



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto del Lavoro

**IL LICENZIAMENTO COLLETTIVO:
UN CONFRONTO FRA ITALIA E SPAGNA**

RELATORE:

Chiar.mo Prof.

RAFFAELE FABOZZI

CANDIDATO:

FLAMINIA PINZARRONE

MATR. 138643

CORRELATORE:

Chiar.mo Prof.

ROBERTO PESSI

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I: I licenziamenti collettivi in Italia	3
1. Evoluzione normativa e fonti della disciplina	3
1.1 La disciplina precedente alla legge n. 223/1991: gli Accordi Interconfederali	3
1.2 Vincoli europei in materia di licenziamenti collettivi	7
1.3 La legge n. 223/1991 e le condanne della CGUE all'Italia	12
1.4 L'intervento della riforma Fornero L. 92/2012 e le modifiche apportate dal Jobs Act: D. Lgs. 23/2015 modificato dal D.L. 87/2018 convertito in L. 96/2018	16
1.5 I licenziamenti collettivi durante l'emergenza COVID-19	24
2. Fattispecie di licenziamento collettivo	26
2.1 Requisiti soggettivi	26
2.2 Requisiti oggettivi	28
2.3 Esclusioni	31
3. Misure preventive volte ad evitare i licenziamenti collettivi	33
3.1 Contratti di solidarietà difensivi	34
3.2 La cassa integrazione guadagni straordinaria ed i fondi di solidarietà	36
4. Strumenti per la tutela e il ricollocamento del personale in esubero	41
4.1 Liste di mobilità ed indennità di mobilità	41
4.2 Assicurazione Sociale per l'impiego e Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego	42
4.3 Assegno di ricollocazione ed accordo di ricollocazione	46

CAPITOLO II: La procedura di licenziamento collettivo: il ruolo del sindacato	49
1. La procedura e i soggetti coinvolti	49
2. Oneri del datore di lavoro: gli obblighi di informazione e consultazione	55
2.1 La comunicazione iniziale	55
2.2 La comunicazione finale	58
3. La fase sindacale: procedimentalizzazione e partecipazione	60
4. L'esame congiunto e l'accordo sindacale	64
4.1 L'esame congiunto	64
4.2 L'eventuale fase amministrativa	69
5. Criteri di selezione dei lavoratori	70
5.1 I criteri di scelta di origine contrattuale	71
5.2 I criteri legali di scelta	76
6. L'illegittimità del licenziamento collettivo e i rimedi giurisdizionali	79
CAPITOLO III: I licenziamenti collettivi in Spagna	86
1. Evoluzione normativa	86
1.1 La disciplina precostituzionale	86
1.2 L'articolo 51 del Estatuto de los Trabajadores e le riforme degli anni Novanta	91
1.3 La riforma del mercato del lavoro del 2012: il Real Decreto ley 3/2012 de 10 de febrero, la Ley 3/2012 de 6 de julio e il Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre	95
1.4 I licenziamenti collettivi durante l'emergenza COVID-19	100
2. La fattispecie e il procedimento di licenziamento collettivo	101
2.1 La procedura di licenziamento collettivo	104
2.2 Oneri del datore di lavoro	107

3.	L'esame congiunto	112
3.1	Misure preventive volte ad evitare il licenziamento collettivo o ad attenuarne le conseguenze	114
3.2	La partecipazione dei lavoratori	116
3.3	Il ruolo dell'autorità amministrativa	120
3.4	I criteri di selezione dei lavoratori	124
3.5	L'accordo tra le parti	127
4.	L'illegittimità del licenziamento collettivo: cause di illegittimità e rimedi giurisdizionali	130
	CONCLUSIONI	135
	BIBLIOGRAFIA	139

INTRODUZIONE

Il licenziamento collettivo per riduzione di personale costituisce uno tra i più utili strumenti a disposizione dell'autonomia imprenditoriale per far fronte a situazioni di crisi aziendale che necessitino di una riduzione, trasformazione o cessazione di attività o di lavoro per essere risolte. Questa misura, la quale rappresenta l'*extrema ratio* per il datore di lavoro in crisi, viene largamente utilizzata nei periodi di depressione economica ai quali normalmente si accompagna una grave crisi dei livelli occupazionali. L'istituto in esame è oggetto di regolazione da parte dell'Unione Europea che, ravvedendo un fattore di alterazione della concorrenza nelle sostanziali differenze tra le discipline di tale misura nei diversi Stati Membri, ha armonizzato, con la direttiva 75/129, le normative nazionali in materia.

L'atto normativo sovranazionale appena citato costituisce, dunque, il punto di partenza di questo esame ed il punto di contatto tra le due discipline (quella italiana e quella spagnola) che ci si appresta ad analizzare.

Ci si soffermerà dapprima sull'ordinamento italiano, ricostruendo l'evoluzione normativa dell'istituto che il recepimento della direttiva europea ha sottratto all'autonomia collettiva delle parti sociali, procedendo poi ad esaminare la fattispecie del licenziamento collettivo e le possibili vie alternative a tale misura, nonché gli strumenti preordinati ad attenuare le conseguenze di tale drastica misura datoriale. Successivamente si approfondirà ulteriormente l'istituto, nella configurazione che esso assume nell'ordinamento italiano, analizzandone gli aspetti procedurali, i diritti e gli obblighi derivanti dalla procedura per ciascuna delle parti. Esaminando la fase di consultazione, nucleo centrale dell'intero procedimento, si cercherà di ricostruire il ruolo che il sindacato svolge nella procedura e l'efficacia del suo intervento nella determinazione della scelta datoriale di ridurre l'organico. Per concludere l'esame della disciplina italiana si esamineranno le cause di illegittimità di questo particolare tipo di licenziamento e i rimedi giurisdizionali che il legislatore mette a disposizione contro le stesse.

L'ultimo segmento di questo elaborato verterà, invece, sull'ordinamento spagnolo. Anche in questo caso si risalirà alle origini della disciplina del licenziamento collettivo per poi seguire gli sviluppi di questo istituto fino ad arrivare all'attuale assetto normativo. Si avrà modo di vedere come la diversa esperienza storica del Paese iberico ha portato ad un recepimento

della disciplina comunitaria del licenziamento collettivo parzialmente diverso da quello italiano e si potranno osservare le assonanze e le dissonanze delle due normative poste a confronto. Anche per la disciplina spagnola, infatti, verranno esposti gli aspetti essenziali della procedura, il ruolo che in essa svolge la rappresentanza dei lavoratori e il ruolo ricoperto dall'amministrazione, le cui prerogative hanno subito notevoli cambiamenti in occasione delle recenti riforme, ed infine il regime dell'illegittimità del licenziamento collettivo ed i rimedi giurisdizionali per farvi fronte.

Si osserverà come all'esito dell'armonizzazione portata a termine dalla direttiva europea i due regimi del licenziamento collettivo assumano oggi le stesse sembianze - almeno per quanto riguarda gli adempimenti procedurali ed i soggetti coinvolti - pur presentando allo stesso tempo varie sfumature che le differenziano, dovute anche alle riforme del 2012 con cui entrambi i Paesi hanno cercato di porre rimedio alla crisi economica dello scorso decennio, differenze che potrebbero ancora essere in grado di incidere sul regime di libera concorrenza.

L'intento di questo elaborato non è certamente quello di esprimere un giudizio su quale delle due discipline sia preferibile per far fronte alle attuali esigenze del mercato del lavoro ma la giustapposizione delle due discipline e della loro evoluzione nel tempo permetterà di verificare quanto e come incidano le diverse esperienze storico-sociali di ogni Stato Membro sull'armonizzazione che l'Unione Europea si proponeva di realizzare.

A chiusura delle due sezioni che si occupano di esporre le origini normative prima della disciplina italiana e poi di quella spagnola sono stati inseriti due brevi paragrafi che affrontano il tema del ricorso al licenziamento collettivo durante l'emergenza sanitaria dovuta alla pandemia che ha interessato l'intera comunità internazionale nel corso del 2020. La diffusione del virus COVID-19 ha costretto la gran parte delle Nazioni a sospendere o ridurre la maggior parte delle attività produttive e di lavoro con lo scopo di limitare il numero di contagi. I governi nazionali sin da subito sono intervenuti a tutela dell'occupazione impedendo il ricorso ai licenziamenti, collettivi e non, giustificati dalla grave crisi sanitaria la quale, costringendo la maggior parte degli esercizi commerciali e le fabbriche a rimanere chiusi per un lungo periodo di tempo, ha generato una contestuale crisi economica. Per fronteggiare le conseguenze di questa tragica vicenda, che si protrarranno ancora a lungo, molte imprese, nel prossimo futuro, potranno ricorrere a questa misura imprenditoriale, soprattutto laddove, esaurito il periodo di cassaintegrazione, non sia applicabile o conveniente il lavoro agile che durante la pandemia tutte le imprese hanno dovuto sperimentare.

CAPITOLO I

I LICENZIAMENTI COLLETTIVI IN ITALIA

1. Evoluzione normativa e fonti della disciplina

1.1 La disciplina precedente alla legge n. 223/1991: gli Accordi Interconfederali

Il licenziamento collettivo fu disciplinato per la prima volta, come istituto autonomo e indipendente dal licenziamento individuale, nell'Accordo Interconfederale stipulato tra Confindustria e CGIL il 7 agosto 1947, dove, all'art. 3 lett. A), viene definita la fattispecie dei "*Licenziamenti per riduzione di personale*" come strumento azionabile "*allorquando la Direzione della azienda dovesse ravvisare la necessità di attuare una riduzione del numero del personale della azienda per riduzione o per trasformazione di attività o di lavoro*"¹ nonché la relativa procedura che, già allora, prevedeva il coinvolgimento delle neonate Commissioni interne sindacali. L'Accordo Interconfederale del 1947 si poneva lo scopo di disciplinare la costituzione e il funzionamento di queste ultime - antenate delle odierne Rappresentanze Sindacali Unitarie - nei confronti delle quali si pattuiva un obbligo di informazione da parte della Direzione dell'azienda, che era tenuta a comunicare alle suddette Commissioni "*i motivi del divisato provvedimento, la data di attuazione e l'entità numerica*"².

Il secondo comma del suddetto art. 3 riconosceva, inoltre, alle Commissioni interne la facoltà, a seguito dell'avvenuta informazione, di richiedere di partecipare all'esame dei "*motivi del licenziamento per riduzione di personale e delle possibilità concrete e attuali di evitarlo senza costituire un carico improduttivo per l'azienda*"³. Qualora le parti non avessero raggiunto un accordo sul numero dei licenziamenti, la questione sarebbe stata "*deferita alle Organizzazioni interessate – Camera del Lavoro e Associazione territoriale degli industriali – che esamineranno le ragioni addotte dalle parti al fine di raggiungere un accordo*"⁴.

¹ Accordo Interconfederale 7 Agosto 1947 art. 3, comma 1.

² Ibidem.

³ Accordo Interconfederale 7 Agosto 1947 art. 3, comma 2.

⁴ Accordo Interconfederale 7 Agosto 1947 art. 3, comma 3.

Lo schema delineato dall'Accordo del 1947 già presentava significative analogie con la successiva regolamentazione comunitaria per quanto attiene alla procedura di consultazione sindacale.⁵

All'accordo interconfederale del 1947 seguì l'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1950 avente ad oggetto la materia dei Licenziamenti per riduzione di personale, negoziato e sottoscritto dalla Confindustria e dalle confederazioni sindacali CGIL, CISL e UIL. L'Accordo del 1950, avendo come unico oggetto la disciplina dei licenziamenti per riduzione di personale, si occupava di perfezionare quanto già sommariamente sancito dal precedente accordo, ampliando l'ambito di applicazione della procedura di licenziamento, portandolo da una dimensione primariamente interna all'azienda ad una dimensione territoriale. Infatti, con l'Accordo del 1950 si prevede a carico della Direzione dell'azienda che ravveda la necessità di procedere a una riduzione di personale, per le causali già individuate nell'Accordo del 1947, l'obbligo di darne informazione, non già alla Commissione interna, bensì alla "propria associazione territoriale"⁶ alla quale vanno comunicati "*i motivi del divisato provvedimento, la data di attuazione e l'entità numerica*"⁷. Sarà successivamente "*l'associazione degli industriali competente*"⁸ a trasmettere la comunicazione ricevuta alle "*organizzazioni provinciali territoriali dei lavoratori*"⁹ che potranno, entro cinque giorni dalla ricevuta comunicazione, richiedere di essere convocate dalla Direzione dell'azienda, nei cinque giorni successivi alla presentazione della richiesta, per un incontro volto ad "*esaminare, con spirito di mutua comprensione, i motivi del licenziamento e le possibilità concrete e attuali di evitarlo, in tutto o in parte, senza costituire un carico improduttivo per l'azienda*"¹⁰. Qualora l'esame non fosse stato richiesto, i provvedimenti disposti dalla Direzione dell'azienda avrebbero senz'altro avuto corso, mentre nel caso in cui l'incontro avesse portato ad un accordo, i provvedimenti avrebbero avuto corso conformemente all'accordo stesso. Al pari del precedente accordo, anche l'Accordo del 1950 riportava i medesimi criteri di scelta dei lavoratori individuati a livello nazionale dalla Confindustria e dalle Confederazioni sindacali, da utilizzarsi a prescindere dal raggiungimento dell'intesa tra la Direzione dell'azienda e le organizzazioni sindacali operanti sul territorio. Dall'espletamento della procedura appena esposta erano esonerate le

⁵ CARINCI F., PIZZOFERRATO A., *Diritto del lavoro dell'Unione europea.*, Torino, 2010.

⁶ Accordo Interconfederale 20 Dicembre 1950 art. 1.

⁷ Ibidem.

⁸ Accordo Interconfederale 20 Dicembre 1950 art. 2 let. A.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

piccole aziende, per le quali, se occupanti un numero di dipendenti compreso tra 10 e 25 unità, era previsto solamente un esame conciliativo tra l'azienda e il delegato d'impresa.

La portata generale dell'Accordo Interconfederale del 1950 permise di recepirlo, dieci anni dopo, nel Decreto del Presidente della Repubblica numero 1019 del 14 luglio 1960 estendendo in questo modo la sua applicabilità "*erga omnes*" nel settore dell'industria. Questa soluzione diede luogo a sospetti circa la legittimità costituzionale del decreto in questione in merito alla possibile violazione dell'art. 39 Cost. che sancisce la libertà di organizzazione sindacale.

Il 5 maggio 1965 fu stipulato un secondo Accordo Interconfederale sui Licenziamenti per riduzione di personale che vincolava, da un lato, le associazioni datoriali quali Confindustria, Intersind e l'Associazione Sindacale per le Aziende Petrochimiche e, dall'altro, le confederazioni sindacali nazionali CGIL, CISL e UIL. Anche questo accordo, come il precedente, mirava a predisporre uno strumento idoneo a favorire la collaborazione tra le parti al fine di risolvere pacificamente gli eventuali contrasti che sarebbero potuti nascere nei rapporti di lavoro aziendali a seguito di provvedimenti di licenziamento.

Ulteriori modifiche apportate dall'Accordo del 1965 hanno riguardato: il termine massimo di durata della procedura di conciliazione, ampliato da 15 a 25 giorni e reso prorogabile di ulteriori 15 giorni nel caso in cui l'impresa motivasse il provvedimento "*come conseguenza di trasformazione o riorganizzazione tecnologica o le organizzazioni concordemente riconoscano tale connessione*"¹¹; i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, ridotti da quattro a tre ed ancora vigenti che, prescindendo dalla situazione economica del lavoratore, prendono in considerazione solamente l'anzianità anagrafica, i carichi di famiglia e le esigenze tecniche, organizzative e produttive dell'impresa.

L'Accordo del 1965 intervenne cinque anni dopo il D.P.R. n.1019 del 1960 che aveva reso applicabile "*erga omnes*" il precedente Accordo Interconfederale su delega della legge 14 luglio 1959, n. 741; sulla questione di legittimità costituzionale di questo decreto si pronunciò, nel 1966, la Corte Costituzionale con la sentenza 3 febbraio 1966, n. 8.

La Corte rilevò che il D.P.R. n. 1019/1960 non contrastava con gli artt. 76 e 77 della Costituzione poiché le clausole dell'Accordo che limitavano il potere datoriale in materia di licenziamenti per riduzione di personale erano perfettamente in linea con i fini delineati dal legislatore nella legge delega n. 741/1959. Con particolare riferimento all'art.2, lett. E dell'accordo, recante i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, e all'art. 4 che impone l'obbligo di motivazione del licenziamento, così come all'art. 5 che fissa i limiti di

¹¹ Accordo Interconfederale 5 Maggio 1965 art. 2, comma 4.

applicazione dell'accordo, la Corte Costituzionale ha ritenuto che si trattasse di determinazioni di valore sostanziale e perciò autonome e distaccabili da quelle concernenti il procedimento di conciliazione, come evidenzia la stessa lett. E dell'art. 2 nel prevedere la loro applicazione da parte del datore di lavoro anche in assenza di un accordo raggiunto con le OO.SS.

Il difetto di costituzionalità dell'Accordo si presentava piuttosto, secondo la Corte, relativamente alla procedura conciliativa ed alla obbligatorietà ad essa riconosciuta dal D.P.R. n.1019/1960 che, riconoscendo l'applicabilità "*erga omnes*" dell'Accordo, aveva sancito l'obbligatorietà della procedura stessa, in aperta violazione dell'art. 39 della Costituzione, che garantisce la libertà sindacale. Ad avviso della Corte infatti, "*un procedimento di conciliazione fra associazioni professionali non è strettamente necessario ai fini di una protezione minima del lavoratore nel caso in cui il datore di lavoro ritenga necessaria una riduzione di personale*"¹², poiché la protezione è già garantita dalla parte sostanziale dell'accordo, relativa ai criteri di scelta. Inoltre, aggiunge la Corte, il procedimento in questione è finalizzato meramente a favorire la collaborazione tra le parti sociali in occasione di licenziamenti collettivi, nonché a risolvere gli eventuali contrasti che essi frequentemente determinano nei rapporti di lavoro in azienda. Osserva la Corte che, mentre la legge delegante mirava ad "*un diretto e astratto regolamento del rapporto individuale*" di lavoro, la procedura conciliativa delineata dall'accordo non prevedeva la partecipazione né del datore di lavoro, che potrebbe assistere l'organizzazione industriale solo qualora questa lo richiedesse, né del lavoratore, rappresentato dall'organizzazione alla quale è iscritto, dal momento che l'instaurazione della procedura fa nascere obblighi reciproci solamente in capo alle associazioni datoriali e sindacali; perciò gli effetti della conciliazione influenzano il rapporto individuale solamente in via riflessa.

Richiamando una sentenza dell'anno precedente, C. Cost. 6 luglio 1965, n. 56, la Corte ha rilevato che "*non possono ritenersi compresi nell'ambito della legge 14 luglio 1959, n.741, i regolamenti di diritti e di doveri attuabili attraverso l'interposizione delle associazioni sindacali che conclusero il singolo contratto collettivo*"¹³ poiché in tal caso gli estranei a dette associazioni risulterebbero in forza del citato D.P.R. soggetti a vincoli di subordinazione nei confronti delle stesse. L'apposizione di tali vincoli non si può ritenere pertinente a quella parte di contrattazione collettiva alla quale aveva inteso riferirsi la legge delega del 1959. Sul punto conclude la Corte: "*Il potere delle associazioni nei confronti dei non iscritti è tanto più penetrante in quanto spetta ad esse l'esaminare se il motivo della*

¹² C. Cost. 8 febbraio 1988, n.8.

¹³ Cfr. 11 .

*riduzione del personale sia consistente e, nel caso affermativo, se vi siano concrete e attuali possibilità di evitarla, in tutto o in parte, senza costituire un carico improduttivo per il datore di lavoro (art. 2, lett. a, dell'accordo)*¹⁴. E' qui che risulta più evidente il contrasto con l'art. 39 Cost., dal momento che destinatari dell'accordo non sono i singoli datori di lavoro né i singoli lavoratori, si verrebbe a creare un obbligo di rappresentanza sindacale delle associazioni partecipanti alla procedura conciliativa anche per i lavoratori ad esse non iscritti.

A seguito della sentenza della Corte Costituzionale 8 febbraio 1966 n.8, il D.P.R. n. 1019/1960 mantenne validità “*erga omnes*” solamente per la parte sostanziale, mentre la parte procedurale dell'Accordo del 1950 recepito dal decreto tornò ad avere mera efficacia contrattuale tra le parti sottoscrittrici dello stesso.

Nonostante nello stesso anno il legislatore fosse intervenuto, con la legge n. 604/1966, a disciplinare il licenziamento individuale, nessun cenno fu fatto all'istituto del licenziamento collettivo in tale occasione, salvo disporre la sua esclusione dall'ambito di applicazione della suddetta legge.

