. Giugni, *Manuale di diritto del lavoro*, 3 edizione, 2011

⁴¹ M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, 2 ed. 2008

È stato sostenuto, in dottrina e giurisprudenza, che in caso di licenziamento per mera riduzione di personale, cioè senza previa Cgis, poiché l'art. 4 legge 223/1991 non richiama espressamente anche il XV comma dell'art. 4, l'ulteriore esame di che trattasi deve sempre avvenire innanzi al Direttore della Direzione provinciale del lavoro, anche se l'eccedenza riguarda più province.⁴²

Tesi a mio avviso non convincente. Oltre ad essere eccessivamente formale, comporta una disparità di trattamento tra le due situazioni (licenziamento da Cigs o licenziamento per riduzione del personale), difficilmente spiegabile rispetto alla "ratio" della previsione di un esame congiunto innanzi agli uffici pubblici. Questi ultimi, infatti, in entrambi i casi, dovrebbero avere conoscenza dell'intera situazione e la possibilità di intervenire, in un quadro unitario, su tutte le località in cui si manifesta l'eccedenza, il che non potrebbe avvenire seguendo l'interpretazione sopra ricordata. Peraltro, in forza dell'intervenuto conferimento a livello regionale, la questione appare superata.

Dal momento del ricevimento, da parte della Direzione regionale del lavoro, della comunicazione dell'impresa, decorre il termine, anch'esso derogabile, di 30 giorni di durata massima della fase di confronto innanzi alle pubbliche istituzioni, termine ridotto alla metà se il numero di lavoratori interessati alla procedura sia inferiore a 10;

- f) Raggiunto l'accordo sindacale, ovvero esaurita la procedura, invio delle lettere di recesso, con collocazione in mobilità.
- g) Contestuale comunicazione, deve essere inviata per iscritto alla Direzione Regionale del lavoro e della massima occupazione competente, alla Commissione Regionale per l'impiego e alle associazioni sindacali di categoria cui è stata inviata la comunicazione di apertura della procedura, contenente l'elenco dei lavoratori collocati in mobilità, con l'indicazione, per ciascun soggetto, del nominativo, del luogo di residenza, della qualifica, del livello di inquadramento, dell'età, del carico di famiglia, nonché con puntuale indicazione della modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta di cui all'art. 5.

3.3 La comunicazione di apertura della procedura e la comunicazione finale, ex art. 4, commi II, III, IV e IX, legge 223/1991

⁴² Pret. Milano 10 febbraio 1993 in Riv. It. Dir. Lav., 1993, II, 597, con nota di G.Frescacci

Dall'esame della giurisprudenza in materia, emerge che i due momenti più delicati della procedura sono la comunicazione iniziale, ex art. 4 commi II, III e IV legge 223/1991, e la comunicazione finale, ex art. 4, comma IX. Quest'ultima, in particolare, nella parte relativa alla puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati concretamente applicati i criteri di scelta del personale da licenziare, previsti dalla legge o dagli accordi sindacali conclusivi della procedura.

Vi è dunque da osservare preliminarmente che la legge è precisa sul punto, perché ha analiticamente elencato quali sono gli elementi da introdurre e chiarire nella lettera di apertura, secondo alcuni contenuto addirittura "troppo" analitico e formalistico.⁴³

Critica a mio avviso condivisibile, considerato che è prevista anche una successiva fase di esame congiunto con le organizzazioni sindacali. Resta, però, il fatto che, a meno di improbabili modificazioni legislative, è con tale formulazione della norma che ci si deve confrontare ed è perciò inutile soffermarsi, più di tanto, su tali critiche. Va preso atto che è onere del datore di lavoro indicare espressamente, nella lettera di apertura, in modo veritiero ed intelligibile, con il limite, ovviamente, della tutela dei eventuali segreti industriali, tutto ciò viene richiesto dalla legge.⁴⁴

Peraltro, pur se la legge è chiara nell'individuare i temi che devono essere trattati nella comunicazione di apertura della procedura, rimane aperto il problema – a mio parere più rilevante rispetto a quello dell'analiticità e formalismo – del livello di approfondimento che essi devono avere. In altre parole, a titolo esemplificativo, se è semplice indicare correttamente, senza possibilità di successive contestazioni, il numero delle persone abitualmente occupate e di quelle che si intendono licenziare o è abbastanza agevole specificare la collocazione aziendale ed i profili professionali del suddetto personale (i quali secondo, l'interpretazione prevalente⁴⁵, non possono essere ricondotti semplicemente alla categoria e al livello di inquadramento), più difficile è valutare sino a quale livello di approfondimento debbano essere articolate le spiegazioni dell'impresa sui motivi che determinano la situazione di eccedenza o

⁴³ Ballestrero Maria Vittoria, *Lo stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Giappichelli, Torino 2009

⁴⁴ Cass. 30 ottobre 1997 n. 10716 in Raffaele De Luca Tamajo – Fulvio Bianchi D'Urso, *I Licenziamenti individuali e collettivi nella Giurisprudenza di Cassazione*, Giuffrè 2006

⁴⁵ Vedi sul punto Roccella Massimo, *Manuale di diritto del lavoro, Sec. Edizione*, Giappichelli editore, Torino, 2008, pp. 418-427

su quelli per i quali si ritiene di non poter adottare misure alternative alla mobilità. La risposta che al riguardo è stata data dagli interpreti, in particolare dalla dottrina, non contiene, e non potrebbe essere altrimenti, l'individuazione di criteri predefiniti ed automatici, da poter applicare in tutti i casi.

È stata, invece, data l'indicazione di una regola di valutazione di carattere generale, che è quella dell'idoneità dell'atto al raggiungimento dello scopo, quest'ultimo consistente nel rendere, effettivamente, edotti i singoli dipendenti interessati alla procedura, il sindacato e le pubbliche istituzioni coinvolte, dei motivi per cui, con riguardo alla situazione di una certa azienda in un determinato momento, si intende dar corso alla mobilità e dei motivi per i quali, in quel contesto, non è possibile procedere diversamente.⁴⁶

Certo, tale soluzione non è esauriente dal punto di vista operativo, perché la valutazione in ordine al raggiungimento di tale obiettivo risente di un ampio margine di discrezionalità. È evidente che in questa prospettiva non sono sufficienti formule di stile, utilizzabili ripetitivamente per una generalità di aziende, ma è necessario che vengano forniti gli elementi di fatto idonei, seppur in sintesi, ad evidenziare, con riferimento al singolo caso concreto, le specifiche caratteristiche della vicenda aziendale che hanno portato alla determinazione di dar corso alla mobilità.

Allo stesso modo, quando si devono chiarire le ragioni per le quali non è possibile ricorrere a misure alternative, al fine di evitare contestazioni, è opportuno che venga espressamente precisato che si è valutata l'ipotesi di adottare tali eventuali misure – elencando le principali, quali possono essere, ad esempio, la Cigs, i contratti di solidarietà, il part-time – e che, viste le caratteristiche peculiari della situazione dell'azienda, in quel particolare momento, si è ritenuto di non poter accedere ad esse. D'altra parte, a bilanciamento di quanto detto, non va dimenticato che si sta discutendo di un mero onere di comunicazione e che il datore di lavoro è dotato di quella potestà decisionale che gli deriva dalle vigenti disposizioni di legge, in particolare dall'art. 41 Cost.

Cosicché a mio giudizio, le spiegazioni fornite dal datore di lavoro non potranno mai essere valutate in chiave di obbligo di dimostrazione dell'inevitabilità delle scelte,

⁴⁶ Cfr. per una disamina sul punto: S. Slapater in F. Carinci: "Diritto del Lavoro" Commentario UTET 1998, 506 sg.

bensì un onere di chiarificazione di come è stata esercitata la discrezionalità dell'imprenditore.

In questo quadro, va detto che particolare attenzione è sempre stata data al rapporto tra Cgis e licenziamenti collettivi.

Alcuni interpreti⁴⁷ hanno sottolineato, in caso di licenziamenti che seguono la Cigs, l'esigenza di chiarire le differenze tra la situazione che ha condotto alla Cigs e quella che impone di dar corso ai licenziamenti. Conseguentemente, è stato da alcuni ritenuto che nella lettera di apertura della procedura neppure vi è obbligo di motivare in ordine al mancato ricorso alla Cigs. È comunque un dato di fatto che i rapporti tra Cigs e licenziamenti collettivi portano, nella pratica, a situazioni aberranti, spiegabili solo con l'eccessivo spazio che in questa materia viene attribuito alla discrezionalità dell'interprete.

E così, se un'impresa dà corso ai licenziamenti collettivi senza aver cercato di attivare la Cigs rischia di vederli invalidati proprio per tale ragione. Al contrario, se l'impresa dà corso ad una Cigs in una situazione in cui l'effettiva possibilità di reimpiego di personale è discutibile, rischia, da un lato, di non vedersi concessa la Cigs dagli organi amministrativi e, dall'altro, di subire, dai dipendenti collocati in Cigs, contestazioni giudiziarie dirette ad ottenere la declaratoria di illegittimità della Cigs proprio perché utilizzata in modo non corretto, trattandosi di situazione di esubero strutturale da affrontare con i licenziamenti per riduzione di personale.

Quanto alle misure atte a fronteggiare le conseguenze sul piano sociale, va ricordato che la legge le indica come meramente eventuali, e quindi non v'è obbligo di esplicitarle, se non sono state programmate. Nella pratica si usa inserire, al riguardo, nella comunicazione di apertura della procedura, una dichiarazione di disponibilità a valutare col sindacato, nel corso della procedura stessa, compatibilmente con le condizioni economico-finanziarie dell'azienda, eventuali soluzioni al riguardo.⁴⁸

L'importanza attribuita alla comunicazione iniziale imposta al datore di lavoro, trova analogo riscontro nel ruolo che la giurisprudenza della Cassazione riserva alla comunicazione finale che ha come destinatari, oltre alle associazioni sindacali di categoria, l'Ufficio regionale del lavoro e della massima occupazione e la

⁴⁷ Cfr. *I dilemmi della Giurisprudenza*, Di Graziella Maria Mascarello in *I licenziamenti per motivi economico produttivi e la responsabilità d'impresa*, EDIESSE 2007

⁴⁸ Cfr. Marangoni Andrea, *La disciplina degli oneri procedurali nei licenziamenti collettivi alla luce della giurisprudenza*, in *RGDL e della previdenza sociale*, 2009 pag. 89 e sg.

Commissione regionale per l'impiego. Tale comunicazione, prevista dal comma 9 dell'art. 4, costituisce l'ultimo anello della concatenazione di adempimenti attraverso i quali si perfezionano e si comunicano i licenziamenti, ed, insieme “[...] *il punto di intersezione dei diversi soggetti ed interessi coinvolti, questa volta anche con la presenza diretta dei singoli lavoratori [...]*”⁴⁹.

A causa di una imperfetta formulazione e di un non chiaro coordinamento con le altre disposizioni cui rinvia, a forzature interpretative nell'un senso o nell'altro, la norma di cui all'art. 4, comma 9, con il suo sistema di rinvii interni all'art. 5, comma 3, e all'art. 4, comma 12, assurge in modo difficilmente spiegabile, nella prevalente interpretazione, ad un ruolo di requisito sostanziale di efficacia dei licenziamenti pur collocandosi in un momento successivo alla consultazione (ed eventuale accordo) con i sindacati ed alla stessa intimazione del licenziamento ai lavoratori selezionati.

I motivi che sono alla base della scelta di condizionare la validità del licenziamento anche alla ottemperanza e alla regolarità formale della comunicazione di cui al comma 9 dell'art. 4, vanno ricercati, a mio avviso, non soltanto in quella propensione di attribuire alla procedura il valore di unico strumento di controllo e garanzia, mediata dal sindacato, del corretto uso del potere datoriale, di procedere ad una riduzione di personale⁵⁰, ma anche nell'esigenza di rendere conoscibili al lavoratore le ragioni della sua collocazione in mobilità, colmando con questo tardivo controllo la lacuna del mancato coinvolgimento nella procedura dei veri destinatari del risultato della stessa. Ed infatti, attraverso la comunicazione al sindacato delle “*modalità con la quale sono stati applicati i criteri di scelta*” (art. 4, comma 9) si offre al lavoratore, anche qua, in via mediata, uno strumento per verificare come si sia svolta la selezione nonché [...] *la coerenza della fase applicativa rispetto ai criteri selettivi eventualmente concordati con il sindacato*”.⁵¹ L'orientamento prevalente della Corte di Cassazione, confermato dalle Sezioni unite, propende per l'interpretazione rigorosa in base alla quale dal combinato disposto dell'art. 4, comma 12, che afferma: “le comunicazioni di cui al nono comma sono prive di efficacia ove siano state effettuate senza l'osservanza della forma scritta e della

⁴⁹ Natullo op. cit in Ballestrero Maria Vittoria, *Lo stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Giappichelli, Torino 2009

⁵⁰ Vedi sul punto Oronzo Mazzotta, *I fondamenti della disciplina protettiva, la tutela obbligatoria, i licenziamenti collettivi* Giuffrè, 2005. pag 836 sg.

⁵¹ L. Montuschi, *Procedure e forme*. 2004, 654 sg.

procedure previste dal presente articolo” e dell’art. 5, comma 3, secondo cui: “il recesso di cui al nono comma dell’art 4 è inefficace qualora sia intimato senza l’osservanza della forma scritta o in violazione delle procedure richiamate all’art. 4 comma 12” deriverebbe l’inefficacia dei licenziamenti collettivi tutte le volte in cui vi sia un irregolarità nella comunicazione di cui al nono comma, perché l’art. 5, comma 3, fa riferimento alle procedure di cui all’ art. 4, comma 12, che a sua volta richiama genericamente tutte le procedure previste nell’articolo stesso senza alcuna distinzione (comprendendovi anche le comunicazioni di cui al comma 9).

Una parte minoritaria della Giurisprudenza di Cassazione⁵² ritiene, però, di interpretare in senso più coerente con il sistema normativo complessivo che disciplina il licenziamento collettivo, e con la *ratio* dello stesso, le disposizioni della legge n. 223/1991 che riguardano le comunicazioni finali escludendo la riconduzione ad unità delle due previsioni di inefficacia contenute nell’art. 4, comma 12, e nell’art. 5, comma 3. Non vi è dubbio, infatti, che l’art 5, comma 3afferma che il recesso è inefficace qualora intimato in violazione della procedure di cui al comma 12 dell’art. 4, e che il comma 12 dell’art. 4 richiamando le “procedure previste dal presente articolo”, parla di inefficacia delle comunicazioni di cui al comma 9.

Ritengo che l’interpretazione più convincente, sulla base della lettera stessa delle due norme, è quella in base alla quale l’art. 4 comma 12, e l’art. 5, comma 3, hanno differenti ambiti applicativi riguardando la prima norma l’inefficacia soltanto delle comunicazioni di cui al comma 9, la seconda l’inefficacia del recesso. Infatti, le comunicazioni di cui al comma 9 sono gravate da uno specifico regime d’inefficacia (derivante dalla mancanza di forma scritta e dalle violazioni della procedura prevista nell’art. 4 nonché dalle irregolarità della stessa), cui si aggiunge quello del recesso intimato ai sensi del comma 9 che è anche esso inefficace quando è disposto senza l’osservanza della forma scritta ed in violazione della procedura. Se le due norme non prevedessero due distinte ipotesi non vi sarebbe ragione si usare nell’art. 4 comma 12, l’espressione: “le comunicazioni di cui al comma 9” e nell’art. 5, comma 3, l’espressione: “il recesso di cui all’art. 4, comma 9”. L’aver previsto un ipotesi di inefficacia autonoma delle comunicazioni di cui all’art. 4 comma 9, significa che tale ipotesi non poteva essere ricompresa nella generale violazione della procedura (la quale da luogo a inefficacia de recesso) e che pertanto la comunicazione di cui al

⁵² Raffaele De Luca Tamajo – Fulvio Bianchi D’Urso, *I Licenziamenti individuali e collettivi nella Giurisprudenza di Cassazione*, Giuffrè 2006 pag 278. ss

comma 9 non rientra nella procedura che legittima i licenziamenti collettivi e che, di conseguenza, la violazione della stessa, non può dar luogo, ai sensi dell'art. 5 comma 3, all'inefficacia dei licenziamenti stessi.

Pertanto dovrà dirsi che la violazione della procedura – che non comprende, per quanto detto, le comunicazioni finali – darà luogo all'inefficacia del licenziamento, nonché alla inefficacia delle comunicazioni finali, che saranno ugualmente inefficaci qualora incomplete e irregolari esse stesse per omissioni o genericità (imprecisioni?) di contenuto. Vi saranno differenti conseguenze sanzionatorie dal momento che l'inefficacia del recesso potrà dar corso all'impugnativa individuale del licenziamento e alla reintegrazione del lavoratore mentre, l'inefficacia delle comunicazioni di cui al comma 9, ad una azione ex art. 28, legge n. 300/1970 da parte del sindacato, qualora venga leso il diritto dello stesso a conoscere le notizie allo stesso destinate, e anche, eventualmente, ad una azione del singolo lavoratore che da un irregolare e/o tardiva comunicazione agli uffici amministrativi sia stato pregiudicato in ordine al godimento dei benefici connessi alla iscrizione nelle liste di mobilità.⁵³

Anche con riguardo alla comunicazione finale di cui al comma 9 dell'art. 4 la posizione più aperta che considera rispettato il dettato normativo ove lo scopo perseguito dal legislatore venga raggiunto, risulta minoritaria. Ciò nonostante, l'indirizzo che attribuisce agli adempimenti formali un ruolo strettamente funzionale al raggiungimento dell'obiettivo, perseguito dal legislatore, di consentire una partecipazione attiva e consapevole delle OO.SS. alle determinazioni datoriali di ridimensionamento del personale, merita di essere condiviso soprattutto in relazione all'interpretazione dell'art. 4 comma 9. Se, infatti, gli oneri procedurali previsti nei primi otto commi dell'art. 4 incidono sugli atti che l'imprenditore compirà nei confronti dei lavoratori, in quanto attraverso gli stessi si realizza il diritto al contraddittorio della parte sindacale cui il legislatore ha deputato il controllo delle scelte datoriali, sul versante delle comunicazioni successive non sembra potersi delineare una diretta insufficienza delle stesse sui recessi già intimati.

Più rispondente alla *ratio legis* è, allora, l'orientamento espresso nella sentenza della Corte di Cassazione 20 novembre 1996, n. 10187 che afferma: “L'omissione dell'altra formalità (la comunicazione dell'elenco dei lavoratori licenziati all'Ufficio regionale

⁵³ M. Marazza, *Licenziamenti collettivi e vizi di comunicazioni nelle procedure di cui all'art. 4 della legge n. 223/1991*, in DL, 1997, II, 177

del lavoro e alla Commissione regionale dell'impiego) essendo prevista a recesso avvenuto, non può incidere sulla sua validità ed efficacia. Tali comunicazioni, come è chiarito nell'art. 6 della legge n. 223/1991, servono per la compilazione delle liste dei lavoratori in mobilità, per l'utilizzo temporaneo di essi in opere o servizi di pubblica utilità o per l'indennità di mobilità (artt. 7 e 16 della legge). Tale omissione avrebbe potuto determinare un'azione di risarcimento dei danni per il mancato godimento dei suddetti benefici, ma non un'azione di inefficacia dei licenziamenti [...]). È stato giustamente sottolineato, d'altronde, che anche qualora voglia attribuirsi alla comunicazione alle associazioni sindacali delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta di cui all'art. 5, comma 1, il valore di garanzia dell'interesse individuale al corretto esercizio del potere di scelta, non giustifica la possibilità per il singolo lavoratore di impugnare il recesso per un mero vizio formale di tale comunicazione, avendo quest'ultimo a sua disposizione la tutela offerta dall'art. 5, comma 3, che prevede l'annullabilità del licenziamento per violazione dei criteri di scelta. L'interesse del sindacato a controllare come il datore di lavoro abbia concretamente applicato i criteri di scelta va tenuto distinto dall'altro interesse, del singolo lavoratore, alla corretta applicazione, nei suoi confronti, dei criteri stessi; dal che le diverse conseguenze sanzionatorie scaturenti dall'esercizio e delle due diverse azioni: ex art. 28 Stat. Lav. Da parte del sindacato, e di annullamento dell'atto di licenziamento da parte del lavoratore. Nel primo caso la possibilità di ottenere la ripetizione della comunicazione insufficiente e/o mancante, nel secondo la reintegrazione del posto di lavoro.

Una posizione intermedia è stata annullata dalla Corte di Cassazione nella recente sentenza 24 marzo 2004, n. 5942⁵⁴ nella quale si afferma la possibilità, per l'imprenditore, di integrare la lacunosa e/o imprecisa comunicazione dovuta ex art. 4, comma 9, "purché il ritardo o l'iniziale insufficienza sufficientemente adempiuti, non abbiamo impedito alle associazioni sindacali di categoria di esercitare il controllo delle corrette modalità di esercizio del recesso nell'adozione dei criteri di scelta dei lavoro da licenziare"

3.4 L'esame congiunto

⁵⁴ In questo senso M.V. Casciano, in RIDL, 2005, II, 657 ss.

Una così accentuata importanza attribuita alla procedura che precede i licenziamenti collettivi non giustifica, a mio parere, il ruolo secondario che la giurisprudenza sembra aver riservato alla fase centrale della procedura stessa e che consiste nell'esame congiunto fra datore di lavoro e rappresentanze sindacali. È nel momento di incontro tra le parti, infatti, che può trovare realizzazione l'ipotesi (prefigurata dal legislatore) di un accordo che contenga o una limitazione dell'originario progetto datoriale di ridimensionamento dell'organico, o una regolamentazione della riduzione di personale attraverso, tra l'altro, la definizione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare. Testimonia la centralità e l'importanza dell'incontro tra le parti il D.P.R. n. 218/2000 che, in materia di Cigs, ha semplificato il procedimento per la concessione del trattamento. In base all'art. 2 del D.P.R. l'imprenditore che intende richiedere l'intervento straordinario di integrazione salariale non ha più alcun obbligo di contenuto nella comunicazione di avvio della procedura, laddove criteri di scelta e le modalità di rotazione divengono oggetto esclusivamente del successivo confronto senza alcun obbligo di forma, diversamente da quanto previsto dal comma 7, art. 1 Legge n. 223/1991.

È probabilmente più agevole per giudici e avvocati, rispettivamente rilevare e contestare irregolarità formali delle comunicazioni, anziché addentrarsi nella, peraltro più complessa, disamina dei comportamenti tenuti dalle parti durante il contraddittorio al fine di verificare l'eventuale esistenza di responsabilità o di irregolarità in grado di invalidare gli atti finali del procedimento.⁵⁵ Questo anche perché non è stato sciolto il nodo relativo al punto fino al quale si può sindacare la correttezza del comportamento datoriale durante la procedura.

Le diverse posizioni (più dottrinali che giurisprudenziali) si differenziano per l'intensità dell'impegno a carico del datore che si ritiene di poter desumere dalle indicazioni della legge.