Per quarant'anni, dunque, la disciplina del licenziamento collettivo nel nostro paese fu rimessa agli accordi interconfederali tra le organizzazioni sindacali e le associazioni datoriali presenti sul territorio nazionale, le quali detenevano all'epoca una posizione di grande potere e forza politica, forti dell'unità sindacale ancora integra. La stessa legge 223/1991, la prima fonte legislativa a regolare l'istituto in esame, fu adottata per ottemperare agli obblighi imposti dalla Comunità Europea e modellò l'istituto proprio sullo schema degli Accordi Interconfederali preesistenti.

1.2 Vincoli europei in materia di licenziamenti collettivi

Il 17 febbraio 1975 il Consiglio delle Comunità Europee emanò il primo atto normativo sovranazionale avente ad oggetto l'armonizzazione delle legislazioni degli stati membri in materia di licenziamenti collettivi: si trattava della direttiva 75/129/CEE, che “*si muove secondo una linea di tendenza comunitaria del controllo sindacale e giudiziale dei poteri imprenditoriali, che testimonia altresì una nuova concezione della struttura dell'impresa, non più mera proiezione dei diritti dell'imprenditore ma formazione sociale in cui sono*

¹⁴ Cfr. 11.

coinvolti i destini dei lavoratori, che in essa svolgono la loro attività.”¹⁵ Questa direttiva si inquadra nel contesto dell’attuazione del programma di azione sociale, delineato dal Consiglio dell’Unione europea con la risoluzione 21 gennaio 1974, che si poneva l’obiettivo di “*promuovere uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell’insieme della Comunità*”¹⁶ nonché il contestuale miglioramento della qualità e delle condizioni di lavoro all’interno dei paesi membri. In quest’ottica il programma prevedeva l’adozione di una direttiva sul “*ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri per quanto riguarda i licenziamenti collettivi*”¹⁷.

Traendo spunto da un caso reale (il caso della Asko¹⁸), tale direttiva intervenne con l’ulteriore fine di riequilibrare il regime comunitario della concorrenza, al fine di evitare che, nel progettare nuovi insediamenti produttivi, le imprese fossero condizionate da parametri di tutela del lavoro eccessivamente diversi tra Stato e Stato; ed è per questo che nella sua premessa il Consiglio considera che le differenze all’epoca sussistenti tra le disposizioni vigenti in materia di licenziamenti collettivi nei diversi stati membri potessero ripercuotersi direttamente sul funzionamento del mercato comune. Regolare la materia dei licenziamenti collettivi in modo unitario serviva, perciò, da un lato a realizzare la parità di condizioni per gli operatori del mercato europeo, ma dall’altro anche a rendere più efficace la protezione del lavoratore.

La disciplina approntata dal legislatore comunitario, sulla quale si sarebbero dovute modellare le legislazioni nazionali, prevedeva, così come la disciplina di fonte pattizia interconfederale già in uso in Italia, la procedimentalizzazione dell’esercizio del potere datoriale di comminare un licenziamento che, in base a criteri qualitativi e quantitativi, si qualificasse come collettivo ai sensi della direttiva. Mentre nella disciplina europea il dato qualitativo che caratterizza il licenziamento collettivo (e lo accomuna approssimativamente al licenziamento per giustificato motivo oggettivo) è integrato dal dato quantitativo allo scopo di circoscrivere l’ambito di operazione della misura di riduzione del personale, nella disciplina italiana degli Accordi Interconfederali il profilo causale (qualitativo) unitamente a quello procedurale bastava a determinare la natura collettiva del licenziamento, indipendentemente dal numero dei licenziamenti¹⁹. Più precisamente, la direttiva 75/129

¹⁵ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

¹⁶ Risoluzione Consiglio dell’Unione europea 21 gennaio 1974.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Multinazionale tedesco-olandese con sede in vari paesi europei, che, nel 1973, avendo programmato una riduzione dell’organico per ristrutturazione pari a 5000 dipendenti, aveva licenziato perlopiù nelle sedi nelle quali la legislazione era più favorevole e minori erano i costi da sostenere per la riduzione di personale.

¹⁹ NATULLO G., *Il licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele.*, Milano, 2004.

definisce come collettivo il licenziamento che avviene “*per uno o più motivi non inerenti alla persona del lavoratore*”²⁰ e subito passa ad esporre i criteri numerici, che possono essere combinati in due modelli alternativi: è rimesso agli Stati membri scegliere quale adottare.

La prima opzione prevede che in un arco temporale di trenta giorni, negli “*stabilimenti*”²¹ che occupano tra venti e cento dipendenti, si verifichino almeno dieci licenziamenti; un numero di licenziamenti pari ad almeno il 10% dell’organico negli stabilimenti che impiegano tra cento e trecento lavoratori; ed infine almeno 30 licenziamenti negli stabilimenti con più di trecento dipendenti. Il modello alternativo, invece, prescinde dalla consistenza complessiva dell’organico, e qualifica come ipotesi di licenziamento collettivo il caso in cui nell’arco di novanta giorni siano intervenuti non meno di venti licenziamenti per causa non inerente alla persona del lavoratore.

Nel 1992, in seguito all’entrata in vigore del trattato di Maastricht, l’Unione europea adotta una seconda direttiva, la 92/56/CEE con lo scopo di modificare la precedente. La direttiva del 1975 non si applicava ai licenziamenti collettivi di dipendenti con contratto di lavoro a tempo determinato (a meno che il licenziamento non avvenisse prima dello scadere del termine), ai dipendenti pubblici, agli equipaggi di navi marittime e “*ai lavoratori colpiti dalla cessazione delle attività dello stabilimento allorché risulti da una decisione giudiziaria*”²²; con le modifiche apportate dalla direttiva del 1992 si è inteso ampliare l’ambito oggettivo di applicazione della disciplina comunitaria. La direttiva 92/56/CEE introduce un nuovo comma nel paragrafo uno con il quale assimila ai licenziamenti “*le cessazioni del contratto di lavoro verificatesi per iniziativa del datore di lavoro per una o più ragioni non inerenti alla persona del lavoratore, purché i licenziamenti siano almeno cinque.*”²³ Inoltre, per quanto riguarda i licenziamenti collettivi determinati da cessazione delle attività dello stabilimento conseguente ad una decisione giudiziaria, viene soppressa la lettera d) dell’art. 1, comma 2, della precedente direttiva che li escludeva; di conseguenza essi sono da ricomprendersi nell’ambito di applicazione della direttiva. Contestualmente per gli stessi viene prevista una deroga alla procedura ex art.3 della direttiva del 1975, la cui

²⁰ Direttiva del Consiglio dell’Unione europea 75/129/CEE.

²¹ La nozione di “stabilimento” è stata precisata dalla CGUE e si identifica con “l’unità alla quale sono addetti i lavoratori colpiti dal licenziamento per lo svolgimento delle loro mansioni”, nell’ambito di un’impresa può in particolare costituire “stabilimento” “ un’entità distinta, che presenta caratteristiche di permanenza e stabilità, che è destinata ad effettuare una o più operazioni determinate e che dispone di un insieme di lavoratori nonché di strumenti tecnici e di una determinata struttura organizzativa che permette il compimento di tali operazioni” CGUE 15.2.2007 C-270/05.

²² Direttiva del Consiglio dell’Unione europea 75/129/CEE.

²³ Direttiva del Consiglio dell’Unione europea 92/56/CEE art. 1, comma 1.

adozione è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri. Essi hanno infatti facoltà di “prevedere che in caso di un progetto di licenziamento collettivo determinato dalla cessazione delle attività dello stabilimento conseguente ad una decisione giudiziaria, il datore di lavoro debba notificarlo per iscritto all'autorità pubblica competente soltanto dietro richiesta di quest'ultima”²⁴, in luogo dell'obbligo di informare l'autorità pubblica competente previsto dall'art. 3, comma 1, per tutte le altre fattispecie di licenziamento collettivo.

La direttiva del 1992 adotta un orientamento acausale disinteressandosi della qualificazione giuridica attribuibile a ciascuna cessazione del rapporto di lavoro che rientri nel numero minimo di licenziamenti individuato dal legislatore europeo, con il chiaro intento, desumibile dalla premessa, di tutelare tutte le ipotesi di licenziamento collettivo. Ciò non significa, tuttavia, che la direttiva esoneri il datore di lavoro, nella comunicazione dovuta ai sindacati e all'autorità pubblica competente, dal giustificare i licenziamenti e dal certificare che essi si debbano a ragioni oggettive, non connesse alla persona del lavoratore, come vuole la definizione “*in negativo*” del requisito qualitativo dei licenziamenti collettivi.

La sezione II della direttiva concerne l'informazione e la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, finalizzata quest'ultima ad esaminare le possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti collettivi, nonché di attenuarne le conseguenze ricorrendo a misure sociali di accompagnamento intese, in particolare, a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati.²⁵ La direttiva non impone alcun modello di rappresentanza, ma si mostra aperta al recepimento dei modelli nazionali che definiscono il concetto di rappresentanza dei lavoratori, purché riconosciuto a livello normativo o ammesso nella prassi²⁶ del singolo Stato. È in questa seconda sezione che vengono posti i vincoli europei in materia di diritti ed obblighi delle parti sociali, elemento centrale di quella tutela armonizzata dei lavoratori che l'Unione mirava a realizzare, e dei quali si dirà più avanti²⁷. È importante sottolineare già in questa sede, che la disciplina europea, pur prevedendo una procedura di negoziazione del progetto di licenziamento, non pone a carico del datore di lavoro un obbligo a contrarre con le rappresentanze sindacali, bensì un obbligo a trattare, non meno rilevante. Nell'ipotesi di mancato accordo fra le parti è, fra l'altro, prevista una seconda fase della procedura da svolgersi di fronte all'autorità pubblica. L'art. 2 della

²⁴ Direttiva del Consiglio dell'Unione europea 92/56/CEE art. 2, comma 3.

²⁵ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Infra* cap. II, par 1, 2 .

direttiva 98/59/CE²⁸ individua l'oggetto della consultazione sindacale nell'esame delle possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti nonché di attenuarne le conseguenze. A quest'ultimo profilo attengono le cosiddette “*misure sociali di accompagnamento*”, che verranno esaminate più avanti²⁹, e la cui previsione riflette l'influenza dei modelli del *plan social* e del *sozial plan* tedesco comunemente utilizzati per la gestione delle eccedenze di personale nei rispettivi Paesi d'origine. Ulteriori novità introdotte dalla direttiva del 1992 hanno riguardato l'attribuzione degli obblighi di informazione e consultazione in capo al datore di lavoro diretto, anche qualora l'impresa facesse parte di un gruppo e fosse soggetta alle decisioni della controllante, rendendo così irrilevanti i rapporti infragruppo e configurando in capo al datore di lavoro una responsabilità di tipo oggettivo. Da ultimo, la direttiva 92/56 ha imposto agli Stati membri di provvedere affinché i rappresentanti dei lavoratori “*dispongano di procedure amministrative e/o giurisdizionali per far rispettare gli obblighi previsti dalla presente direttiva*”³⁰, rimettendo così agli Stati membri di disporre tutte le misure sanzionatorie atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario; gli stessi sono tenuti a garantire che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto nazionale simili per natura ed importanza e che conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva.³¹ L'ultimo dei vincoli apposti dalle direttive europee riguarda il termine sospensivo per dar corso ai provvedimenti di licenziamento: si tratta di un lasso di tempo di trenta giorni, eventualmente prorogabile fino a sessanta giorni, a decorrere dalla comunicazione all'autorità pubblica competente, finalizzato alla ricerca da parte di detta autorità di soluzioni ai problemi posti dai licenziamenti collettivi prospettati³².

²⁸ Direttiva con la quale il Consiglio riunì i contenuti delle due precedenti direttive 75/129 e 92/56 senza operare ulteriori modifiche.

²⁹ Infra cap. I, par. 4.

³⁰ Direttiva del Consiglio dell'Unione europea 92/56/CE.

³¹ CGUE, 8 giugno 1994, causa c-383/92; CGUE, 2.10.91, causa c-7/90; CGUE, 21.9.89, causa c-68/88.

³² MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

1.3 La legge n. 223/1991 e le condanne della CGUE all'Italia

Il recepimento della disciplina comunitaria in Italia si fece attendere: dovettero trascorrere sedici anni dall'adozione della prima direttiva del Consiglio perché l'Italia emanasse una legge regolatrice dei licenziamenti collettivi. Durante questo lasso di tempo, la Commissione Europea avviò una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia per non aver recepito il contenuto della direttiva nel proprio ordinamento giuridico: la procedura si concluse con la prima condanna della Corte di Giustizia dell'UE nei confronti dell'Italia (CGUE, 8 giugno 1982, causa c-91/81). La sentenza citata constatò che l'Italia è venuta meno agli obblighi derivanti dai trattati omettendo di adottare le disposizioni necessarie per conformarsi alla direttiva 75/129/CEE entro il termine di due anni stabilito dalla direttiva stessa. Trascurando di trasporre il contenuto della direttiva nel suo ordinamento, l'Italia ha ostacolato il raggiungimento del fine ultimo della direttiva, ovverosia l'istaurazione di una base normativa comune che possa rispondere alla necessità enunciata dai trattati europei di *"promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori"*. Inoltre, nella motivazione della sentenza, la Corte esamina la regolamentazione vigente all'epoca in Italia sui licenziamenti, in particolare su quelli collettivi, non potendo che evidenziare la carenza di detta disciplina rispetto a quella elaborata dall'Unione; manca infatti, nella disciplina interconfederale, un obbligo di notifica e un coinvolgimento dell'autorità pubblica competente, senza considerare che non esisteva all'epoca una disciplina completa di tali licenziamenti per il settore agricolo e del commercio. Vale la pena ricordare che nella normativa italiana non era, all'epoca, fissato alcun criterio numerico che qualificasse un licenziamento come collettivo, e ciò dava luogo alla diffusione della prassi di *"convertire"* i licenziamenti collettivi in licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo eludendo in questo modo gli oneri di comunicazione e informazione imposti al datore di lavoro. Nell'occasione di quel primo giudizio di fronte alla CGUE l'Italia ammise la sua inottemperanza agli obblighi sovranazionali e la carenza della propria disciplina nazionale, ma successivamente, quando nel 1985 la Corte fu costretta a citare nuovamente in giudizio l'Italia per mancata ottemperanza al disposto della propria sentenza del giugno 1982, contestando, quindi, la persistenza della violazione degli obblighi derivanti dai trattati, la Repubblica Italiana si difese asserendo di non ritenere opportuno l'intervento legislativo richiesto in un periodo di crisi economica e sociale quale quello che si trovava ad attraversare. La Corte dichiara, nella sentenza CGUE 6 novembre 1985 (causa c-131/84), che l'Italia è venuta meno all'obbligo di ottemperare alla sentenza della stessa Corte, per il

quale non è previsto un termine perentorio nel testo dei trattati ma che deve interpretarsi come obbligo di tempestiva ottemperanza. Per quanto attiene alla situazione di precarietà del livello occupazionale italiano opposta dall'Italia come giustificazione del proprio persistente inadempimento, la Corte ribadì il principio per cui *“uno stato membro non può eccepire disposizioni, prassi o situazioni inerenti al suo ordinamento giuridico onde giustificare l'inosservanza degli obblighi e dei termini prescritti dalle direttive”*³³. Fu dunque emanata in Italia la prima legge disciplinante i licenziamenti collettivi, legge 23 luglio 1991 n. 223, la quale recepiva il contenuto della direttiva del 1975 anche derogando *in melius* alle disposizioni europee, così come consentito dalla direttiva stessa, aumentando il livello di protezione garantito ai lavoratori e anticipando alcune delle innovazioni introdotte dalla direttiva del 1992. L'intervento del legislatore italiano, tenendo presente l'esperienza italiana degli Accordi Interconfederali, include nella disciplina la necessaria applicazione dei criteri di scelta oggettivi, operanti per la selezione dei lavoratori da estromettere; un profilo che non era stato considerato a livello comunitario. Inoltre, la legge italiana, pur rispettando i margini di adeguamento consentiti dalla direttiva agli Stati membri, adotta, per qualificare il licenziamento collettivo, parametri diversi da quelli indicati a livello europeo. La classe di situazioni per le quali la protezione sancita dalla legge italiana trova applicazione è più ampia rispetto a quella derivante dall'applicazione del dettato comunitario³⁴, dal momento che si considera collettivo il licenziamento di non meno di cinque lavoratori nell'arco temporale di centoventi giorni. Risulta evidente, dunque, come la normativa italiana operi una scelta più favorevole per i lavoratori assoggettati a licenziamenti collettivi, introducendo garanzie di procedimentalizzazione del potere di recesso, l'applicazione di criteri legali di selezione dei singoli lavoratori e lo specifico trattamento di mobilità, anche nei casi in cui la riduzione di personale sia meno consistente di quella prospettata dalla disciplina europea. Peraltro, la legge n. 223/1991, incrociando la disciplina e le procedure in materia di licenziamenti collettivi con quelle in materia di Cassa integrazione guadagni straordinaria e di mobilità, dà vita a due fattispecie distinte di licenziamento collettivo. La prima, disciplinata dall'art 4 della suddetta legge, prevede l'apertura della procedura di licenziamento collettivo *“qualora nel corso di attuazione del programma di Cigs l'impresa ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative”*³⁵; in questo caso è permesso avviare la procedura di licenziamento collettivo anche nei confronti del singolo lavoratore che non abbia potuto essere reintegrato

³³ CGUE, 6 novembre 1985, causa c-131/84.

³⁴ Così, TOPO A. in CARINCI F., PIZZOFERRATO A., *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 2010.

³⁵ L. 23 luglio 1991 n. 223 art. 4, comma 1.

utilmente³⁶. La seconda, contenuta nell'art. 24 della stessa legge, riguarda invece la procedura di licenziamento collettivo per riduzione o trasformazione di attività, precedentemente disciplinata negli Accordi Interconfederali. Ulteriore punto sul quale la normativa italiana deroga a quella europea riguarda l'applicazione dei requisiti dimensionali non al singolo stabilimento, bensì allo stabilimento o agli stabilimenti compresi nel territorio provinciale, ampliando ancora una volta il livello di protezione garantito ai lavoratori italiani.

La procedura di licenziamento collettivo, così come delineata dalla legge italiana, si applica, oggi, a tutti i datori di lavoro che occupano più di quindici dipendenti; tuttavia, in origine, la nozione di datore di lavoro a cui faceva riferimento la legge n. 223/1991 comprendeva solamente la categoria degli imprenditori mentre non era ravvisabile alcuna circoscrizione del concetto di datore di lavoro nel testo della direttiva europea: ciò costò all'Italia una nuova condanna da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel 2003.

Presentando ricorso alla CGUE contro l'Italia, la Commissione Europea rileva che *“la normativa italiana di recepimento della direttiva 98/59”* facendo riferimento solamente a *“l'impresa”* e di conseguenza alla nozione di imprenditore ex art 2082 cc *“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.”*³⁷Inoltre, la Commissione ritiene che la direttiva 98/59 pur non fornendo una definizione di datore di lavoro debba ritenersi applicabile a tutti i datori di lavoro siano essi imprenditori o meno. Limitare le garanzie offerte ai lavoratori al solo settore dell'impresa *“creerebbe una disparità di trattamento tra i lavoratori che non potrebbe essere giustificata dalla natura della loro attività, dal loro statuto o dalla loro situazione sociale”*³⁸. In tale occasione, la Corte condannò l'Italia per aver recepito la direttiva comunitaria in maniera incompleta ed essere venuta meno agli obblighi dalla stessa imposti, poiché ritenne che la corretta interpretazione del termine *“datore di lavoro”* all'art. 1, comma 1, lettera a) della direttiva sia quella che ricomprenda nel suo significato tutti i datori di lavoro indistintamente dal perseguimento da parte degli stessi di un fine di lucro³⁹. Da ultimo, nel 2014 un'ulteriore condanna della CGUE⁴⁰ costrinse il legislatore italiano a modificare nuovamente l'ambito di applicazione della legge n. 223/1991 estendendo anche

³⁶ TOPO A., 1996 op. cit. in *Diritto del lavoro dell'Unione europea* di CARINCI F., PIZZOFERRATO A.

³⁷ CGUE 16 ottobre 2003, causa c-32/2002.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Con il d. lgs. n. 110/2004 l'Italia ottemperò alla sentenza CGUE 16 ottobre 2003, causa c-32/2002.

⁴⁰ CGUE, 13 febbraio 2014, n. 596/12.

alla categoria dei dirigenti le tutele riconosciute a tutti i lavoratori dall'Ordinamento Comunitario. La categoria dirigenziale, presente nell'elenco di cui all'art. 2095 cc, come rilevò la Corte, era stata ingiustificatamente esclusa dalla legge recettiva della disciplina comunitaria.