Significativamente le opinioni espresse hanno oscillato tra due estremi, consistenti l'uno nella prefigurazione di un vero e proprio obbligo nel considerare il ricorso ai licenziamenti collettivi come estrema *ratio* con la conseguente illegittimità di un immotivato rifiuto delle proposte alternative provenienti dal sindacato⁵⁶, l'altro nella limitazione del vincolo datoriale ad un mero obbligo alla consultazione che implicherebbe unicamente la disponibilità passiva ad ascoltare l'opinione del

⁵⁵ R. Del Punta, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, cit. G.Natullo

⁵⁶ M. D'Antona, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale nella legge 223/1991*, cit. 322

sindacato o, con un minimo incremento partecipativo, “[...] *il compimento di quanto necessario affinché la controparte sindacale sia messa in grado di esercitare adeguatamente il suo contropotere*”.⁵⁷

È lo stesso D’Antona, tuttavia, a proporre una via di mezzo, nel mio pensiero più condivisibile, di chi nel rispetto dell’autonomia decisionale dell’imprenditore, ma superando anche i limiti di una configurazione “solamente” consultiva dell’impegno datoriale, afferma l’esistenza di un obbligo trattare nel rispetto del principio di buona fede richiesto dall’art. 1337 c.c. “che si specifica in doveri tipici: di informare correttamente la controparte; di non assumere i provvedimenti programmati prima di aver trattato; di non rifiutare immotivatamente ragionevoli proposte alternative”⁵⁸

Punto di partenza, questo, per legittimare il controllo giudiziale sul complessivo comportamento procedurale del datore di lavoro e, quindi, sulla reale disponibilità dello stesso al confronto e alla discussione, sulla veritiera esposizione delle circostanze di fatto che egli è tenuto a comunicare *ex lege* alle rappresentanze sindacali, sulla ragionevolezza dei tempi della trattativa e degli eventuali rinvii. Ciò non significa che debba rinvenirsi nell’atteggiamento datoriale la volontà o la predisposizione a fare concessioni, sicché “[...] *purché avanzati dopo che la controparte abbia avuto la possibilità di far valere le proprie ragioni, non si palesano di per sé illeciti nemmeno una proposta formulata in termini di prendere o lasciare né un diniego fermo*”⁵⁹. Quanto precede, soprattutto in relazione alla prospettazione, da parte delle organizzazioni sindacali, di rimedi alternativi ai licenziamenti collettivi, introduce l’ulteriore aspetto dell’incerto crinale tra “[...] *sindacato sul rifiuto immotivato di soluzioni alternative, e sindacato sul rifiuto tout-court di dette soluzioni*”⁶⁰. Il rischio, infatti, che dal controllo sul comportamento procedurale dell’imprenditore si scivoli sul controllo di merito circa l’opportunità delle scelte datoriali non è trascurabile, ed è da evitare, laddove, impegnarsi a discutere sulle misure alternative non significa subordinare la legittimità del licenziamento all’oggettiva impraticabilità di altre soluzioni, ma,

⁵⁷ U. Carabelli, *I licenziamenti per riduzione del personale*, cit., 281

⁵⁸ M.D’Antona, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale nella legge 223/1991*, cit. 322

⁵⁹ C. Zoli, op. cit., 81 in Ballestrero Maria Vittoria, *Lo stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Giappichelli, Torino 2009

⁶⁰ R. Del Punta, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, cit. G.Natullo

soltanto, esporre le ragioni di una mancata scelta laddove l'obbligo a trattare previsto nell'art. 4, legge 223/1991 tolleri perfino il conflitto dichiarato.

Sul versante sindacale si riconoscono analoghi obblighi di correttezza e buona fede che si sostanziano nel dovere di un comportamento coerente con la volontà di contrattare e raggiungere, possibilmente, un accordo che contemperi le contrapposte esigenze. Pur tuttavia, nell'approccio alla posizione del sindacato nella fase delle trattative, prevale l'attenzione verso le risorse negoziali che il legislatore fornisce allo stesso al fine di ottenere un ridimensionamento, in termini quantitativi, del progetto di riduzione del personale presentato dal datore di lavoro, piuttosto che la ricerca di un modello comportamentale corretto.

Lo scambio tra le parti e le reciproche concessioni sono finalizzati al raggiungimento (eventuale) di un accordo; bisogna rilevare, però, come sia l'accordo, e, soprattutto, la trattativa, siano rimessi principalmente alla volontà del sindacato, il quale ben potrebbe non ritenere utile o opportuno richiedere l'esame congiunto previsto dal comma 5 dell'art. 4, legge n. 223/1991. Ciò rafforza la tesi in base alla quale il legislatore ha attribuito al sindacato un ruolo di controllore e garante del comportamento datoriale, conferendo allo stesso libertà di iniziativa e scelta, anche delle modalità dell'intervento e degli strumenti di raggiungimento di una posizione più vicina possibile agli interessi dei lavoratori coinvolti. Il rispetto, quindi, della libertà dell'imprenditore di organizzare la propria attività, anche scegliendo di ridimensionarla riducendo il personale occupato, si coniuga con il rispetto delle scelte sindacali che non possono essere delegittimate dal Giudice laddove il legislatore consideri il sindacato stesso come titolare unico del potere di negoziazione con il datore di lavoro.

Si inserisce, qui, il delicato rapporto tra interesse collettivo, gestito dal sindacato con la libertà di iniziativa e di scelte non sindacabili, e interesse individuale dei singoli lavoratori destinatari finali delle organizzative datoriali. Si è notato come la legge non preveda alcuna forma di espressione diretta degli interessi dei lavoratori (ad esempio assemblee e referendum) durante la (o al termine della) procedura di mobilità⁶¹ (allo stesso modo in cui non prevede obblighi di comunicazione ai singoli lavoratori a carico del datore di lavoro), a conferma della rilevanza superindividuale

⁶¹ Natullo op. cit in Ballestrero Maria Vittoria, *Lo stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni* (2007-2009), Giappichelli, Torino 2009

ed unitaria delle vicende relative alla gestione delle crisi e delle riorganizzazioni aziendali.

Altro punto delicato è quello che concerne gli eventuali obblighi di riassorbimento, con assegnazione di mansioni in deroga all'art. 2103 cod. civ.. Si può dire che gli aspetti problematici riguardano, principalmente, la necessità, o meno, dell'accettazione della collocazione in mansioni peggiorative. La norma, dal punto di vista letterale, non richiede il consenso del dipendente. Del resto, avuto riguardo anche alla sua *ratio*, la previsione normativa, se rimessa all'accettazione dei dipendenti, perderebbe gran parte del proprio significato e la propria valenza operativa, atteso che l'accordo sindacale assumerebbe una funzione non dispositiva ma meramente propositiva.

Delicato è anche il conseguente problema dell'applicazione soggettiva del contenuto di tali accordi nell'ambito di una popolazione di riferimento all'interno della quale i potenziali destinatari potrebbero essere molteplici. In altri termini in questo caso, una volta raggiunto l'accordo in deroga all'art. 2103 cod. civ., si tratterà anche di verificare la legittimità del criterio di scelta attuato per individuare, escludendone altri, i soggetti nei cui confronti porre in essere la "dequalificazione"⁶² legale.

La legge nulla dice al riguardo. Va da sé, però che la scelta non potrà mai essere arbitraria e che, dunque, in mancanza di criteri di scelta specificamente concordati con le organizzazioni sindacali – peraltro anch'essi da verificare, per accertarne la legittimità, in base ai principi generali dell'ordinamento – la discrezionalità aziendale dovrà esercitarsi nel rispetto del principio di correttezza, buona fede e non discriminazione.

Analoghe considerazioni possono essere fatte anche in riferimento agli accordi contenenti previsioni di comando e distacco.

Sempre con riguardo a questi ultimi, in deroga al 2103 cod. civ. si discute, inoltre, se la dequalificazione debba essere limitata ad una riduzione di livello nell'ambito della medesima categoria (operaia e impiegatizia) oppure se, come sembra preferibile anche al fine di dare una maggiore rilevanza pratica alla previsione, possa comportare anche il cambio di categoria.

Relativamente agli accordi sindacali aventi ad oggetto la determinazione del periodo di tempo entro il quale, terminata la procedura, porre in essere i licenziamenti, le disposizioni di legge (art. 8 comma 4 D.L. 20 maggio 1993 n. 144 convertito in

⁶² U. Carabelli, *I licenziamenti per riduzione del personale*, cit., 294

legge 19 luglio 1993 n. 236) limitano, dal punto di vista letterale, la possibilità di prolungamento del termine di 120 giorni previsto dall'art. 24 legge 223/1991 solo agli accordi stipulati nel corso della procedura.

Non mi sembra, peraltro – ma segnalo che l'interpretazione ministeriale e dell'INPS è di segno opposto – che vi siano ragioni di carattere sostanziale che rendano necessaria un'interpretazione così restrittiva. E ciò anche alla luce della ratio della legge, che è quella di consentire un'elasticità nella collocazione in mobilità tale da poter favorire, a seconda delle caratteristiche delle singole fattispecie, sia l'impresa che i dipendenti. A mio giudizio, è pertanto corretto ritenere che siano idonei a procrastinare il termine di 120 giorni previsto dall'art. 24 legge 223/1991 anche accordi sindacali che siano stati stipulati, dai medesimi soggetti della procedura, successivamente a quella di cui all'art. 4.

Va aggiunto che la legge non contiene neppure un limite temporale alla durata della proroga, ed è quindi difficile dare indicazioni al riguardo.

Ritengo che, sulla base di precedenti seppur riferiti ad altri istituti, rinvenibili nell'ordinamento sia sicuramente legittima una proroga di durata analoga a quella di durata massima iniziale (120 giorni). Non è da escludere però che siano legittime anche proroghe di durata maggiore, quando si riesca razionalmente a giustificarle sulla base delle caratteristiche peculiari delle singole fattispecie.

3.5 Riforma Fornero: un primo approccio

L'art. 1, commi 44-46 della legge 92 apporta alcune modifiche agli articoli 4 e 5 della legge 223 del 1991.

La ragione di tali disposizioni sembra essere quella di adeguare il regime sanzionatorio dei licenziamenti adottati all'esito di una riduzione di personale, ove risultino viziati, alla nuova disciplina dettata dall'art. 18 stat. lav. come modificato dalla medesima legge. Alcune ulteriori modifiche, poi, intervengono su specifici aspetti della procedura.

L'art. 1 comma 44 modifica la previsione contenuta nell'art. 4, comma 9, della legge 223. L'obbligo di comunicare l'elenco dei lavoratori e le modalità di applicazione dei criteri di scelta non va più adempiuto contestualmente ai recessi, ma entro sette giorni dai licenziamenti. Si tratta di una modifica formale, poiché la finalità della comunicazione non viene meno concedendo all'impresa un termine più comodo, che

può rispondere anche ad esigenze di razionalità burocratica: in ogni caso, l'obbligo è confermato e la sua violazione, trattandosi comunque di un aspetto della procedura, darà luogo ad un vizio dei licenziamenti.

Molto più rilevante, e foriera di dubbi, è l'altra modifica apportata alla disciplina della procedura (comma 45) inserendo un periodo aggiuntivo all'articolo 4, comma 12 della legge 223/91, il quale recita: «Gli eventuali vizi della comunicazione di cui al comma 2 del presente articolo possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo».

La disposizione interviene su una tematica assai controversa in giurisprudenza, che riguarda proprio l'effetto sanante o meno di un accordo sindacale sui vizi della comunicazione con la quale viene avviata la procedura di riduzione del personale. Secondo la giurisprudenza prevalente la violazione delle disposizioni imperative sulla procedura può essere fatta valere dal lavoratore, al fine di dedurre l'inefficacia del licenziamento, anche se sia comunque intervenuto un accordo all'esito della stessa procedura, perché questa è diretta a soddisfare non solo l'interesse collettivo di cui sono portatrici le associazioni sindacali ma anche interessi e diritti individuali.

Peraltro, è importante distinguere la tipologia del vizio della comunicazione, che può andare dall'omissione della stessa, alla sua incompletezza, al mancato invio a tutte le associazioni destinatarie.

Tale diversità di situazioni dà ragione del fatto che talvolta (nei casi di violazioni meno rilevanti) i giudici hanno invece ritenuto che il vizio potesse ritenersi sanato dall'intervento di un accordo sindacale.

Proprio qui sta il carattere discutibile della modifica, ora introdotta dalla proposta di legge, la quale pretende di attribuire efficacia sanante all'accordo collettivo a prescindere dal merito dell'inadempimento della regola sull'obbligo di comunicazione, e senza specificare quale accordo possa avere simile rilievo taumaturgico.

Evidente infatti che, proprio perché la procedura tutela interessi anche di carattere individuale, si porrà ora un delicato problema di rappresentatività delle associazioni sindacali il cui consenso possa sanare il vizio della comunicazione datoriale.

In sede interpretativa, inoltre, dovranno essere tracciati i limiti di un simile potere: per fare un esempio, il mancato invio della comunicazione ad alcune delle associazioni destinatarie per legge del diritto di informazione non potrà certamente essere sanato

dall'accordo intervenuto con altre oo.ss. (pena la possibilità per l'impresa di scegliersi gli interlocutori sindacali più graditi escludendo del tutto dalla procedura altre associazioni pur rappresentative dei lavoratori coinvolti).

La scelta operata dalla legge con riferimento ai vizi della procedura sindacale (al fine di coordinarlo con i mutati contenuti del nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori) è ancora più discutibile, e introduce contraddizioni nell'ordinamento. L'applicazione di un regime esclusivamente indennitario fa evidentemente venir meno l'inefficacia del recesso (che infatti non è più espressamente sancita dal nuovo art. 5 della 223). Esso si pone in contrasto con la linea del rigore interpretativo degli obblighi di informazione e consultazione sindacale quale contraltare di una relativa maggiore libertà dell'impresa nella valutazione nel merito dell'operazione di riduzione del personale. Ne risulta perciò stravolta l'impostazione stessa della disciplina della legge 223 del 1991, la quale mette il fuoco della tutela proprio sulla procedura sindacale: risulta davvero inusitato che la violazione di un obbligo procedurale, posto da norme imperative di legge, dia luogo ad un regime sanzionatorio meramente obbligatorio.

Ciò comporta l'aprirsi di una possibile divergenza tra i piani sanzionatori collettivo e individuale per i vizi della procedura: pacifico che in questo caso possano agire le organizzazioni sindacali con il ricorso per condotta antisindacale ex art. 28 stat. lav., all'esito del quale l'ordine giudiziale di rimozione degli effetti della condotta illecita può consistere nell'ordine di reintegrazione dei lavoratori licenziati all'esito di una procedura scorretta (o omessa del tutto), con l'azione individuale sarà invece possibile ottenere il solo risarcimento del danno, con evidente disparità di trattamento tra i lavoratori di diverse imprese, a seconda se godano o meno della copertura di una attivazione sindacale.

In ogni caso, dall'insieme dell'operazione legislativa esce fortemente ridimensionato il ruolo delle organizzazioni sindacali nelle ristrutturazioni di impresa.

Negoziazione sulle conseguenze sociali dei licenziamenti, nel momento in cui (ciò avverrà quando la riforma degli ammortizzatori sociali sarà a regime) si indebolisce la copertura fornita dalla mobilità ai lavoratori licenziati; ciò vale a maggior ragione a fronte delle recenti modifiche dei criteri di accesso alla pensione, che rendono sempre più improbabile la gestione dei processi di mobilità con percorsi di accompagnamento alla pensione.

CAPITOLO IV: I CRITERI DI SCELTA

Gli accordi interconfederali del 20 febbraio 1950 e del 5 maggio 1965 prevedevano dei criteri di scelta del personale da licenziare nell'ambito dei licenziamenti collettivi. La necessità di individuare tali criteri di selezione è evidenziata anche nella Direttiva Europea e n. 92/56, che ha modificato la precedente direttiva n. 75/19. In via preliminare va detto, per spiegare il ruolo centrale che è stato sempre attribuito alla questione dei criteri di scelta, che gli stessi costituiscono una sorta di compromesso sociale, atteso che, in siffatte vicende, limitano il potere imprenditoriale e tutelano il lavoratore proprio in virtù della loro preventiva determinazione.

4.1 Criteri legali

L'art. 5 della legge n. 223/1991 precisa quali sono i criteri da seguire nell'attuazione dei licenziamenti in esame.

Tale norma prevede che l'individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità debba avvenire, in relazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti dai contratti collettivi stipulati con i sindacati ai sensi dell'art. 4, comma II, della medesima legge, ovvero, in mancanza di questi contratti, nel rispetto dei criteri di carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecnico-produttive ed organizzative, da applicarsi in concorso tra loro. L'art. 5 in esame, al II comma, con riguardo al personale avviato obbligatoriamente, precisa altresì che nell'operare la scelta dei lavoratori da collocare in mobilità l'impresa è tenuta al rispetto dell'art. 9, ultimo comma, del D.L. 29 gennaio 1983 n. 17, convertito, con modificazioni, dalla L. 25 marzo 1983, n. 79

Più precisamente, il datore di lavoro non può, secondo un filone interpretativo della suddetta disposizione, collocare in mobilità un numero di dipendenti superiore, in percentuale sui licenziati, alla percentuale massima di avviati obbligatori prevista

dalla legge o, secondo altra tesi interpretativa, in misura percentuale superiore a quella effettiva di personale avviato obbligatoriamente presente in azienda.⁶³

Relativamente al personale femminile, il II comma del citato art. 5 Legge 223/1991, norma che, quantunque non brilli per chiarezza razionalità, ad oggi non ha sollevato particolari problemi applicativi a livello giurisprudenziale, prevede che l'impresa non possa collocare in mobilità una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione.

4.1.2. Il concetto di “esigenze tecnico-produttive ed organizzative”

Il concetto di “esigenze tecnico-produttive e organizzative” viene richiamato in due punti della disposizione in esame. Nella parte iniziale, laddove si indica che l'individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità deve avvenire, in relazione alle “esigenze tecnico-produttive ed organizzative” del complesso aziendale e, in prosecuzione della norma medesima, quando si precisa che, in mancanza dei criteri previsti dalla contrattazione collettiva, quelli da applicare sono i carichi di famiglia, l'anzianità e, ancora una volta, le “esigenze tecnico-produttive ed organizzative”.

Il primo richiamo al concetto di esigenze tecnico-produttive e organizzative, collegato a quello del complesso aziendale, serve, secondo l'opinione prevalente e preferibile, per individuare l'area di applicazione dei criteri di scelta contrattuali o legali. Più precisamente, esso ha la funzione di determinare, attraverso un parametro flessibile, correlato alle specifiche esigenze di ciascuna azienda, l'ambito all'interno del quale, in ragione delle effettive necessità funzionali dell'impresa, effettuare i licenziamenti e scegliere il personale da licenziare.⁶⁴

Quest'ultimo dovrà poi essere selezionato in applicazione dei criteri successivamente specificati dalla norma, vale a dire o quelli contenuti nei contratti collettivi o quelli legali.

⁶³ Sul punto . *I dilemmi della Giurisprudenza*, Di Graziella Maria Mascarello in *I licenziamenti per motivi economico produttivi e la responsabilità d'impresa*, EDIESSE 2007

⁶⁴ Sulla differente funzione assunta nell'ambito della norma dal criterio delle esigenze tecnico produttive si veda: Nannipieri Luigi, *Ambito oggettivo di comparazione e criteri soggettivi di scelta nella riduzione del personale: i limiti di ammissibilità del “criterio unico” della maggiore prossimità al pensionamento*, in RIDL, 2006, II, pp. 666-686.

In tal senso si è pronunciata peraltro, la Suprema Corte la quale ha affermato che: *“In materia di licenziamenti collettivi per riduzione di personale, l’art 5 della legge n. 223 del 1991, mentre dispone nella prima parte che”l’individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale”, fa riferimento una seconda volta alle stesse esigenze indicandole tra i criteri da seguire per la scelta dei destinatari del provvedimento di mobilità. Conseguentemente, le suddette esigenze tecnico-produttive di cui alla prima parte del citato art. 5 rilevano, indipendentemente dal criterio di scelta adottato i sensi della seconda parte della stessa disposizione, come limite dell’ambito in cui detta scelta può essere operata, in relazione al quale va verificato in sede giurisdizionale il nesso causale tra il programma di ristrutturazione aziendale e lo specifico provvedimento di recesso, considerando, quanto a detto programma, l’enunciazione, con la comunicazione di cui al comma 2 dell’art. 4 della stesa legge, dei “motivi che determinano la situazione di eccedenza”, alla quale va riferita anche l’indicazione dei “profili professionali del personale eccedente””*.⁶⁵

Infatti, come è stato giustamente evidenziato in dottrina, vi sarebbero stati, in astratto, vari possibili modi di affrontare tale questione.⁶⁶

A titolo esemplificativo, da un lato, un sistema di procedure sarebbe potuto consistere nel prendere in considerazione, ai fini dell’applicazione dei criteri di scelta, esclusivamente le unità produttive o, ancor più in dettaglio, i reparti strettamente interessati dalle esigenze che determinano la necessità di ricorrere al licenziamento collettivo, rischiando, peraltro, di privilegiare/penalizzare parte del personale, equivalente sul piano professionale, per il solo fatto di appartenere ad un’unità produttiva o ad un reparto piuttosto che ad altri distanti solo poche centinaia di metri o pochi chilometri.

Oppure, all’altro capo delle possibilità, la norma avrebbe potuto prendere in considerazione, indipendentemente dalle specifiche esigenze tecnico-produttive ed organizzative, l’intero complesso aziendale, inteso come la somma di tutte le unità produttive o reparti che compongono una certa azienda, collocati nei più disparati luoghi geografici, magari molto distanti fra loro. E con ciò con tutte le problematiche che ne possono conseguire anche dal punto di vista organizzativo (si pensi, per

⁶⁵ Cass 3 ottobre 2006 n. 21300 in Giust. Civ. Mass, 2007, 4

⁶⁶ Del Punta in Papaleoni, Del Punta, Mariani: Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, 2 ed. 2008

esempio, all'eventuale necessità di dover individuare e trasferire, per colmare i vuoti lasciati dal personale licenziato, parte dei dipendenti rimasti in forza da un'unità operativa ad un'altra, o da un reparto ad un altro, con la necessità di individuare, a tal fine, ulteriori criteri di scelta, effettuare eventuali periodi di addestramento, sopportare eventuali ulteriori oneri economici conseguenti al trasferimento).

Il legislatore, utilizzando il concetto di esigenze tecnico-produttive e organizzative collegato a quello di complesso aziendale, ha preferito scegliere un criterio elastico, che deve essere concretizzato volta per volta, considerando e valutando le specifiche caratteristiche e le reali esigenze delle imprese nella singola fattispecie.

Certamente, il tema è molto delicato, risentendo delle valutazioni discrezionali del datore di lavoro, cui è rimessa la scelta e, quel che più conta, delle valutazioni discrezionali del giudice, che decide sulla correttezza del comportamento aziendale in caso di contenzioso.

La giurisprudenza maggioritaria⁶⁷ sul punto ritiene che l'ambito di applicazione dei criteri di scelta potrà essere circoscritto rispetto all'intero complesso aziendale, limitandolo ad una singola attività produttiva settore o ufficio dell'azienda tanto in quanto la ristrutturazione riguardi le professionalità impiegate nell'unità non siano fungibili con altre presenti in azienda.