La legge n. 223/1991 provvede a colmare il vuoto normativo lasciato dall'art. 11 della legge 604/1966 e detta una disciplina dei licenziamenti collettivi pienamente autosufficiente rispetto alla disciplina dei licenziamenti individuali. Detta legge segna il passaggio da un sistema di controllo giurisdizionale “*ex post*” sulle motivazioni che determinano il datore di lavoro ad operare un licenziamento collettivo, ad un controllo “*ex ante*” dell'iniziativa imprenditoriale concernente il ridimensionamento dell'impresa, del quale si occupano i sindacati, titolari di pregnanti poteri di informazione e consultazione⁴¹. È opportuno riconoscere al legislatore del 1991 il merito di aver ricondotto l'esperimento preventivo della Cigs alla sua reale funzione di strumento volto al reimpiego dei lavoratori e non quale rimedio diretto ad evitare lo slittamento in avanti di operazioni di riduzione del personale qualora la crisi dell'impresa appaia irreparabile⁴². Inoltre, configura la procedura di licenziamento collettivo⁴³ come esito naturale nel caso di imprese che abbiano usufruito di Cigs e ritengano di non poter riassorbire gli esuberanti, oppure che presentino una condizione qualificata di eccedenza di personale, pur senza aver preventivamente avviato una procedura di Cigs. Come prescritto dalla disciplina comunitaria, la legge italiana ha introdotto nella procedura di licenziamento collettivo delle misure di accompagnamento del lavoratore verso la ricollocazione⁴⁴ che, da un lato, forniscono un temporaneo sostegno economico al lavoratore - la cosiddetta indennità di mobilità⁴⁵ non dissimile dalla Cigs e sostitutiva di trattamenti di disoccupazione - e dall'altro, prevedono consistenti agevolazioni contributive per i datori di lavoro che assumano lavoratori iscritti nelle liste di mobilità.⁴⁶

Con l'emanazione della legge n. 223 del 1991 emerge il carattere collettivo degli interessi coinvolti nel licenziamento per riduzione di personale, che giustificano e impongono il coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori e dell'autorità pubblica competente nella

⁴¹ SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, 2015.

⁴² MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

⁴³ Già “procedura di mobilità”, il termine è stato sostituito con quello di “licenziamento collettivo” dall'art. 2, comma 72, legge 28 giugno 2012, n.92.

⁴⁴ *Infra* cap. I, par. 4.

⁴⁵ Oggi sostituita dalla NASpI.

⁴⁶ Cfr. 39.

realizzazione della procedura⁴⁷. Autorevole dottrina⁴⁸ considerò la disciplina introdotta con la legge citata, come una forma di attuazione dell'art. 41, secondo e terzo comma, della Costituzione; infatti, sebbene la libertà dell'imprenditore di ridurre il personale in ragione di una riduzione, trasformazione o cessazione dell'attività dell'impresa non sia sindacabile nell'*an*, è da ritenersi necessario, nel rispetto del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che essa sia vincolata, nel *quomodo*, agli esiti di un negoziato e all'osservanza di criteri oggettivi di scelta.

1.4 L'intervento della riforma Fornero L. 92/2012 e le modifiche apportate dal Jobs Act: D. Lgs. 23/2015 modificato dal D.L. 87/2018 convertito in L. 96/2018.

È noto come le riforme del mercato del lavoro entrate in vigore nel corso dello scorso decennio abbiano rivoluzionato la disciplina del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in particolare incidendo con modifiche sostanziali sul sistema sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi di cui l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori rappresenta la norma cardine. L'intento delle riforme del governo Monti e, successivamente, del governo Renzi era quello di aumentare la flessibilità del mercato del lavoro in entrata ed in uscita, operando sul sistema delle sanzioni per i licenziamenti illegittimi in modo da limitare le ipotesi di reintegrazione nel posto di lavoro solamente ai licenziamenti discriminatori, a quelli carenti di forma scritta, ai casi di insussistenza del fatto contestato - nei licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o giusta causa - ed infine, nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo quando il motivo posto alla base del provvedimento di recesso è manifestamente infondato.

Dette riforme sono intervenute, seppur in maniera meno incisiva, anche sull'istituto del licenziamento collettivo, apportando modifiche che sono state generalmente accolte favorevolmente dalla dottrina, e ritenute meritevoli di aver posto fine ad alcune rigide prassi giurisprudenziali.

La prima, e più significativa, delle riforme degli ultimi dieci anni, venne portata a termine emanando la legge 28 giugno 2012, n.92, c.d. legge Fornero⁴⁹, la quale, in primo luogo,

⁴⁷ Cfr. 39.

⁴⁸ D'ANTONA M., Sub art. 5, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994, Op. cit. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

⁴⁹ Dal nome di Elsa Fornero, Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali durante il governo Monti 2011-2013.

ricondusse sotto il nomen iuris di “*licenziamento collettivo*” anche l’ipotesi di “*collocamento in mobilità*” ex art 4 della legge n. 223/1991, realizzando la cosiddetta *reductio ad unum* della fattispecie di licenziamento per riduzione di personale. Come per l’istituto del licenziamento individuale, anche per il licenziamento collettivo l’emanazione della disciplina riformata ebbe l’effetto di ridurre le risorse messe a disposizione delle parti, in particolare delle organizzazioni sindacali, sia dal punto di vista dei rimedi sanzionatori contro i licenziamenti illegittimi, sia dal punto di vista degli strumenti di tutela previdenziale della mobilità. Sotto quest’ultimo aspetto, sostituendo la risorsa pubblica dell’indennità di mobilità con la nuova disciplina dell’Assicurazione sociale per l’impiego (Aspi) e gli altri strumenti di solidarietà mutualistico-collettiva approntati dalla legge Fornero, la riforma ha sottratto alle organizzazioni sindacali quel potere di scambio in sede di negoziazione collettiva che si basava proprio sulla possibilità del ricorso alla risorsa pubblica dell’indennità di mobilità e che non è altrettanto efficientemente esercitabile in relazione ai nuovi strumenti messi a disposizione delle parti, poiché essi hanno lo svantaggio di essere rimessi all’auto-finanziamento delle imprese in crisi⁵⁰. Nell’interpretazione di Carabelli e Giubboni⁵¹ è ravvisabile nella legge n. 92/2012 la prospettiva di un potenziale ritorno ad una nozione causale di licenziamento collettivo e ad un corrispondente controllo giudiziale. L’effetto della riforma fu, dunque, quello di depotenziare le tutele offerte al lavoratore coinvolto in una riduzione di personale, limitando fortemente gli spazi del controllo giudiziale nonché lo stesso spessore dei rimedi attivabili dal lavoratore licenziato nell’ambito di una procedura di licenziamento collettivo. Se, da un lato, la legge n. 92/2012 alleggerisce e semplifica gli obblighi procedurali e di comunicazione gravanti sul datore di lavoro⁵², dall’altro, tuttavia, riconnette alla loro inosservanza, in luogo della tutela reintegratoria piena, la nuova tutela meramente risarcitoria nella sua variante forte⁵³.

Le modifiche apportate dalla riforma Fornero alla legge n. 223/1991 hanno riguardato anche gli aspetti procedurali del licenziamento collettivo. Infatti, rafforzando, almeno in astratto, le prerogative sindacali nel corso della procedura di riduzione del personale, la legge ha previsto che gli eventuali vizi della comunicazione di apertura della procedura possano essere sanati, ad ogni effetto di legge, mediante la sottoscrizione di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo. L’accordo è, quindi, in grado di sanare qualsiasi vizio, formale o sostanziale, della lettera di apertura, purché una

⁵⁰ CARABELLI U., GIUBBONI. S, in *Flessibilità e tutele nel lavoro: commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, di CHIECO P., Bari, 2014.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Gli obblighi di cui all’art 4 della l. 223/1991.

⁵³ Art. 18, comma 5, St. Lav.

comunicazione sia avvenuta ed in essa sia rintracciabile un sostrato di informazione. Ciò non toglie che la comunicazione d'apertura debba comunque conformarsi agli esigenti requisiti di forma e contenuto dettagliatamente prescritti dalla legge n. 223/1991, ma la loro inosservanza cessa di inficiare la legittimità del licenziamento quando nel corso della procedura di consultazione sindacale sia intervenuto l'accordo di "sanatoria", risolvendo in questo modo uno dei punti di maggiore irragionevolezza della disciplina previgente in base alla quale poteva essere dichiarato illegittimo un licenziamento intimato a seguito di un accordo sindacale, ma con comunicazione iniziale viziata. Non qualsiasi accordo raggiunto all'esito della procedura di licenziamento collettivo è di per sé idoneo a produrre l'effetto sanante, ma solamente l'accordo indicato dalle parti come specificamente ed espressamente diretto a sanare i vizi della comunicazione iniziale. La nuova disciplina non è priva di controversie: infatti, si discute in dottrina circa l'efficacia soggettiva dell'accordo. Parte della dottrina ritiene si tratti di un accordo di natura normativa che, dunque, impegni solamente le parti che lo abbiano sottoscritto ed i loro associati; allo stesso tempo la dottrina prevalente considera l'accordo introdotto dalla riforma Fornero come un accordo gestionale, dunque valido per la generalità dei lavoratori. Se così non fosse - si sostiene - l'accordo sanante vedrebbe compromesso il proprio effetto dal momento che i lavoratori licenziati non vincolati dall'accordo potrebbero agire in giudizio per far valere i vizi della comunicazione d'apertura ed ottenere una sentenza che sancisca l'illegittimità dell'intera procedura di licenziamento collettivo. È da prediligersi quest'ultima tesi, la quale, appare in linea con l'intento del legislatore del 2012 e risulta corroborata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di contratti collettivi "gestionali": solo in questo modo è possibile superare il problema di eventuali accordi sottoscritti solo da alcune sigle sindacali⁵⁴.

L'art. 2, comma 35, della legge n. 92/2012 introduce una modifica al sistema, già introdotto dalla legge n. 223/1991, che riconosce una riduzione dei contributi dovuti all'INPS al datore di lavoro che abbia operato una procedura di mobilità, quando la dichiarazione di eccedenza di personale abbia formato oggetto di un accordo sindacale. In tal caso, nel sistema in vigore prima della riforma, l'imprenditore beneficiava di una riduzione del costo contributivo di accesso alla mobilità pari alla metà del dovuto. La legge Fornero, invece, inverte il meccanismo di incentivazione per i licenziamenti collettivi operati a far data dal 1° gennaio 2017, prevedendo che il datore di lavoro che abbia proceduto al licenziamento collettivo in

⁵⁴ PACE D., in *I licenziamenti individuali, collettivi e gli ammortizzatori sociali alla luce della legge 92/2012*, a cura di SANTORO PASSARELLI G., Torino, 2013.

assenza di accordo con i sindacati debba versare il contributo dovuto all'INPS⁵⁵ in misura triplicata. L'aver sostituito il meccanismo premiale per il raggiungimento dell'accordo con uno sanzionatorio per il mancato raggiungimento dell'accordo, oltre ad aumentare l'effetto incentivante della disposizione, ha contribuito a mettere in luce il carattere essenziale dell'accordo sindacale nella procedura di licenziamento collettivo.

Sempre sotto il profilo procedurale dell'istituto in esame, la legge n. 92/2012 ha ampliato il termine concesso al datore di lavoro per effettuare la comunicazione conclusiva alle organizzazioni sindacali e agli uffici pubblici indicati nell'art. 4 della legge n. 223/1991⁵⁶, rendendo in questo modo meno rigorosi gli obblighi gravanti sul datore di lavoro. Secondo la disciplina previgente, il datore di lavoro al momento dell'intimazione dei licenziamenti ai singoli lavoratori coinvolti doveva “*contestualmente*” provvedere alla comunicazione finale di cui sopra; la riforma ha invece previsto che tale comunicazione possa effettuarsi entro un termine di sette giorni dalla comunicazione dei recessi. La modifica è stata accolta favorevolmente dalla dottrina poiché la precedente disposizione aveva portato ad una interpretazione giurisprudenziale estremamente rigorosa del requisito della contestualità dando luogo ad un irrigidimento eccessivo di tale vincolo formale. La norma è funzionale a consentire il controllo sulla “*puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta*” di cui all'art. 5, comma 1, della legge n. 223/1991; è perciò evidente come la rigida interpretazione accolta dalla giurisprudenza dominante eccedesse la finalità del requisito imposto dalla norma. La fissazione del più ampio termine di sette giorni non indebolisce la funzione di controllo della legittimità e della regolarità dei licenziamenti né la possibilità di procedere, nel caso, alle relative impugnazioni, ma permette di bilanciarla in maniera più appropriata con le esigenze organizzative del datore di lavoro, pur senza mettere a disposizione dello stesso un lasso di tempo eccessivamente ampio durante il quale egli potrebbe adattare i criteri in relazione alle scelte già compiute⁵⁷.

Ridimensionando il rilievo delle forme procedurali, necessarie perché il sindacato possa correttamente esercitare il proprio potere di controllo *ex ante*, la riforma è di conseguenza intervenuta nello stesso senso anche rispetto al profilo sanzionatorio.

⁵⁵ Si tratta in questo caso del contributo dovuto all'INPS in occasione di ogni ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro, eccetto le dimissioni, introdotto dalla riforma esaminata.

⁵⁶ Il Ministero del lavoro se il licenziamento collettivo interessa l'ambito territoriale nazionale, la Regione se l'operazione riguarda invece il territorio regionale.

⁵⁷ CARABELLI U., GIUBBONI S., in *Flessibilità e tutele nel lavoro: commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, di CHIECO P., Bari, 2014.

Avendo con la medesima legge inciso profondamente sul sistema sanzionatorio del licenziamento individuale illegittimo⁵⁸, il legislatore provvede con le disposizioni di cui all'art. 1, comma 46, a raccordare la disciplina del licenziamento collettivo al sistema risultante dal nuovo articolo 18 St. Lav., riducendo il rilievo delle violazioni delle regole procedimentali. Se la legge n. 223/1991 distingueva tra ipotesi di licenziamenti inefficaci (per mancanza della forma scritta o inosservanza delle procedure) e licenziamenti annullabili (per violazione dei criteri di scelta), la disciplina riformata si compone di tre regimi sanzionatori diversi. Come anticipato, il riformato art. 18 St. Lav. prevede per la violazione delle procedure la condanna del datore di lavoro al pagamento dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva da un minimo di 12 ad un massimo di 24 mensilità commisurate alla retribuzione percepita al momento del licenziamento⁵⁹; rispetto ai licenziamenti individuali illegittimi, in caso di vizi procedurali, è prevista una tutela indennitaria debole; nel caso dei licenziamenti collettivi la sanzione per la violazione degli obblighi procedurali è più severa in ragione del superiore rango degli interessi collettivi protetti rispetto a quelli individuali. Del resto, la procedura di licenziamento collettivo gode di una tutela maggiore nel nostro ordinamento poiché rappresenta il momento in cui viene esercitata un'attività sindacale volta a garantire interessi collettivi e durante la quale i sindacati stessi sono chiamati a verificare la legittimità dei recessi; ciò giustifica la differenza quantitativa delle sanzioni. Infatti, diversamente da quanto accade nel licenziamento individuale, i vincoli procedimentali hanno tradizionalmente avuto, per il licenziamento collettivo, un ruolo assorbente nel sindacato giudiziale. La svalutazione dei vizi procedurali ha perciò avuto un impatto maggiore sull'istituto del licenziamento collettivo *“forse non adeguatamente compensata dalla opzione per la tutela indennitaria nella misura piena di cui all'art. 18 comma 5 (nuovo testo)”*⁶⁰.

Nel caso di illegittimità del licenziamento per violazione dei criteri di scelta rimane invece ferma la tutela reintegratoria nella versione *“depotenziata regolata dall'art 18, comma 4”*⁶¹, con l'unica novità del limite massimo introdotto per l'indennità risarcitoria la quale non potrà essere riconosciuta in misura superiore alle 12 mensilità⁶². Non deve tuttavia ravvisarsi nella tutela reintegratoria prevista per la violazione dei criteri di scelta un ostacolo alla libera

⁵⁸ Si fa riferimento alle modifiche apportate all'art. 18 St. Lav.

⁵⁹ Art 18, comma 5, St. Lav.

⁶⁰ CARABELLI U., GIUBBONI. S, in *Flessibilità e tutele nel lavoro: commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, di CHIECO P., Bari, 2014.

⁶¹ MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori.*, Rivista italiana di diritto del lavoro, 2012 op. cit. in CARABELLI U., GIUBBONI. S, in *Flessibilità e tutele nel lavoro: commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, di CHIECO P., Bari, 2014.

⁶² Si tratta della stessa misura introdotta anche per il licenziamento individuale.

iniziativa economica del datore di lavoro al quale è altresì concesso, dall'art. 17 della legge n. 223/1991⁶³, in ragione delle motivazioni da esso poste alla base della procedura di esubero, di procedere a licenziare un numero di lavoratori pari a quello dei reintegrati. Infine, per i soli licenziamenti verbali, collettivi od individuali, permane nella disciplina del 2012 la tutela reintegratoria "forte"⁶⁴.

La seconda importante riforma del mercato del lavoro degli anni Dieci del ventunesimo secolo entrò in vigore durante il governo Renzi, con l'emanazione del D.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, recante "*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*" e comunemente noto come *Jobs Act*. L'introduzione del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, solamente tre anni dopo l'entrata in vigore della riforma Fornero, incide nuovamente sul regime sanzionatorio nelle ipotesi di licenziamento illegittimo, prevedendo gli stessi effetti sanzionatori sia per i licenziamenti individuali che per quelli collettivi (ai quali fa riferimento all'art. 10) di conseguenza riducendo le ipotesi di sanzione reintegratoria al solo licenziamento carente di forma scritta, nullo o discriminatorio. Se la riforma Fornero aveva, in materia di licenziamenti collettivi, mantenuto la tutela reintegratoria per le ipotesi di licenziamento illegittimo per violazione dei criteri di scelta, il d.lgs. n. 23/2015 ha ricondotto anche questa fattispecie tra quelle che subiscono la sola sanzione economica, in misura pari, in questo caso, a due mensilità dell'ultima retribuzione⁶⁵ per ogni anno di servizio, garantendo comunque il limite minimo di quattro e massimo di ventiquattro mensilità. Il meccanismo approntato dal legislatore risarcisce ciascun lavoratore licenziato proporzionalmente alla propria anzianità di servizio, generando evidenti disparità di trattamento, che risultano ancor più numerose e marcate data l'efficacia temporale di questo decreto. La disciplina in questione, infatti, si applica solamente ai rapporti di lavoro instaurati a partire dalla data di entrata in vigore del *Jobs Act*⁶⁶; per tutti i lavoratori dipendenti assunti a tempo indeterminato fino a tale data rimane valido il regime dell'art 18 St. Lav. come riformato dalla legge n. 92/2012.

⁶³ La norma citata non ha subito modifiche da parte della legge n. 92/2012.

⁶⁴ Art. 18 comma 1 St. Lav.

⁶⁵ Si fa riferimento al concetto di retribuzione utile per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

⁶⁶ 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2015, n.23.

Uno dei dubbi interpretativi sollevati dalla dottrina⁶⁷ ha riguardato, in particolare, l'ipotesi di licenziamento illegittimo per vizi procedurali⁶⁸; punto nodale della procedura di licenziamento collettivo, nonché obbligo del datore di lavoro, è la comunicazione di apertura della procedura che ha ricevuto particolare considerazione, come accennato precedentemente, anche nella riforma Fornero. La disciplina anteriore riconduceva ad una comunicazione di apertura viziata la nullità dell'intera procedura e per conseguenza dei recessi; nel 2012, come è stato detto, fu concesso alle parti di sanare i vizi dell'informativa d'apertura mediante un esplicito accordo. Nella lettera del Jobs Act manca qualsiasi riferimento a detto accordo, essendo l'art. 10 del decreto in esame piuttosto breve e sommario poiché manifesta semplicemente l'intento di estendere ai licenziamenti collettivi la disciplina del regime sanzionatorio ivi previsto, ma tralascia di scendere nel dettaglio dell'istituto. Ci si è perciò domandati se tale tipologia di vizi continuasse ad essere causa di nullità del licenziamento collettivo per violazione di norma imperativa e dunque soggetta alla sanzione reintegratoria ex art 2, comma 1, dello stesso decreto, oppure diversamente, facendosi riferimento nel citato articolo 2 ai soli casi di "nullità espressamente previsti dalla legge"⁶⁹ debba applicarsi la sanzione economica. In questo secondo caso, l'accordo di sanatoria introdotto dalla legge Fornero perderebbe la sua utilità, poiché sarebbe assai meno conveniente per il sindacato addivenire ad un accordo sanante i vizi della comunicazione iniziale che avrebbe il solo effetto di liberare il datore di lavoro dall'onere di corrispondere ai lavoratori l'indennizzo a titolo di sanzione per l'omessa comunicazione iniziale, privando in questo modo i lavoratori licenziati (tra quelli assunti dopo il 7 marzo 2015) di una forma di sostegno economico in occasione della riduzione di personale. Per ovviare a questa incongruenza nonché all'incompletezza dell'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015, si è ipotizzato in dottrina che il licenziamento collettivo viziato nella comunicazione iniziale è altrettanto "inesistente", sfuggente, inafferrabile che il licenziamento individuale intimato oralmente: di esso infatti non resta traccia. In questo modo si dovrebbe sanzionare anche il licenziamento collettivo illegittimo per vizio della comunicazione iniziale con la reintegrazione che, essendo più gravosa per il datore di lavoro, meglio servirebbe allo scopo deterrente insito alle sanzioni, che non è altrettanto efficacemente raggiunto dalla previsione della mera tutela risarcitoria.

⁶⁷ TOPO.A., in *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione: le riforme del quinquennio 2011-2015: studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo, Vol. 1*, a cura di CALCATERRA L. Napoli, 2018.

⁶⁸ Si è già menzionata la maggiore pregnanza della procedura nel licenziamento collettivo rispetto al licenziamento individuale, giustificata dalla presenza di interessi collettivi in gioco il cui rango è superiore rispetto agli interessi individuali.

⁶⁹ Cfr. art. 1, comma 7, lettera c), legge 183/2014.

Ulteriore aspetto controverso della disciplina del *Jobs Act* è dato dalla limitazione dell'applicabilità del contenuto del decreto alle sole categorie di operai, impiegati e quadri, escludendo nuovamente i dirigenti e ripetendo, quindi, l'infrazione della direttiva europea 98/59 per la quale l'Italia era già stata condannata dall'Unione europea con la sentenza CGUE, 13 febbraio 2014, n. 596/12⁷⁰. Con la legge n. 161/2014 il legislatore nazionale è quindi intervenuto in ottemperanza alla condanna della CGUE riformando il contenuto dell'art. 24 della legge 223/1991 stabilendo che i dirigenti debbano essere computati sia nella soglia dimensionale aziendale dei quindici dipendenti, sia nel numero dei lavoratori interessati dalla riduzione di personale⁷¹. Qualora la procedura di licenziamento collettivo riguardi alcune posizioni dirigenziali, queste ultime sono evidenziate nella comunicazione iniziale che sarà indirizzata anche le associazioni di tale categoria, per procedere poi all'esame congiunto di tali licenziamenti in incontri appositi. La tutela per il dirigente in caso di violazione di tali procedure da parte del datore di lavoro consiste sempre nel pagamento di un'indennità a suo favore, ma il limite minimo di tale indennità corrisponde a dodici mensilità dell'ultima retribuzione (e non quattro come nel caso delle restanti categorie); rimane invece invariato il limite massimo di ventiquattro mensilità. Inoltre, la commisurazione di tale indennità non è, come per i dipendenti di altra categoria, determinata dal rigido automatismo che la correla all'anzianità di servizio, ma deve essere decisa dal giudice facendo applicazione dei più ampi criteri discrezionali di valutazione stabiliti dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966. L'effetto di queste previsioni, ancor oggi in vigore, è quello di riconoscere una tutela maggiore alla categoria di lavoratori più forte, nonché più vicina al datore di lavoro.

Da ultimo, nel 2018, il primo governo Conte ha emanato il decreto-legge n. 87 (12 luglio 2018) recante "*Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese*", c.d. Decreto dignità, convertito nella legge 9 agosto 2018, n. 96. Con tale provvedimento il legislatore aveva inteso incidere solamente sulla misura massima dell'indennità riconosciuta ai lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, portandola da ventiquattro a trentasei mensilità, e per il resto rinviando all'art 3, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015 che, come detto in precedenza, proporzionava la quantificazione dell'indennità all'anzianità di servizio del lavoratore illegittimamente licenziato. Nel corso dello stesso anno di entrata in vigore del c.d. Decreto dignità la Corte costituzionale con sentenza del 26 settembre 2018,

⁷⁰ Supra Cap. I, par. 1.3.

⁷¹ GIUBBONI S., COLAVITA A., *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, Riv. Trim. Questione Giustizia, 2015.

n. 194 dichiarò l'illegittimità costituzionale proprio della disposizione di cui all'art 3, comma 1, del Jobs Act ritenendo che *“la previsione di un'indennità crescente in ragione della sola anzianità di servizio del lavoratore” è “contraria ai principi di ragionevolezza e di uguaglianza e contrasta con il diritto e la tutela del lavoro sanciti dagli articoli 4 e 35 della Costituzione”*.

In seguito a questa pronuncia, i giudici tornano ad essere titolari del potere di decidere con ponderata autonomia la misura dell'indennizzo contro i licenziamenti ingiustificati, riportando l'anzianità di servizio ad essere solamente uno, benché definito espressamente come il più rilevante, dei fattori concorrenti alla quantificazione della sanzione, tra i quali rientrano: il numero complessivo dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le dimensioni della attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti del giudizio⁷².

All'indomani delle riforme prese in esame, il regime sanzionatorio dei licenziamenti entra nel nuovo decennio in una veste decisamente meno garantista, portandosi dietro uno strascico di disparità di trattamento tra i lavoratori assunti prima e dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, che non sono state del tutto ripianate dall'intervento del Decreto dignità né dall'ultima pronuncia della Corte Costituzionale sul tema. Il ruolo del sindacato, che gioca una parte essenziale nella procedura di licenziamento collettivo, si mostra come abbondantemente ridimensionato nel quadro della nuova disciplina all'esito delle recenti riforme. Parallelamente, la stessa concezione del posto di lavoro, tradizionalmente caratterizzato da un alto grado di stabilità, appare oggi radicalmente cambiata coerentemente con gli intenti di flessibilizzazione del mercato del lavoro manifestati dal legislatore di inizio decennio.

1.5 I licenziamenti collettivi durante l'emergenza COVID-19

Nel mese di febbraio 2020, l'Italia è stato il primo paese europeo ad essere colpito dall'epidemia di Covid-19, un virus del tipo corona particolarmente pericoloso a causa dell'altissimo indice di contagio. In poco più di quindici giorni il coronavirus ha causato il collasso del Sistema Sanitario Nazionale costringendo il governo ad adottare misure straordinarie allo scopo di contenere il contagio e ridurre il numero di pazienti bisognosi di ricovero ospedaliero. Fin dai primi decreti d'urgenza in materia, il governo ha provveduto a

⁷² FRANZA G., POZZAGLIA P., *Il decreto dignità*, Torino, 2018.

sospendere le attività di lavoro presenziale invitando i datori di lavoro a sostituire tale tipo di attività, ove possibile, facendo il ricorso al regime dello smart working. Tuttavia, anche se non tutte le prestazioni di lavoro sono idonee ad essere svolte a distanza, per mezzo di dispositivi digitali, ciononostante si è ritenuto opportuno, in circostanze di emergenza, tutelare l'occupazione anche di quelle categorie di lavoratori la cui prestazione non è eseguibile in regime di lavoro agile. In questo quadro, l'intervento governativo di maggior rilevanza è stato certamente il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, c.d. decreto Cura Italia, il cui titolo II è rubricato "Misure a sostegno del lavoro". Esso prevede una serie di deroghe alla disciplina ordinaria in materia di cassa integrazione, congedi, indennità di disoccupazione, lavoro agile; il riconoscimento di indennità per le categorie di lavoratori meno tutelate, nonché il divieto di licenziamenti collettivi e per giustificato motivo oggettivo. L'art. 46 del decreto Cura Italia ha, infatti, vietato l'avvio delle procedure di licenziamento collettivo di cui agli artt. 4, 5 e 24 della legge n. 223/1991 per un periodo di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto-legge, poi prorogato per ulteriori novanta giorni dal decreto Rilancio; per lo stesso periodo di tempo sono state saltresì sospese le procedure pendenti avviate dopo il 23 febbraio 2020. Durante il medesimo lasso temporale il datore di lavoro non può, indipendentemente dal numero dei dipendenti, recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo. Il 14 Agosto 2020 è infine intervenuto un ulteriore decreto del Presidente del Consiglio dei ministri il quale ha prorogato la Cassa integrazione per 18 settimane, a partire dal 13 luglio 2020 ed utilizzabili fino al 31 dicembre 2020. Essa è totalmente gratuita per le imprese che a causa dell'emergenza sanitaria abbiano perso almeno il 20% del fatturato, mentre per le imprese che abbiano perso meno del 20% del fatturato nel primo trimestre del 2020 le prime 9 settimane sono gratuite, mentre per le successive 9 è previsto il pagamento di un contributo del 9%; per le imprese che, invece, non abbiano riscontrato perdite di fatturato è previsto un contributo del 18% per la seconda metà delle 18 settimane. Alla proroga della Cassa integrazione è stata associata quella del divieto di licenziamento: dunque, se l'impresa si avvale della Cassa integrazione non può licenziare per ulteriori 18 settimane. Inoltre, l'impresa non può licenziare fintanto che starà beneficiando dell'incentivo a far rientrare i dipendenti cassintegrati. Continuano a rimanere sospese le procedure di licenziamento collettivo pendenti iniziate successivamente al 23 febbraio 2020. Nel caso di cessazione dell'attività, di messa in liquidazione dell'impresa, di fallimento e di accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale ovvero di incentivo alla risoluzione dei rapporti di lavoro, sarà ora possibile procedere al licenziamento collettivo; i lavoratori così licenziati percepiranno la Naspi.

2. Fattispecie di licenziamento collettivo

Esaminando le fonti normative in materia di licenziamenti collettivi abbiamo visto come la legge n. 223/1991, punto di riferimento dell'intera disciplina, abbia individuato due fattispecie di licenziamento collettivo. La prima, disciplinata all'art. 4, conseguente ad un infruttuoso esperimento di cassa integrazione guadagni straordinaria, e la seconda, disciplinata all'art. 24, di più evidente stampo europeo. Le due fattispecie condividono lo stesso *iter* procedimentale che il datore di lavoro è tenuto ad osservare, e che verrà approfondito nel prossimo capitolo, differendo invece per quanto attiene all'ambito soggettivo di applicazione, al numero dei lavoratori coinvolti, e al costo economico dell'operazione.

Inoltre, fino al 1° gennaio 2016, era disciplinata nella legge sui licenziamenti collettivi anche la fattispecie di licenziamento collettivo per cessazione di attività, regolato dall'art 3 abrogato nell'ambito della riforma Fornero. A decorrere dal 16 agosto 2020 tale ipotesi è stata ricollocata sistematicamente nelle più generali disposizioni in materia di crisi d'impresa, in particolare, all'art. 189 comma 6 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n.14 recante "*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*", che è oggi richiamato nel testo degli artt. 5 e 24 della legge n. 223/1991, in seguito alle modifiche ad esso apportate dall'art. 368 del medesimo codice.

2.1 Requisiti soggettivi

L'ipotesi di licenziamento collettivo di cui all'art. 4 della legge n. 223/1991, rubricato "*Procedura per la dichiarazione di mobilità*", mutua il proprio ambito di applicazione dalla disciplina in materia di Cigs, essendo il ricorso all'ammortizzatore sociale preordinato all'avviamento della riduzione di personale. Secondo la lettera dell'articolo citato, il datore di lavoro che sia in possesso dei requisiti per ricorrere alla Cigs potrà licenziare solamente i lavoratori i quali, al termine del periodo di godimento del trattamento di integrazione salariale, non possano essere reimpiegati dall'impresa. Il livello occupazionale minimo che un'impresa deve possedere per poter accedere al trattamento straordinario di integrazione salariale, che si avrà modo di esaminare più dettagliatamente nel prossimo paragrafo, varia a seconda del tipo di impresa e dal settore nel quale opera. Sono almeno quindici i dipendenti

richiesti alla maggior parte delle imprese; il numero minimo di dipendenti sale a cinquanta nel caso delle imprese esercenti attività commerciali e per quelle operanti nel settore del turismo, mentre per le imprese del trasporto aereo e di gestione aeroportuale così come per i partiti e i movimenti politici il legislatore ha scelto di prescindere dal requisito minimo occupazionale.

Delle due fattispecie superstiti di licenziamento collettivo, la “*Procedura per la dichiarazione di mobilità*” rappresenta certamente un’eredità della disciplina nazionale; manca, infatti, nelle direttive europee qualsiasi riferimento al previo esperimento di strumenti di sostegno ai lavoratori delle imprese in crisi. A trasporre nel nostro ordinamento l’istituto del licenziamento collettivo, così come elaborato dall’Unione europea nell’ottica di armonizzazione degli ordinamenti nazionali, è, invece, l’art 24 della legge n. 223/1991. Rubricato come “*Norme in materia di riduzione di personale*”, detto articolo disciplina il licenziamento collettivo “puro”, inteso come quello che dipende dalla mera volontà del datore di lavoro. Il suo ambito di applicazione riguarda tutti i datori di lavoro che impieghino più di quindici dipendenti, compresi dirigenti, apprendisti, lavoratori in prova, e lavoratori a tempo indeterminato part-time, i quali non sono invece inclusi nel computo del requisito numerico per accedere alla Cigs. Si è già ricordato come, originariamente, il legislatore italiano aveva limitato l’applicazione della procedura di licenziamento collettivo ai datori di lavoro imprenditori e che, in seguito, dopo la condanna della CGUE, ha provveduto ad ampliarne il requisito soggettivo con il D. lgs. 110/2004 estendendo la disciplina anche ai datori di lavoro non imprenditori.

In merito ai criteri di riferimento per il calcolo della consistenza dell’organico, la normativa comunitaria fa riferimento ai dipendenti “occupati abitualmente”, una terminologia tutt’altro che puntuale, coerente con lo scopo delle direttive europee, ovvero quello di rendersi di facile recepimento per i diversi ordinamenti degli stati membri. Ma il legislatore italiano, nel recepire la direttiva non ha provveduto a rendere più chiara e concreta questa disposizione ove si consideri che il D. lgs. 27 maggio 1997, n. 151⁷³ ha introdotto il concetto di “personale abitualmente impiegato”. Il carattere indefinito del termine utilizzato ha aperto la strada a diverse interpretazioni da parte della dottrina e della giurisprudenza italiane. L’opinione prevalente in dottrina, corroborata dalla giurisprudenza maggioritaria, ha ritenuto di coordinare la lettura dell’art. 24 con quella dell’art. 1⁷⁴ della medesima legge, che fa riferimento al criterio temporale dei sei mesi precedenti per il computo dei dipendenti ai fini dell’ammissione al trattamento di integrazione salariale straordinario, ritenendo il criterio

⁷³ Decreto attuativo della direttiva 92/56/CE.

⁷⁴ Ad oggi abrogato dal d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148.

dell'organico medio dell'ultimo semestre adottabile anche nel caso dei licenziamenti per riduzione di personale⁷⁵. Dottrina e giurisprudenza minoritarie⁷⁶, invece, preferiscono far riferimento all'elaborazione normativa e giurisprudenziale in merito al computo dei lavoratori in materia di licenziamento individuale⁷⁷, che si basa sul criterio del c.d. organico oggettivo, ossia all'organigramma aziendale, ovvero a “*quel disegno organizzativo realizzato dall'imprenditore, che dà ragione delle posizioni di lavoro normalmente necessarie all'andamento dell'apparato produttivo*”, oppure, in mancanza di organigramma, facendo riferimento “*alle unità lavorative necessarie secondo la normale produttività dell'impresa valutata con riguardo al periodo occupazionale antecedente la data dell'intimazione del recesso*”⁷⁸. A dirimere il dibattito è intervenuto il Ministero del lavoro⁷⁹, chiarendo che non debba farsi riferimento al momento in cui viene attivata la procedura di licenziamento collettivo, bensì alla normale occupazione, cioè all'organigramma, oppure in mancanza all'occupazione media dell'ultimo semestre. Ai fini del raggiungimento della soglia dei quindici dipendenti solitamente non vengono presi in considerazione i collegamenti societari, è infatti pacifico in giurisprudenza che gli obblighi in tema di costituzione, svolgimento e risoluzione dei rapporti di lavoro siano imputabili alla sola società titolare del rapporto medesimo. Infine, occorre riconoscere il merito al legislatore italiano di aver reso più ampio l'ambito di applicazione della disciplina, rispetto a quanto previsto dalle direttive, che vincolano il requisito numerico dei sedici dipendenti al singolo stabilimento nel quale hanno luogo i recessi; nel nostro ordinamento una disposizione certamente più favorevole⁸⁰ fa sì che tale limite minimo sia da riferirsi all'impresa nel suo complesso.

2.2 Requisiti oggettivi

Per quanto attiene ai presupposti oggettivi in presenza dei quali un datore di lavoro, che presenti i requisiti numerici e soggettivi di cui sopra, ha l'obbligo di avviare una procedura di licenziamento collettivo si tratta dei casi in cui lo stesso, “*in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro*”, intenda “*effettuare almeno cinque licenziamenti*”

⁷⁵ NATULLO G., *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

⁷⁶ Nota n. 47, p 724 in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

⁷⁷ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

⁷⁸ Così, Cass. 9 settembre 1982, n. 4864, in *Giust. Civ.*, 1983.

⁷⁹ Con Circolari Ministero del lavoro n. 155/1991 e Ministero del lavoro-Inps n. 261/1996.

⁸⁰ Si ricorderà che la direttiva europea consente agli stati membri di derogare *in melius* al proprio contenuto.

*nell' arco temporale di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia*⁸¹". Soffermandosi sulla lettera della norma e prendendo in esame l'espressione "riduzione o trasformazione di attività o di lavoro" si può apprezzare l'ampiezza della formulazione scelta da legislatore nella quale rientrano tutte le ragioni legate allo svolgimento e al funzionamento della produzione, agli assetti organizzativi, all'introduzione di nuove tecnologie, così come le ragioni economiche che comportano eccedenze strutturali di manodopera. Inoltre, usando la congiunzione disgiuntiva "o" il legislatore ha permesso di qualificare come collettivi anche tutti i casi in cui il ridimensionamento dell'attività produttiva coinvolga solamente il capitale umano dell'impresa senza incidere su elementi materiali dell'azienda o altri fattori della produzione⁸². Sotto la vigenza degli accordi interconfederali degli anni Sessanta si riteneva⁸³ che potesse intimarsi un licenziamento di personale solamente in quei casi in cui la riduzione dell'attività produttiva fosse rilevante e definitiva, di conseguenza solo quando si fossero verificate delle circostanze tali da imporre come unica soluzione la riduzione o trasformazione dell'attività. Se invece gli esuberi avessero rappresentato il risultato della riduzione o trasformazione dell'attività di lavoro, i provvedimenti di recesso si sarebbero dovuti considerare quali licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo. Ma, nel dettato dell'art. 24, né una situazione di crisi aziendale, né un ridimensionamento strutturale dell'attività produttiva figurano come presupposti per l'applicazione della procedura di licenziamento collettivo⁸⁴: risulta dunque superata la c.d. concezione ontologica prevalente in dottrina e in giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della legge n. 223/1991.

Il requisito oggettivo della fattispecie di licenziamento collettivo ex art. 24 presenta delle significative affinità con il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, distinguendosi da esso solamente per l'elemento quantitativo-temporale richiesto dalla legge; ne deriva che nella nozione di licenziamento per riduzione di personale rientrano tutte le ipotesi che danno luogo a licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, connesso a cause non inerenti la persona del lavoratore⁸⁵. A giustificare l'obbligo di avviare la procedura di informazione e consultazione del sindacato è la maggiore rilevanza sociale degli interessi in gioco. L'ultimo periodo del primo comma dell'art. 24 conferma

⁸¹ Art. 24 comma 1, l. 223/1991.

⁸² MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

⁸³ Si fa riferimento alla c.d. concezione ontologica di licenziamento collettivo elaborata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità ed avallata dalla dottrina.

⁸⁴ Cass. 11 marzo 2011, n. 5884, Cass. 21 ottobre 1999, n. 117940, Cass. 5 maggio 1995, n. 4874.