Sul punto si è affermato che: *“In caso di licenziamento collettivo per riduzione del personale, qualora il progetto di ristrutturazione aziendale si riferisca in modo esclusivo ad un'unità produttiva o ad un altro specifico settore dell'azienda, la comparazione dei lavoratori al fine di individuare quelli da avviare alla mobilità non deve necessariamente interessare l'intera azienda, ma può avvenire secondo una legittima scelta dell'imprenditore ispirata al criterio legale delle esigenze tecnico-produttive, nell'ambito della singola unità produttiva, ovvero nel settore interessato dalla ristrutturazione, in quanto ciò non sia il frutto di una determinazione unilaterale arbitraria del datore di lavoro, ma sia obbiettivamente giustificata dalle esigenze organizzative che hanno dato luogo alla riduzione di personale. All'interno poi, dell'unità o settori suddetti, assume rilievo non la categoria di inquadramento – la quale, constatando di più profili, è scarsamente significativa della reale organizzazione del lavoro – ma il profilo professionale,*

⁶⁷ Vedi nel dettaglio Cass. 20 giugno 2007 n. 14339, Cass. 9 settembre 2003 n. 13182, Cass. 24 gennaio 2002, n. 809 in Raffaele De Luca Tamajo – Fulvio Bianchi D'Urso, *I Licenziamenti individuali e collettivi nella Giurisprudenza di Cassazione*, Giuffrè 2006 pag 278. ss

come si deduce dall'art. 4 Legge 223/1991, dove la categoria è menzionata solo tra i dati da comunicare una volta che la procedura si è esaurita (nono comma) e non tra quelli finalizzati a limitare il numero dei lavoratori oggetto della scelta (terzo comma)''⁶⁸.

In questo quadro, uno dei maggiori problemi operativi si pone quando possono essere coinvolte nella scelta più unità produttive separate, collocate in località tra di loro più o meno distanti, nell'ambito delle quali vengono svolte le medesime lavorazioni o lavorazioni simili, cosicché, in linea di massima, il personale dell'una è fungibile con quello dell'altra.

In tal caso, un'eventuale riduzione della quantità di tali lavorazioni, seppur concentrata, nell'intenzione dell'azienda, su un'unica unità produttiva, potrebbe avere, in teoria, effetti ripartiti in più unità produttive, sussistendo le condizioni per una possibile scelta del personale da licenziare da applicare nei confronti dei dipendenti di tutte le varie unità produttive, separate ma, in ragione di quanto ho detto sopra, unificabili da un punto di vista concettuale per predisporre le graduatorie.

Del resto, non va dimenticato che la norma di cui all'art. 5 legge 223/1991 fa espresso riferimento al concetto di complesso aziendale e mi sembra riduttivo, anche se molto più semplice dal punto di vista strettamente operativo, risolvere, in via generale, il problema rimettendo il tutto, da un lato, all'osservazione che il modulo organizzativo aziendale di riferimento preso in considerazione degli art. 4 e 24 della legge 223/1991 è l'unità produttiva e, dall'altro, che spetta solo alla discrezionalità imprenditoriale l'individuazione, nell'ambito del complesso aziendale, dell'unità produttiva sulla quale operare. Mi sembra particolarmente interessante una soluzione prospettata dalla dottrina, la quale ha fatto riferimento alla necessità di individuare, in tali casi, un limite di "ragionevolezza geografica".⁶⁹

A titolo esemplificativo, è stato indicato quale criterio per concretamente identificare tale limite di ragionevolezza geografica quanto previsto dall'art. 9, comma II, della legge 223/1991, che ha ritenuto in 60 km, ovvero nel tempo di viaggio di 60 minuti con i mezzi pubblici, il limite territoriale-temporale entro il quale il lavoratore in

⁶⁸ Cass. 19 maggio 2005 n. 10590 i Riv. It. Dir. Lav 2006, II, 665 e in senso conforme Cass. 14 giugno 2007 n. 13876.

⁶⁹ . Del Punta, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, cit. G.Natullo

mobilità è abilitato a rifiutare nuove offerte di lavoro senza dover subire la cancellazione dalle liste di mobilità.

Un altro criterio potrebbe essere quello di ritenere escluse dall'eventuale accorpamento concettuale, ai fini dell'individuazione dell'ambito nel quale applicare i criteri di scelta, le unità produttive la cui distanza imporrebbe al personale, che dovesse andare a riempire i vuoti lasciati dal licenziamento in altre unità, di effettuare un vero e proprio trasferimento di residenza. È evidente che in tal caso, l'estensione dell'ambito di applicazione dei criteri potrebbe avere effetti devianti e anomali, in questo potrebbe costringere il personale che non è disposto a trasferirsi a dover rassegnare le dimissioni o le esporrebbe al rischio di licenziamento. Aggiungo peraltro che, a mio avviso, il limite di ragionevolezza geografica deve essere coniugato anche al rispetto di altre esigenze, più propriamente datoriali. Ad esempio, non potrà essere fatto carico all'imprenditore di sopportare, per allargare, ai fini equitativi di cui si è detto, l'ambito di applicazione delle scelte, significativi costi ulteriori rispetto a quelli che avrebbe affrontato concentrando l'operazione su un'unica unità produttiva.

Allo stesso modo l'impresa non potrà essere gravata da rilevanti oneri in termini organizzativo-funzionali, quali quelli che avrebbe affrontato concentrando l'operazione su un'unica unità produttiva.

Un altro aspetto saliente che emerge dall'esame della norma è che, nell'ambito individuato sulla base di quanto sopra indicato, la scelta dovrà poi essere operata in applicazione dei criteri previsti dai contratti collettivi stipulati ai sensi del medesimo art. 5 ovvero, in mancanza di essi, in applicazione dei criteri di scelta, residuali, previsti dalla norma, e cioè i carichi di famiglia, l'anzianità, le esigenze tecnico-produttive o organizzative, in concorso tra loro. Mentre la legge non prevede quali debbano essere i criteri contenuti nella contrattazione collettiva, i quali, pertanto, come meglio vedremo in un successivo paragrafo, sono liberi e rimessi esclusivamente alla negoziazione delle parti sociali, salvi i limiti generali imposti dalle norme base dell'ordinamento, nel caso di mancanza di contratti collettivi a riguardo, i criteri di scelta possono essere solo quelli espressamente indicati dalla legge.

4.2. I criteri previsti dalla contrattazione collettiva

L'autonomia collettiva, dunque, costituisce lo strumento di riequilibrio delle forze reciproche e di mediazione degli interessi dei lavoratori e di questi con l'interesse dell'imprenditore, coerentemente con gli obiettivi di procedimentalizzazione voluti dalla legge n.223. La legge, come sopra esposto, affida ai contratti collettivi stipulati con i sindacati la delicata funzione di tutelare gli interessi individuali. Non si tratta tuttavia di un obbligo a trattare, bensì un invito a negoziare sulla questione, tanto è vero che è la legge stessa a prospettare la possibilità che un accordo non venga raggiunto.

Solo in via sussidiaria, cioè in mancanza di accordi tra le parti, la legge individua nei carichi di famiglia, nell'anzianità e nelle esigenze tecnico-produttive ed organizzative, tra loro in concorso, le regole a cui ci si deve attenere per individuare i singoli lavoratori.

Il ruolo sussidiario dei c.d. criteri legali permette, quindi, di facilitare l'intervento dell'autonomia collettiva nell'individuazione dei lavoratori.

Ciò che ha sollevato non poche perplessità nel dibattito giurisprudenziale⁷⁰ è l'inversione dei normali rapporti tra autonomia collettiva e legge e la conseguente delega al sindacato di partecipare ad individuare gli esuberanti. L'attenzione degli studiosi si è infatti rivolta nella delimitazione dei confini ai quali è soggetta l'autonomia contrattuale in sede di determinazione dei criteri di scelta.

La volontà e la necessità di contenere entro limiti il più possibile ristretti il disagio sociale causato dalla riduzione del personale ha spesso portato a privilegiare il criterio dell'anzianità contributiva, sino alla definitiva assunzione della pensionabilità quale criterio pressoché esclusivo di scelta dei lavoratori. E' opportuno evidenziare come accanto al meritevole proposito di ordine sociale, la scelta del criterio della pensionabilità permetta una notevole riduzione dei costi del personale e il ricambio occupazionale che l'introduzione di nuove tecnologie rende fisiologico.

Vi è tuttavia un capovolgimento netto rispetto a quanto contenuto nella legge 223/1991. In essa infatti l'anzianità veniva considerata come un fattore determinante per la conservazione, e non per la perdita del posto di lavoro. Le ragioni ancor prima che giuridiche sono logiche. Prestare lavoro da molto tempo presso la medesima struttura lavorativa ha un duplice vantaggio: il primo è la perfetta conoscenza delle mansioni da svolgere (risparmio notevole per l'imprenditore, che potrebbe trovarsi

⁷⁰ Per analisi più accurata rimando al paragrafo successivo.

nella condizione di dover provvedere alla formazione di un lavoratore più inesperto, con relativi costi aggiuntivi). Il secondo è legato ad un fattore che solo in prima analisi appare squisitamente personale. Se un soggetto è da molto tempo impiegato presso la medesima azienda si presume che nel corso degli anni abbia svolto in modo soddisfacente il suo lavoro e che tra il sottoposto e i suoi superiori intercorra un rapporto di fedeltà ormai significativo (fattore sicuramente da preservare).

Quindi, all'opposto, il criterio legale dell'anzianità di servizio pone i neoassunti e più giovani, probabilmente con minori carichi di famiglia, nella prima scelta delle persone da licenziare. L'anzianità è vista come un forte ostacolo al ricollocamento: difficoltà da parte del lavoratore più "vecchio" ad apprendere nuove procedure e un'abitudine radicata a svolgere determinati compiti, sono caratteristiche difficili da modificare (anche se parte della dottrina mette in luce come qualità così personali dovrebbero essere verificate in relazione al singolo soggetto)⁷¹.

Il contrasto giurisprudenziale sulla questione è comunque piuttosto vivace e, al fine di un'analisi delle problematiche strettamente giuridiche collegate all'utilizzo del criterio della pensionabilità pare opportuno far precedere considerazioni di carattere generale.

4.2.1. In particolare: Sentenza Corte Cost. 268 del 1994

Di fondamentale importanza è indubbiamente la sentenza n. 268 del 1994 della Corte Costituzionale e delle molteplici e molto spesso discordanti interpretazioni che ne sono derivate.

La sentenza è precedente alla direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento

La Corte Costituzionale, con la sentenza 268 del 30.6.94, ha riconosciuto la legittimità della norma che dà prevalenza ai criteri dell'accordo sindacale rispetto a quelli legali; afferma, tuttavia, che la determinazione negoziale dei criteri deve rispettare non solo il principio di non discriminazione, "*ma anche il principio di razionalità, alla stregua del quale i criteri concordati devono avere i caratteri*

⁷¹ Nannipieri Luigi, *Ambito oggettivo di comparazione e criteri soggettivi di scelta nella riduzione del personale: i limiti di ammissibilità del "criterio unico" della maggiore prossimità al pensionamento*, in RIDL, 2006, II, pp. 666-686.

dell'obiettività e della generalità e devono essere coerenti col fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori ". La Corte indica gli stessi criteri legali come "parametro del giudizio di razionalità o di ragionevolezza", in quanto connessi alla radicata tradizione delle relazioni sindacali nel settore industriale, "*sicché, lo scostamento da essi deve essere giustificato*". Infine, la sentenza esprime alcune valutazioni sul criterio contrattuale più diffuso, e cioè quello della "pensionabilità": "*la svalutazione del privilegio tradizionale dell'anzianità di servizio, nei confronti dei lavoratori prossimi al raggiungimento dei requisiti di età e di contribuzione per fruire di un trattamento di quiescenza, può essere giustificata in una situazione del mercato del lavoro tale da escludere per i lavoratori più giovani la possibilità di trovare a breve termine un altro lavoro* " (ovvero, aggiunge la Corte, nei casi di ristrutturazione caratterizzata da elevata innovazione tecnologica).

Se ne desume quindi che gli spazi residuali lasciati alla libera determinazione contrattuale risultano delimitati dai meccanismi di concorrenza tra i criteri già individuati nella norma.

La paura che i principi stessi risultassero comunque astratti e che da essi potessero derivare discutibili decisioni in punto di motivazione, ha indotto la Corte stessa a indicare come razionale il criterio di pensionabilità, precisando che deve essere comunque motivato da una particolare situazione del mercato del lavoro.

A parere personale la soluzione della Corte pare comunque soddisfacente. La ragione sociale che sta alla base della ragionevolezza del criterio della pensionabilità (cercare di ammortizzare lo squilibrio economico, dato che i licenziandi prossimi alla pensione avranno a breve un'entrata monetaria) giustifica in ogni caso una disparità di trattamento ampia.

Tuttavia, la richiesta di una particolare "situazione del mercato del lavoro" (peraltro di per se già difficile da inquadrare) genera effetti indesiderabili. Molti giudici hanno ritenuto necessario aderire in modo eccessivo⁷² alla lettera della sentenza, richiedendo la dimostrazione di particolari anomalie nell'accesso al mercato del lavoro da parte dei più giovani.

Un giudice, nel prendere in esame ogni causa, si troverebbe gioco-forza ad analizzare una situazione economico-sociale troppo vasta e complessa, nonché

⁷² Ludovico Giuseppe, *Licenziamenti collettivi e mobilità: il criterio di scelta della pensionabilità, in diritto e pratica del lavoro*, anno 1999, volume 16, fascicolo 44, pp. 3092- 3097

particolarmente legata ad un dato momento storico. Quello attuale, ad esempio, sarebbe di difficilissimo inquadramento: la crisi ha evidenziato come spesso le aziende preferiscano lavoratori con buona esperienza (evitando così di provvedere alla formazione professionale dei più giovani, quindi risparmiando), ma allo stesso tempo politiche nazionali che dilatano sempre di più l'accesso dei lavoratori alle c.d. "finestre pensionistiche" portano molti soggetti a sopportare una lunga pausa prima di ricevere benefici economici.

La Corte stessa considera implicitamente il criterio come legittimo, ma con l'espressione "può essere giustificata", ritiene comunque necessaria una sua motivazione legata a particolari situazioni, affinché ne sia possibile l'applicazione.

Non secondaria sarà l'emanazione da parte dell'Unione Europea della direttiva 2000/78/CE in merito alla parità di trattamento sul luogo di lavoro, rispetto ad una serie di qualità personali (razza, orientamento sessuale, religione, età) proprie di un soggetto.

4.2.2 . Criteri, contrattazione e sindacati: un primo rilievo critico

Analizzando l'art.4 , comma II, Legge 223/1991, si rileva come la norma non preveda la possibilità di stipulare contratti con le organizzazioni sindacali ad un diverso livello strutturale, anche se più ampio o elevato, di quello dei sindacati espressamente individuati dalla norma. Mi sembra comunque possibile ritenere che, nonostante la limitazione letterale della legge, la *ratio* della stessa consente una possibile interpretazione estensiva, tale da riconoscere legittimità anche ai contratti collettivi sottoscritti a livello diverso (ad es. con le confederazioni).

Altro punto importante da esaminare riguarda le caratteristiche che devono avere tali contratti collettivi per assumere rilevanza ai fini dell'applicazione della disciplina. Più precisamente da alcuni è stato ritenuto che i contratti collettivi cui ha fatto riferimento il legislatore non possono essere i meri accordi stipulati nel corso della procedura di consultazione prevista dall'art. 4 legge 223/1991. Essi, invece, devono essere dei contratti che disciplinano, in via generale, i criteri di scelta da applicare in tutte le procedura che si svolgono in una certa area territoriale e merceologica. In effetti, il riferimento che la legge fa al concetto di contratti collettivi, e non a quello di meri accordi sindacali, può indurre a questo tipo di interpretazione, che, tuttavia non deve essere comunque accolta.

Ciò perché, da un lato, essa metterebbe in secondo piano le esigenze delle singole fattispecie, le quali, viceversa, sono quelle che verosimilmente il legislatore ha inteso principalmente tutelare attraverso la predisposizione di una procedura di un esame congiunto per ogni singolo caso; cosicché, precludere la possibilità di definire, in via sindacale, nell'ambito delle singole procedure e specifici criteri sarebbe riduttivo e non coerente con le finalità della norma.

Dall'altro, l'attuale elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul contratto collettivo è tale da consentire di ricomprendere in tale figura giuridica anche gli accordi stipulati, nel corso della procedura, con i soggetti sindacali di cui all'art. 4 comma II legge 223/1991.

Pertanto, in ultima analisi, è ragionevole e conforme alla legge ritenere che siano idonei a prevedere legittimi criteri di scelta anche gli accordi stipulati nel corso della procedura.

Passando all'esame del contenuto di tali contratti, va, innanzi tutto, ricordato che è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, per pretesa violazione degli art. 3, 39 e 41 della Costituzione, in ordine alla possibilità che i criteri convenuti all'interno di tale contrattazione collettiva possano derogare a quelli espressamente previsti dall'art. 5 legge 223/1991, vale a dire carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecnico-produttive ed organizzative. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 268 del 30 giugno 1994, ha ritenuto infondata la questione, ed evidenziando proprio nella citata sentenza, come i criteri convenuti con accordo sindacale siano liberi, salvo che non siano in contrasto con i principi costituzionali o a norme di legge.

La Corte, in tale contesto, ha altresì precisato che la determinazione pattizia dei criteri deve rispettare non solo il principio di non discriminazione, ma anche quello di razionalità, alla stregua del quale i criteri concordati devono avere il carattere dell'obiettività e della generalità e devono essere coerenti con il fine dell'istituto della mobilità.

Per quanto riguarda le questioni che ora interessano, il problema fondamentale, comunque, è delimitare - per usare un gioco di parole - «l'autonomia dell'autonomia» (collettiva): capire cioè il grado di "libertà regolativi" della contrattazione collettiva in relazione anche alla sua autonomia "funzionale" e, correlativamente, individuarne eventuali limiti.

A tale scopo, un primo dato utile è già stato poc'anzi enucleato a proposito della «funzione» e del ruolo della contrattazione collettiva sui criteri di scelta, in relazione

al “fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori” (come ricordato anche dalla Corte Costituzionale) ed a quello più specifico dei criteri di scelta: in relazione ad essi, dunque, vanno valutati autonomia e limiti della contrattazione collettiva. Ciò significa, innanzitutto, che una valutazione degli accordi sui criteri di scelta deve essere eventualmente fatta in relazione al *“fine che la legge su tale istituto attribuisce alla procedura ed alla negoziazione tra le parti”* e non invece sulla base della «coerenza dei criteri pattizi alle ragioni (ovviamente di fatto) della singola e specifica riduzione di personale», dal momento che, in questo secondo caso, “è allora chiaro che la razionalità viene fatta operare esclusivamente come valore e, in quanto tale, essa può essere calibrata diversamente secondo l'opinabile nozione di razionalità propria di ciascun accordo e di ciascun giudice”

Ciò chiarito, va poi ricordato l'altro elemento che il legislatore testualmente fornisce e che risulta di ausilio nella delimitazione dei contenuti della contrattazione collettiva: ai sensi dell'art. 5 L. n. 223/91, infatti, la contrattazione collettiva non ha il compito di individuare nominativamente i dipendenti, bensì, e più limitatamente, quello di definire “criteri” di selezione, sulla base dei quali il datore di lavoro provvederà ad individuare i dipendenti.

Ne conseguono le prime, necessarie, caratteristiche: la generalità e astrattezza, “ontologicamente” connaturate alla nozione di “criterio”. Infatti, “disporre, non dei criteri di scelta, ma della scelta stessa dei licenziati, significa esorbitare dai confini della «materia» rinviata dall'art. 5, comma 1°, ai contratti collettivi”

Si badi, però: “non individuazione dei dipendenti” da parte dell'accordo non significa anche “non individuabilità”. Nel momento infatti in cui, come nel caso dell'età utile ai fini pensionistici, la contrattazione collettiva abbia specificato un criterio, di per sé generale e astratto, è possibile che nel caso di specie sia consentito esattamente individuare, senza necessità di altra operazione selettiva, i dipendenti licenziabili (e dunque in concreto l'accordo non definisce solo il criterio ma individua anche i dipendenti). Ciò non pare possa condurre ad un censura di illegittimità dell'accordo (e del criterio), nel momento in cui comunque è rispettata l'indicazione legislativa, dell'astrattezza e generalità del criterio, che prescinde dal grado “effettivo” di indeterminatezza che in concreto, nella realtà aziendale, caratterizza lo stesso criterio.

Problema uguale, ma opposto, consegue ad una eventuale eccessiva indeterminatezza dei criteri: sono cioè legittimi criteri che lascino comunque ampia

discrezionalità al datore di lavoro nella conclusiva operazione di individuazione dei “nomi” dei dipendenti da licenziare? A tale proposito è stata sottolineata “l'opportunità che l'accordo preveda o un altro elemento 'interno' al criterio stesso...o almeno un altro criterio...in grado di eliminare siffatta discrezionalità totale e di consentire la predisposizione di una graduatoria”.

Su tale opportunità si può concordare; non così, invece, sul fatto che tale integrazione sia condizione di legittimità dell'accordo: è infatti possibile comunque ipotizzare, *ad adiuvandum*, l'applicazione dei (altri) criteri legali; come pure è possibile valutare comunque sufficiente di per sé il criterio, ritenendo implicito nell'accordo il consenso ad una successiva selezione del datore di lavoro (operata sulla base delle esigenze tecnico-organizzative dell'azienda).

Ben più arduo, a mio parere, tornando al discorso sulla «razionalità» e «ragionevolezza» dei criteri e dei contratti collettivi che li prevedono, è valutare la congruità degli stessi rispetto alle finalità della legge: infatti, quest'ultima delega al sindacato ed all'autonomia collettiva il compito, per certi versi ingrato, di individuare le esigenze prioritarie da soddisfare, in tal modo concretizzando l'interesse collettivo da rappresentare e tutelare in quella fase. Ciò comporta, evidentemente, la sostanziale impossibilità di una successiva valutazione nel merito - in particolare da parte dei giudici - della scelta effettuata nel contratto collettivo: il sindacato, infatti, col consenso del datore di lavoro, può ritenere opportuno privilegiare gli interessi dei dipendenti (che saranno) licenziati, dando cioè preferenza a criteri tendenti a favorirne la «*employability*», o il passaggio «indolore» al pensionamento; può al contrario decidere di favorire anzitutto le esigenze degli «*insiders*», propendendo per criteri che tengano in particolare considerazione l'anzianità aziendale (se ad esempio la situazione del mercato del lavoro locale/settoriale non desta particolari preoccupazioni circa la ricollocabilità dei licenziati).

Il nocciolo duro della questione si scopre, comunque, allorché si tratti di valutare la possibilità per la contrattazione collettiva di privilegiare le esigenze aziendali. L'ipotesi non è di scuola, avendo dato luogo anche a contenzioso giudiziario, e consente ulteriori puntualizzazioni sul grado di sindacabilità degli accordi sui criteri di scelta in relazione alla legittimità dei criteri stessi.

Il ragionamento va svolto partendo dall'aspetto specifico (esigenze aziendali come unico criterio contrattuale di scelta), ma inquadrandolo nel più generale discorso

sulla «razionalità/ragionevolezza» che, come poc'anzi ricordato, risente delle precise quanto discutibili indicazioni della Corte Costituzionale.

Partendo proprio da queste ultime, pare senz'altro da criticare il modo in cui la Corte individua la *ratio* della delega legislativa alla contrattazione collettiva sui criteri di scelta: riprendendo infatti quanto sopra detto, va ribadito che tale *ratio* risiede nella maggiore idoneità dell'autonomia collettiva, rispetto alla legge, ad assolvere al compito di “...comporre, in termini di equità e di solidarietà, l'inevitabile conflitto che, quando l'impresa è in crisi, si verifica tra gli interessi degli stessi lavoratori”, tenendo in considerazione le mutevoli esigenze della situazione specifica.

Se così è, la Corte Costituzionale non sembra cogliere il nocciolo essenziale del ruolo dell'autonomia collettiva, nel momento in cui pare riscontrare una prevalente funzionalità della contrattazione collettiva alle esigenze aziendali.