⁸⁵ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

l'omogeneità qualitativa delle due fattispecie e, provvedendo ad evitare eventuali condotte fraudolente da parte dei datori di lavoro, dispone che *“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”*. Ma se nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo l'elemento causale qualitativo costituisce il carattere principale dell'intera fattispecie, nel licenziamento collettivo esso è strumentale a stabilire un nesso di causalità tra i diversi licenziamenti e la medesima riduzione o trasformazione dell'attività o di lavoro, non rilevando più, al contrario, al fine di qualificare i recessi come individuali o collettivi⁸⁶. L'elemento in questione risulta perciò irrilevante alla configurazione della fattispecie di cui all'art. 24 se con esso non coesiste il criterio quantitativo-temporale. Vale la pena porre l'attenzione ancora una volta sulla terminologia utilizzata dal legislatore del 1991: con l'uso del verbo “intendere” al congiuntivo il legislatore dissipa ogni dubbio circa la legittimità di un eventuale riduzione del numero di licenziamenti effettivamente comminati al termine della procedura. L'applicazione della disciplina in esame è vincolata al numero di licenziamenti *ipotizzati* dal datore di lavoro all'inizio della procedura ex art. 4⁸⁷, non inficiando la legittimità del licenziamento il fatto che il numero di recessi al termine dell'operazione sia inferiore a cinque⁸⁸. Non rientrano nel computo dei cinque licenziamenti eventuali dimissioni incentivate⁸⁹, gli accordi risolutivi per mutuo consenso ed i prepensionamenti⁹⁰. L'espressione “intenda effettuare” presuppone infatti una volontà e sono, perciò, da escludersi tutte le ipotesi di risoluzione del rapporto di lavoro diverse dal recesso datoriale, anche se connesse alla medesima operazione di riduzione del personale che giustifica i licenziamenti. Infine, secondo l'interpretazione fornita in sede amministrativa dell'ambito territoriale di applicazione, individuato in *“ciascuna unità produttiva ovvero in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia”*, nel caso di imprese che siano articolate in più unità produttive dislocate sul territorio nazionale, qualora la riduzione di personale interessi diverse unità produttive ubicate in regioni distinte, e purché risulti provato il nesso di causalità dell'unitarietà del processo riorganizzativo, per ricondurre tutti i licenziamenti collettivi alla procedura è

⁸⁶ MAGRINI S., *Il licenziamento collettivo nella giurisprudenza sulla L. 223/1991*, in *Lav. inf.*, 1997 Op. Cit. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

⁸⁷ Sul punto: TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo: lavoro privato e pubblico*, Padova, 2015 e MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Cfr. Cass. 29 marzo 2010, n. 7519.

⁹⁰ Cfr. Cass. 2 gennaio 2007, n. 1334, Cass. 23 giugno 2006, n. 14638, Cass. 1° marzo 2003, n. 3068, Cass. 17 ottobre 2002, n. 14736, Cass. 6 novembre 2001, n. 13714, Cass. 7 novembre 1998, n. 11251.

sufficiente che almeno in una delle provincie interessate dall'operazione sussistano i requisiti idonei ad integrare la fattispecie legale⁹¹.

Per quanto attiene, invece, alla fattispecie di licenziamento collettivo ex art. 4, essendo la fase della Cigs prodromica all'apertura della procedura, l'impossibilità di reimpiegare i lavoratori sospesi è l'unico requisito oggettivo per poter dar corso ad una procedura di licenziamento collettivo.

Va ricordato che in base al dettato dell'art. 8, comma 4, della legge n. 236/1993 i licenziamenti devono essere comunicati ai destinatari entro il termine di centoventi giorni dalla data in cui è stato raggiunto l'accordo sindacale che conclude la procedura, ovvero, in mancanza, dal giorno in cui termina la fase procedimentale antecedente al recesso; è concesso alle parti adottare con l'accordo un diverso termine di preavviso. Per i casi in cui i licenziamenti individuali plurimi siano stati qualificati a posteriori come licenziamento collettivo, non essendosi dunque espletata la procedura, il termine massimo di centoventi giorni si calcola a partire dalla comunicazione del primo licenziamento, incluso tale giorno. Devono considerarsi nulli i licenziamenti comunicati oltre lo scadere del termine.

2.3 Esclusioni

L'art. 24, comma 4, così come l'art. 4, comma 14, esclude espressamente dall'ambito di applicazione della legge sui licenziamenti collettivi le ipotesi di risoluzione dei rapporti di lavoro a tempo determinato per scadenza del termine, di fine lavoro nel settore delle costruzioni edili ed i casi di attività stagionali o saltuarie. La previsione di questo elenco tassativo di fattispecie escluse, tutte ugualmente connotate dalla intrinseca flessibilità dell'impiego, deve ritenersi rispondente all'esigenza di escludere le suddette categorie di lavoratori dall'accesso all'indennità di mobilità⁹². È opportuno, confrontare la lettera della disposizione in esame con il dettato dell'art. 2 della direttiva europea 98/59 per coglierne l'ampiezza della formulazione. Il legislatore italiano fa, infatti, riferimento ai "rapporti di lavoro a termine", escludendo dall'ambito di applicazione della disciplina non solo i lavoratori assunti a termine, ma anche i lavoratori somministrati assunti a termine; riguardo agli apprendisti è opinione consolidata in dottrina che essi rientrino nel campo di applicazione della legge n. 223/1991. Di contro, la direttiva europea adopera una

⁹¹ Così, Circolare INPS 23 dicembre 1996, n. 261.

⁹² LISO F., La nuova legge sul mercato del lavoro, 1991, Op. Cit. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

formulazione meno ampia: “contratti di lavoro a tempo determinato”. Inoltre essa considera i contratti di lavoro a termine inclusi nella fattispecie di licenziamento collettivo quando i licenziamenti avvengono prima della scadenza del termine. È dubbio, nell’opinione di Tatarelli⁹³, se ai contratti di lavoro a termine ancora in svolgimento si applichi la disciplina dell’art. 24 o se invece essi siano senz’altro esclusi dall’ambito di applicazione della legge. È da preferirsi il primo orientamento⁹⁴, poiché, nell’ottica di un’interpretazione sistematica, risulterebbe altrimenti priva di utilità la previsione di cui all’art. 16⁹⁵, ove si escludono dal diritto a percepire l’indennità di mobilità⁹⁶ i lavoratori a tempo determinato e si conferma *a contrario* la loro assoggettabilità alla disciplina dei licenziamenti collettivi. Manca tuttavia un coordinamento tra l’art. 24, quarto comma, ed il quattordicesimo comma dell’art. 4, il quale lascia intendere che nel caso di licenziamento collettivo ex art. 4 sono esclusi dall’ambito della disciplina tutti i lavoratori assunti a tempo determinato a prescindere dalla prossimità della scadenza del contratto.

La seconda delle categorie di lavoratori esclusi dall’ambito della disciplina è rappresentata dai lavoratori di imprese edili, licenziati per “conclusione della commessa”, per aver cioè espletato la fase di lavoro o la lavorazione per la quale erano stati assunti in ragione della propria specializzazione; la loro esclusione è dovuta al fatto che questo genere di recesso rappresenta una condotta fisiologica all’andamento ciclico dell’attività edilizia⁹⁷. Al contrario, precisa la giurisprudenza di merito, non devono ritenersi esclusi dall’ambito di applicazione della legge i dipendenti che prestano servizio stabilmente presso l’impresa edile in virtù di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Da ultimo, rientra altresì nella fattispecie di “fine lavoro” il graduale esaurimento delle fasi di lavorazione, che può determinare il licenziamento dei lavoratori che non possono essere reimpiegati in altre mansioni⁹⁸. Deve ricondursi a questo secondo gruppo di ipotesi escluse⁹⁹ anche il licenziamento dei dipendenti assunti a tempo indeterminato dalle società di somministrazione e somministrati i quali, anche nei casi di fine dei lavori o cessazione di una fornitura, sono sottratti alla disciplina dei licenziamenti collettivi e assoggettati alla disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, venendosi così a creare una

⁹³ TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo: lavoro privato e pubblico*, Padova, 2015.

⁹⁴ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

⁹⁵ Il comma a cui si fa riferimento è stato abrogato dalla l. 28 giugno 2012, n.92.

⁹⁶ Oggi sostituita dalla NASpI.

⁹⁷ TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo: lavoro privato e pubblico*, Padova, 2015.

⁹⁸ Cass. 23 gennaio 2003, n. 1008, Cass. 22 giugno 2000, n. 8506, Cass. 6 febbraio 2008, n. 2782.

⁹⁹ Ipotesi esclusa ai sensi dell’art. 22, comma 4, del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

disparità di trattamento tra lavoratori somministrati e lavoratori ordinari non prevista dalla direttiva europea¹⁰⁰.

L'ultima fattispecie esclusa dall'ambito di applicazione della legge. n. 223/1991 riguarda i lavoratori impiegati in attività stagionali o saltuarie. È controverso in dottrina se esse si risolvano solamente in quelle previste dalla legislazione sui contratti di lavoro a termine¹⁰¹ oppure se sia opportuno estendere la norma anche ai rapporti di lavoro, a tempo indeterminato, cessati per il carattere stagionale dell'attività, dovendosi, quindi, distinguere tra attività che subiscono un'intensificazione durante periodi limitati, nei quali è consentita l'assunzione a tempo determinato, e attività che per propria natura sono stagionali. Nell'opinione della giurisprudenza¹⁰², devono essere esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina anche i rapporti di lavoro a tempo indeterminato; tuttavia la disposizione, in virtù della propria eccezionalità, è da interpretarsi restrittivamente ed un rigoroso onere della prova della natura stagionale dell'attività grava sul datore di lavoro. Costituisce un esempio l'attività alberghiera la quale secondo la Corte di Cassazione¹⁰³ non può considerarsi stagionale dal momento che, pur avendo facoltà di assumere personale a termine e anche nel caso in cui, in ragione della località geografica in cui sorge, sia caratterizzata da ritmi stagionali, non presenta quei caratteri di precarietà e saltuarietà che la renderebbero tale.

3. Misure preventive volte ad evitare i licenziamenti collettivi

La legge n. 223 del 1991, attraverso la previsione della procedura negoziale a partecipazione sindacale, persegue l'obiettivo di evitare, in tutto o in parte, i licenziamenti. Al fine di raggiungere tale scopo, la disciplina prevede che una prima fase della procedura vada dedicata a fare il possibile per consentire la conservazione dei rapporti di lavoro del personale eccedente; qualora risultasse totalmente o parzialmente impossibile occorre passare ad una seconda fase, durante la quale, per evitare la disoccupazione, si provvede a riallocare altrove il personale in esubero. Infine, qualora non si ravvedano alternative al recesso datoriale, è obbligo del datore di lavoro favorire la rioccupabilità del personale

¹⁰⁰ Cfr. 95.

¹⁰¹ D. lgs. 368/2001

¹⁰² Trib. Napoli, 24 gennaio 1994.

¹⁰³ Cass. 29 novembre 2000, n. 15290.

espulso, attraverso interventi volti alla sua riqualificazione e riconversione¹⁰⁴. Sotto questo aspetto la legge del 1991 si dimostra assai più completa sia rispetto alla disciplina europea, che sembra piuttosto affidare agli organismi pubblici competenti il ruolo di vietare o ridurre i licenziamenti, ed eventualmente di prevedere misure sociali di accompagnamento, sia con riguardo alla previgente disciplina interconfederale nella quale è prevista solamente la possibilità di operare trasferimenti nell'ambito dell'azienda, oltre ad un generico auspicio di evitare o ridurre i licenziamenti¹⁰⁵. Le ultime riforme¹⁰⁶, infine, hanno ulteriormente ampliato la categoria degli ammortizzatori sociali prevedendo nuovi strumenti di sostegno alla disoccupazione e provvedendo, tra le altre cose, a tutelare anche i lavoratori delle imprese che, per dimensione o per settore produttivo di appartenenza, non avevano accesso ai sussidi già in vigore nella precedente disciplina, qual è, ad esempio, la cassa integrazione.

3.1 Contratti di solidarietà difensivi

Al fine di realizzare l'obiettivo appena esposto, il legislatore pone a disposizione delle imprese alcuni specifici strumenti utili ad evitare costi di personale eccessivi e dunque a prevenire il rischio di esuberi dovuti all'insostenibilità di tale spesa. È il caso dei contratti di solidarietà difensivi, o interni, un particolare tipo di contratti collettivi aziendali con funzione gestionale, attraverso i quali le imprese possono concordare con i sindacati¹⁰⁷ riduzioni dell'orario di lavoro e conseguentemente della retribuzione, non superiori al 60%, per far fronte a situazioni di eccedenza di personale. I contratti di solidarietà difensivi, così come quelli espansivi, nacquero nel 1984 per le imprese rientranti nella Cassa integrazione straordinaria, accompagnati da una forte carica ideologica: si sosteneva che con i difensivi si potesse realizzare l'utopia dell'eliminazione dei licenziamenti, sul presupposto che *“tutti i lavoratori della stessa impresa si sacrificavano riducendo orario e retribuzione, per aiutare gli «altri» ed allo stesso tempo per l'appartenenza al gruppo, al fine di evitare i licenziamenti di alcuni (“difensivo”) o per favorire nuove assunzioni (“espansivo”)”*.¹⁰⁸

La disciplina in materia di ammortizzatori sociali¹⁰⁹ legittima a negoziare contratti di solidarietà difensivi *“le associazioni sindacali nazionali aderenti alle confederazioni*

¹⁰⁴ In quest'ultima fase l'impresa anticipa obiettivi e funzioni del sistema pubblico delle liste di mobilità. Vedi infra par. 4.

¹⁰⁵ NATULLO G., *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

¹⁰⁶ L. 28 giugno 2012, n. 92 e D. lgs. 14 settembre 2015, n. 148.

¹⁰⁸ MISCIONE M., *La Cassa integrazione dopo il Jobs Act*, Diritto & pratica del lavoro 2016, n.15

¹⁰⁹ D. lgs. 14 settembre 2015, n. 148.

*maggiormente rappresentative sul piano nazionale*¹¹⁰, ma queste non coincidono con i sindacati che, durante la procedura di licenziamento collettivo, svolgono funzioni partecipative e sono legittimati, ai sensi dell'art. 4 della l. n. 223/1991, a concordare con l'impresa rimedi all'eccedenza di personale e quindi anche i contratti di solidarietà interni. La dottrina¹¹¹, per ovviare a questa incongruenza, ha ritenuto opportuno riconoscere che, nel richiamare la possibilità di stipulare contratti di solidarietà difensivi per ridurre l'esubero di personale, la legge n. 223/1991, si comporti come una disciplina speciale in grado di derogare implicitamente alla normativa sui contratti di solidarietà, attribuendo tale competenza ai soggetti sindacali legittimati a prendere parte alle procedure di licenziamento collettivo.

Il contratto di solidarietà difensivo costituisce una delle ipotesi di riduzione dell'attività di lavoro che giustifica il ricorso alla cassa integrazione straordinaria; infatti, durante tutta la durata del contratto di solidarietà interno, ciascun lavoratore ha diritto a percepire un'indennità di integrazione salariale che copre parte della retribuzione persa per le ore non lavorate; in ogni caso la riduzione complessiva dell'orario di lavoro, durante tutto il periodo per il quale il contratto di solidarietà è stipulato, non può superare il 70%¹¹². La cassa integrazione guadagni straordinaria che trovi la propria causale in un contratto di solidarietà difensiva, può avere una durata massima di ventiquattro mensilità, in un quinquennio mobile, ma può arrivare fino ad un massimo di trentasei, su accordo delle parti. Affinché possano svolgere efficacemente la propria funzione i contratti di solidarietà difensivi devono ritenersi applicabili a tutti i lavoratori dell'impresa, essendo la riduzione di orario e la conseguente contrazione della retribuzione legittime solamente se seguite dell'effettiva concessione del beneficio¹¹³.

Come precedentemente ricordato, la disciplina interconfederale, già negli anni Sessanta, aveva previsto come strumento per evitare il licenziamento la possibilità di trasferire, definitivamente o temporaneamente, all'intero dell'azienda i dipendenti in esubero. Tale facoltà esiste ancora oggi e si presenta ancor più ampia dal momento che è possibile spostare il lavoratore finanche adibendolo a mansioni inferiori, purché questa rappresenti l'unica soluzione che permetta al lavoratore di conservare il posto di lavoro, ovvero distaccarlo presso altro datore di lavoro. Il distacco collettivo consiste nel trasferimento temporaneo di un gruppo di lavoratori presso altro datore di lavoro, ed è legittimo solamente in presenza di

¹¹⁰ Nozione di maggiore rappresentatività di cui all'art. 19 St. Lav.

¹¹¹ ZOLI C., *La procedura*, Op. cit. in NATULLO G., *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

¹¹² PERSIANI M., D'ONGHIA M., *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, 2018.

¹¹³ SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, 2017.

un interesse del datore di lavoro distaccante a tale operazione, tale interesse, è pacifico in dottrina¹¹⁴ che possa essere rinvenuto anche in costanza di un'eccedenza di personale nell'impresa di appartenenza. Riguardo alla soluzione del demansionamento, infine, essa rappresenta una esplicita deroga, prevista dall'art. 4, comma 1, al rigido divieto di adibire il lavoratore a mansioni inferiori rispetto a quelle per le quali è stato assunto, contenuto nell'art. 2103 del Codice civile. La previsione dell'art. 4, comma 11, costituisce "l'eccezione che conferma la regola" poiché il bene inviolabile della professionalità soccombe solo ed esclusivamente di fronte ad un bene ancor più "sacro", quello dell'occupazione. L'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro prevale sull'interesse a non veder dequalificata la propria professionalità. Si deve ricordare che anche la soluzione del demansionamento, legittimata dall'art. 4, comma 11, nel contesto di una procedura di licenziamento collettivo, deve pur sempre essere concordata con il sindacato, e che il lavoratore interessato conserva la libertà di dimettersi. È comunque opportuno considerare che spesso nella prassi giurisprudenziale, la deroga in questione è stata interpretata prudentemente riconoscendo legittimi solamente i demansionamenti che adibiscono il lavoratore alle mansioni del livello professionale immediatamente inferiore.

3.2 La cassa integrazione guadagni straordinaria e i fondi di solidarietà

La cassa integrazione guadagni straordinaria è l'ammortizzatore sociale che il legislatore del 1991 ha prediletto come rimedio preventivo volto ad evitare il ricorso al licenziamento collettivo. È, infatti, alle imprese ammesse al trattamento di integrazione salariale straordinaria che l'art. 4 della legge n. 223/1991 concede la facoltà di avviare una procedura di licenziamento collettivo qualora esse riscontrassero l'impossibilità di reimpiegare i lavoratori cassintegrati al termine del periodo di integrazione salariale. Sono legittimate a richiedere l'accesso al trattamento di integrazione salariale tutte le imprese industriali che nel semestre antecedente la richiesta abbiano impiegato più di quindici dipendenti, nonché le imprese commerciali con più di cinquanta dipendenti. Nelle imprese che ottengono l'accesso alla cassa integrazione guadagni straordinaria, beneficiano del trattamento integrativo del salario tutti i lavoratori subordinati, compresi gli apprendisti, che prestino lavoro nelle stesse. Il trattamento di integrazione salariale prevede che ciascun lavoratore percepisca l'80% della retribuzione globale spettante per le ore di lavoro perdute, per tutta

¹¹⁴ NATULLO G., *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

la durata della cassa integrazione che, come già ricordato, può avere una durata massima di ventiquattro mesi in un quinquennio mobile, oppure trentasei mesi nei casi in cui sia stato stipulato un contratto di solidarietà¹¹⁵. Le causali della Cigs riguardano la sospensione o riduzione dell'attività di lavoro che sia dovuta a riorganizzazione aziendale, a crisi aziendale, salvo il caso che questa porti alla cessazione dell'attività produttiva dell'azienda o di un ramo di essa¹¹⁶, oppure, infine, a un contratto di solidarietà. Nelle prime due ipotesi, riorganizzazione e crisi aziendale, la disciplina prevede una procedura articolata in due fasi: una prima fase sindacale durante la quale le parti si confrontano sul programma che l'impresa intende attuare, comprensivo della durata, del numero di lavoratori interessati dalla sospensione o riduzione di orario, delle ragioni che giustificano l'esperimento della Cigs, e dei criteri di scelta dei lavoratori da sospendere; una seconda fase amministrativa che prevede la presentazione, presso l'autorità amministrativa competente, della domanda di ammissione al trattamento di integrazione salariale, che può essere presentata dal datore di lavoro anche in caso di mancato raggiungimento dell'accordo sindacale. Tale verifica avviene attraverso un doppio livello di controllo, prima da parte della Direzione territoriale del lavoro e successivamente da parte del Ministero del lavoro; è quest'ultimo, al termine della procedura, a concedere con decreto il trattamento d'integrazione salariale.

Tra gli anni Settanta e Ottanta, prima dell'entrata in vigore della legge n. 223/1991, la Cassa integrazione veniva utilizzata impropriamente, dilatandone eccessivamente i termini fino a rendere "impossibili" i licenziamenti collettivi. L'auspicio del legislatore nell'emanare la nuova disciplina fu quello di ricondurre l'istituto della Cigs al suo naturale carattere temporaneo e di contrastare il fenomeno dei licenziamenti "impossibili" facilitando una gestione più flessibile della mobilità in uscita¹¹⁷. Purtroppo, la normativa, accolta dai più con grande ottimismo, si trovò ad entrare in vigore in un sistema economico disastroso in cui il mercato del lavoro versava in condizioni di contrazione sul piano produttivo ed occupazionale mettendo in luce l'insostenibilità della nuova disciplina. Prevendo all'art. 4 il previo esperimento della Cigs, la legge n. 223/1991 di fatto non favoriva il ricorso al licenziamento collettivo ed anzi in sede di attuazione amministrativa il Ministero del lavoro ed il Comitato interministeriale per il coordinamento della politica industriale consentirono l'utilizzo della Cigs nelle crisi aziendali anche in assenza di concrete possibilità di risanamento, con l'unico scopo di rendere meno traumatico il passaggio alla condizione di

¹¹⁵ Supra par. 3.1.