Proprio per questo, è opportuno ribadire ancora una volta quanto generalmente riconosciuto in dottrina: cioè che lo scopo primario dei criteri di scelta è di selezionare i lavoratori da licenziare - nell'ambito dell'area aziendale/professionale individuata nella decisione organizzativa assunta al termine delle procedure di informazione e consultazione sindacale - attraverso criteri che, in maniera oggettiva ed imparziale, contemperino le esigenze aziendali (di ridurre il personale) con quelle «sociali» (attenuazione delle conseguenze sui lavoratori e considerazioni delle esigenze di questi ultimi).

Ciò premesso, si possono svolgere alcune considerazioni in ordine alla valutazione della legittimità dei criteri individuati dalla contrattazione collettiva in relazione alle affermazioni della Corte Costituzionale, da un lato, ed alla specifica questione delle esigenze aziendali come possibile unico criterio di scelta, dall'altro lato.

Per quanto concerne il primo aspetto, era inevitabile che le osservazioni della Corte Costituzionale circa la necessaria “razionalità e ragionevolezza” dei criteri stabiliti dalla contrattazione collettiva incontrassero le valutazioni critiche della dottrina, in generale imperniate sul timore di una funzionalizzazione dell'autonomia collettiva, nel momento in cui invece quest'ultima “...anche quando si esercita con la stipulazione del contratto collettivo, è, nelle stesse valutazioni accolte dal legislatore costituzionale (art. 39, primo comma, Cost.) libera, onde nel perseguimento degli interessi rappresentati dalle parti stipulanti non tollera funzionalizzazioni”.

Quanto appena detto si traduce nella comune affermazione dell'impossibilità di un giudizio valutativo di merito sul prodotto dell'autonomia collettiva, nel caso di specie

dell'accordo sui criteri di scelta: perché *“al giudice... non spetta ingerirsi nella meritevolezza degli interessi né nella razionalità delle scelte operate dai contraenti collettivi per realizzarli”*. Va dunque condivisa la constatazione che «nella catena di equivoci generata dall'affermazione esemplificativa di C. Cost. n. 268...la decontestualizzazione della frase è stata usata per argomentare la fattibilità di un controllo basato su ragioni esterne alla legge, ma interne alla situazione specifica che, invece, è compito esclusivo delle parti sociali e non del giudice, di valutare e comporre».

Se appare chiaro che gli spazi di autonoma valutazione delle parti nella individuazione dei criteri non possono essere dunque compressi nel merito, a pena di sostanziale sconfessione della scelta legislativa, che proprio nella capacità dell'autonomia collettiva di valutazione ed adeguamento alle esigenze della situazione reale trova le ragioni per preferire la sua competenza a quella della fonte legale nella individuazione dei criteri di scelta, appare altrettanto generalmente avvertita l'esigenza di circoscrivere margini minimi di legittimità ai contenuti della contrattazione collettiva.

La delicatezza e la difficoltà dell'operazione appaiono chiare, sia in generale - il dibattito sui limiti del sindacato di ragionevolezza sull'autonomia collettiva si muove notoriamente su di un terreno assai viscido, dove risulta arduo trovare appigli di tranquillizzante solidità - sia nel caso di specie, proprio per la consapevolezza che *«il discrimine fra indebite valutazioni giudiziali di merito ed il dovuto riscontro di ragionevolezza è tanto esiguo da lasciare presagire frequenti sconfinamenti»*.

Delle diverse ricostruzioni, oltre al comune denominatore del riferimento ai principi generali di correttezza/buona fede, conviene a mio parere recuperare il riferimento alla tutela degli interessi dei lavoratori quale requisito necessario per la validità dei criteri convenzionalmente stabiliti: il «come» quegli interessi siano tutelati, ed a quali lavoratori essi sostanzialmente attengano, come s'è detto non sono però elementi sindacabili, potendo e dovendo *«...dirsi corretti anche accordi collettivi favorevoli agli interessi solo di alcuni e non di tutti i dipendenti...»*, dal momento che resta affidato al sindacato ed alla contrattazione collettiva il compito di «selezionare» gli interessi da «qualificare» e privilegiare nel caso concreto.

In quest'ottica, allora, per un verso non si condivide il riferimento, sia pure come «parametro della situazione di ragionevolezza», ai criteri legali: sarebbe infatti

inevitabile la conclusione cui giunge la Corte Costituzionale, cioè che, sostanzialmente, lo scostamento dai tre criteri debba essere giustificato e motivato.

Per altro verso, paiono meno rilevanti le preoccupazioni di una “funzionalizzazione”⁷³ della contrattazione collettiva rispetto alla legge. Nei confronti di quest'ultima, l'autonomia collettiva è certamente «libera»; non si può però negare che i confini di quella libertà sono (devono essere) delimitati dal compito (competenza) che l'autonomia collettiva assume: cioè di definire uno o più criteri che il datore di lavoro dovrà applicare per selezionare i dipendenti da licenziare, i quali criteri devono tener conto degli interessi dei lavoratori stessi.

In definitiva, la contrattazione collettiva è libera di stabilire qualsiasi criterio di scelta, purché: *a*) sia tale (cioè un criterio di scelta e non direttamente «la scelta»); *b*) sia rivolto alla tutela degli interessi dei lavoratori (e non, almeno non esclusivamente, del datore di lavoro), nella logica di una riduzione per quanto possibile delle conseguenze negative dei licenziamenti (per gli espulsi) e/o dell'eccedenza di personale (per coloro che rimangono); *c*) non sia discriminatorio.

A tale ultimo proposito, ulteriori complicazioni del ragionamento derivano dal quadro comunitario: la Carta europea dei diritti fondamentali, prima, e la recente direttiva quadro sulla parità di trattamento (n. 2000/78), poi, hanno infatti incluso tra i «fattori di rischio» di discriminazione anche l'età. Ciò impone di leggere e valutare la disciplina legislativa dei criteri di scelta - legali e contrattuali - anche alla luce di questa indicazione: il che, per un verso, sembra fornire ulteriori ragioni per avvalorare l'interpretazione del criterio di scelta legale della «anzianità», come riferito all'ammontare delle annualità di servizio piuttosto che all'età anagrafica; per altro verso, può creare qualche ulteriore problema in più alla contrattazione collettiva, nel momento in cui, com'è noto, il criterio dell'anzianità anagrafica, nel senso di prossimità alla pensione, risulta il parametro di scelta privilegiato da quest'ultima.

Il problema può risolversi facendo leva sulle possibili deroghe consentite dalla disciplina europea che, proprio con riferimento alla discriminazione per età, consente disparità di trattamento, «laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi

⁷³ Franco Bernini. *Licenziamenti collettivi e ambito di applicazione dei criteri di scelta*, (Nota a Cass. Sez. Lav. 2/12/09 n. 25333) 1047 in RCDL 2009.

giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale...». In questa ottica, assumono nuovo significato le affermazioni fatte dalla Corte Costituzionale nel 1994 (nella più volte citata sentenza n. 268), quando evidenzia che *«...la svalutazione del privilegio tradizionale dell'anzianità di servizio, nei confronti di lavoratori prossimi al raggiungimento dei requisiti di età e contribuzione per fruire di un trattamento di quiescenza, può essere giustificata in una situazione di mercato del lavoro tale da escludere per il lavoratori più giovani la possibilità di trovare a breve un altro posto di lavoro...»*

4.2.3. La direttiva 2000/78/CE ed il suo recepimento nel D. lgs. 216/03

Un significativo passo in avanti per un riconoscimento più marcato di una discriminazione in merito all'età, in diretta connessione con l'assunzione del criterio di prossimità al trattamento pensionistico come pressoché unico elemento rilevante nell'individuazione dei lavoratori nelle procedura di accordo sindacale, accennato precedentemente, si ha in seguito all'emanazione da parte dell'U.E. della direttiva 2000/78/CE per quanto concerne la parità di trattamento sul luogo di lavoro.

Prendo qui in esame solo la discriminatorietà per il fattore età, tralasciando di evidenziare altri importanti passaggi della direttiva che analizzano elementi di sicuro interesse, come l'orientamento sessuale o le diversità razziali.

Benché appaia più marcata e restrittiva in ordine a possibili eccezioni, la direttiva 2000/78/CE contiene comunque un ampio novero di giustificazioni delle disparità di trattamento. Ai sensi dell'art. 6 infatti: *“fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscono discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.*

Tali disparità di trattamento possono comprendere in particolare: a) 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, onde favorire

l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi; b) la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione; c) la fissazione di un'età massima per l'assunzione basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o la necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento”.

La disciplina è stata recepita in Italia nell’art.3 comma 4, D.Lgs N.216/2003, ove si prevede che *“Sono, comunque, fatte salve le disposizioni che prevedono accertamenti di idoneità al lavoro per quanto riguarda la necessità di una idoneità ad uno specifico lavoro e le disposizioni che prevedono la possibilità di trattamenti differenziati in merito agli adolescenti, ai giovani, ai lavoratori anziani e ai lavoratori con persone a carico, dettati dalla particolare natura del rapporto e dalle legittime finalità di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale.”*, mentre il comma 6 riprende una causa giustificativa che nella direttiva risulta direttamente collegata alla discriminazione indiretta, *Non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati”*. Mi sembra possibile ritenere che l’art. 6 della direttiva ponga esplicitamente una deroga per le disparità di trattamento collegate all’età anche per quanto riguarda la discriminazione diretta, proponendo per quest’ultima una vera e propria eccezione.⁷⁴ L’interpretazione letterale della norma può andare esclusivamente in questo senso. Richiama entrambi i concetti di discriminazione diretta e indiretta ed afferma inequivocabilmente che per quanto riguarda l’età le giustificazioni non riguardano solo le discriminazioni indirette, come invece avviene per la generalità delle ipotesi discriminatorie.

Una tutela inferiore è quindi riscontrabile anche in questo frangente.

Qualche dubbio si pone sul recepimento della clausola nel diritto interno. Il comma 4 dell’art. 3 è troppo condensato rispetto alle disposizioni della direttiva e non esplica chiaramente le indicazioni contenute in essa, proponendo riferimenti a mio avviso

⁷⁴ Anibaldi Valentina, *Criterio della pensionabilità e discrezionalità del datore di lavoro nel collocamento in mobilità (nota a Trib. Napoli 28 marzo 2007)*, in ADL. *Argomenti di Diritto del lavoro*, anno 2008, volume 13, fascicolo 1, pp. 229-250.

troppo vasti e generici alle “*legittime finalità di politica del lavoro e di formazione professionale*”. Inoltre, concetti di grande rilevanza come “*oggettiva e ragionevole giustificazione*” e “*mezzi appropriati e necessari*” utilizzati praticamente sempre nella giurisprudenza europea, devono essere considerati parte integrante delle prescrizioni imposte dalla direttiva e quindi implicitamente richiamati anche dal decreto legislativo attuativo della norma comunitaria.

E’ ormai opinione diffusa in dottrina che la clausola generale presente nella Direttiva sia stata erroneamente recepita.

4.2.4. In particolare: parametri di giustificazione: dalla ragionevolezza alla necessità.

Quanto alla scelta tecnica della clausola generale in luogo dell’elenco tassativo di esclusioni/giustificazioni, si è da un lato rilevato che l’utilizzo della *general defence* crea confusione, rischiando di inficiare alle fondamenta il principio generale di parità anche se parte della dottrina non ha mancato di osservare che la previsione di una clausola generale di giustificabilità può avere effetti positivi con riferimento ad un criterio problematico come l’età.

La maggior parte degli studiosi esprime comunque giudizi fortemente critici nei confronti dell’ampiezza con la quale sono ammesse giustificazioni tanto da definire l’età come “*cenerentola*”⁷⁵ fra i fattori di discriminazione.

Si osserva che l’intensità più o meno elevata della tutela non sarebbe giustificata dalla necessità di adottare specifiche soluzioni per realizzare parità di trattamento, ma da altri fattori come la “*flessibilità*” delle legislazioni nazionali e delle *politiche sociali* degli Stati membri con il motivo di discriminazione di volta in volta in questione e il diverso grado di pressione politica esercitato dai gruppi coinvolti. Risultato finale di queste dinamiche sarebbe appunto una tutela inferiore del fattore età rispetto ad altri. Si osserva a riguardo come gran parte degli autori evidenzia

⁷⁵ Cassatela Antonio, *Tertium datur? Il divieto di discriminazione in base all’età torna al vaglio della Corte CE*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, fasc. 7, pp. 731-739

come la differenza di età viene vista più come un parametro economico connesso all'invecchiamento della popolazione, che in termini di diritto alla persona.⁷⁶

A mio avviso partendo dal presupposto più volte ribadito dalla Corte di giustizia per cui le deroghe ai principi fondamentali devono essere sempre interpretate in senso restrittivo, l'art. 6 della direttiva deve essere visto nel senso che la clausola generale è criterio diretto esclusivamente agli Stati membri ai quali è attribuito il compito di fissarne il contenuto. L'art. 6 permetterebbe agli Stati membri di individuare in modo tassativo i casi in cui le deroghe al divieto di discriminazione sono giustificate, ma non di riprodurre nella legislazione interna la clausola generale di giustificazione delle discriminazioni.

Questo è un punto di fondamentale importanza: sono gli Stati Membri che attuando la direttiva devono fissare i casi in cui è possibile ammettere una discriminazione e non semplicemente riportare la clausola di carattere generale nella normativa di recepimento. In questo modo, lasciando cioè alla giurisprudenza la facoltà di permettere o eliminare le differenze, non si fa altro che contrastare la discriminazione per età in modo più tenue.

Tutto è reso sicuramente più complesso quando il bilanciamento di valore dell'uguaglianza deve essere confrontato con diritti e doveri altrui, come avviene con le finalità di politica del lavoro.

A mio avviso ogni deroga ad una discriminazione non può essere valutata solo utilizzando un principio corretto, ma comunque debole, come quello della razionalità, ma bensì raffrontato con un parametro molto più rigido come quello della necessità.

Una deroga può essere giustificata unicamente quando è dimostrabile che è *condicio sine qua non* per il raggiungimento della finalità prospettata. Nel momento in cui perde il requisito della necessità la sua legittimità si estingue.

4.2.5 Modifica al recepimento del D. Lgs 216/03

⁷⁶ Bonardi Olivia, *Le discriminazioni basate sull'età*, in *il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Cedam 2007, pp. 125-169.

Il problema fin qui prospettato (cioè il recepimento della clausola generale nella normativa nazionale, senza l'individuazione tassativa da parte dello Stato Membro dei casi in cui è ammissibile una deroga alla discriminazione per età) viene risolta grazie alla modifica del comma 4, art. 3 del decreto legislativo, in seguito all'emanazione del Decreto Legge 59/ 2008.

Così la nuova formulazione:

4. Sono fatte salve le disposizioni che prevedono accertamenti di idoneità al lavoro nel rispetto di quanto stabilito dai commi 2 e 3.

4-bis. Sono fatte salve le disposizioni che prevedono trattamenti differenziati in ragione dell'età' dei lavoratori e in particolare quelle che disciplinano:a) 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;

b) la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione;

c) la fissazione di un'età massima per l'assunzione, basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o sulla necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento.

4-ter. Le disposizioni di cui al comma 4-bis sono fatte salve purché siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate da finalità legittime, quali giustificati obiettivi della politica del lavoro, del mercato del lavoro e della formazione professionale, qualora i mezzi per il conseguimento di tali finalità siano appropriati e necessari.

La modifica è dovuta ad un parere motivato inviato alla commissione ad 11 Stati membri, affinché venisse data piena attuazione alle norme che proibiscono la discriminazione sul lavoro.

A mio parere due i decisivi passi in avanti rispetto alla formulazione precedente: innanzitutto il comma 4-bis nei punti a-b-c delinea, finalmente, in modo tassativo i casi in cui le deroghe sono ammissibili limitando l'ampio potere interpretativo della clausola generale. In particolare nella lettera A del comma 4-bis si specifica che al

fine del licenziamento, condizioni speciali sono ammesse con la precisa finalità di favorire o l'inserimento professionale dei più giovani, o per assicurare la protezione dei più anziani (per i quali si presuppongono carichi di famiglia più intensi).

Ma di rilievo ancora maggiore è il comma 4-ter. A suffragio della mia precedente tesi si evidenzia come le disposizioni del 4-bis siano applicabili solo in presenza di una duplice situazione: si parla infatti di finalità legittime, cioè obiettivi di politica del lavoro o esigenze del mercato di lavoro riscontrabili, ma soprattutto i mezzi con la quale si intendono perseguire gli obiettivi stessi devono essere appropriati (idonei e funzionali al raggiungimento dello scopo) e necessari (l'unica via percorribile per raggiungere il fine).

La modifica, quindi, non ha solo il merito di correggere l'erroneo precedente recepimento, ma anche il merito di rafforzare con specificità la disciplina della discriminazione per età, da sempre vista (colpevolmente) come fattore meritevole di una tutela inferiore.

4.2.6. La giurisprudenza italiana a riguardo

La sentenza del Tribunale di Milano datata 7 Gennaio 2005 ha grandissima rilevanza all'interno della disciplina dei licenziamenti collettivi posti in essere utilizzando come unico criterio quello della pensionabilità.

Si noti, tra l'altro, che il giudice per la sua pronuncia a dovuto basarsi sul decreto legislativo 216/03 non ancora aggiornato con la disciplina successiva del 2008. Essendo ancora presente all'interno del testo la clausola generale, la discriminazione per età godeva di tutela inferiore rispetto ad oggi. Tuttavia la pronuncia del giudice si discosterà dalle precedenti.

In breve l'esposizione della vicenda: A.S. dipendente della Bracco s.p.a. dal 3 settembre 1974, impiegato con funzioni direttive, inquadrato nel livello B1 del C.c.n.l. aziende chimico-farmaceutiche, impugna il licenziamento comunicatogli con lettera 24 febbraio 2004, a seguito di una procedura di riduzione del personale *ex lege* n. 223/1991, sostenendone l'illegittimità sotto un duplice profilo. Nell'ambito della procedura di mobilità avviata dall'azienda nel 2003 con la denuncia della eccedenza di 97 dipendenti, era stato raggiunto un accordo tra le OO.SS. e la società

stessa nel senso che questa avrebbe proceduto entro il 27 febbraio 2004 alla risoluzione del rapporto di lavoro nei confronti di 80 dipendenti. Il criterio di scelta concordato per l'individuazione dei lavoratori in eccedenza è *“quello del possesso dei requisiti pensionistici o del loro raggiungimento nell'arco di tempo previsto di permanenza in mobilità. Le parti concordano che in presenza di riconosciuta fungibilità professionale o del suo conseguimento attraverso idonei processi formativi, la collocazione in mobilità dei lavoratori in possesso del requisito concordato potrà riguardare anche profili professionali non annoverati in fase di avvio della procedura”*

Il Tribunale di Milano innanzitutto afferma che i criteri di scelta devono applicarsi all'intero complesso aziendale, indipendentemente dal settore dichiarato eccedente e dai profili professionali individuati all'inizio come eccedenti, se (è questa è una specifica fondamentale) sussiste la fungibilità espletata o successivamente acquisita tramite percorsi di riconversione professionale ed esprimendosi in favore del ricorrente, sancendo l'illegittimità dell'accordo e ordinandone la reintegrazione in relazione a due differenti profili.

Il primo si riferisce ad un criterio molto utilizzato in giurisprudenza, quello della violazione dell'onere procedurale previsto dall'art.4, comma 9, L. n. 223, cioè la *“puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta di cui all'art.5, 1 comma”* che il giudice ritiene violato perché il datore non ha esplicitamente indicato le modalità di individuazione del personale fungibile e dei criteri di scelta tra pensionabili e fungibili.

La pronuncia è ampiamente condivisibile, anche perché l'errore dell'azienda in questo caso è palese. La mancanza di un'indicazione esplicita non permette che la cosiddetta *“fase sindacale”* della procedura, nella quale come si è precisato precedentemente si cercano soluzioni alternative al licenziamento, avvenga con la conoscenza completa della situazione, impedendo alla parti di giungere ad una soluzione differente da quella di riduzione del personale.

Il profilo che invece caratterizza e rende più importante la sentenza, riguarda un aspetto che influisce sulla stessa legittimità del criterio del possesso dei requisiti pensionistici. La sentenza in epigrafe afferma che il criterio in questione, dopo l'introduzione in Italia del principio di non discriminazione secondo l'età previsto dall'art. 2, comma 1, lett. B), D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216 in attuazione della direttiva comunitaria 2000/78/CE, rappresenta un elemento di discriminazione

indiretta in ragione dell'età, determinando una situazione di svantaggio per i lavoratori in età più elevata (e più prossimi alla pensione) rispetto ai lavoratori più giovani.

A questo proposito, è necessario chiarire che la differenza tra discriminazione diretta e indiretta. La prima si ha quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in situazione analoga; si ha discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone.

Si noti che la “versione” del decreto sulla quale il Tribunale doveva basarsi recitava così nel comma 4 *“Sono, comunque, fatte salve le disposizioni che prevedono accertamenti di idoneità al lavoro per quanto riguarda la necessità di una idoneità ad uno specifico lavoro e le disposizioni che prevedono la possibilità di trattamenti differenziati in merito agli adolescenti, ai giovani, ai lavoratori anziani e ai lavoratori con persone a carico, dettati dalla particolare natura del rapporto e dalle legittime finalità di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale.”*

La clausola generale differisce, e di molto, dal art. 3 comma 4 del decreto odierno. Il decreto è sicuramente applicabile al caso in questione.⁷⁷

Si noti anche che ai sensi dell'art. 6 della direttiva pare possibile ritenere che la stessa preveda un'esplicita deroga per le disparità di trattamento collegate all'età anche per la discriminazione diretta, proponendo per quest'ultima una vera e propria eccezione. L'interpretazione letterale della norma può andare unicamente in questo senso. Richiamati entrambi i concetti di discriminazione diretta e indiretta, afferma esplicitamente che per quanto riguarda l'età le giustificazioni non riguardano solo le discriminazioni indirette, come invece avviene per la generalità delle ipotesi discriminatorie.

⁷⁷ Giasanti L., *Criterio di scelta del pensionamento nel licenziamento per riduzione del personale e discriminazione ai sensi del d.lgs. n. 216/2003*, Lavoro nella giurisprudenza, 2005, 1166

Ma secondo il Tribunale la pensionabilità è una giustificazione alla discriminazione in ragione dell'età?

Il Tribunale interviene sul punto escludendo che siano stati rispettati i criteri dell'oggettività e della razionalità, replicando in questo modo al datore *“il lavoratore in possesso dei requisiti per accedere alla pensione di anzianità ha gli stessi diritti e gode delle stesse tutele legali anche per ciò che riguarda la stabilità del posto di lavoro, di colui che lavora nella stessa azienda senza possedere tali requisiti”*, sostenendo inoltre che non è possibile applicare la *“teoria del male minore”*⁷⁸ favorendo coloro che per effetto del licenziamento si trovano senza redditi di lavoro a discapito di chi comunque ha assicurata un entrata patrimoniale, poiché la disciplina della L. n. 223/1991 prevede una forma di indennità anche per il personale più giovane, dato che per esso risulta sicuramente più facile la ricerca di un posto di lavoro.

Altra pronuncia peculiare è quella riguardante i licenziamenti collettivi voluti da Banca Intesa s.p.a.. Anche in questo caso il criterio di selezione dei licenziandi è quello del possesso dei requisiti pensionistici.

Come primo rilievo si evidenzia che l'istituto di credito ha operato la selezione dei licenziandi senza individuare precedentemente le *“aree di eccedenza”*, privandole di quel necessario collegamento alle esigenze tecnico produttive e organizzative del complesso aziendale, producendo l'inclusione nel procedimento di alcuni lavoratori che non avrebbero dovuto essere coinvolti.