¹¹⁶ Come anticipato, dal 16 agosto 2020 l'ipotesi di cessazione dell'attività produttiva dell'azienda o di un ramo di essa è assoggettata alla disciplina contenuta nell'art. 189, comma 6, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza D. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

¹¹⁷ NATULLO G., *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

disoccupati. Inoltre il ricorso alla procedura di riduzione del personale ex art. 24 veniva scoraggiato applicando un aggravio dei costi del licenziamento per le imprese che procedessero al licenziamento senza preventivamente esperire la Cigs. “*Può dunque dirsi*”, nell’opinione di Natullo, “*che, nelle concrete prassi amministrative ed aziendali, al modello dei licenziamenti collettivi impossibili si è sostituito nei fatti quello dei licenziamenti extrema ratio*”¹¹⁸.

Tuttavia, l’istituto in esame non è stato immune dalle riforme degli ultimi dieci anni. Nel 2012, la riforma Fornero si rese artefice di un impianto sanzionatorio per i licenziamenti che permise di raggiungere quell’obiettivo di flessibilizzazione in uscita del mercato del lavoro già auspicato dal legislatore del 1991, ma non altrettanto efficacemente perseguito. Per compensare la rinnovata precarietà del rapporto di lavoro, la riforma Fornero ha inteso estendere i trattamenti di cassa integrazione straordinaria anche a quelle imprese che non rientravano nell’ambito di applicazione della disciplina precedente come: le imprese esercenti attività commerciali e agenzie di viaggio e turismo, compresi gli operatori turistici, con più di cinquanta dipendenti; le imprese di vigilanza con più di quindici dipendenti; le imprese del trasporto aereo e aeroportuale, a prescindere dal numero di dipendenti. Al contempo, tuttavia, la legge n. 92/2012 a far data dal 1° gennaio 2016 esclude le aziende sottoposte a procedure concorsuali dal trattamento straordinario di integrazione salariale; esse, come anticipato, a decorrere dal 16 agosto 2020 sono assoggettate alla disciplina dell’art. 189, comma 6, del D. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

Da ultimo, la riforma Fornero, si è occupata di garantire forme di sostegno del reddito, in costanza del rapporto di lavoro, anche ai lavoratori appartenenti a settori non coperti dalla Cigs, recuperando il modello mutualistico-categoriale di tutela contro la disoccupazione attraverso l’introduzione dei Fondi di solidarietà bilaterali¹¹⁹. Tali fondi sono costituiti allo scopo di raccogliere contributi per l’erogazione ai lavoratori interessati di “un assegno ordinario di importo non inferiore all’integrazione salariale *standard* a fronte delle stesse causali previste per la Cassa integrazione guadagni straordinaria. Nel modello di intervento misto pubblico/privato predisposto dal legislatore del 2012, e ripreso dal legislatore del 2015, egli ha previsto tre tipologie alternative di fondi di solidarietà fra loro alternative: i fondi di solidarietà bilaterali, i “fondi di solidarietà alternativi” ed i “fondi di integrazione

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ CAIROLI D., in *I licenziamenti individuali, collettivi e gli ammortizzatori sociali alla luce della legge n. 92 del 2012* a cura di SANTORO PASSARELLI G., Torino, 2014.

salariale”, che dal 1° gennaio 2016¹²⁰ ha sostituito i “fondi di solidarietà residuali”. L’esistenza dei fondi di solidarietà dipende dall’iniziativa delle organizzazioni sindacali e datoriali maggiormente rappresentative a livello nazionale, pur essendo essi istituiti con decreto concertato del Ministero dell’economia e del lavoro¹²¹. I fondi di solidarietà bilaterali sono gestiti da enti bilaterali privi di personalità giuridica e costituiti attraverso accordi e contratti collettivi tra le organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale. L’istituzione di questa tipologia di fondi è obbligatoria per tutte le imprese con più di quindici dipendenti che siano al contempo escluse dall’ambito di applicazione della Cigs, risultando, invece, facoltativa per le imprese già coperte dall’applicazione della Cigs con funzione di incremento del trattamento di integrazione salariale e per quelle imprese che, pur rientrando nella disciplina della Cigs per settore di appartenenza, abbiano un organico inferiore ai quindici dipendenti. Dall’istituzione di questo tipo di fondi derivano obblighi contributivi ordinari la cui misura è stabilita dal regolamento del fondo; essi sono ripartiti tra datore di lavoro e lavoratori, nella misura di 2/3 a carico del primo e di 1/3 a carico degli altri; inoltre, qualora il datore di lavoro dovesse ricorrere alla sospensione o riduzione dell’attività lavorativa è tenuto a versare una contribuzione aggiuntiva che non può essere inferiore all’1,5% della retribuzione persa dal lavoratore. L’istituzione di fondi di solidarietà alternativi, invece, riguarda i settori esclusi dalla disciplina della Cigs ma che presentano consolidati sistemi di bilateralità¹²². Anch’essi sono istituiti con accordo tra le organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale che perseguono, mediante gli stessi, il fine di adeguare le fonti normative e istitutive dei rispettivi fondi bilaterali o interprofessionali, già esistenti, alle regole e requisiti previsti per i fondi obbligatori, con particolare riferimento alla garanzia delle prestazioni di sostegno del reddito¹²³. I fondi di solidarietà alternativi attualmente esistenti sono solamente due: quello del settore artigianato e quello del settore della somministrazione. Infine, i fondi di integrazione salariale, già fondi di solidarietà residuali, permettono a tutti i datori di lavoro che operino in settori non coperti dalla Cigs impiegando mediamente più di quindici dipendenti, e che non abbiano attivato alcun fondo di solidarietà bilaterale, di garantire ai propri lavoratori, in costanza delle stesse causali previste per l’attivazione della Cigs, le stesse prestazioni dei fondi di solidarietà bilaterali di cui sopra.

¹²⁰ Nell’ambito delle modifiche apportate dal D. lgs 14 settembre 2015, n. 148 alla disciplina degli ammortizzatori sociali.

¹²¹ PERSIANI M., D’ONGHIA M., *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, 2018.

¹²² Da intendersi come “Gli enti bilaterali che, oltre ad essere stati costituiti prima del 18 luglio 2012, già operavano effettivamente prima di tale data” Interpello Ministero del lavoro e delle politiche sociali, n. 3/2013.

¹²³ CAIROLI D., in *I licenziamenti individuali, collettivi e gli ammortizzatori sociali alla luce della legge n. 92 del 2012* a cura di SANTORO PASSARELLI G., Torino, 2014.

Le prestazioni previste da questo fondo sono due: l'assegno ordinario, per le causali di gestione ordinaria e straordinaria, e l'assegno di solidarietà, in caso di riduzione di orario prevista dai contratti di solidarietà difensivi stipulati nel corso di una procedura di licenziamento collettivo o al fine di evitare una serie di licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo.

4. Strumenti per la tutela e il ricollocamento del personale in esubero

4.1 Liste di mobilità e indennità di mobilità

Non sempre, tuttavia, è possibile evitare il licenziamento collettivo e pertanto le tutele per i lavoratori e gli obblighi per i datori di lavoro non si esauriscono con la comunicazione del provvedimento di recesso. Fino al 1° gennaio 2017, in seguito al ricevimento della comunicazione conclusiva del procedimento, la Commissione regionale tripartita, prevista dall'art. 4, c. 1 lett. b) del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, procedeva all'iscrizione dei lavoratori licenziati nelle liste di mobilità. Tale iscrizione permetteva ai lavoratori di accedere ad un "*circuito preferenziale diretto a favorire la ricollocazione del personale*"¹²⁴, sia attraverso iniziative affidate dalla legge n. 236/1993 alla Commissione regionale e ai Centri per l'impiego, sia grazie alla previsione di specifici vantaggi a favore tanto dei lavoratori come dei datori di lavoro. In particolare, il principale vantaggio per i lavoratori licenziati¹²⁵ era rappresentato dal diritto di precedenza nel caso in cui entro sei mesi dall'avvenuto licenziamento il datore di lavoro dovesse procedere a nuove assunzioni che riguardassero personale con la stessa qualifica; nel caso in cui tale diritto fosse stato violato dal datore di lavoro assumendo soggetti diversi, il lavoratore avrebbe avuto diritto al risarcimento del danno ex art. 2932 c.c.. Per quanto attiene invece ai datori di lavoro essi potevano beneficiare di consistenti sgravi contributivi nell'assumere i lavoratori iscritti alle

¹²⁴ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

¹²⁵ Non includendosi i rapporti di lavoro risoltisi in dimissioni incentivate da parte del datore di lavoro poiché si tratta comunque di risoluzione consensuale.

liste di mobilità e, più precisamente: nel caso di assunzioni a tempo determinato, per un periodo non superiore a dodici mesi il datore di lavoro avrebbe dovuto versare per ogni lavoratore una quota contributiva pari a quella prevista per gli apprendisti; qualora il contratto a termine fosse stato convertito in un contratto a tempo indeterminato il vantaggio si sarebbe protratto per ulteriori dodici mesi; nel caso di assunzioni a tempo indeterminato invece, lo stesso beneficio aveva una durata di diciotto mesi. Inoltre, per quest'ultimo tipo di assunzioni, quando riguardassero lavoratori aventi diritto all'indennità di mobilità il datore di lavoro percepiva, per ogni mensilità di retribuzione corrisposta al lavoratore, un contributo mensile pari al 50% dell'indennità di mobilità percepita dal lavoratore. Tali disposizioni, contenute per lo più negli artt. da 6 a 9 della legge n. 223/1991, sono state abrogate dall'art. 2, comma 71, della legge 92/2012, e non sono state sostituite da una disciplina equivalente, con il risultato che, ad oggi, a tutela dei lavoratori esodati rimane solamente il regime della Nuova assicurazione sociale per l'impiego. L'abrogazione ha altresì interessato l'istituto dell'indennità di mobilità, nonché gli obblighi contributivi rappresentati dal contributo ordinario di mobilità e dal contributo d'ingresso alla mobilità. L'indennità di mobilità che, applicandosi a tutti i lavoratori messi in mobilità fino al 31 dicembre 2016, è di fatto rimasta in vigore fino alla fine del 2018, aveva la funzione di sostituire temporaneamente il trattamento retributivo di alcune categorie di lavoratori favorendone il reinserimento nel mercato del lavoro. Si trattava di un intervento di politica sociale poiché, a differenza della Cigs, esso provvede a sostituire il trattamento retributivo dei lavoratori il cui rapporto di lavoro è definitivamente cessato fornendo loro sostegno economico durante il lasso di tempo necessario alla ricollocazione¹²⁶. L'indennità di mobilità percepita dal lavoratore era pari, per il primo anno di mobilità, al cento per cento del trattamento da lui percepito, ovvero che gli sarebbe spettato, a titolo di integrazione salariale; successivamente, a partire dal tredicesimo mese di permanenza in mobilità, essa si riduceva all'80% del trattamento di integrazione salariale. La riforma Fornero, abrogando la disciplina in questione a far data dal 2017, ha, ad ogni modo, provveduto a graduare la durata dell'erogazione dell'indennità di mobilità, per il triennio 2013-2016 (regime transitorio), in base all'età del lavoratore e all'anno in cui è stato collocato in mobilità, riducendone progressivamente la durata.

¹²⁶ PERSIANI M, D'ONGHIA M., *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, 2018.

4.2 Assicurazione Sociale per l'Impiego e Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego

La legge n. 92/2012 non ha, però, lasciato privi di tutela i lavoratori che abbiano involontariamente perduto la propria occupazione. Essa ha introdotto, a far data dal 1° gennaio 2013, l'Assicurazione Sociale per l'Impiego, che ha progressivamente sostituito l'indennità di mobilità, la cui erogazione era stata modulata dalla stessa legge Fornero per tutto il periodo di regime transitorio tra l'anno 2013 e il 2016. Si tratta di un'indennità mensile di disoccupazione il cui ambito di applicazione e la cui durata risultano maggiormente estesi rispetto all'indennità di disoccupazione ordinaria a requisiti normali. Per quanto attiene ai destinatari dell'Aspi, avendo essa sostituito, riunendole in un'unica gestione, l'indennità di mobilità, l'indennità di disoccupazione non agricola, e i trattamenti speciali di disoccupazione per l'edilizia, essa si applica a tutti i lavoratori del settore privato, agli apprendisti, ai soci di cooperativa che abbiano un rapporto di lavoro subordinato con la stessa, ed al personale artistico teatrale e cinematografico. Dal punto di vista della durata, invece, essa è stata estesa gradualmente, sempre in connessione con l'età del lavoratore, partendo da una durata di otto mesi nel 2013, fino a raggiungere dal gennaio 2016 la durata massima di dodici mesi. Per beneficiare dell'Aspi è necessario che il lavoratore abbia involontariamente perduto la propria occupazione, che si trovi in stato di disoccupazione e che possa vantare due anni di assicurazione ed almeno uno di contribuzione nel biennio precedente l'inizio del periodo di disoccupazione¹²⁷. Il trattamento indennitario non è riconosciuto ai lavoratori che si siano dimessi o che abbiano risolto il contratto consensualmente; a questo proposito si è contestato al legislatore del 2012 di non aver recepito la consolidata interpretazione giurisprudenziale, avallata dalla Corte Costituzionale¹²⁸ ed applicata, nella prassi, dall'Inps, che riconosceva il diritto a beneficiare ugualmente del trattamento indennitario anche al lavoratore che avesse presentato le dimissioni per giusta causa, quelle, cioè, che sono dovute ad un inadempimento del datore di lavoro che impedisce la continuazione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro. L'indennità, percepita mensilmente, viene calcolata sulla base della retribuzione imponibile ai fini previdenziali; per i primi sei mesi essa corrisponde al 75% di tale parametro di riferimento, per i successivi sei si riduce al 60%, e così via riducendosi del 15% ogni sei mesi di permanenza nello stato di disoccupazione; tale progressiva diminuzione del

¹²⁷ CAIROLI D., in *I licenziamenti individuali, collettivi e gli ammortizzatori sociali alla luce della legge n. 92 del 2012* a cura di SANTORO PASSARELLI G., Torino, 2014.

¹²⁸ C. Cost. 24 giugno 2002, n. 269.

trattamento indennitario è funzionale ad incentivare il lavoratore nella ricerca di una nuova occupazione.

Il meccanismo di finanziamento di questa nuova tipologia di indennità di disoccupazione si basa sulle contribuzioni già previste a carico dei datori di lavoro dalla legge n. 160/1975, ma si caratterizza, altresì, per perseguire la finalità di disincentivare le assunzioni a termine, nonché tutti i casi di cessazione del rapporto di lavoro che non siano conseguenza di dimissioni o risoluzione consensuale, applicando un contributo addizionale rispetto all'aliquota-base, prevista per le assunzioni a tempo indeterminato, in tutti i casi in cui il datore di lavoro stipuli un contratto di lavoro a termine, nonché in tutti i casi di cessazione del rapporto per causa diversa da dimissioni o risoluzione consensuale. Una successiva modifica della norma che definiva la misura del versamento dovuto dal datore di lavoro, oltre a ridurre il parametro numerico di riferimento per la quantificazione di tale importo, ha previsto che tale contributo fosse dovuto in presenza di *“tutte le causali che, indipendentemente dal requisito contributivo, darebbero diritto all’ASpI”*¹²⁹. In questo modo, rimarrebbe comunque escluso il versamento del contributo nell’ipotesi di dimissioni per giusta causa. Riconoscendosi in dottrina che *“ tale causale dovrebbe essere sanzionata più di ogni altra, se è vero che è il comportamento del datore di lavoro a non consentire lo svolgimento, neppure in forma provvisoria, del rapporto di lavoro”*¹³⁰, l’interpretazione adottata nella prassi ha riconosciuto eccezionalmente il diritto al trattamento indennitario di disoccupazione anche nell’ipotesi di dimissioni per giusta causa. Infine, ciò che più rileva in questa sede, è l’intento disincentivante dei licenziamenti collettivi non concertati con le parti sociali realizzato dall’art. 2, comma 36, ove si prevede che il contributo aggiuntivo dovuto dal datore di lavoro sia triplicato, a far data dal 1° gennaio 2017, in tutti i casi in cui la dichiarazione di eccedenza di personale ex art. 4, comma 9, della legge n. 223/1991 non abbia formato oggetto di accordo sindacale.

Tuttavia, la disciplina dell’ASpI, così come esposta, ha avuto vita breve, prima ancora che giungesse a regime, infatti, essa è stata sostituita con D. lgs. n. 22/2015 dalla Nuova Assicurazione Sociale per l’Impiego. I cambiamenti apportati dalla nuova disciplina sono molteplici e rilevanti: innanzitutto, la nuova fattispecie estende il trattamento indennitario di disoccupazione a tutta l’area del lavoro subordinato, rimanendone escluso solamente il pubblico impiego. Inoltre, la riforma del 2015 interviene anche sui requisiti di accesso al trattamento indennitario: anche in questo caso lo stato di disoccupazione deve involontario

¹²⁹ Art. 1, comma 250, lett. f), legge 24 dicembre 2012, n. 228.

¹³⁰ CAIROLI D., in *I licenziamenti individuali, collettivi e gli ammortizzatori sociali alla luce della legge n. 92 del 2012* a cura di SANTORO PASSARELLI G., Torino, 2014.

e quindi derivante dalla perdita della precedente occupazione a causa di un licenziamento; inoltre il disoccupato deve aver dichiarato, al portale nazionale delle politiche del lavoro, la propria “*immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa*” e a partecipare alle misure di politica attiva del lavoro concordate con i centri per l’impiego. Infine, mentre tra i requisiti per accedere all’ASpI era necessario aver maturato almeno cinquantadue settimane di contribuzione nell’arco di due anni, nella NASpI è sufficiente aver contribuito per tredici settimane nell’arco degli ultimi quattro anni ed aver lavorato¹³¹ per almeno trenta giorni nel corso dell’ultimo anno, permettendo in questo modo anche a coloro che avessero lavorato discontinuamente negli ultimi quattro anni e per un esiguo numero di giornate nell’ultimo anno, di accedere alla prestazione di disoccupazione. Con l’art. 3, comma 2, il D. lgs. N. 22/2015 si recepisce, finalmente, quella prassi interpretativa già da tempo consolidata nella giurisprudenza e corroborata dalle circolari Inps¹³², che estendeva la fruizione del trattamento anche a coloro che versassero in condizioni di disoccupazione in seguito all’aver presentato dimissioni per giusta causa, riconoscendo per legge a questa fattispecie di disoccupazione il carattere di involontarietà. La stessa disposizione chiarisce altresì che il diritto alla prestazione matura anche nei casi di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro qualora essa sia avvenuta all’esito della procedura di conciliazione preventiva, prevista per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, nonché nei casi di licenziamento disciplinare quando il lavoratore abbia accettato l’offerta conciliativa agevolata, poiché, a far data dal 7 marzo 2015, si deve ritenere che la fattispecie risolutoria non perda il titolo di “licenziamento” e permanga quindi, anche in questo caso, il carattere involontario della disoccupazione.

In merito al calcolo dell’importo della prestazione esso corrisponde “*alla retribuzione imponibile ai fini previdenziali degli ultimi quattro anni divisa per il numero di settimane di contribuzione e moltiplicata per il numero 4,33*”¹³³.

Inoltre, se il sistema precedente tendeva ad assicurare prestazioni di maggior durata ai lavoratori che in ragione dell’età incontravano maggiori difficoltà nella ricerca di una nuova occupazione¹³⁴, la NASpI correla la durata della prestazione alla “*pregressa storia contributiva*” del disoccupato, il quale percepirà l’indennità di disoccupazione per una durata pari alla metà delle settimane di contribuzione accreditate negli ultimi quattro anni, fino ad

¹³¹ Nella norma si parla di “lavoro effettivo”, art. 3, comma 1, D. lgs. 4 marzo 2015, n. 22.

¹³² Circ. n. 142 del 2012.

¹³³ Art. 4, comma 1, D. lgs. 4 marzo 2015, n. 22.