Riguardando la procedura lavoratori nati prima del 1954, i soggetti illegittimamente selezionati appartengono tutti ad una età superiore a 50 anni (essendo i licenziamenti avviati nel 2005) collocandosi in un ambito di superiore età anagrafica, ed essendo in possesso dei criteri contributivi si trovano nella condizione di poter ottenere la pensione di anzianità o vecchiaia.

Dato che la scelta è presa al di fuori di un ambito determinato precedentemente per profili e collocazione aziendale del personale in eccedenza, operando in questa

⁷⁸ Anibaldi Valentina, *Criterio della pensionabilità e discrezionalità del datore di lavoro nel collocamento in mobilità (nota a Trib. Napoli 28 marzo 2007)*, in ADL. *Argomenti di Diritto del lavoro*, anno 2008, volume 13, fascicolo 1, pp. 229-250.

maniera l'istituto di credito avrebbe coinvolto in primis i dipendenti in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia, precisando che il procedimento riguardava ben 5700 lavoratori.

Se la selezione fosse invece avvenuta prendendo in esame i “profili professionali e della collocazione aziendale delle posizioni lavorative in eccedenza” sarebbe potuto accadere che molti di essi non venissero coinvolti ad esempio perché non “fungibili” (cioè sostituibili) nella loro professionalità con altri profili individuati in esubero.

Quello che risulta discriminatorio in questa sede non sono tanto i criteri ma la loro particolare modalità di applicazione, che la Banca compie prescindendo da una soluzione attuata per “aree di eccedenza” e producendo gli effetti descritti precedentemente (cioè inclusione di lavoratori altrimenti estranei) e che la Suprema Corte definisce così *“in quest’ ordine di idee che assegna all’osservanza del procedimento una funzione di preminente garanzia di interessi individuali è, del resto, agevole osservare come, nel caso di specie, non possa negarsi che, in astratto, ove fosse stata rispettata la legge nella parte in cui impone di enunciare le cause delle eccedenze, le unità produttive e i profili professionali interessati, taluni dei lavoratori interessati avrebbero potuto non essere coinvolti nella procedura e ciò è sufficiente per escludere che l’accordo sindacale possa essere abilitato a derogare le disposizioni della L. 223/1991 e che, comunque, motivi socialmente apprezzabili possano legittimare il sacrificio dei singoli. Aggiungasi che dalla condivisione delle tesi del ricorso discenderebbe la legittimazione in via generale, a operare ristrutturazioni aziendali mediante l’espulsione dei lavoratori più anziani mentre il criterio dell’anzianità contributiva, certamente oggettivo e razionale (cfr., da ultimo, Cass 4140/01), può soltanto essere adottato per scegliere i dipendenti da licenziare nell’ambito di ben individuate categorie e comprensori”* (cfr. Cass. Sez. un. 121/1994/02).

Si ribadisce anche in questa situazione l’oggettività e la razionalità del criterio, ma si pone l’accento sulla necessità nell’applicazione dello stesso. L’espressione *“può soltanto essere adottato”* in questo caso riferito all’individuazione delle aree di eccedenza, è a suffragio della mia tesi che vuole evidenziare come l’utilizzo del criterio può essere giustificato solo se indispensabile.

E’ possibile quindi affermare l’esistenza di una discriminazione indiretta che si concretizza per una fascia di lavoratori (in questo caso semplificando quelli al di

sopra dei 50 anni) in violazione dell'art. 2 del D.Lgs. 216/03, attuativo della direttiva 2000/78/CE.

Risulta infatti evidente come la mancata individuazione di “aree di eccedenza” che come precedentemente detto *devono* essere localizzate, pone determinati lavoratori in una posizione di svantaggio rispetto agli altri.

Inoltre si stravolgerebbe la volontà del legislatore, se si reputasse possibile un'interpretazione diversa, per la quale fosse ammissibile procedere in maniera differente, cioè applicando il criterio di prossimità alla pensione prescindendo dalle esigenze riorganizzative.⁷⁹

Volontà che è quella di cercare di ridurre il più possibile i notevoli effetti sociali causati da un licenziamento collettivo.

4.2.7. La giurisprudenza europea

a)La sentenza Mangold: il criterio dell'età equiparato all'altre discriminazioni

Di straordinaria rilevanza all'interno della disciplina, e ne è a tutti gli effetti un'evoluzione, risulta essere la sentenza Mangold (22/11/05, C-144 / 04) La questione riguarda la compatibilità di una normativa tedesca che autorizza indiscriminatamente la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato quando il lavoratore abbia raggiunto una certa età, con la direttiva comunitaria 2000/78, ed in particolare con il principio di non discriminazione in ragione dell'età in essa posto. Al fine di favorire la lotta alla disoccupazione la legge tedesca consente la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato (altrimenti limitati alla durata massima dei due anni) quando i lavoratori abbiano raggiunto l'età di 60 anni. Il limite di età è stato poi successivamente e temporaneamente abbassato a 52 anni, e della modifica si era avvalso il datore di lavoro del Sig. Mangold assumendolo.

In questa situazione è stata riconosciuta la sussistenza di una discriminazione per età nella legge tedesca in materia di contratto a termine (legge di incremento

⁷⁹ Nannipieri Luigi, *Ambito oggettivo di comparazione e criteri soggettivi di scelta nella riduzione del personale: i limiti di ammissibilità del “criterio unico” della maggiore prossimità al pensionamento*, in RIDL, 2006, II, pp. 666-686.

dell'occupazione entrata in vigore il 1/1/07, legge Hartz). La prima parte della pronuncia è dedicata al funzionamento della clausola di non regresso contenuta nella direttiva 1999/70, la seconda è imperniata sull'acclarata esistenza di una discriminazione sulla base dell'età e sulla successiva e collegata questione dell'incidenza sulla pronuncia nel giudizio principale tedesco.

Il giudizio risulta articolato in tre passaggi: partendo dall'esistenza di una disparità di trattamento, la Corte prosegue con la ricerca di una giustificazione obiettiva alla differenza di trattamento e si sofferma successivamente sul rispetto del principio di proporzionalità e adeguatezza degli strumenti che il legislatore tedesco ha utilizzato. La disparità di trattamento è ritenuta esistente e i soggetti comparati sono stati i prestatori con più di 52 anni (penalizzati) e quelli di età inferiore: la Corte rileva che solo questi ultimi godono di un diritto alla stabilizzazione del posto di lavoro, mentre questa dovrebbe essere garantita anche per i più anziani.

La corte muove infatti da un altro, innovativo, punto di partenza: quello per cui tutte le forme di discriminazione sono comunque intollerabili.

Questa è forse la prima volta in cui la differenziazione per età viene considerata equivalente alle altre disparità. L'art.6 della direttiva 200/78/CE che, pare opportuno ribadire, afferma “ *Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari*” ha da sempre suscitato discussioni in campo dottrinale.⁸⁰

In primo luogo (ed è la prima volta che a livello giurisprudenziale viene riconosciuto) si rileva come un' interpretazione consona del diritto antidiscriminatorio prevede che, deroghe al divieto di discriminazioni dirette sarebbero ammissibili solo se previste tassativamente dal legislatore interno, (da qui nasce infatti la necessaria modifica al recepimento italiano e di altri 10 Stati membri alla direttiva) mentre con riferimento all'età la direttiva avrebbe sostanzialmente ammesso giustificazioni mediante una sorta di clausola aperta. La suddetta regola

⁸⁰ Mengozzi Pieralberto, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2010

come precedentemente evidenziato, ha portato la dottrina⁸¹ a ritenere meno rigido il divieto di discriminazione per motivi di età rispetto a quello per altri fattori. Con riguardo alle possibili differenziazioni di trattamento ammesse, contenute nel 2° comma dell'art. 6 della direttiva n.2000/78/CE si è ritenuto che tali disposizioni “tipizzano fattispecie talmente ampie da dare copertura a tutte le ordinarie e ragionevoli ipotesi di norme legali contenenti trattamenti differenziati in base all'età”.

Ma la Corte nella sentenza Mangold, ed è qui che si pone l'accento sulla sua innovazione, utilizza i medesimi parametri di legittimità e gli stessi criteri da tempo applicati con riferimento alle discriminazioni di genere, privando così di credibilità le tesi “morbide” in merito alla legittimità delle deroghe al divieto di discriminazione per motivi di età.

E' opportuno ribadire come secondo la Corte “tutte le discriminazioni sono egualmente intollerabili e non è possibile classificarle a seconda della loro odiosità”⁸².

Anche qui in merito al fattore necessarietà, si noti che la finalità perseguita dal legislatore tedesco, che consisteva nel favorire l'occupazione dei lavoratori anziani, è considerata legittima, ma la Corte specifica che non essendo dimostrato che la fissazione del limite di età sia di per se (indipendentemente da ulteriori considerazioni in merito al mercato del lavoro e alla situazione occupazionale) obiettivamente necessaria all'inserimento professionale dei lavoratori anziani, essa deve considerarsi “eccedente quanto è appropriato e necessario per raggiungere la finalità perseguita”.

La sentenza, riguardo alla necessità della normativa interna ribadisce che “semplici affermazioni generiche non sono sufficienti (...) né a far risultare che l'obiettivo perseguito dalla norma controversa sia estraneo a qualsiasi discriminazione (...), né a fornire elementi sulla scorta dei quali poter ragionevolmente ritenere che il detto provvedimento sia idoneo alla persecuzione del detto obiettivo”. Inoltre, in un caso

⁸¹ Imberti Lucio, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, in Riv. It.dir. lavoro, 2008, 2, pp. 301-317, ma anche Bonardi Olivia, *Le discriminazioni basate sull'età*, in *il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Cedam 2007, pp. 125-169

⁸² Mengozzi Pieralberto, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2010

precedente riguardante gli effetti discriminatori della disciplina tedesca del *part-time*, la Corte aveva stabilito che l'aumento dell'occupazione costituisce un legittimo obiettivo di politica sociale, ma che se pur meritevole, non può svuotare di ogni sostanza l'attuazione di un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario qual è quello della parità di trattamento (Corte di Giustizia. 20 Marzo 2003, n.187/00, Kutz Bauer).

Mi pare possibile affermare che la Corte, sottolinei con forza come il principio di non discriminazione non è definito esclusivamente dalla direttiva, la cui finalità è quella di stabilire le misure per combattere le discriminazioni, ma che trovi la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni negli Stati membri. E' quindi di un principio generale del diritto comunitario, il cui rispetto non dipende fra l'altro dalla scadenza del termine di attuazione della direttiva (primo punto della sentenza, al di fuori del tema trattato).

Il passo avanti fatto dalla sentenza Mangold risulta essere ancora più decisivo se si considera che l'età non è espressamente menzionata fra i fattori di discriminazione vietati, nè dalla conferenza europea sui diritti dell'uomo, nè da altre fonti internazionali che sanciscono il divieto di discriminazione.

b) Sentenza Palacios de la villa

Contrariamente a quanto a prima vista potrebbe apparire, la Corte non ha assunto un atteggiamento molto diverso da quello espresso in Mangold con la sentenza Palacios de la Villa (Corte di Giustizia 16 ottobre 2007, causa C-411/05, Felix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA)

In questo caso doveva pronunciarsi sulla compatibilità con la direttiva 2000/78/CE della legge spagnola 1°Luglio 2005, n. 14, che legittima clausole di pensionamento obbligatorie contenute nei contratti collettivi che richiedano, quale unico requisito, che il lavoratore abbia raggiunto il limite di età fissato a 65 anni dalla legge spagnola, per accedere al pensionamento e soddisfi gli altri criteri in materia di previdenza sociale per avere diritto ad una pensione di vecchiaia di tipo contributivo. La Corte ha rilevato che la normativa in questione impone un trattamento ai lavoratori da essa considerato sì meno favorevole rispetto a quello riservato alla totalità delle altre persone in attività, ma ha tuttavia ritenuto che una tale

differenziazione di trattamento **non** costituisce una discriminazione vietata dalla direttiva.

Questo per una duplice ragione. Innanzitutto perché la direttiva esclude che siano qualificabili in tal modo diversità di trattamento quando *“esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell’ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati motivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari”*.

In secondo luogo e più rilevante nel caso in particolare, la disposizione “è stata adottata su pressione delle parti sociali, nell’ambito di una politica nazionale diretta a promuovere l’accesso all’impiego per mezzo di una migliore distribuzione di quest’ultimo sotto il profilo intergenerazionale”.

Le due motivazioni vanno combinate fra loro. La prima specifica, in sè, non dice niente di nuovo e definitivo, perché come già precedentemente dimostrato è sul criterio della necessità che si esegue il test di legittimità di una normativa. E’ infatti di fondamentale importanza la seconda motivazione.

Il fatto che la legge spagnola si prefigga esplicitamente e precisamente di realizzare un bilanciamento intergenerazionale fra i lavoratori, caratterizza la pronuncia Palacios rispetto alla Mangold. In entrambi i casi è riconosciuto infatti agli Stati membri che essi dispongono “di un ampio margine di valutazione discrezionale nella scelta delle misure atte a realizzare i propri obiettivi in materia di politica sociale e occupazione”, ma la Corte ritiene che l’esercizio di questo potere discrezionale debba avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali, ed in particolare nel divieto di non discriminazione, che è un fondamento giuridico del diritto comunitario, sulla cui garanzia è compito degli Stati membri vigilare.

La differenza sostanziale è che nella sentenza Mangold, la Corte ha ritenuto che la normativa tedesca non fosse idonea (quindi non appropriata, parametro di legittimità fondamentale), perché essa realizzava una disparità di trattamento in relazione ad una categoria anagrafica di lavoratori, in quel caso i maggiori di cinquantadue anni, rispetto a tutti gli altri prestatori indistintamente, eliminando una categoria “dal beneficio di stabilità dell’occupazione che costituisce un elemento fondamentale della tutela dei lavoratori” solo per una ragione di carattere anagrafico e senza una giustificazione riconducibile a concrete e specifiche esigenze del mercato del lavoro.

Nella Palacios la Corte invece si è trovata a prendere in esame una disciplina nata con l'interesse del governo spagnolo di facilitare il ricambio generazionale (non riscontabile nella legge Hartz tedesca) in cui la scelta politica si è poi **concretamente e specificamente** contemperata con le esigenze occupazionali di giovani e anziani per favorire il bilanciamento intergenerazionale della forza lavoro. Se la Corte avesse ritenuto incompatibile con il diritto comunitario la disposizione spagnola, avrebbe sicuramente concorso alla soddisfazione della pretesa del signor Palacios (e degli altri soggetti nella sua stessa condizione) ma avrebbe pesantemente contrastato la scelta politica compiuta in Spagna in favore delle nuove generazioni di lavoratori. Non ha ritenuto infatti (e su questo punto si basa la ratio della sentenza) che la misura spagnola fosse **una scelta che eccedesse quanto “appropriato e necessario”**.

Anche se diffusa dottrina⁸³ fa notare che in questo caso la Corte non ha proceduto ad una interpretazione più estensiva del diritto comunitario, come era accaduto nella sentenza Mangold, non si è allontanata dallo spirito di questa. Pare chiaro da un'analisi accurata come la Corte abbia voluto garantire rilievo ai diritti delle nuove generazioni, non meno di quello attribuito ai diritti dei più anziani. Ne scaturisce una puntualizzazione di più vasta importanza dal punto di vista di un approccio più personalista: norme a tutela di una categoria di persone non possono essere interpretate ed applicate senza tenere conto anche di una ragionevole e proporzionata tutela delle altre.

Perspicace dottrina⁸⁴ porta alla luce una considerazione meritevole a mio avviso di grande attenzione: se le normative nazionali venissero considerate legittime o illegittime a prescindere, verrebbe meno la valutazione tecnica delle stesse e la decisione risulterebbe più che altro meramente politica.

c) Sentenza Petersen

A conferma della pronuncia Palacios de la villa è opportuno esaminare anche la sentenza Petersen (causa C-341/08 del 12 gennaio 2010 parti Domnica Petersen

⁸³ Mengozzi Pieralberto, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2010

⁸⁴ Imberti Lucio, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, in Riv. It.dir. lavoro, 2008, 2, pp. 301-317

contro Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe). La CGCE, nel valutare la conformità della direttiva 2000/78/CE con normativa nazionale tedesca (art. 95, n. 7, terza frase, del SGB V) fissante un limite di età massima ai fini dell'abilitazione ai fini dell'esercizio di una professione (nel caso in particolare l'attività di dentista convenzionato), ha ritenuto che, ai sensi dell'art. 2, n. 5, della suddetta direttiva, uno Stato membro possa fissare un limite di età all'esercizio di una professione medica quale quella del dentista, per una duplice ragione di idee. In primis tutelare la salute dei pazienti, e ciò sia sotto il profilo della competenza dei dentisti, e sia sotto quello dell'equilibrio finanziario del sistema sanitario nazionale. L'ambito di politica sociale è strettamente collegato a quello di tutela della salute. A parere della Corte non sarebbe possibile infatti escludere né che l'aumento del numero dei dentisti convenzionati possa condurre ad un incremento eccessivo dell'offerta di cure determinando in tal modo una spesa troppo elevata a carico dello Stato, né che l'esclusione dell'età convenzionata dei dentisti più anziani permetta di ridurre tale spesa ed evitare un rischio di grave alterazione dell'equilibrio del sistema di previdenza sociale. La Corte ha tuttavia precisato che, se l'obiettivo perseguito dalla normativa tedesca fosse quello della tutela della salute dei pazienti sotto il profilo della competenza dei medici e dei dentisti, la misura controversa, avendo come destinatari solo i dentisti esercitanti in regime di convenzione, sarebbe in contrasto con l'obiettivo, perché si tratterebbe di misura non essenziale alla tutela della salute pubblica; diversamente, dove l'obiettivo perseguito dalla normativa tedesca controversa fosse invece quello di preservare l'equilibrio finanziario del sistema sanitario nazionale, l'ambito di applicazione della normativa non sarebbe in grado di compromettere l'obiettivo perseguito, in quanto questo non potrebbe riguardare i dentisti che operano esternamente al regime pubblico. Con riferimento invece all'obiettivo di ripartire le possibilità di impiego tra le generazioni nell'ambito della professione dei dentisti convenzionati, la Corte ha ritenuto che la normativa, fissando una disparità di trattamento basata sull'età, possa considerarsi obiettivamente e ragionevolmente giustificata da tale obiettivo, **soltanto** nel caso in cui si verifichi una situazione in cui i dentisti convenzionati siano in numero eccessivo o vi sia un rischio, che la Corte definisce "latente", di sopravvenienza di questa situazione. La pronuncia è in concordanza con la sentenza Palacios de la Villa e conferma l'orientamento secondo la quale la promozione delle assunzioni costituisce incontestabilmente un obiettivo legittimo di politica sociale o

dell'occupazione degli Stati membri. Tale valutazione deve evidentemente applicarsi a strumenti della politica del mercato del lavoro nazionale adottati al fine di migliorare l'opportunità di inserimento della vita produttiva di talune categorie di lavoratori precisando, inoltre, che una misura posta in essere per favorire l'accesso dei giovani all'esercizio della professione di dentista nell'ambito dell'attività convenzionata possa essere considerata come misura rientrante nella politica dell'occupazione propria di una legislazione.

d) Sentenza Kucukdeveci

La sentenza Kucukdeveci (causa C-555/07 parti Seda Kucuckdeveci contro Swedex GmbH & co. KG) prende in esame un aspetto leggermente diverso (tempo di preavviso per il licenziamento calcolato in base all'età di assunzione) ma di notevole importanza. Brevemente la ricostruzione del fatto: la sig.ra Kucukdeveci nata il 12 febbraio 1978 lavorava dal 4 giugno 1996 cioè dal compimento del 18° anno di età alle dipendenze delle Swedex. Con la lettera 19 dicembre 2006, l'azienda ha licenziato la dipendente, con effetto, considerando il termine di preavviso legale, al 31 gennaio 2007. Il datore ha calcolato il termine di preavviso come se la dipendente avesse avuto un'anzianità di 3 anni, benché fosse alla sua dipendenza da 10. La parte contesta il licenziamento davanti al tribunale di primo grado sostenendo che il termine di preavviso nei suoi confronti avrebbe dovuto essere di 4 mesi in applicazione all'art. 662, n. 2, primo comma, punto 4 del BGB (codice civile tedesco). L'articolo specifica al 3° comma *“nel calcolo della durata dell'impiego non vanno considerati i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno d'età”*. La sig.ra sostiene appunto che il comma in questione costituisca una misura di discriminazione in base all'età contraria al diritto dell'Unione e vada disapplicata. Il Tribunale d'appello tedesco non pone problemi sulla costituzionalità della norma, ma bensì sull'eventuale conformità con il diritto dell'Unione. Il Landesarbeitsgericht Dusseldorf quindi, decide di sospendere il procedimento e proporre la questione pregiudiziale alla Corte. Tale giudice richiede, in particolare, se una normativa siffatta sia giustificata dalla circostanza che occorrerebbe rispettare unicamente un termine di preavviso di base nel caso di licenziamento di giovani lavoratori, da un lato, per consentire ai datori di lavoro una gestione flessibile del personale, ciò che non sarebbe possibile con termini di preavviso più lunghi, e, dall'altro, in quanto sarebbe ragionevole esigere dai giovani

lavoratori una mobilità personale e professionale maggiore di quella richiesta ai lavoratori più anziani. Nel punto 29 della sentenza la Corte afferma “(...) *tale normativa nazionale crea quindi una disparità di trattamento tra persone aventi la medesima anzianità a seconda dell’età ni cui sono state assunte*”. Al punto 30 rileva che i lavoratori più giovani sono effettivamente trattati in modo più sfavorevole rispetto agli anziani che godono di un periodo di preavviso più ampio unicamente per una ragione anagrafica. La disparità di trattamento è quindi evidente. Dalle informazioni fornite dal giudice del rinvio e dalle spiegazioni date in udienza dal governo tedesco si chiarisce che l’art 662 del BGB trae spunto da una legge del 1926. Secondo lo stesso giudice del rinvio l’articolo rispecchia la valutazione del legislatore secondo cui i giovani lavoratori, in genere, reagiscono più facilmente e rapidamente alla perdita del lavoro e ci si può attendere da loro una maggiore flessibilità. Inoltre il termine di avviso più breve ne favorirebbe l’assunzione aumentando la flessibilità nella gestione del personale.

Appurato che le valutazioni rientrano in una politica del lavoro del governo, il quesito che ci si pone è se i mezzi apprestati per conseguire dette finalità siano “appropriati e necessari”. La condivisibile opinione della Corte si esplica nel punto 40 della sentenza: “*Nondimeno, tale provvedimento non è appropriato per il conseguimento di detto obiettivo, giacchè si applica a tutti i dipendenti assunti dall’impresa prima del venticinquesimo anno d’età, indipendentemente dalla loro età nel momento del licenziamento*”

Se da un lato si può concordare con la ratio che un tempo di preavviso inferiore consentirebbe un tempo di reimpiego più breve (anche se va aggiunto che, al fine di trovare una nuova occupazione è più che altro teorico) risulta incomprensibile l’applicazione a prescindere ai lavoratori assunti prima dei 25 anni. Come per la legge 223/91 italiana anche quella tedesca vede nell’anzianità contributiva un fattore di mantenimento del posto di lavoro, ma proprio per questo motivo è incomprensibile perché un preavviso minore debba essere dato ai lavoratori assunti prima di una certa età, senza che a tutti gli effetti gli anni di permanenza all’interno del sistema lavorativo nazionale vengano considerati. La norma, che pone soggetti della stessa età su piani di tutela diversi, è palesemente inidonea a svolgere il compito per la quale è stata creata. Prendendo in esame la circostanza della sig.ra Kucukdeveci appare assolutamente privo di consistenza logica il mancato conteggio

delle annualità passate a lavorare alle dipendenze dell'azienda prima dei 25 anni. Tra l'altro si nota come lo stesso tipo di procedura dovrebbe applicarsi anche ad un soggetto ben più in là con gli anni (la sig.ra Kucukdeveci al momento del licenziamento ne aveva "solo" 28), discriminandolo benchè egli si sia impegnato nella vita produttiva in giovane età, prima di alcuni colleghi che, anche se coetanei abbiano iniziato a lavorare dopo i 25 anni. Un lavoratore di 55 anni, assunto a 21, riceverebbe un preavviso minore, ma a quel punto della sua esistenza non possiede più il requisito della gioventù individuabile anche dalla norma stessa al compimento dei 25. La norma tedesca ancor prima che non necessaria sembra del tutto inappropriata al raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

4.2.8. L'applicazione della sentenza Mangold in Italia: licenziamenti collettivi alle poste

Con la sentenza della Corte d'appello di Firenze del 27/03/2006 si ha il primo chiaro, diretto e forte richiamo alla giurisprudenza Mangold. La controversia oppone Poste S.p.a ad un lavoratore licenziato "solo" per essere in possesso dei requisiti pensionistici considerati dall'accordo siglato tra le parti sociali come il criterio unico per scegliere i lavoratori da collocare in mobilità, benché lo stesso fosse titolare di una posizione professionale in cui, invece di esuberi, ricorrevano carenze di organico.

Quello su cui si intende porre l'accento anche in questo caso, non è la legittimità del datore di lavoro a riorganizzare l'impresa mediante la mobilità, ma dei criteri utilizzati per l'individuazione dei lavoratori da licenziare, dato che la procedura è stata impostata a livello nazionale (9000 esuberi nel paese) con un confronto con i sindacati nazionali di categoria.

L'unico criterio per la scelta dei lavoratori da licenziare preso in esame è quello del "possesso dei requisiti per il diritto al ricevimento della pensione di vecchiaia o di anzianità"; il personale viene quindi individuato "sulla base degli elementi tecnici conosciuti dalla società, relative alle posizioni contributive individuali".

A mero scopo esplicativo si puntualizza che, la pensione di anzianità è una delle prestazioni previdenziali che spetta a coloro che sono o sono stati iscritti ad uno qualsiasi degli istituti previdenziali obbligatori per legge, come ad esempio l' INPS.

La pensione di anzianità è quel particolare tipo di prestazione pensionistica che si può ottenere *prima* di aver compiuto l'età pensionabile. I requisiti di accesso a tale prestazione variano a seconda del fondo in cui sono stati versati i contributi. I requisiti richiesti per i lavoratori dipendenti iscritti all'A.G.O. (Assicurazione Generale Obbligatoria) sono: 35 anni di contribuzione e 57 di età anagrafica o, in alternativa, 40 anni di contribuzione indipendenti dall'età anagrafica. La pensione di vecchiaia è una delle prestazioni previdenziali che spetta a coloro che sono o sono stati iscritti ad uno qualsiasi degli istituti previdenziali obbligatori per legge, come ad esempio l'INPS. La pensione di vecchiaia è quel particolare tipo di prestazione pensionistica che si può ottenere *dopo* aver compiuto l'età pensionabile. Il sistema di calcolo della pensione varia a seconda dell'anzianità.

La prima argomentazione della sentenza evidenzia come la comunicazione ex art. 4, 2° comma, viene fatta alle sole segreterie nazionali e non alle Rsa presenti sul territorio, che risultano escluse da una “proficua valutazione delle organizzazioni sindacali delle reali situazioni specifiche”. In questa parte la sentenza della corte d'appello di Firenze conferma il principio di diritto già fissato dalle sezioni unite della Cassazione (e come si è visto precedentemente anche dal Tribunale di Milano nel caso Bracco) in virtù della quale la mancata verifica degli esuberi effettuata per ciascuna unità produttiva e per profili professionali (...) compromette l'interesse primario del singolo lavoratore all'individuazione trasparente e verificabile dei dipendenti da licenziare”. Si ribadisce che la mancata individuazione delle aree di eccedenza coinvolge anche lavoratori che sarebbero altrimenti esclusi dal procedimento.

Oltre che agli interessi pubblici e collettivi, è opportuno ribadire che la disciplina dei licenziamenti collettivi tutela sempre e comunque anche i singoli lavoratori coinvolti nel procedimento.

Il secondo nucleo argomentativo invece prende in esame il criterio della pensionabilità. Appurato in precedenza che il criterio è considerato legittimo e applicabile, è sempre da valutare il potere discrezionale conferito al datore di lavoro all'interno della procedura di licenziamento. Infatti a mio avviso il problema permanente sulla questione, è che la pensionabilità viene utilizzata, sempre, come criterio “solo ed unico” per la scelta del personale da licenziare, senza che insieme ad esso vengano utilizzati in aiuto altri criteri. La Corte stessa nella sentenza 2/9/03 n.12781 arriva ad affermare (forse esageratamente) che la pensionabilità è un criterio

che “diviene immediatamente illegittimo se non combinato con un criterio di selezione interna”.

La peculiarità della pronuncia in esame è infatti la seguente: il collegio afferma esplicitamente di aderire alla giurisprudenza Mangold nel punto 3 della motivazione. La Corte infatti per sostenere l’argomentazione volta a riconoscere l’ontologica illegittimità⁸⁵ della prossimità alla pensione quale unico criterio per l’individuazione dei licenziandi segue un percorso interpretativo mai utilizzato in precedenza: ribadisce i principi di parità affermati a livello comunitario (che sono rintracciabili anche nella carta di Nizza) ,si ricollega alla direttiva 2000/78/CE e aderisce al predicato interpretativo della Mangold compiendo fra l’altro un salto di qualità verso il riconoscimento del valore del diritto comunitario nella soluzione delle controversie nazionali.

Si sottolinea anche in questo caso come il decreto legislativo 216/03 di riferimento fosse quello non ancora modificato dal decreto legge 8 aprile 2008, di conseguenza il criterio della pensionabilità è da considerare in rapporto con clausola generale. Significativo risulta l’impatto prodotto dalla pronuncia sulle politiche sindacali future, mentre per quanto concerne le questioni giuridiche, ci si riferisce alla portata al valore delle deroghe nazionali sul principio di parità di trattamento per età che non sono assolutamente coincidenti con i dettami della direttiva. L’inefficacia della “general defense” si riscontra anche in questo caso, dalla quale si desume in maniera ancora superiore la rilevanza delle modifiche del 2008. L’esercizio della libertà di riduzione del personale non potrà mai essere utilizzato, ovviamente, in contrasto con l’utilità sociale , ma è anche necessario che esso non eluda il divieto di discriminazione.

4.2.9 Pensionabilità e discriminazione: un’ ennesima conferma. Cassazione civile , 22/06/2012, n. 10424, sez. Lavoro

E' discriminatoria la scelta del lavoratore da collocare in mobilità giustificata dalla sola prossimità al trattamento pensionistico, pur in presenza di un accordo sindacale sul punto. La procedura di licenziamento per riduzione di personale, infatti, esige la

⁸⁵ Calafà Laura, *Licenziamenti collettivi alle Poste e discriminazioni in base all’età: la prima applicazione nazionale della sentenza Mangold*, in Riv. Critica dir. Lavoro, 2006, pp. 910-920.

preventiva classificazione delle aree funzionali del personale interessato. Ennesima conferma dell'assunto precedentemente esposto.

Il fatto. Un lavoratore del settore industriale interessato da una procedura di licenziamento collettivo per riduzione del personale ne impugnava il relativo atto interruttivo del rapporto di lavoro innanzi al giudice competente, eccependo varie irregolarità procedurali del recesso datoriale con la normativa fissata dalla legge n. 223/1991 in tema di garanzie applicabili nell'ambito delle predette.

Detto lavoratore soccombente in primo grado, non la spuntava neanche in sede di gravame, in quanto la Corte di Appello confermava la sentenza del primo giudice, ritenendo corretto l'operato giudiziale riferito all'applicazione dell'onus probandi in materia di licenziamento, ritenendo generiche ed infondate le doglianze di esso lavoratore circa l'asserita inidoneità della comunicazione di avvio della relativa procedura, resa dal datore di lavoro, ex art. 4, terzo comma, l. 223/1991, a giustificare sotto il profilo logico il passaggio dal regime della C.I.G. (cassa integrazione guadagni) a quello della C.I.G.S. (cassa integrazione guadagni straordinaria) ritenendo invece, il giudice, ampiamente giustificata la scelta operata dall'imprenditore, debitamente partecipata anche alle OO.SS. di categoria e quindi rispettosa delle regole procedimentali previste dalla predetta legge e statuendo, soprattutto, che quandanche ci fossero stati dei vizi nella predetta comunicazione di avvio della procedura, con riferimento ai requisiti indicati nell'art. 4, comma 3, della legge n. 223 del 1991, questi avrebbero potuto incidere sulla validità adottato in contraddittorio con le parti sociali soltanto se la carenza informativa avesse potuto condizionare la conclusione dell'accordo stesso.

La Corte Territoriale disattendeva anche le doglianze del lavoratore-appellante, che riferivano una carenza di nesso causale tra la procedura di licenziamento collettivo adottata dalla società datrice di lavoro ed il licenziamento, perché il recesso in discorso era stato operato nonostante non fosse stato consumato il passaggio dalla cassa integrazione straordinaria e peraltro in contrasto con l'accordo siglato con le OO.SS., dove veniva dato atto dell'esaurimento delle ragioni di crisi aziendale e si garantiva la ripresa della normale attività lavorativa; la Corte, però, riteneva che tali censure ingenerassero un'illegittima interferenza da parte del lavoratore su scelte discrezionali d'impresa come tali insindacabili⁸⁶.

⁸⁶ Franco Bernini. *Licenziamenti collettivi e ambito di applicazione dei criteri di scelta*, (Nota a Cass. Sez. Lav. 2/12/09 n. 25333) 1047 in RCDL 2009.

Infine, il Consesso giudicante di secondo grado, concludeva la disamina delle svariate censure addotte dal lavoratore-appellante, ritenendo corretto e adeguato ai principi di trasparenza e buona fede contrattuale il criterio di scelta utilizzato dalla società datrice di lavoro per individuare il personale eccedentario cui riferire il relativo recesso, improntato sullo status soggettivo della prossimità al trattamento pensionistico; tanto, perché, l'applicazione del criterio di scelta in discorso, implicava un c.d. impatto sociale dell'operazione, in termini minimali.

Avverso la sentenza di appello, il lavoratore promuoveva ricorso in sede di legittimità innanzi alla Suprema Corte di Cassazione, affidando il ricorso a sei motivi che venivano congiuntamente trattati dal Supremo Collegio, perché intimamente connessi.

Ribaltamento in Cassazione delle determinazioni assunte in fase di merito. Con riferimento alla censura di legittimità avanzata dal lavoratore, circa la violazione delle regole procedurali (ex l. n. 223/91) proprie della procedura di mobilità, la Cassazione ha ribadito che il giudice del merito avrebbe disatteso il principio iura novit curia poiché non avrebbe tenuto in alcuna considerazione la situazione fattuale denunciata in concreto dal lavoratore sin dal ricorso introduttivo a sostegno della ingiustificata individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità, non supplibile dalla mera indicazione del personale esuberante prescindente da ogni ulteriore classificazione (tale vizio degenerava peraltro nella violazione del principio ex art. 112 c.p.c.).

Circa, poi, la mancanza del nesso causale tra la procedura di mobilità e di licenziamento, la Suprema Corte statuiva l'errores in iudicando del medesimo giudice del merito, laddove costui aveva onerato del relativo regime probatorio il lavoratore, quando invece proprio a causa della mancata delimitazione da parte del datore di lavoro dei motivi giustificativi del ricorso alla procedura de qua, spettava alla società datrice di lavoro dimostrare la sussistenza dei requisiti di accesso alla mobilità e, soprattutto, la legittimità del licenziamento intimato.

Particolare pregnanza è stata riconosciuta, poi, al vizio di legittimità della violazione delle regole procedurali della legge n. 223/1991 con riferimento ai requisiti formali e sostanziali della comunicazione di avvio della procedura, laddove si è constatato che il lavoratore aveva tempestivamente ed esaurientemente allegato sin dal primo grado di giudizio la contestazione circa la mancata

precisazione dei motivi dell'eccedenza dei lavoratori e soprattutto in tale contesto, la mancanza delle specificazioni relative ai profili professionali coinvolti dall'operazione di riduzione del personale.

A tal proposito la Suprema Corte, facendo leva su precedenti orientamenti già consolidati⁸⁷, ha statuito che il riferimento legislativo (l. n. 223/1991) laddove sancisce i cc.dd. 'profili professionali' implica l'esclusione della idoneità del solo dato formale alle categorie civilistiche contenute rispettivamente negli artt.2095 e 2103 c.c., dovendosi privilegiare il dato funzionale delle categorie o qualifiche di inquadramento nel rispetto, altresì, della connotazione sostanziale apportata alle stesse classificazioni astratte in sede di contrattazione collettiva.

Nel caso di specie, però, la circostanza del raggiungimento di un accordo tra la società datrice di lavoro e le OO.SS. non è idonea ad integrare - né tantomeno supplisce - la predetta mancanza in ordine alla specificazione dettagliata ed analitica del personale esuberante, poiché tale requisito, costituisce un elemento imprescindibile di qualsiasi esame e valutazione in merito alla rappresentazione del fenomeno aziendale conosciuto come riorganizzazione/ristrutturazione sotteso al ricorso alle procedure di mobilità.

Il Supremo Consesso nomofilattico, ha censurato l'operato dei giudici di appello anche laddove, con riferimento al criterio dell'avvicendamento del trattamento pensionistico, si sia deciso di dare totale conferenza al criteri medesimo, ritenendolo esaustivo di qualsivoglia altro criterio, senza preventivamente verificare però che nel caso di specie, l'omessa formazione di una regolare ed apposita graduatoria nella quale far confluire tutti i lavoratori in possesso del predetto unico requisito, abbia reso ingiustificatamente ed eccessivamente discrezionale ed arbitraria la scelta del datore di lavoro nell'individuazione del personale da licenziare.

La presenza di ulteriori requisiti e criteri di scelta funge anche da ulteriore tutela e garanzia per il lavoratore, in quanto tale aspetto è sotteso nonché preordinato a scongiurare che il potere di recesso datoriale venga esercitato in maniera discriminatoria.

Con la sentenza in commento, i giudici del hanno cassato la sentenza resa dalla Corte di Appello, ordinandone anche il rinvio alla medesima Corte territoriale in diversa

⁸⁷ Franco Bernini. *Licenziamenti collettivi e ambito di applicazione dei criteri di scelta*, (Nota a Cass. Sez. Lav. 2/12/09 n. 25333) 1047 in RCDL 2009.

composizione al fine della reiterazione dell'esame di aspetti di merito, nell'ambito dei quali, bisognerà attenersi ai seguenti principi di diritto: «1) L'indicazione nella comunicazione agli organismi sindacali di avvio della procedura di licenziamento per riduzione del personale, dei profili professionali del personale eccedente, a norma dell'art.4, comma 3, della legge n.223 del 1991, non è validamente integrata dalla sola indicazione delle generiche categorie degli operai, intermedi, impiegati, quadri e dirigenti, mentre la conclusione, nell'ambito della procedura di consultazione, di un accordo tra il datore di lavoro e i sindacati sul licenziamento collettivo non può ritenersi idonea a rendere irrilevante ai fini della legittimità dei licenziamenti, l'indicata carenza della documentazione iniziale se anche l'accordo non contiene le necessarie indicazioni sui profili professionali dei lavoratori destinatari del licenziamento. 2) Non è legittima l'adozione, nell'accordo sindacale tra datore di lavoro e organizzazioni sindacali relativo all'attuazione di licenziamenti per riduzione di personale, dell'unico criterio di scelta consistente nella prossimità al pensionamento, se lo stesso non permetta l'esauriente e univoca selezione dei lavoratori destinatari del licenziamento, in modo da poter essere applicato senza alcun margine di discrezionalità da parte del datore di lavoro».

4.3 I criteri previsti in via residuale dalla legge

Abbiamo più volte ricordato che i criteri di scelta previsti, in via residuale, dalla legge e da applicarsi in concorso tra loro, sono i carichi di famiglia, l'anzianità e le esigenze tecnico-produttive e organizzative.

Per quel che riguarda i carichi di famiglia, l'orientamento prevalente, soprattutto sul piano operativo, individua quale strumento per la verifica di tale criterio la documentazione, in possesso dell'azienda, relativa agli assegni familiari.

Sono state mosse critiche a tale modo di procedere, considerato che lo stesso non consente di delineare un quadro completamente attendibile della situazione economico-familiare dei dipendenti. Critica indubbiamente fondata.

Osservo però, che, in tal modo, la gestione del criterio non è rimessa alla cooperazione volontaria dei dipendenti (sulla cui affidabilità vi sarebbe, realisticamente e comprensibilmente da dubitare, soprattutto quando, come può accadere in altri casi – ad esempio, comunicare all'azienda l'ammontare dei

contributi effettivamente versati, in situazioni nelle quali il criterio di scelta convenuto sindacalmente è quello dell'accompagnamento alla pensione – può portare a conseguenze negative per i dipendenti, perché li farebbe rientrare tra coloro da licenziare) o a accertamenti unilaterali dell'azienda, anch'essi discutibili sul piano dell'effettiva attendibilità. Prassi che a mio avviso rappresenta una situazione di compromesso tutto sommato accettabile.

Per quel che riguarda il criterio dell'anzianità, non vi è molto da dire, l'interpretazione prevalente, ancorché non priva di contraddizioni, ritiene che per anzianità non si debba intendere quella anagrafica, bensì quella di servizio in azienda.

Infine, vi sono le esigenze tecnico-produttive ed organizzative aziendali, vale a dire il parametro di riferimento che più corrisponde agli interessi imprenditoriali. Tali esigenze attengono sia ai motivi che hanno indotto l'imprenditore a procedere alla riduzione del personale, sia, in prospettiva, alle esigenze della nuova struttura che l'imprenditore intende dare alla propria azienda. Il criterio⁸⁸, come risulta dal tenore letterale dello stesso, è molto ampio, in quanto ricomprende tutti i possibili aspetti attinenti al funzionamento dell'attività aziendale, lasciando quindi all'imprenditore un ampio margine di manovra.

Ciò, non significa che il datore di lavoro abbia mano libera, atteso che i suoi atti sono sempre soggetti ad un possibile controllo giudiziale. Infatti, è vero che il giudice non può entrare nel merito delle scelte imprenditoriali, ma è vero altrettanto che può verificare la loro legittimità sul piano della razionalità e delle corrispondenza ad effettive esigenze aziendali. Ciò, per evitare che attraverso l'utilizzazione di questo criterio si possa dare corso a licenziamenti che, in ultima analisi, potrebbero essere discriminatori, o comunque, non legittimi, perché basati su valutazioni di carattere soggettivo, non collegate a requisiti empiricamente – ma soprattutto, oggettivamente - verificabili (a titolo esemplificativo, valutazioni relative alla capacità di svolgere più o meno bene una data mansione).

La norma è chiara nel prevedere espressamente che i tre criteri devono essere applicati in concorso fra loro.⁸⁹

⁸⁸ Della cui concezione si è trattato precedentemente

⁸⁹ Cfr. sulla non coincidenza tra personale in Cigs e destinatari del licenziamento collettivo, Cass. Sez. Lav., 11 novembre 1998 n. 11. 387 in Dir. E Prat. Lav., 1999, 12, 848

Dal punto di vista letterale, quindi, la legge richiede che ai tre criteri debba essere attribuito un peso specifico uguale e che le scelte debbano essere effettuate combinando fra di loro i risultati raggiunti nell'ambito di ciascun criterio.

Esiste comunque parte della giurisprudenza, anche della Corte di Cassazione, che ha ritenuto possibile attribuire maggior peso ad uno dei criteri o, addirittura, che venga privilegiato uno solo dei criteri legali – di solito le esigenze tecnico produttive ed organizzative – o pattuiti in sede sindacale.⁹⁰

Ciò purchè, da un lato, venga data, da parte del datore di lavoro, concreta dimostrazione delle ragioni organizzativo – funzionali che lo hanno indotto a favorire uno dei criteri e, dall'altro, non vengano riscontrati effetti discriminatori o illecitamente aggiranti la previsione normativa.

Quale che sia la valutazione che si voglia dare a tale orientamento, non propriamente aderente – salvo che la prevalenza non sia espressa in un accordo sindacale – alla lettera della legge resta, comunque, il fatto che queste possibilità non possono essere utilizzate in via generalizzata.

In altre parole, tale riconosciuta facoltà dovrebbe, prudenzialmente, essere esercitata solo in situazioni del tutto particolari o eccezionali.

Per esempio, si potrebbero privilegiare le esigenze tecnico produttive ed organizzative con riguardo a particolari posizioni di lavoro da alta specializzazione, che non consentono soluzioni alternative all'interno dell'azienda nel caso di licenziamento dei soggetti preposti allo svolgimento di tali mansioni.

Viceversa, quando si è in presenza di mansioni che siano svolte da un numero rilevante di persone o, comunque, siano, in larga misura, fungibili con altre – cosicché i soggetti titolari di una mansione potrebbero imparare a svolgere, in un tempo ragionevolmente breve e senza oneri rilevanti per l'azienda, l'altra mansione – la scelta che cada su un solo criterio sarebbe molto rischiosa. In tal caso, privilegiare, ad esempio, il criterio delle esigenze tecnico produttive ed organizzative, inteso come possibilità di mantenere in servizio i soggetti che vengono ritenuti dall'imprenditore più abili ed efficienti nello svolgerle, si potrebbe rivelare come una soluzione non idonea a reggere il vaglio giurisprudenziale, perché l'accertamento in

⁹⁰ Cass. 3 Febbraio 2000 n. 1201 in Giust. Civ. Mass. 2000, 222; Cass. S.L. 24 marzo 1998, n. 3133, in Raffaele De Luca Tamajo – Fulvio Bianchi D'Urso, *I Licenziamenti individuali e collettivi nella Giurisprudenza di Cassazione*, Giuffrè 2006

tale maggiore abilità professionale si traduce in una valutazione che potrebbe essere ritenuta del tutto soggettiva ed opinabile e conseguentemente non accettabile.

4.4 Violazione dei criteri di scelta

L'eventuale violazione dei criteri di scelta comporta l'annullabilità dei licenziamenti e nel caso di azione giudiziaria i dipendenti illegittimamente licenziati possono ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro, ai sensi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

A fronte di quanto sopra, il datore di lavoro può ricorrere allo strumento previsto dall'art. 17 della legge 223/1991.

Tale norma prevede che qualora i lavoratori, il cui rapporto sia risolto ai sensi degli artt. 4 e 24 legge 223/1991, siano stati reintegrati a norma dell'art. 18, l'impresa, sempre nel rispetto dei criteri di scelta di cui all'art. 5, comma I, vale a dire quelli convenuti sindacalmente, qualora il licenziamento dei primi sia stato effettuato in applicazione a tali criteri, o dei criteri legali, qualora non siano applicabili, per mancanza di accordo o per altre ragioni, quelli della contrattazione collettiva, può procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro di un numero di lavoratori pari a quello dei lavoratori reintegrati. Tutto ciò senza dover esperire una nuova procedura, ma dandone solo previa comunicazione alle rappresentanze sindacali aziendali.