¹³⁴ L’ASpI prevedeva una durata massima di 18 mensilità per i lavoratori ultracinquantenni, già ridotta rispetto alla previgente disciplina in materia di indennità di mobilità, la quale per gli stessi prevedeva una durata del trattamento pari a ventiquattro mensilità.

un massimo di ventiquattro mensilità¹³⁵. In questo modo viene tutelato più a lungo colui che ha versato più contributi, risultando un consistente aumento del beneficio per coloro che hanno lavorato con maggiore continuità negli ultimi quattro anni, ma l'opposto dovrebbe dirsi per coloro che, nello stesso arco di tempo, abbiano lavorato in maniera discontinua. Nell'opinione di Persiani, *“appare evidente come la riforma del 2015 si caratterizzi per il ritorno al principio ordinatore che aveva ispirato il nostro sistema di protezione sociale, ancorato alla solidarietà categoriale e, dunque, il principio di corrispettività tra contributi e prestazioni, rafforzando addirittura la logica assicurativa del sistema”*¹³⁶. L'indennizzo percepito dagli ammessi alla prestazione è pari al 75% della retribuzione, ma esso, a differenza di quanto previsto dalla disciplina dell'ASpI, si riduce per le retribuzioni superiori ai 1.195 euro, rimanendo fermo il massimale di 1.300 euro mensili; quest'ultimo ha sostituito il massimale annuo di integrazione salariale previsto dall'ASpI. Infine, la disciplina della NASpI si distingue per l'aver attivato un meccanismo volto ad incentivare i disoccupati nella ricerca di una nuova occupazione, di più rapida efficacia rispetto a quello approntato dall'ASpI. Si tratta del c.d. meccanismo di décalage: esso fa sì che, a partire dal quarto mese di godimento della prestazione, l'importo della stessa decresca mensilmente del 3%, potendo arrivare a ridursi del 63% alla ventiquattresima mensilità. In questo modo, nonostante la durata del trattamento sia maggiore rispetto a quella prevista per l'ASpI, i disoccupati, già dopo pochi mesi, constateranno il progressivo degradare dell'importo percepito e si attiveranno fin da subito per provvedere alla propria ricollocazione ed eventualmente riqualificazione, anche attraverso la ricerca autonoma di una nuova occupazione. L'indennità decorre dall'ottavo giorno successivo alla cessazione del rapporto di lavoro o dal primo giorno successivo alla presentazione della domanda, che dev'essere presentata entro sessantotto giorni dalla cessazione del rapporto di lavoro. Come per tutte le indennità di disoccupazione, anche per la NASpI è possibile richiederne la liquidazione anticipata, in un'unica soluzione, di tutto l'importo non ancora percepito al fine di utilizzarlo per l'avvio di attività d'impresa individuale, di iniziare un'attività lavorativa autonoma, o di associarsi in cooperativa.

¹³⁵ Massimale fissato dall'art. 43, comma 3, del D.lgs. 14 settembre 2015, n. 148, a far data dal gennaio 2017, compensando, in parte, l'abrogazione delle liste di mobilità.

¹³⁶ PERSIANI M, D'ONGHIA M., *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, 2018.

4.3 Assegno di ricollocazione ed accordo di ricollocazione

Tra le tutele di più recente introduzione a favore dei lavoratori in esubero vi sono l'assegno di ricollocazione e, di ancor più recente disciplina, l'accordo di ricollocazione, a mezzo del quale le parti sociali possono evitare la disoccupazione di quei lavoratori per i quali si prevede che non potranno essere reimpiegati al termine del trattamento straordinario di integrazione salariale, concordando l'anticipazione per questi lavoratori della fruizione dell'assegno di ricollocazione, in modo tale da favorirne il reimpiego presso altro datore di lavoro ancor prima che intervenga il licenziamento collettivo ex art. 4 della legge n. 223/1991. L'assegno di ricollocazione non è altro che un "voucher" da utilizzarsi presso i centri per l'impiego, o altra struttura privata accreditata, al fine di ottenere un servizio di assistenza intensiva nella ricerca di una nuova occupazione. Il meccanismo disciplinato dall'art. 23 del D. lgs. N.150/2015 prevede che la struttura venga compensata con l'importo del "voucher", che varia in base all'occupabilità del lavoratore, una volta che il disoccupato sia stato ricollocato. Tale assegno, non costituisce reddito, e può essere utilizzato solamente ai fini della ricollocazione. Il servizio di assistenza intensiva nella ricerca di lavoro si articola in un colloquio che permetta di tracciare il profilo professionale del lavoratore al fine di determinarne il livello di occupabilità ed inserirlo nella graduatoria, e nella successiva sottoscrizione di un "patto di servizio personalizzato" con il quale il disoccupato manifesta la propria disponibilità a partecipare ad iniziative di formazione e corsi di riqualificazione professionale. Tale sussidio era previsto originariamente a favore dei beneficiari della NASpI da almeno quattro mesi, ma a partire dal 29 gennaio 2019, con l'entrata in vigore della nuova disciplina sul reddito di cittadinanza¹³⁷ non è più possibile per i fruitori della NASpI presentare richiesta per ottenere l'assegno di ricollocazione. Alla fine del 2017, con la legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio per l'anno 2018), il legislatore ha provveduto ad aggiungere al testo del D. lgs. N. 148/2015, l'art 24-bis, che ha introdotto l'istituto dell'accordo di ricollocazione allo scopo di *"limitare il ricorso al licenziamento all'esito dell'intervento straordinario di integrazione salariale, nei casi di riorganizzazione ovvero di crisi aziendale per i quali non sia espressamente previsto il completo recupero occupazionale"*¹³⁸. L'accordo che prevede il piano di ricollocazione dei lavoratori dev'essere raggiunto durante la procedura di consultazione sindacale prevista dall'art. 24 dello stesso decreto e deve indicare gli ambiti aziendali e i profili professionali a rischio di esubero. I lavoratori che rientrano in tali ambiti o che presentino tali profili professionali saranno

¹³⁷ D. l. 28 gennaio 2019, n. 4.

¹³⁸ Art. 24-bis, comma 1, D. lgs. 14 settembre 2015, n. 148.

autorizzati a richiedere all’Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro l’attribuzione anticipata dell’assegno di ricollocazione, il quale sarà spendibile, in deroga all’art. 23, comma 4, del D. lgs. N. 150/2015, durante tutto il periodo di fruizione della Cigs. Per favorire ulteriormente la ricollocazione dei lavoratori cassintegrati che abbiano avuto accesso a quel servizio di assistenza intensiva nella ricerca del lavoro a cui il “voucher” dà accesso, il comma 4 dell’art. 24-bis ha previsto *“l’esenzione dal reddito imponibile ai fini IRPEF delle somme percepite in dipendenza della cessazione del rapporto di lavoro, entro il limite massimo di nove mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto”* per tutti i lavoratori che, durante il periodo in cui beneficiano della Cigs, accettino un’offerta di lavoro alle dipendenze di altro datore di lavoro, purché l’impresa di quest’ultimo non presenti assetti proprietari comuni all’impresa di provenienza del lavoratore; essi beneficiano, altresì, della corresponsione di un contributo mensile pari al 50% del trattamento mensile di integrazione salariale che gli sarebbe spettato se fossero rimasti alle dipendenze del datore di lavoro in crisi per tutta la durata della Cigs. Allo stesso modo, il sesto comma della stessa norma, riconosce al datore di lavoro che abbia assunto lavoratori in cassa integrazione, ammessi a percepire anticipatamente l’assegno di ricollocazione, l’esonero, per i primi dodici mesi in caso di contratto a termine e per i primi diciotto in caso di contratto a tempo indeterminato, dal pagamento del 50% dei contributi previdenziali complessivi a carico dei datori di lavoro, nel limite massimo di importo pari a 4.030 euro su base annua. Resta escluso il ricorso all’accordo di ricollocazione nel caso in cui l’intervento straordinario di integrazione salariale sia determinato da contratto di solidarietà¹³⁹.

¹³⁹ Circ. ANPAL 7 giugno 2018, n. 11.

CAPITOLO II

LA PROCEDURA DI LICENZIAMENTO COLLETTIVO: IL RUOLO DEL SINDACATO

1. La procedura e i soggetti coinvolti

L'aspetto procedurale del licenziamento collettivo, pur non essendo requisito sufficiente per individuare un licenziamento per motivi economici come collettivo¹⁴⁰, rappresenta la "*nota caratterizzante*"¹⁴¹ di tale fattispecie, giacché, nelle parole di Vallebona, "*non vi può essere licenziamento collettivo senza procedura sindacale*"¹⁴².

La procedura di licenziamento collettivo si compone di due fasi: una dedicata all'esame congiunto con i sindacati ed una seconda fase, sussidiaria alla prima, che prevede il confronto con l'"autorità pubblica competente". La procedura di licenziamento collettivo può concludersi anche solamente con la prima fase; essa ha una durata complessiva di quarantacinque giorni durante i quali si susseguono vari incontri tra il datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali costituite a norma dell'art 19 dello Statuto dei Lavoratori e le rispettive associazioni di categoria¹⁴³, oppure, in mancanza di esse, le associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale. La fase sindacale della procedura si apre con la comunicazione iniziale che è destinata oltre che ai soggetti sindacali già menzionati anche all'autorità pubblica competente, presso la quale si svolge la seconda fase della procedura, di durata pari a trenta giorni, il cui esperimento è solamente eventuale, nel caso in cui le parti sociali non abbiano raggiunto un accordo.

Lo schema della procedura di licenziamento collettivo, così come appena riportata, a grandi linee, rispecchia il chiaro intento del legislatore del 1991 di procedimentalizzare il potere datoriale di riduzione del personale individuando il sistema contrattuale come sede istituzionale in cui realizzare il bilanciamento dell'interesse collettivo alla conservazione

¹⁴⁰ Essenziale, a tal fine, è l'integrazione del criterio quantitativo e temporale.

¹⁴¹ PESSI R., in *Licenziamenti collettivi e mobilità*, Atti delle giornate di studio di Roma 26,27 gennaio 1990, Milano, 1991.

¹⁴² VALLEBONA A., in *Licenziamenti collettivi e mobilità*, Atti delle giornate di studio di Roma 26,27 gennaio 1990, Milano, 1991.

¹⁴³ Art. 4, comma 2, L. 23 luglio 1991, n. 223.

dell'occupazione con l'interesse datoriale ad apportare modifiche strutturali¹⁴⁴. La legge n. 223/1991 ha provveduto a disciplinare dettagliatamente la procedura di licenziamento collettivo, nonché ad approntare il regime sanzionatorio applicabile alla violazione di tali adempimenti procedurali; essa, infatti, ricostruisce l'intera procedura di licenziamento collettivo *“in termini di modalità di esercizio del potere, condizione di efficacia o di legittimità del licenziamento”*¹⁴⁵. Attraverso la tecnica della procedimentalizzazione si realizza un'apertura, più o meno cosciente, *“alla sottile penetrazione di valori partecipativi”*¹⁴⁶, di conseguenza, prediligendo l'assetto partecipativo a quello conflittuale si contribuisce alla *“responsabilizzazione, in virtù del maggior coinvolgimento, del sindacato, e può aiutare anche a valutare meglio i rapporti tra quest'ultimo, l'interesse rappresentato e tutelato e le posizioni soggettive dei singoli lavoratori”*¹⁴⁷. Tale scelta del legislatore italiano fu, certamente, influenzata dalla disciplina europea la quale costruì l'istituto del licenziamento collettivo, descritto nella direttiva 75/129, sul modello partecipativo tedesco che finalizza il confronto tra datore di lavoro e sindacati al perseguimento di un interesse condiviso e non, invece, di un equilibrato compromesso tra gli interessi contrapposti delle parti sociali, come vuole la tradizione italiana delle relazioni industriali. L'origine conflittuale del sistema italiano di relazioni sindacali ha portato ad un'interpretazione piuttosto rigida del principio costituzionale di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, previsto all'art. 46 Cost., escludendo da tale fattispecie le procedure sindacali di mobilità. Interpretando in senso ampio il dettato dell'art. 46, sarebbe facilmente riconducibile ad esso qualsiasi strumento previsto *“per consentire ai lavoratori una partecipazione più o meno intensa alla gestione delle imprese”*¹⁴⁸. Del resto, il testo della norma in questione, di fronte al fallimento della Costituente nel definire un possibile modello partecipativo da trasporre nella Carta Costituzionale, si limita ad un'enunciazione di principio accompagnata da un generico rinvio al legislatore ordinario, offrendo spazio all'interpretazione dottrina e giurisprudenziale; sia in dottrina che in giurisprudenza, infatti, sono rinvenibili letture antitetiche della norma che possono essere giustificate dall'indeterminatezza del modello¹⁴⁹. Quel che è certo è che non si è arrivati, in

¹⁴⁴ Sul punto D'ANTONA M., *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale nella legge 223/1991*, DEL PUNTA R., *I licenziamenti per riduzione di personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, op. cit. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

¹⁴⁵ ZOLI C., *La procedura*, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, op. cit. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

¹⁴⁶ DEL PUNTA R., *I licenziamenti collettivi*, in PAPALEONI M., DEL PUNTA R., MARIANI M., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993.

¹⁴⁷ NATULLO G., *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

¹⁴⁸ D'ANTONA M., *Partecipazione dei lavoratori*, in Enc. Giur. Treccani, Vol. XXII, Roma, op. cit. in NATULLO G., *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

¹⁴⁹ Cfr. 144.

Italia, ad adottare quell'interpretazione che propende per un modello collaborativo all'interno dell'impresa, bensì, coerentemente con la tradizione italiana, ci si è limitati a dare forma al concetto di "comunione di interessi" introducendo più adeguati metodi di espressione di interessi diversi e determinando per legge le regole da osservarsi per comporre i conflitti tra gli interessi delle parti sociali¹⁵⁰.

Il legislatore ordinario ha quindi proceduto a regolare ipotesi specifiche¹⁵¹ di partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa, tutte accomunate dall'essere vicende aziendali in cui la scelta dell'imprenditore si ripercuote direttamente e sensibilmente sulla posizione e sugli interessi dei dipendenti. Nel nostro ordinamento, dunque, i sindacati vengono coinvolti nei processi decisionali dell'impresa esclusivamente e limitatamente allo scopo di far fronte insieme al consiglio di amministrazione dell'azienda ad un problema specifico; nel caso della procedura di mobilità al problema dell'eccedenza di personale.

Nella procedura di licenziamento collettivo la "partecipazione", in senso stretto, del sindacato è da rinvenirsi all'inizio della fase sindacale, in quegli incontri in cui le rappresentanze sindacali e l'imprenditore esaminano le operazioni organizzativo-gestionali che possano essere adoperate in luogo del recesso datoriale per far fronte all'eccedenza di personale, o per ridurne gli effetti sociali. È solamente in questo segmento della procedura che i sindacati possono concretamente incidere sulla decisione organizzativa del datore di lavoro, quando, cioè, il processo decisionale è ancora aperto; una volta adottata la decisione e concordato il numero dei lavoratori da licenziare, la fase sindacale si conclude con l'elaborazione e la successiva applicazione dei criteri di scelta, o, in alternativa, con l'applicazione dei criteri legali previsti dall'art. 5, comma 1, della legge n. 223/1991.

Per quanto riguarda le istanze rappresentative dei lavoratori che hanno diritto a ricevere la comunicazione di avvio della procedura di licenziamento collettivo e di conseguenza hanno diritto a partecipare al confronto con il datore di lavoro, la direttiva europea, con una formulazione assai poco precisa né precisabile, giustificabile con l'intento di mantenere una posizione imparziale, fa riferimento ai "rappresentanti dei lavoratori". Nonostante il riferimento generico del legislatore europeo, il recepimento della direttiva nel sistema normativo italiano ha permesso di spostare la partecipazione dei lavoratori alle procedure di riduzione di personale da un contesto extra-aziendale, insito nella disciplina

¹⁵⁰ GIUGNI G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, op. cit. in NATULLO G., *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

¹⁵¹ Es. trasferimenti d'azienda, Cassa integrazione, licenziamenti collettivi, etc.

interconfederale¹⁵², ad un ambito interno all'azienda. La normativa vigente, che, a differenza della precedente, privilegia la rappresentatività effettiva e la dimensione aziendale della procedura, si pone perfettamente in linea con il testo dell'art. 19 dello Statuto dei Lavoratori così come riformato a seguito del referendum costituzionale del 1995 che ha abrogato la lettera a), che consentiva alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale di poter, per ciò solo, costituire una rappresentanza sindacale aziendale presso l'azienda, favorendo viceversa la costituzione di r.s.a. solamente da parte di quei sindacati che abbiano un legame diretto con l'impresa, desumibile dall'effettiva attività di negoziazione del contratto collettivo applicabile all'azienda¹⁵³. Alla luce delle modifiche apportate all'art. 19 St. Lav. si deve, dunque, interpretare l'art. 4, comma 2, della legge n. 223/1991 nel senso che siano le rappresentanze sindacali aziendali e le rispettive associazioni di categoria le istanze rappresentative che esso individua come destinatarie della comunicazione iniziale. Solamente in via residuale, qualora non fosse costituita in azienda alcuna r.s.a., acquisirebbero la titolarità del diritto all'informazione e alla consultazione, le organizzazioni sindacali che non abbiano costituito r.s.a. e le associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale. Tale richiamo all'interlocutore extra-aziendale serve a garantirne l'individuabilità in caso di assenza di r.s.a.. Inoltre, in forza dell'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993, le nuove rappresentanze sindacali unitarie subentrano alle r.s.a. diventando di conseguenza destinatarie dirette della comunicazione di avvio della procedura di licenziamento collettivo, della quale rimangono comunque destinatarie anche le r.s.a. ottenendo accesso, in questo modo, anche all'esame congiunto.

È opportuno soffermarsi su un'incongruenza che la legge n. 223/1991 presenta tra le norme che richiamano i soggetti destinatari dell'informativa iniziale, quelli che sono chiamati ad individuare i criteri di scelta e quelli destinatari della comunicazione finale. Si è già ricordato che l'art. 4, comma 2, indica come destinatari della comunicazione iniziale "le

¹⁵² Nella disciplina antecedente alla regolazione legislativa del fenomeno in esame le parti chiamate al confronto erano da un lato le associazioni territoriali degli industriali e dall'altro le organizzazioni sindacali provinciali.

¹⁵³ L'art. 19 dello Statuto dei Lavoratori ha subito nel corso degli anni numerose modifiche e reinterpretazioni sollecitate dai numerosi dubbi di costituzionalità che questa norma ha posto con riferimento agli artt. 3 e 39 della Costituzione. La Corte Costituzionale si è più volte pronunciata in materia, sia prima del referendum abrogativo del 1995, con le sentenze n. 54/1974 e 344/1988, sia al momento di vagliare la costituzionalità dei due quesiti referendari di cui solo il quesito "minimalista" ottenne il quorum dando luogo all'odierna formulazione dell'art. 19. Anche la nuova formulazione, però, con il mutare del contesto storico-sociale, in particolare in seguito alla rottura dell'unità sindacale diede luogo a nuovi dubbi di costituzionalità, in relazione ai medesimi artt. 3 e 39 Cost., sui quali la Corte si è pronunciata con le sentenze n. 244/1996 e 231/2013.

rappresentanze sindacali aziendali costituite a norma dell'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché alle rispettive associazioni di categoria”, al contrario, l’art. 5, comma 1, in materia di criteri di scelta, fa riferimento solamente ai “*sindacati di cui all'articolo 4, comma 2.*”; il comma 9 dell’art. 4, infine, richiamando i destinatari della comunicazione finale menziona unicamente “*le associazioni di categoria di cui al comma 2.*”. L’imprecisione della legge su questo punto fa sì che non vi sia piena omogeneità, almeno sul piano letterale, tra i soggetti coinvolti nelle varie fasi del procedimento. Appare, comunque, chiaro che l’istanza rappresentativa di riferimento debba sempre considerarsi quella che abbia un legame diretto con l’azienda e dunque detenga la rappresentanza effettiva del personale.

In merito alla fase amministrativa della procedura, essa è prevista dalla direttiva europea come un segmento del procedimento autonomo rispetto alla fase sindacale. L’art. 3 della direttiva 98/59/CE prevede che il progetto di licenziamento, insieme alla copia della comunicazione inviata alle rappresentanze sindacali, debba essere notificato per iscritto all’*“autorità pubblica competente”*; tale notifica è successiva all’esaurimento della fase sindacale poiché deve contenere tutte le informazioni utili concernenti le consultazioni sindacali. Entro trenta giorni dalla notifica del progetto di licenziamento collettivo, l’autorità pubblica competente può, secondo il dettato dell’art. 4, comma 2, della predetta direttiva, *“cercare soluzioni ai problemi posti dai licenziamenti collettivi prospettati.”*; tale formulazione lascia uno spazio potenzialmente molto ampio all’intervento dell’autorità pubblica.