Tale norma, sulla quale non vi sono, allo stato, particolari approfondimenti da parte della dottrina, ha già, peraltro, creato contenzioso giudiziario.

Il punto sul quale si è soprattutto discusso è stato quello relativo al fatto se l'utilizzazione dello strumento di cui all'art. 17 legge 223/1991 comporti, implicitamente, un'accettazione della dichiarata illegittimità dei propri licenziamenti. Parte della giurisprudenza ha giustamente ritenuto che l'eventuale utilizzazione dell'art. 17 non comporta, automaticamente, da parte del datore di lavoro, accettazione dell'illegittimità dei primi licenziamenti, ben potendo tradursi in una soluzione temporanea, posta in essere dall'imprenditore per far fronte alle esigenze dell'impresa. E questo in attesa dei chiarimenti definitivi che deriveranno dallo svolgimento di tutti i gradi del giudizio relativi ai primi licenziamenti.⁹¹

⁹¹ Trib. Milano, 20 gennaio 1999 n. 413,

CAPITOLO V: LA DISCIPLINA DEL LICENZIAMENTO COLLETTIVO APPLICABILE AI DATORI DI LAVORO NON IMPRENDITORI

5.1 L'ambito di applicazione della legge 223/01 alla luce dell'intervento modificativo del D.Lgs. 110/04

Con l'emanazione del D.Lgs. 8 aprile 2004 n. 110 il legislatore, anche a seguito di una serie di pronunce della corte di giustizia (da ultima alla sentenza della causa C-32/02, ha "tentato" di superare una differenza concettuale relativa all'ambito soggettivo di applicazione della legge 223/1991; in tal senso, infatti, l'art. 24 della citata legge, in ordine ai soggetti tenuti all'espletamento della procedura sindacale per il caso in cui "intendano effettuare almeno cinque licenziamenti, nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia" individua i datori di lavoro imprenditori.

Diversamente la normativa comunitaria, ed in particolare la Direttiva 75/129 che disciplina la materia dei licenziamenti collettivi, di cui la L. 223/1991 dovrebbe essere attuazione, individua il suo ambito "soggettivo" di applicazione con la distinta categoria dei "datori di lavoro". Già i primi commentatori avevano evidenziato le profonde differenze di ordine concettuale fra la norma Comunitaria ed il recepimento da parte dell'art. 24⁹².

A fronte di una previsione volta a tutelare il lavoratore "subordinato" a prescindere dalla qualificazione di imprenditore del datore, il nostro legislatore ha limitato il campo di applicazione della norma ai soli imprenditori ex. Art 2082 cod. civ..

Prima di andare ad analizzare nel dettaglio il D.lgs n. 110/04 che novella la legge 223/1991 è opportuno ripercorrere brevemente le tappe che hanno portato all'emanazione di detto ultimo provvedimento.

Dal punto di vista della legislazione comunitaria la necessità di disciplinare la fattispecie del licenziamento collettivo è avvertita già nel 1975 con la direttiva CEE

⁹² Bibbiana Granata "i Licenziamenti collettivi" in quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Utet 1997; in senso contrario Mazziotti 1992, "l'autore in via di interpretativa ritiene di poter estendere l'applicazione dell'art 24 anche ai datori di lavoro non imprenditori, che occupino comunque più di 15 dipendenti".

n. 129. Considerando tale norma si legge “ *occorre rafforzare la tutela dei lavoratori in caso di licenziamento collettivo, tenendo conto della necessità di uno sviluppo economico-sociale equilibrato nella comunità; considerando che, nonostante un’evoluzione convergente, sussistono di differenze tra le disposizioni in vigore tra gli Stati Membri della Comunità per quanto riguarda le modalità e le procedure dei licenziamenti collettivi e le misure che possono attenuare per in lavoratori le conseguenze di tali licenziamenti*”.

Il Legislatore comunitario del '75 individua l’ambito di operatività della disciplina avendo a mente la tutela della totalità dei lavoratori subordinati, infatti non viene richiamata una particolare categoria di datori di lavoro ma ad un *genus* indistinto rappresentato da i “datori di lavoro” l’art.1 lett. A) che definisce il licenziamento collettivo recita testualmente: “*per licenziamento collettivo si intende ogni licenziamento effettuato da un datore di lavoro per uno o più motivi non inerenti alla persona del lavoratore...*”⁹³

Lo stesso Legislatore, coerentemente alla propria impostazione garantista e totalizzante anche nella produzione legislativa successiva, fino alla direttiva CE 98/59 non ha mai modificato l’ambito di applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi, infatti il riferimento del soggetto agente nel licenziamento collettivo rimane il “datore di lavoro”.

La normativa interna di riferimento in tema di licenziamenti collettivi è rappresentata dalla legge 223/1991 attuativa della direttiva CEE 129 del 1975.

Dal punto di vista soggettivo, la L. 223/1991, prima del D. Lgs. 110/04, non riproduceva la medesima ampiezza applicativa della disciplina comunitaria. La lettura dell’art. 24 comma 1 (che pare ragionevole replicare anche in questa sede) ci porta ad osservare che il destinatario della norma non è il “datore di lavoro” ma “l’impresa”, infatti il primo comma prescrive che: “ *le disposizioni di cui all’art. 4, commi da 2 a 12 e 15 bis, e all’articolo 5, commi da 1 a 5, si applicano alle imprese che occupano più di 15 dipendenti e che, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività di lavoro, intendano effettuare almeno 5 licenziamenti, nell’arco di 120 giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell’ambito di territorio di una stessa provincia. Tali disposizioni si applicano per tutti i licenziamenti che, nello stesso arco di tempo e nello stesso ambito, siano comunque riconducibili alla medesima riduzione o trasformazione*”.

⁹³ Art. 1 comma 1 lett a) Direttiva 75/1229

Il passaggio logico necessario ed immediato è quello di individuare nell'imprenditore il soggetto destinatario della norma.

La nozione codicistica di imprenditore è data dall'art. 2082 cod. civ. *“è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi”*.

La conseguenza di tale scelta del legislatore italiano risulta un salto concettuale rilevante rispetto alla disciplina comunitaria.

La normativa interna, infatti, è il prodotto di un recepimento miope che non ha tenuto in conto la volontà del legislatore comunitario in ordine ai soggetti obbligati al rispetto delle tutele previste per i lavoratori in caso di licenziamento collettivo.

Questa differenza di ordine concettuale sul grado di estensione delle tutele da applicare ai lavoratori in caso di licenziamento collettivo ha dato origine alla condanna dell'Italia nella causa C-32/02.

La citata sentenza evidenzia, in parte motiva, come l'art. 24 della legge 223/1991 facendo riferimento all'imprenditore di cui all'art. 2082 cod. civ. *“creerebbe una esenzione ope legis per tutti i datori di lavoro che nell'ambito della loro attività non perseguono uno scopo di lucro, pur occupando centinaia di persone o godendo di grande rilevanza economica”*⁹⁴

Prosegue la pronuncia affermando che *“la commissione ritiene pertanto che la direttiva 98/59 si applichi ai licenziamenti collettivi effettuati da qualsiasi datore di lavoro ossia da qualunque persona fisica o giuridica che abbia posto in essere un rapporto di lavoro, anche senza perseguire uno scopo di lucro”*

5.2 D. Lgs. 8 aprile 2004 n. 110

Questa premessa si è resa necessaria per comprendere a pieno l'impatto innovativo della nuova disciplina che si analizzerà nel dettaglio.

In primo luogo, si deve evidenziare l'estensione dell'ambito di applicazione della procedura ai datori di lavoro non imprenditori con l'introduzione del comma 1 bis all'art 24 della legge 223/1991, il nuovo comma recita testualmente *“Le disposizioni di cui all'articolo 4, commi 2,3 con l'esclusione dell'ultimo periodo, 4, 5, 6, 7,8, 9, 11, 12, 14, 15, e 15 bis, e all'articolo 5 comma 1, 2 e 3, si applicano ai privati datori di lavoro non imprenditori alle medesime condizioni di cui al comma 1”*

⁹⁴ Sentenza Corte Giustizia europea 16 ottobre 2003 causa C-32/02

Il legislatore nazionale pur avendo esteso l'ambito di operatività della procedura ha ritenuto dovesse essere mantenuto un distinguo fra soggetti caratterizzati dal fine di lucro e non, il che non esclude la possibilità di nuovi interventi della Corte di Giustizia CE circa il non corretto adeguamento della direttiva.

Rispetto a questi ultimi soggetti la differenza si coglie sotto il profilo economico, infatti, il datore di lavoro non imprenditore non sarà obbligato a versare "il contributo d'ingresso" per i dipendenti di cui si denunci l'esubero, conseguentemente tali dipendenti non avranno diritto alla corresponsione della prevista indennità, peraltro, le aziende che assumeranno dalle liste di mobilità non godranno dei benefici economici previsti dagli art. 8 commi 2 e 4 e 25 comma 9 come previsto sempre nel nuovo comma 1 bis *"i lavoratori licenziati vengono iscritti nella lista di cui all'articolo 6, comma 1, senza diritto all'indennità di cui all'articolo 7. Ai lavoratori licenziati ai sensi del presente comma non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 8, commi 2 e 4, e 25, comma 9"*.

La prevista procedura sarà applicabile anche in caso di cessazione dell'attività.

Ulteriore elemento distintivo introdotto dal D.lgs 110/04 riguarda la violazione della procedura e dei criteri di scelta previsti dall'articolo 5 della legge 223/1991 ed in particolare dei commi 1 *ter* ed uno *quater* dispongono che: *"la disposizione di cui all'articolo 5, comma 3, ultimo periodo, non si applica al recesso intimato da datori di lavoro non imprenditori che svolgono, senza fini di lucro, attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto"*.

1-quater. Nei casi previsti dall'articolo 5, comma 3, al recesso intimato da datori di lavoro no imprenditori che svolgono, senza fini di lucro, attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, si applicano le disposizioni di cui alla legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni"

Le nuove norme distinguono gli effetti derivanti dalla violazione della procedura o dalla violazione dei criteri di scelta per i datori di lavoro imprenditori e non imprenditori da quelli che deriverebbero per *"datori di lavoro non imprenditori che svolgono, senza fini di lucro, attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto"*.

Secondo quanto disposto dall'art. 5 comma 3 L. 223/1991, oggi applicabile ai datori di lavoro imprenditori ed ai datori di lavoro non imprenditori, che non siano organizzazioni di tendenza, in caso di violazione della procedura di mobilità sarà applicabile l'art. 18 Stat. Lav., pertanto i lavoratori verranno reintegrati in azienda e

conseguentemente, il datore di lavoro per procedere ad un nuovo licenziamento collettivo dovrà esperire integralmente una nuova procedura.

Nell'ipotesi in cui il vizio sia rappresentato dai criteri di scelta dei lavoratori licenziati, questi verranno reintegrati ai sensi dell'art. 18 Statuto dei lavoratori, ma in quest'ultimo caso soccorre la previsione dell'art. 17 della stessa legge il quale in realtà concede al datore di lavoro la possibilità di procedere *“alla risoluzione del rapporto di un numero di lavoratori pari a quello dei lavoratori reintegrati senza esperire una nuova procedura, dandone previa comunicazione alle rappresentanze sindacali aziendali”*.

Per i datori di lavoro *“non imprenditori che svolgono, senza fini di lucro, attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto”*, invece, è prevista l'esclusione di operatività dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori ai sensi del comma 1-ter dell'art. 5 L. 223/1991 introdotto dal D.Lgs 110/84 e l'applicazione della disciplina della legge 604/66 prevista dal nuovo comma 1 quater. Il combinato disposto delle due norme citate avrà come effetto che, per tale categoria di datori di lavoro, non si potrà mai parlare di reintegrazione in caso di violazione della procedura o dei criteri di scelta.

La conseguenza di tale assetto normativo, pertanto, sarà che, in caso di dichiarazione di inefficacia dei licenziamenti intimati, la società potrà avere conseguenze solo di tipo economico rappresentate da un risarcimento del danno commisurato fra 2,5 e 6 mensilità di retribuzione.

Tale ultima conseguenza rappresenta sicuramente un passo indietro a prima della L. 223/1991 che aveva introdotto l'applicazione dell'art. 18 Stat. Lav. *“atteso che la precedente giurisprudenza – quantomeno di Cassazione – prevedeva conseguenze meramente risarcitorie nel caso di violazione dei criteri di scelta”*⁹⁵.

Ulteriore effetto, ovviamente, sarà che in nessun caso la società dovrà procedere ad instaurare una nuova procedura per licenziare i dipendenti perché questi in ogni caso rimarranno fuori dall'azienda.

5.3 Osservazioni conclusive

⁹⁵ Codice di diritto del lavoro, Tribuna, 2002, 1387

IL legislatore interno con il D. Lgs. 110/04 ha tentato di sanare la differenza concettuale esistente fra la normativa comunitaria e quella interna che risiedeva nella differente estensione “soggettiva” degli obbligati all’espletamento della procedura.

Mentre la visione che ha ispirato il legislatore comunitario è stata fin 1975 quella di una prospettiva totalizzante delle tutele in cui il riferimento era il datore di lavoro Tout Court, il legislatore della 223/1991 si limitava a prendere in considerazione una determinata categoria di datore di lavoro “l’imprenditore” ai sensi dell’art. 2082 cod. civ..

Oggi, certamente, dopo il D.Lgs. n. 110/04 la disciplina interna è più aderente a quello che è il dettato comunitario, ciò nonostante si rileva che alcune perplessità rimangono in ordine alla coincidenza dei due complessi normativi.

Il D.Lgs. n. 110/04, infatti, non si limita ad estendere l’ambito di applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi ai non imprenditori, operazione “semplice” che probabilmente sarebbe stata sufficiente e coerente con la disciplina comunitaria.

Il legislatore interno, invece, pur avendone l’opportunità, non ha ritenuto di procedere in tal senso, ma ha introdotto un distinguo di fondo fra imprenditore e non, che in realtà la direttiva non prevede, peraltro dal punto di vista squisitamente concettuale non si è giunti a definire quella categoria unica ed indistinta di “datore di lavoro” che invece sussiste in campo comunitario.

Sotto diverso profilo, analizzando le conseguenze sanzionatorie della violazione della procedura previste per le organizzazioni di tendenza si riscontra un generale trattamento di miglior favore per questi enti con la conseguenza che potremmo parlare di procedure di mobilità “agevolate” o meglio “*con conseguenze attenuate in caso di impugnazione*”.

Certo questo potrebbe rientrare in quel margine di flessibilità concesso al legislatore nazionale in tema di attuazione delle direttive, ma dalla lettura delle direttive succedutesi nel tempo l’idea prevalente che sembra potersi scorgere, è quella di apprestare delle tutele per tutti i lavoratori a prescindere dal datore di lavoro senza distinzioni.

5.4 Applicazioni settoriali

A) Giornalisti

Considerazioni particolari possono essere fatte sul licenziamento collettivo nel settore giornalistico.

È stato, infatti, ritenuto in dottrina sulla base di quanto previsto dall'art. 35 legge 5 agosto 1981, n. 416, che, in tale settore, prima di procedere ai licenziamenti collettivi sia necessario ricorrere allo strumento della cassa integrazione guadagni straordinaria. Vi è scarsa giurisprudenza in materia.⁹⁶

Peraltro, le decisioni che hanno avuto occasione di occuparsi di tale problematica hanno ritenuto che anche nel settore della editoria debbano essere applicate le disposizioni contenute nella legge 223/1991.⁹⁷

Dal che discende, da un lato, che non è necessario ricorrere alla Cigs prima di procedere ai licenziamenti e, dall'altro, che nella scelta del personale trovano applicazione i criteri di cui all'art. 5 legge 223/1991, riferendosi l'allegato D al Ccnl di settore giornalistico solo al caso in cui si chieda l'intervento della Cigs.

Nell'ambito di tale settore, è stato altresì specificamente ritenuto che qualora il licenziamento sia stato intimato dopo l'intervento della cassa integrazione, anche se tale licenziamento riguardi un numero di dipendenti inferiore a cinque, deve essere comunque seguita la procedura di cui all'art. 4 legge 223/1991, con conseguente applicazione anche dei criteri di scelta previsti dall'art. 5 della legge.⁹⁸

B) Bancari

Il settore dei bancari, per lunghi anni, è rimasto, di fatto, estraneo alle problematiche dei licenziamenti collettivi.

Peraltro, in questi ultimi anni, anche in tale settore si è resa evidente la necessità di intervenire, in una prospettiva di riduzione dei costi e di riorganizzazione, sui livelli occupazionali. A tale riguardo va detto, innanzitutto, che in caso di licenziamento collettivo anche per il settore dei bancari trova applicazione la normativa di cui alla legge 223/1991, senza peraltro, che maturi il diritto al trattamento di mobilità.⁹⁹

La particolarità del settore risiede invece, nel fatto che per i bancari, con accordo sindacale del 28 febbraio 1998, che fa seguito al Protocollo di Intesa sul settore

⁹⁶ Cass. 27 ottobre 2003 n. 16126 in Giust. Civ., Mass., 2003.

⁹⁷ Pret. Trieste, 8 agosto 1998 in Riv. Crit. Dir. Lav., 1998, 937

⁹⁸ . Trieste, 8 agosto 1998 in Riv. Crit. Dir. Lav., 1998, 937

⁹⁹ Cfr. Miscione: *Un modello privatistico di Ammortizzatore sociale* in Dir. E Prat. Lav., 1998, 23, 1510

bancario del 4 Giugno 1997, e si inserisce nel quadro normativo delineato dalla legge n. 662/1996, D.M. n. 447/1997 e legge n. 449/1997, è stato istituito un fondo di solidarietà per il sostegno del reddito.

Tale fondo prevede tra l'altro, l'erogazione di assegni straordinari per il sostegno del reddito e il versamento alla contribuzione figurativa a favore del personale oggetto di processi di agevolazione dell'esodo.

L'Accordo contiene altresì l'indicazione dei criteri di scelta per l'individuazione dei lavoratori in esubero.¹⁰⁰

C) Licenziamento collettivo e trasferimento d'azienda. Cenni

Ricollegandomi a quanto esposto nei capitoli precedenti, ribadisco come la conferma della sindacabilità dei presupposti del licenziamento collettivo si ricava dalle disposizioni inerenti alla disciplina del trasferimento d'azienda.

L'espressa previsione della continuità dei rapporti di lavoro e l'impossibilità di addurre a giustificazione del licenziamento il fatto del trasferimento in sé considerato, sono indici del potere del giudice di sindacare le ragioni addotte dall'alienante ai fini della legittimità dei licenziamenti intimati.

Il legislatore, nel consentire all'alienante di "esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti" ma con la precisazione che "il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento" ha inteso individuare all'interno del giustificato motivo oggettivo una serie di ragioni che non possono legittimare il licenziamento in caso di trasferimento d'azienda.

In via preliminare è necessario precisare che nessuna differenza di trattamento può farsi derivare dalla natura individuale o collettiva del licenziamento medesimo, non solo perché vi sarebbe, in tal caso, una palese violazione del principio di uguaglianza, ma perché una simile lettura è a parer mio fondata, di nuovo, sull'assunto dell'insindacabilità delle scelte dimensionali del datore di lavoro, o meglio di quelle sole scelte che conducono a un licenziamento collettivo.

¹⁰⁰ Per un approfondimento sui problemi di coordinamento tra la disciplina dell'accordo del 28 febbraio 1998 e la legge 223/1991 S. Slataper: *Del licenziamento collettivo dei bancari dopo l'accordo 28 febbraio 1998* in *Dir. E Prat. Lav.*, 1998, 23, 1525

La sola differenza tra le 2 ipotesi è data dall'applicabilità o meno della procedura sindacale prevista dalla legge n. 223/1991. Il problema principale, allora, è quello di stabilire quando un licenziamento, individuale o collettivo, intimato dall'alienante, non violi il divieto di cui all'art. 47, comma 4, legge 428/1990.

Parte della dottrina¹⁰¹ è orientata nel senso di ritenere giustificato il licenziamento intimato prima della cessione, purché sorretto da una causa autonoma rispetto al trasferimento, cioè di natura tale da far sì che il licenziamento dovrebbe comunque considerarsi legittimo anche dove non si facesse luogo al trasferimento medesimo. In quest'ottica, l'alienante che ricorra a un licenziamento collettivo è quindi tenuto a dimostrare che si è verificata una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, mentre resta irrilevante l'eventualità che a tale riduzione il datore di lavoro abbia fatto ricorso proprio in vista di una futura alienazione del complesso aziendale. Questo passaggio risulta a mio avviso meno condivisibile, là dove ammette la possibilità di invocare un ipotetico trasferimento futuro a motivo del licenziamento.

L'affermazione si muove infatti su una linea di demarcazione molto sottile e incerta, poiché risulta chiaramente che l'alienante procederà a una ristrutturazione dell'azienda in vista di un ben preciso trasferimento, e con ogni probabilità dietro una altrettanto precisa richiesta in tal senso del futuro acquirente. A meno di voler ritenere che esista una dimensione dell'azienda che sia maggiormente idonea, e ciò prescindendo dalla capacità produttiva, di un'altra alla circolazione, fatto che presuppone la dimostrazione, ad esempio, che sul mercato siano più appetibili le aziende che occupano 20 piuttosto che 50 dipendenti.

La riduzione o trasformazione di attività o di lavoro può quindi giustificare un licenziamento collettivo in prossimità di un trasferimento d'azienda quando ciò sia necessario, ad esempio, a risollevarne un'attività in crisi, cioè quando il licenziamento sarebbe in sé giustificato da una riduzione o da una modifica dell'attività che renda superfluo il mantenimento in servizio di un certo numero di lavoratori. Pertanto, se la lettura dell'articolo 47, comma 4, qui analizzata intende permettere all'alienante di riequilibrare il rapporto numero dei dipendenti/attività produttiva ai fini di una maggiore competitività della propria organizzazione produttiva sul mercato, e ciò senza che si abbia di mira un trasferimento i cui termini risultino già fissati, detta interpretazione non può che ritenersi condivisibile.

¹⁰¹ Sul punto . *I dilemmi della Giurisprudenza*, Di Graziella Maria Mascarello in *I licenziamenti per motivi economico produttivi e la responsabilità d'impresa*, EDIESSE 2007

Il licenziamento collettivo intimato dall'alienante deve, invece, ritenersi ingiustificato quando il trasferimento ne sia stato l'unico, il principale, motivo, espresso o inespresso, senza che alcun argomento in contrario possa trarsi dall'effettività della soppressione dei posti di lavoro investiti dal provvedimento datoriale.

5.5 I licenziamenti collettivi nell'ordinamento inglese

Per un corretto approfondimento dell'argomento pare utile trattare (marginalmente) in questa sede, la disciplina applicata in un sistema di common law (inglese) al fine di individuare differenze vaste o esigue che siano.

Con una significativa eccezione (l'esubero di personale), il Diritto inglese non opera in linea generale alcuna distinzione tra i licenziamenti collettivi e individuali. Non esistono particolari procedure applicabili ai licenziamenti collettivi per motivi diversi dall'eccesso di personale che non siano applicabili anche ai licenziamenti individuali. A titolo introduttivo, potrebbe pertanto essere utile fissare alcuni punti relativi al licenziamento in generale.

5.5.1. Il licenziamento per esubero di personale

Tralasciando il licenziamento in generale, materia che esonda la trattazione in esame, come precedentemente accennato, è solo in caso di licenziamento per esubero del personale che i licenziamenti collettivi sono oggetto di considerazioni diverse. In alcune circostanze il datore di lavoro ha obblighi di consultazione e notifica.

Un datore di lavoro che intenda licenziare venti o più dipendenti in un unico stabilimento entro un periodo massimo di 90 giorni è tenuto a consultare i relativi rappresentanti dei dipendenti che potrebbero essere licenziati. Tali rappresentanti possono essere stati eletti oppure far parte di un sindacato indipendente riconosciuto dal datore di lavoro. Quando esistono entrambe le categorie, il datore di lavoro può scegliere chi consultare.

La consultazione deve avvenire con un certo anticipo in ogni caso:

- almeno 90 giorni prima del primo licenziamento quando, entro il termine di 90 giorni, si intende licenziare 100 o più dipendenti in un solo stabilimento;

- almeno 30 giorni prima del primo licenziamento quando, entro il termine di 30 giorni, si intende licenziare tra 20 e 99 dipendenti in un solo stabilimento (Art. 193 della Legge sui rapporti con il personale e i sindacati “Trade Union and Labour Relations consolidation Act”).

Le consultazioni devono essere finalizzate a cercare il modo di evitare i licenziamenti, riducendone il più possibile il numero e mitigandone le conseguenze. Esse devono inoltre essere condotte in modo tale da consentire alle parti di trovare un accordo.

Il datore di lavoro deve informare per iscritto il Ministro del Lavoro della propria intenzione di procedere al licenziamento entro i seguenti termini:

- almeno 90 giorni prima del primo licenziamento quando, entro il termine di 90 giorni, si intende licenziare almeno 100 dipendenti in un solo stabilimento;
- almeno 90 giorni prima del primo licenziamento quando, entro il termine di 90 giorni, si intende licenziare 100 o più dipendenti in un solo stabilimento;
- almeno 30 giorni prima del primo licenziamento quando, entro il termine di 30 giorni, si intende licenziare tra 20 e 99 dipendenti in un solo stabilimento (Art. 193 della Legge sui rapporti con il personale e i sindacati “Trade Union and Labour Relations consolidation Act”). I termini sono i medesimi di quelli sopra esposti per quanto concerne la consultazione. Una copia del preavviso deve essere trasmessa al rappresentante sindacale o altro rappresentante.

L’obbligo di notifica e consultazione non esiste se il contratto di lavoro è a tempo determinato per tre mesi o meno o riguarda un progetto specifico che si prevede non durerà più di tre mesi, a meno che il dipendente non sia stato impiegato continuativamente per più di tre mesi (Art. 282 della Legge sui rapporti con il personale e i sindacati)

In mancanza di consultazioni, il datore di lavoro può essere tenuto al risarcimento danni, mentre la mancata notifica al Ministro del Lavoro può equivalere a un reato penale.

Una situazione tipica nella quale è possibile contemplare il licenziamento collettivo è la cessione di un’azienda in attività. Ai sensi di quanto stabilisce la Direttiva Europea sui Diritti Acquisti. Questa Direttiva è stata recepita dalle norme sulle cessioni di Azienda del 1981, nota con la sigla TUPE. Legge ce stabilisce che i dipendenti che risultano impiegati presso un’azienda immediatamente prima della cessione diventano automaticamente i dipendenti del cessionario alle stesse

condizioni godute in precedenza. Nel caso in cui il cessionario voglia licenziare tutta o parte della forza di lavoro ceduta, lo potrà fare “a suo rischio e pericolo” poiché il licenziamento di un qualunque dipendente (prima o dopo la data di cessione) per ragioni collegate alla cessione sarà considerato automaticamente ingiusto, a meno che la motivazione sia di carattere economico, tecnico e organizzativo e comporti modifiche nell’organico, nel qual caso potrà essere considerato giusto se ragionevole in qualsiasi circostanza.

Mi è parso opportuno dilungarmi sulla precedente situazione tipica in quanto non esistono sostanzialmente altre aree del diritto inglese in cui l’influenza dell’Unione Europea si sia fatta sentire con tale forza. La Corte di Giustizia europea ha emesso sentenze che hanno modificato, anche profondamente, l’interpretazione e l’implementazione della TUPE nel resto d’Europa.

I contratti collettivi con i sindacati riconosciuti dal datore di lavoro possono talvolta contenere disposizioni volte a regolamentare i casi di licenziamento collettivo. Si tratta, tuttavia, di materia oggetto di contrattazione tra il datore di lavoro e il sindacato interessato.

Particolarità della disciplina prevede che se la manodopera avvia ufficialmente una forma di protesta sindacale, esempio lo sciopero, il datore di lavoro può licenziare tutti coloro che vi hanno partecipato ma non solo alcuni di loro. Al contrario, quando la protesta non è annunciata ufficialmente, il datore di lavoro ha il diritto di licenziare selettivamente. Disciplina che probabilmente verrà modificata a breve per tutelare contro il rischio di licenziamento tutti coloro che aderiscono alle proteste sindacali ufficialmente dichiarate.

CAPITOLO VI: CONCLUSIONI

La legge 2 luglio 1991 n. 223, ha realizzato quella che parte da parte della dottrina è stata definita una “rivoluzione copernicana”¹⁰² della disciplina delle eccedenze di personale, perché tante e incisive erano le novità della riforma.

Il tempo trascorso dall’entrata in vigore induce a qualche breve riflessione in chiave di prospettiva quale contributo diretto a prefigurare futuri “scenari” possibili che costituiscono oggetto della discussione.

- Comunitarizzazione della nozione di licenziamento collettivo.

È ben noto che la legge 223/1991 dà attuazione alle direttive comunitarie in materia (ora la direttiva 98/59/Ce del Consiglio dell’Unione europea 20 luglio 1998 che, in sostanza, ripropone il testo della direttiva 75/129/Cee coordinato con le modifiche e integrazioni apportate dalla direttiva 92/56/Cee) in ottemperanza a un preciso obbligo per i paesi membri, che ha, come si è visto, provocato numerose condanne nel nostro paese per inadempimento, anche successivamente alla legge stessa; Inoltre la modifica dell’art 117 Cost., nel contesto della riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione, ha rafforzato il vincolo comunitario; il primo comma prevede infatti che la potestà legislativa (sia per lo Stato che per le Regioni) venga esercitata tra l’altro, nel rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario; vincoli che risultano rafforzati a livello costituzionale, anche se non è ancora ben chiaro cosa sia variato nei rapporti tra ordinamento interno ed europeo rispetto alla costruzione che ne dà la giurisprudenza (soprattutto costituzionale).¹⁰³

Ma richiamando la nozione “comunitaria”, quando possiamo parlare di licenziamento collettivo? Ribadendo quello che è stato esposto nei capitoli precedenti, si può affermare che il legislatore italiano ha introdotto la soglia numerica necessaria al pari di quella comunitaria (cinque licenziamenti in centoventi giorni nell’unità produttiva) ma per il resto si è discostato dalla normativa comunitaria.

Tenendo presente che, come ho affermato nella trattazione, non esiste a mio avviso una doppia nozione di licenziamento collettivo, quella dovuta alla trasformazione

¹⁰² M. D’Antona, “Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della legge 223/1991, in *Foro it*, 1993, I, p. 2027.

¹⁰³ Per un’analisi più ampia del problema G.Tesauro, *Diritto Comunitario*, CEDAM 2009

di attività o di lavoro dell'art. 24 e quella conseguente all'intervento straordinario di cassa integrazione dell'art. 4 proprio perché per carenza definitiva, l'art. 4 in realtà non "definisce il licenziamento" salvo individuare un'ulteriore ipotesi di applicazione della normativa, che è comunque diverso dall'affermare che esista una seconda nozione di licenziamento.

Mi trovo tuttavia in sintonia con quella parte della dottrina¹⁰⁴ che afferma che un'accentuazione della bipartizione fra licenziamento per ragioni inerenti al lavoratore, e quindi soggettive, versus licenziamento per ragioni attinenti alla produzione, e quindi oggettive sarebbe in maggiore sintonia con la disciplina comunitaria, anche perché permetterebbe di eliminare quell'area intermedia costituita dai licenziamenti individuali plurimi cioè una pluralità di licenziamenti per motivo oggettivo.

Altro punto di notevole rilevanza era il riferimento che la direttiva faceva nei confronti del datore di lavoro e non già all'impresa, quindi una tendenziale applicazione generalizzata della disciplina del licenziamento collettivo.

Sotto questo profilo c'è già stato, come evidenziato nei capitoli precedenti, con il d.Lgs n. 110 del 2004 un notevole ampliamento del campo di applicazione della disciplina, che ha portato all'applicazione della stessa anche per i datori di lavoro non imprenditori e in generale per le organizzazioni di tendenza.

La direttiva (art. 2, comma 4) prevede altresì la rilevanza del gruppo stabilendo che gli obblighi di comunicazione, consultazione e informazione riguardano anche le ipotesi in cui le decisioni sui licenziamenti collettivi sono stati presi da un'impresa che controlla il datore di lavoro.

C'è ancora spazio quindi per un adeguamento maggiormente efficace e completo rispetto al dettato della direttiva comunitaria.

- Altro aspetto di notevole problematicità risulta essere l'affievolimento della natura causale del licenziamento collettivo, che risulta dalla concreta applicazione giurisprudenziale della legge, che ha posto maggior rilievo sulle garanzie procedurali che attualmente risultano essere l'elemento centrale posto a tutela del lavoratore. Senza ripetere quanto espresso precedentemente, vorrei in questa

¹⁰⁴ Amoroso Giovanni, *Le eccedenze di personale: appunti sulla legge n. 223 del 1991*, in *I licenziamenti per motivi economico produttivi e la responsabilità d'impresa*, EDIESSE 2007

sede evidenziare ulteriormente come, anche se in via indiretta, gli stessi sostenitori della teoria “acausale” dei licenziamenti collettivi avvertano la necessità “inconscia” di fornire una tutela ai lavoratori licenziandi superiore a quella che può fornire unicamente l’esame sindacale.

Per compensare l’affievolimento delle garanzie che un rifiuto della causalità dei licenziamenti collettivi comporta, ha trovato piede nella prassi giurisprudenziale¹⁰⁵ la tesi che ha valorizzato la tutela individuale affiancata (e non alternativa) a quella sindacale. È questa una soluzione interpretativa che ha trovato sostenitori nella successiva giurisprudenza, e che è di per sé differente, o comunque non espressamente evidenziata, dalle disposizioni legislative iniziali, peraltro piuttosto ambigue. Risulta una rigidità del formalismo procedimentale che non sempre risponde a un’esigenza di efficacia della tutela e che si riduce ad un semplice ossequio delle forme.

Limitare le garanzie di tutela del lavoratore al solo pedissequo rispetto delle formalità, in connubio con la precedentemente sottolineata scarsa precisione del dettato normativo può portare a contrasti giurisprudenziali.

Una caso che “ha fatto scuola”, è quello che ha visto opposte le pronunce della Corte di Cassazione., sez. lav., 9 settembre 2003, n. 13196 e quella 5 aprile 2000, n. 4228¹⁰⁶, sulla comunicazione iniziale di avvio della procedura. Secondo la prima sentenza il lavoratore è legittimato ex se a far valere l’incompletezza dell’informazione perché la comunicazione iniziale, con indicazione specifica della mancanza di alternative ai licenziamenti, rappresenta, nell’ambito della procedura, un elemento che se mancante, impedisce una partecipazione proficua alla gestione comune della crisi da parte del sindacato e del licenziante; di ciò può sempre dolersi individualmente il lavoratore licenziato allegando il mero vizio della procedura. Invece secondo l’altra pronuncia va escluso che i lavoratori coinvolti dalla procedura di mobilità rientrino nel novero dei soggetti destinatari della comunicazione d’avvio della procedura prevista dall’art. 4 della legge n. 223/1991; questo perché la legge non prevede il diritto del singolo lavoratore a intervenire nella procedura di consultazione sindacale ed esame congiunto, mentre il medesimo lavoratore che vuole contestare in giudizio l’efficacia e/o legittimità del

¹⁰⁵ Si veda soprattutto Cass., ss. Uu., 11 maggio 2000, n. 302 in Foro it., I, p. 2156

¹⁰⁶ Raffaele De Luca Tamajo – Fulvio Bianchi D’Urso, *I Licenziamenti individuali e collettivi nella Giurisprudenza di Cassazione*, Giuffrè 2006

licenziamento sostenendo che questo è stato adottato in esito a procedura invalida perché basata su informazioni incomplete dovrà di queste provare la sussistenza o la rilevanza, cioè dimostrare concretamente come queste manchevolezze abbiano fuorviato o eluso l' esercizio dei poteri di preventivo controllo dell'organizzazione sindacale.

Un contrasto siffatto su due pronunce della medesima corte e distanziate da un così breve arco temporale evidenziano come non tutto può risolversi in termini di esclusive garanzie procedurali e se queste possano sempre dar luogo, indipendentemente dalla loro rilevanza, all'inefficacia del licenziamento per vizio della procedura.

A mio avviso un recupero della causalità del licenziamento collettivo per ragioni produttive potrebbe consentire un minore rigore formale nella procedura soprattutto in un'ottica di netta bipartizione tra licenziamento per ragioni attinenti alla persona del lavoratore e licenziamento reso necessario da ragioni attinenti all'azienda.

- Altro punto delicato è quello dei criteri di scelta visto sotto il profilo dell'onere della prova, pendente sui soggetti attivi e passivi del licenziamento.

Secondo un primo giudizio giurisprudenziale è il lavoratore che ha l'onere di specificare gli elementi di fatto (anzianità di servizio, carichi di famiglia) afferenti alla sua persona, in modo da consentire al datore di provare a sua volta la legittimità delle sue scelte, specificando i raffronti operati con gli altri lavoratori. Secondo un altro indirizzo dall'obbligo del datore di lavoro di osservare i criteri di scelta discende il suo onere, a norma dell'art 2697 c.c., di dare la relativa prova, che consiste nell'esternazione delle valutazioni comparative compiute in funzione delle esigenze aziendali, dell'anzianità e dei carichi di famiglia dei lavoratori, sicché è sufficiente per il lavoratore contestare l'adempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligo di rispettare i criteri stessi. Auspicando comunque un chiarimento normativo, in analogia con l'espressa disposizione dell'art. 5 luglio 1966 n. 604 per i licenziamenti individuali che appunto prevede che l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro, ritengo comunque accettabile il compromesso ora raggiunto nella prassi, che prevede ad esempio per quel che riguarda i carichi di famiglia, quale strumento per la verifica di tale criterio la documentazione, in possesso dell'azienda, relativa agli assegni familiari. Sarebbe estremamente riduttivo (ingenuo?) lasciare

che la documentazione da presentare possa venire lasciata deliberatamente ad una delle due forze in gioco (lavoratore o azienda), senza che vi possa essere un controllo da parte dell'altro soggetto interessato, confidando che un procedimento così organizzato risulti attendibile.

Bibliografia:

Roccella Massimo, *Manuale di diritto del lavoro, Sec. Edizione*, Giappichelli editore, Torino, 2008, pp. 418-427

Anibaldi Valentina, *Criterio della pensionabilità e discrezionalità del datore di lavoro nel collocamento in mobilità (nota a Trib. Napoli 28 marzo 2007)*, in ADL. *Argomenti di Diritto del lavoro*, anno 2008, volume 13, fascicolo 1, pp. 229-250.

Bonardi Olivia, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la corte di giustizia*, i Riv. It. Dir. Lav., 2006, II, pp. 266-279-

Calafà Laura, *Licenziamenti collettivi alle Poste e discriminazioni in base all'età: la prima applicazione nazionale della sentenza Mangold*, in Riv. Critica dir. Lavoro, 2006, pp. 910-920.

Cassatela Antonio, *Tertium datur? Il divieto di discriminazione in base all'età torna al vaglio della Corte CE*, in Giornale di diritto amministrativo, 2009, fasc. 7, pp. 731-739

Giasanti L., *Criterio di scelta del pensionamento nel licenziamento per riduzione del personale e discriminazione ai sensi del d.lgs. n. 216/2003*, Lavoro nella giurisprudenza, 2005, 1166

Imberti Lucio, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, in Riv. It.dir. lavoro, 2008, 2, pp. 301-317

Ludovico Giuseppe, *Licenziamenti collettivi e mobilità: il criterio di scelta della pensionabilità, in diritto e pratica del lavoro*, anno 1999, volume 16, fascicolo 44, pp. 3092- 3097

Mengozi Pieralberto, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2010

Nannipieri Luigi, *Ambito oggettivo di comparazione e criteri soggettivi di scelta nella riduzione del personale: i limiti di ammissibilità del "criterio unico" della maggiore prossimità al pensionamento*, in RIDL, 2006, II, pp. 666-686.

Zecca Luigi, *Sulla nullità del criterio di scelta della prossimità alla pensione per discriminazione indiretta in ragione dell'età*, in Riv. Critica dir. Lavoro, 2005, pp. 576-594

Bonardi Olivia, *Le discriminazioni basate sull'età*, in *il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Cedam 2007, pp. 125-169.

Loretta Ferramosca, *Riaffermazione dell'orientamento formalistico dei licenziamenti collettivi*, Riv. it. dir. lav. 2011, 3, 743

F. PATERNÒ, *op. cit.*, 111. in *I licenziamenti per riduzione del personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, LD 1994, 111 ss

Cass. 26 gennaio 1995, n. 916, in RIDL, 335 con nota di P. Lambertucci, *Sulla legittimità del licenziamento collettivo senza previo ricorso alla cassa integrazione*

Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economico-produttive, Piergiovanni Alleva, in *I licenziamenti per motivi economico produttivi e la responsabilità d'impresa*, EDIESSE 2007

Raffaele De Luca Tamajo – Fulvio Bianchi D'Urso, *I Licenziamenti individuali e collettivi nella Giurisprudenza di Cassazione*, Giuffrè 2006

Olivieri Antonello, *Il senso " letterale " o " sostanziale " della nozione di licenziamento collettivo: molto rumore per nulla.* (Nota a Cass. Civ. Sez. Lav. 8/02/2010 n 2374) ADL 2010

Trib. Trani, 15 febbraio 2002, in Lav Giur., 2002, 448, Nota di Carpagnano

Cerreta, *op. cit*; r. del Punta, *I licenziamenti per riduzione del personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, LD 1994, 131 ss.

Trib. Milano 10 giugno 2000, in Orient. Giur. Lavoro, 2000, I, 502; Pret. Milano 27 marzo 1996 in Lav. Giur., 1996, 581

L. Spagnuolo Vigorita, *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale nella recente L. 223/1991: la fattispecie*, DLRI, 1992, n.,206

Matteo Palli, *Non derogabilità dei criteri di scelta ex art. 5 L. 223/91*, Nota a Tribunale Milano 19/11/2008, in RCDDL 2009, pag. 248 – 252

Barbara Caponetti, *Licenziamenti collettivi e ambito aziendale interessato*, (Cass, 2 dicembre 2009, n. 25353, Sez. Lav) 266, in Rivista giuridica del lavoro, 2010

Di Francesco Matteo, *Ambito di applicazione dei criteri di scelta e infungibilità della posizione dei lavoratori nella procedura di mobilità*, (Tribunale Modena, 26/02/2010 Sez. Lav.) in Rivista Giuridica del Lavoro 2010 (II)

Gianluca Girardi, *Licenziamenti collettivi: i criteri di scelta originari non possono essere modificati*, (Cass. 22/02/2010 n 6841), in Il Lavoro nella Giurisprudenza 2010, pag. 901- 904

Marangoni Andrea, *La disciplina degli oneri procedurali nei licenziamenti collettivi alla luce della giurisprudenza*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale pag. 90-121.

Stella La forgia, *La procedimentalizzazione del potere datoriale ex legge 223/1991 tra forma e sostanza*, (Nota a Cassazione Sez. Lav., 19 gennaio 2009, 1181) pag 163 ADL, 2010

Azzurra De Salvia, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di criteri di scelta contrattuali nei licenziamenti collettivi*, pag. 1041-1054 in ADL 2010

Franco Bernini. *Licenziamenti collettivi e ambito di applicazione dei criteri di scelta*, (Nota a Cass. Sez. Lav. 2/12/09 n. 25333) 1047 in RCDL 2009.

Giorgio Treglia, *Licenziamenti collettivi e criteri di scelta dei lavoratori*, Nota a Cass. Civile, Sez. Lav., 28 ottobre 2009, n. 22825, in lavoro nella giurisprudenza, 2010 pag. 303-308

Alberto Lepore, *Mobilità dei lavoratori e comunicazione dei criteri di scelta: “istruzioni d’uso”*, in Rivista giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 2011 pag. 189-195.

Franco Bernini. *Licenziamenti collettivi e ambito di applicazione dei criteri di scelta*, (Nota a Cass. Sez. Lav. 2/12/09 n. 25333) 1047 in RCDL 2009.

Oronzo Mazzotta., *I Licenziamenti. Commentario*. Giuffrè, Milano.1999

M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, 2 ed. 2008

G. Giugni, *Manuale di diritto del lavoro*, 3° edizione, 2011

Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, 4° edizione 2011

M.Novella., *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, in Riv. It. Dir. Lav., II, p.791

M. D'Antona, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale nella legge 223/1991*, cit. 322

M. D'Antona, "Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della legge 223/1991, in Foro it, 1993, I, p. 2027.

Ballestrero Maria Vittoria, *Lo stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Giappichelli, Torino 2009

Mazzotta, Zoppoli, Del Punta AA.VV., *I licenziamenti per motivi economico produttivi e la resp d'impresa*, EDIESSE 2007

I dilemmi della Giurisprudenza, Di Graziella Maria Mascarello in I licenziamenti per motivi economico produttivi e la responsabilità d'impresa, EDIESSE 2007

1991 S. Slataper: Del licenziamento collettivo dei bancari dopo l'accordo 28 febbraio 1998 in Dir. E Prat. Lav., 1998, 23, 1525

Cass. 26 gennaio 1995, n. 916, in RIDL, 335 con nota di P. Lambertucci, *Sulla legittimità del licenziamento collettivo senza previo ricorso alla cassa integrazione*.

Cfr. Miscione: *Un modello privatistico di Ammortizzatore sociale* in Dir. E Prat. Lav., 1998, 23, 1510

CGUE, *Mangold*, causa c-144/04

CGUE, *Palacios de la villa*, causa C-411/05

CGUE, *Kucukdeveci*, causa C-555/07

CGUE, *Wolf*, causa C-229/08

CGUE, *Petersen*, causa C341/08

CGUE, *Navas*, causa C-13/05

Cass. 30 marzo 1974, n. 907, in RGDL. 1974, II, 72

Pret. Milano 9 febbraio 1993, in RCDL. 1993, 840

Cass. 12 ottobre 1999, n. 11455 in Giust. Civ. Mass, 1999, 2018

Cass. 27 ottobre 2003 n. 16126 in Giust. Civ., Mass., 2003.

Pret. Trieste, 8 agosto 1998 in Riv. Crit. Dir. Lav., 1998, 937

Trieste, 8 agosto 1998 in Riv. Crit. Dir. Lav., 1998, 937

Cass. 27 aprile 1992, n. 5010,

Cass. 26 gennaio 1995, n. 916, in RIDL, 335.

Cass. 30 marzo 1974, n. 907, in RGDL. 1974, II, 72

Cass. 22 gennaio 2007 n. 1334 in Giur.It. 2007, 12, 2718,

Cass. 23 giugno 2006 n. 14638 in Riv. It. Dir. Lav. 2007, II, 425;

Cass. 22 febbraio 2006, n. 3866 in Giust. Civ. Mass, 2006, 2;

Trib. Milano, 20 gennaio 1999 n. 413

Cass. Sez. Lav, 11 novembre 1998 n. 11. 387 in Dir. E Prat. Lav., 1999, 12, 848