Ancora una volta, la trasposizione della direttiva europea nell’ordinamento italiano non è integralmente fedele al disegno del legislatore europeo. Nella legge n. 223/1991, infatti, è ravvisabile una *“più decisa commistione tra la fase sindacale e quella amministrativa.”*, dal momento che, quest’ultima, si configura sussidiaria rispetto alla prima. L’amministrazione competente, all’epoca in cui fu emanata la legge cui si fa riferimento, si concretizzava, a livello periferico, negli Uffici Provinciali del Lavoro e della Massima Occupazione (UPLMO), nel tempo sostituiti dalle Direzioni Provinciali e Territoriali del Lavoro, ed a livello centrale, per le procedure di mobilità che coinvolgessero più stabilimenti dislocati su tutto il territorio nazionale, nel Ministero del Lavoro. Tali amministrazioni erano perciò destinatarie della copia della comunicazione iniziale inviata al sindacato, nonché della comunicazione finale. Solamente nel caso in cui le parti non fossero pervenute ad un accordo al termine della fase sindacale, tali amministrazioni venivano coinvolte nella procedura e rese titolari del potere di convocare le parti al fine di un ulteriore esame della situazione di

eccedenza di personale e della possibilità di utilizzazione diversa del personale, anche formulando proposte per la realizzazione di un accordo¹⁵⁴. Le stesse funzioni di mediazione sono oggi svolte direttamente a livello ministeriale, o regionale, dal momento che, all'epoca del governo Renzi, i decreti D. Lgs. n. 149/2015, art. 3, e DPCM 23/01/2016, in vigore dal 1° gennaio 2017, hanno demolito l'articolazione periferica del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

La fase di mediazione amministrativa ha, dunque, nell'ordinamento italiano una funzione meramente sussidiaria, nel caso di mancato raggiungimento di un accordo tra le parti; ma nel caso in cui sia stato omesso lo svolgimento dell'esame sindacale, per mancata richiesta del sindacato, che ha tempo 7 giorni dalla ricezione della comunicazione iniziale per richiedere l'esame congiunto, ci si è domandati se fosse necessario lo svolgimento della fase amministrativa. Dal confronto con la disciplina comunitaria che prevede l'autonomia e l'indipendenza della fase amministrativa rispetto a quella sindacale, nonché dal fatto che l'amministrazione possiede poteri d'intervento maggiori rispetto al ruolo di semplice mediatrice, è opportuno desumere che non si possa prescindere dal segmento amministrativo della procedura¹⁵⁵. L'intervento dell'amministrazione pubblica risulta comunque limitato, nell'ordinamento italiano, dalla mancanza di una disposizione che attribuisca agli organismi pubblici sopra citati poteri di monitoraggio e di controllo sulle procedure di licenziamento collettivo. Nell'opinione di Natullo¹⁵⁶ un intervento pubblico maggiormente incisivo nella procedura di licenziamento collettivo potrebbe essere giustificato dall'esistenza di un interesse pubblico ad evitare o quanto meno a contenere i costi pubblici connessi alla gestione dell'eccedenza di personale, oltre ad un più generale interesse alla tutela dell'occupazione, senza contare che sarebbe auspicabile nell'ottica di prevenire eventuali condotte opportunistiche o fraudolente delle imprese nella gestione delle opportunità e dei sussidi di cui esse per legge beneficiano in virtù della procedura di mobilità.

¹⁵⁴ Art. 4, comma 7, legge 23 luglio 1991, n. 223.

¹⁵⁵ NATULLO G., *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

2. Oneri del datore di lavoro: gli obblighi di informazione e consultazione

2.1 La comunicazione iniziale

Il datore di lavoro che intenda avviare una procedura di licenziamento collettivo ha l'obbligo di inviare previamente una comunicazione¹⁵⁷ alle rappresentanze sindacali, alle quali si è appena fatto riferimento, per metterle a conoscenza delle motivazioni che hanno determinato l'eccedenza di personale, ovvero, delle ragioni che sono alla base della riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro. Nel far ciò, il datore di lavoro, ha il dovere di presentare il quadro delle condizioni in cui l'impresa si trova nel momento in cui instaura la procedura e non fare riferimento a situazioni pregresse o riorganizzazioni passate, in modo da rendere possibile il *“controllo da parte dei sindacati sull'effettività e l'attualità delle esigenze aziendali; sul nesso tra le medesime e l'individuazione dei lavoratori da licenziare, nonché circa la possibilità di una diversa utilizzazione del personale eccedente.”*¹⁵⁸ In secondo luogo, la comunicazione iniziale deve indicare le motivazioni che hanno impedito all'impresa di ricorrere a misure alternative ai licenziamenti; è obbligo del datore di lavoro fornire, sin dal principio, un'informazione completa e veritiera, affinché il sindacato possa trarne una corretta valutazione della situazione aziendale.

Per permettere al sindacato l'esercizio della propria facoltà di controllo sui motivi della scelta datoriale è sufficiente esplicitare nella comunicazione iniziale un progetto di massima, il quale potrà subire cambiamenti, anche radicali, in conseguenza della gestione contrattata dell'intera procedura, purché non vengano in essa omessi i motivi che hanno reso impossibile per il datore di lavoro fare ricorso ai rimedi alternativi al licenziamento collettivo; inoltre, il datore di lavoro non ha l'obbligo di indicare tutti i rimedi alternativi in astratto applicabili, ma, in linea con la finalità di permettere il controllo sindacale sulle scelte datoriali, potrà limitarsi ad esporre i motivi per cui nello specifico contesto aziendale gli strumenti alternativi di più frequente ed efficace uso non possano essere utilizzati per scongiurare la dichiarazione di esubero. Ulteriori dati che l'art. 4, comma 3, dispone come contenuto obbligatorio della comunicazione iniziale sono l'indicazione del numero, della collocazione aziendale e dei profili professionali del personale eccedente nonché di quello abitualmente impiegato; a questo proposito è importante che oltre alla categoria e alla qualifica di ogni dipendente siano indicate anche le mansioni svolte, facendo riferimento al relativo livello di inquadramento. È altresì essenziale che essa non menzioni, oltre ai

¹⁵⁷ Art. 4, comma 3, l. 23 luglio 1991, n. 223.

¹⁵⁸ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

nominativi dei lavoratori occupati, quelli dei potenziali licenziandi, né faccia riferimento ai criteri di scelta, poiché essi non possono essere unilateralmente determinati dal datore di lavoro. Infine, la comunicazione iniziale deve contenere i tempi in cui si prevede di attuare il programma di riduzione del personale, quali siano le eventuali misure programmate per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale derivanti dall'attuazione della procedura nonché il metodo di calcolo di tutte le attribuzioni patrimoniali diverse da quelle previste dalla legislazione vigente o dalla contrattazione collettiva. *“Alla comunicazione va allegata copia dalla ricevuta del versamento dell'INPS a titolo di anticipazione sulla somma di cui all'articolo 5, comma 4, di una somma pari al trattamento massimo mensile di integrazione salariale moltiplicato per il numero dei lavoratori ritenuti eccedenti.”*¹⁵⁹

Dal momento che i sindacati *“hanno diritto a ricevere tutte le informazioni che possano essere utili alla conoscenza ed all'esame della questione”*¹⁶⁰, si assiste, con la legge n. 223 del 1991 ad un inasprimento, rispetto all'accordo interconfederale del 1965, dell'obbligo di informazione del datore di lavoro, il quale è tenuto a fornire ai sindacati un'ampia serie di informazioni, fra le quali: i dati relativi alla struttura, alle caratteristiche e all'andamento dell'organizzazione e della produzione dell'azienda, ma, poiché tali dati sono particolarmente delicati, l'obbligo della loro comunicazione potrebbe entrare in conflitto con le esigenze di riservatezza dell'impresa. Bilanciare tali esigenze contrapposte risulta arduo, ed ha sempre generato dubbi in dottrina e in giurisprudenza circa il limite al dovere di informazione del datore di lavoro. Secondo Del Punta, la comunicazione aziendale dovrebbe permettere alle rappresentanze sindacali di *“stabilire un chiaro nesso di causalità fra l'esigenza gestionale denunciata dall'impresa ed il licenziamento collettivo, così a sua volta consentendo un vaglio consapevole circa la necessità o viceversa l'evitabilità di quest'ultimo”*¹⁶¹, è dunque consentito all'impresa non rivelare determinati dettagli, circa le tecniche innovative di cui essa si serve ai fini dell'organizzazione e dell'attività produttiva, purché essi non siano potenzialmente utili per la ricerca di soluzioni alternative alla dichiarazione di esubero¹⁶², in quest'ultimo caso si ipotizza, dunque, la prevalenza del diritto dei sindacati alle informazioni, della cui riservatezza dovrebbero, quindi, farsi carico.

¹⁵⁹ Art. 4, comma 3, ultimo periodo, l. 23 luglio 1991, n. 223.

¹⁶⁰ NATULLO G., *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

¹⁶¹ DEL PUNTA R., *I licenziamenti collettivi*, in PAPALEONI M., DEL PUNTA R., MARIANI M., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993.

¹⁶² TOPO A., *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Padova, 1996.

Il datore di lavoro deve adempiere diligentemente e nei termini, ai propri doveri d'informazione, in caso contrario, gli atti di recesso saranno inefficaci¹⁶³ ed i lavoratori potranno agire per ottenere il risarcimento previsto dal nuovo art. 18 St. Lav. Inoltre, l'orientamento prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, ritiene che le informazioni comunicate ai sindacati debbano essere il più possibile precise e dettagliate, in particolare quelle che riguardino i motivi "tecnici, organizzativi e produttivi" che hanno determinato l'eccedenza, nonché le eventuali misure di sostegno sociale ai lavoratori che perdano il posto di lavoro in seguito alla procedura. Per quanto riguarda, invece, i motivi che hanno impedito l'adozione di misure alternative al licenziamento, essi non sono previsti dalla disciplina europea come contenuto della comunicazione iniziale, per tanto essi debbano considerarsi come contenuto non essenziale di tale comunicazione, in merito agli stessi, dunque, è consentito al datore di lavoro fornire indicazioni meno dettagliate. Tale contenuto è, viceversa, utile ai fini della distinzione tra licenziamento per riduzione di personale, ex art. 24, e licenziamento per mancato reimpiego dei dipendenti in Cigs; nel primo caso il datore di lavoro dovrà motivare l'impossibilità di ricorrere alla Cigs, nel secondo caso invece dovrà specificare i motivi sopravvenuti che hanno portato l'eccedenza temporanea ad essere definitiva decretando il fallimento della Cigs. Ma tale tesi, che prevede "*più intensi limiti ed oneri di motivazione rispetto alla successiva attivazione delle procedure espulsive*"¹⁶⁴ per i licenziamenti collettivi post Cigs, non può essere ritenuta condivisibile¹⁶⁵, poiché in tal modo si subordinerebbe la libertà dell'imprenditore di procedere all'espulsione di manodopera alla prova dell'oggettiva impraticabilità di alcuna misura di impiego dei lavoratori alternativa. Si deve piuttosto concludere che, in entrambi i casi, si considera presupposta una certa ponderazione interna all'impresa circa l'impossibilità di evitare i licenziamenti collettivi ricorrendo a strumenti di impiego alternativo, ammettendo che tale impossibilità l'impresa possa ravvederla anche nella mera inopportunità dal punto di vista tecnico organizzativo e gestionale di impiegare diversamente i dipendenti in eccesso¹⁶⁶. Neppure le informazioni riguardanti le misure dirette a fronteggiare le conseguenze sul piano sociale del licenziamento collettivo sono indicate dall'art. 2 della direttiva 98/59 dell'Unione europea quali contenuto essenziale della comunicazione iniziale, ed in ragione di ciò parte della

¹⁶³ In seguito alla riforma Fornero è possibile sanare tali vizi della comunicazione iniziale mediante uno specifico accordo con i sindacati, da adottarsi nel corso della procedura, il quale abbia ad oggetto l'esplicita sanatoria dei vizi della comunicazione.

¹⁶⁴ CHIECO P., *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi – Nuova disciplina*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Aggiornamento, vol. VII, 1998.

¹⁶⁵ NATULLO G., *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

¹⁶⁶ LISO F., *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella l. n. 223/91*, in Riv. Giur. Lav. 1993, I op. cit. in NATULLO G. *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

dottrina ha messo in dubbio che debba effettivamente considerarsi obbligo del datore di lavoro fornire tali informazioni già al momento della comunicazione iniziale. Ritiene, infatti, Natullo che la materia in questione, come detta la direttiva, debba essere affrontata dalle parti sociali durante l'esame congiunto e non debba essere "anticipata" nella comunicazione iniziale, evitando, in questo modo, "il rischio che, per problemi formali, l'intera procedura sia successivamente resa inefficace in sede di controllo giudiziario."¹⁶⁷ Mancando, oltretutto, nel nostro ordinamento l'obbligo per il datore di lavoro di predisporre un *piano sociale*¹⁶⁸, ed essendo presente l'istituto previdenziale dell'indennità di mobilità, in passato, ed oggi della NASpI, si deve ritenere sufficiente l'esame di dette misure di accompagnamento nel contesto dell'esame congiunto, che rappresenta la fase centrale della procedura di licenziamento collettivo.

2.2 La comunicazione finale

Una volta conclusasi la procedura, a prescindere dal raggiungimento o meno di un accordo con le rappresentanze sindacali, il datore di lavoro acquisisce la facoltà di intimare i licenziamenti programmati mediante comunicazione scritta a ciascuno dei destinatari, rispettando il termine per il preavviso, ovvero corrispondendo ai lavoratori l'indennità sostitutiva del preavviso. Inoltre, entro sette giorni dall'intimazione dei licenziamenti, il datore di lavoro è tenuto a recapitare al Ministero del Lavoro (o alla Regione) una comunicazione indicante: il nominativo, il luogo di residenza, la qualifica, il livello d'inquadramento, l'età, il carico di famiglia dei lavoratori, nonché l'esposizione puntuale delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta di cui all'art. 5, primo comma, della legge n. 223/1991. Prima dell'intervento della legge n. 92/2012 tale comunicazione doveva essere contestuale alla comunicazione dei recessi, a pena di inefficacia degli stessi, attualmente, invece, il datore di lavoro deve provvedere alla comunicazione finale "entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi"¹⁶⁹; qualora i recessi non venissero comunicati tutti nello stesso momento ai lavoratori, il datore di lavoro ha tempo fino a sette giorni dalla comunicazione del primo licenziamento per inviare la comunicazione alle associazioni di categoria e all'autorità pubblica. Il datore di lavoro potrà, dunque, provvedere alla comunicazione finale prima dell'intimazione dei licenziamenti, contestualmente o entro

¹⁶⁷ NATULLO G. *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.

¹⁶⁸ Esso normalmente prevede misure di formazione, riqualificazione, accompagnamento, al fine di facilitare il riassorbimento e la ricollocazione dei lavoratori.

¹⁶⁹ Art. 1, comma 44, legge 28 giugno 2012, n.92.

sette giorni dall'intimazione del primo recesso. La precedente disposizione prevedendo la contestualità delle due comunicazioni, quella ai sindacati e all'autorità pubblica, e quella ad ogni lavoratore licenziato, risultava eccessivamente ed inutilmente rigida per il datore di lavoro, mentre il termine di sette giorni introdotto dalla riforma Fornero si dimostra più ragionevole, concedendo un lasso di tempo più ampio al datore di lavoro per adempiere ai propri obblighi di comunicazione, ma allo stesso tempo non sufficientemente ampio per permettergli di adattare la giustificazione delle modalità di applicazione dei criteri di scelta alle scelte già compiute. Inoltre, non ne risultano in nessun modo pregiudicati i diritti dei lavoratori i quali avranno a disposizione sessanta giorni dalla ricevuta comunicazione per impugnare il licenziamento: *“questi ha (hanno) dunque un congruo lasso di tempo per esaminare i criteri di scelta applicati dall'imprenditore, valutarne la corretta applicazione e decidere se contestare o meno il provvedimento.”*¹⁷⁰

In merito al contenuto della comunicazione in questione e più precisamente all'esposizione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta, secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario¹⁷¹, il datore di lavoro ha l'obbligo di predisporre ed inserire nella comunicazione una graduatoria, risultante dall'applicazione di tali criteri, contenente i punteggi ottenuti sia dai lavoratori licenziati che da quelli mantenuti in servizio affinché sia i soggetti interessati, sia eventualmente il giudice, possano comparare i lavoratori e controllare la corretta applicazione dei criteri. È pur vero che altra parte della giurisprudenza¹⁷² ha escluso l'onere di formare una graduatoria con tutti i lavoratori impiegati, ma, anch'essa, ritiene che l'indicazione delle modalità di applicazione dei criteri debba consentire ai destinatari di identificare chiaramente i dipendenti licenziati.

*“L'invio della comunicazione assolve la necessaria funzione di rendere pubbliche le ragioni delle scelte dell'imprenditore in quanto rilevanti in una dimensione collettiva e non apprezzabili nell'ambito del singolo rapporto di lavoro”*¹⁷³; solo in questo modo è, infatti,

¹⁷⁰ MARAZZA M., DE FEO D., *I licenziamenti collettivi*, in PERSIANI M., LIEBMAN S. *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, Torino, 2013.

¹⁷¹ Cass. 10 giugno 1999, n. 5718, Cass. 1° aprile 1999, n. 3140, Cass. 8 novembre 2003, n. 16805, Cass. 18 gennaio 2005, n. 880, Cass. 16 dicembre 2009, n. 26373, Cass. 25 agosto 2016, n. 17329, *“la specificità dell'indicazione delle modalità di applicazione del criterio di scelta adottato, così come richiesta dall'art. 4, comma 9, della l. 223/1991, è funzionale a garantire al lavoratore destinatario del provvedimento espulsivo la piena consapevolezza delle ragioni per cui la scelta è caduta su di lui, sì da consentirgli una puntuale contestazione della misura espulsiva”*, Cass. 19 settembre 2016 n. 18306, Cass. 5 dicembre 2019, n. 31835 *“è stato affermato che l'art. 4 co. 9 della legge n. 223 del 1991, secondo cui il datore di lavoro deve dare una “puntuale indicazione” dei criteri di scelta e delle modalità applicative, impone oltre alla individuazione dei criteri con cui selezionare il personale, anche la specificazione del concreto modo di operare degli stessi, in modo che il lavoratore possa comprendere perché lui, e non altri, sia stato destinatario del collocamento in mobilità o del licenziamento collettivo”*.

¹⁷² Cass. 29 dicembre 2004, n. 24116.

¹⁷³ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

possibile non solo verificare l'effettivo rispetto dei criteri di scelta e la regolarità formale della loro applicazione, ma anche la ragionevolezza complessiva della scelta del datore di lavoro.

Mentre nella comunicazione che conclude la fase sindacale di licenziamento collettivo è obbligo del datore di lavoro includere le motivazioni di cui si è sin qui esposto, tale obbligo non vige per il datore di lavoro al momento di intimare il licenziamento a ciascun lavoratore licenziato. La comunicazione ai lavoratori deve avvenire per iscritto a pena di illegittimità, ma essa non deve obbligatoriamente contenere la motivazione del licenziamento poiché si ritiene che i lavoratori possano venirne a conoscenza attraverso le organizzazioni sindacali; sarà, dunque, sufficiente che il datore di lavoro richiami, nella lettera di licenziamento, il licenziamento collettivo. In questa peculiare fattispecie di licenziamento, infatti, come esaminato nel primo capitolo, è la procedura di cui all'art. 4 della legge n. 223 del 1991 a svolgere la funzione di garanzia dei lavoratori, una garanzia assai più forte della semplice motivazione prevista per i licenziamenti individuali.

Allo stesso modo che nel licenziamento individuale, anche nel licenziamento collettivo l'estinzione di ogni singolo rapporto di lavoro si realizza allo scadere del termine di preavviso, durante il corso del quale il rapporto di lavoro e tutte le obbligazioni ad esso connesse proseguono. Anche al licenziamento collettivo, come al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con il quale presenta non poche affinità, si applica il comma secondo dell'art. 2118 c.c. che permette al datore di lavoro di dichiarare immediatamente estinto il rapporto di lavoro corrispondendo al lavoratore licenziato l'indennità sostitutiva del preavviso; da ciò si evince che al mancato rispetto del termine di preavviso non consegue l'illegittimità del licenziamento bensì solamente il sorgere in capo al datore di lavoro dell'obbligo a versare al lavoratore l'indennità menzionata.

Infine, al momento dell'intimazione del licenziamento, il datore di lavoro è tenuto a versare all'INPS, per ogni lavoratore licenziato, un contributo pari al 50% del trattamento mensile iniziale di NASpI per ogni anno di anzianità negli ultimi tre anni, moltiplicato per tre volte se il licenziamento collettivo non sia stato oggetto di accordo con i sindacati.

3. La fase sindacale: procedimentalizzazione e partecipazione

Abbiamo visto come la procedimentalizzazione del potere imprenditoriale nel porre in essere operazioni di riduzione del personale, in seguito all'introduzione della disciplina contenuta nella legge n. 223/1991, costituisca, per i lavoratori, la principale garanzia di controllo

sull'opportunità della scelta del datore di lavoro, nonché il principale strumento per realizzare il giusto contemperamento tra l'interesse datoriale e quello dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro. Si assiste, infatti, ad una *“decisa valorizzazione, se non “centralizzazione”, del ruolo di controllo del sindacato in relazione alle scelte datoriali, operata mediante la predisposizione di una procedura di informazione e consultazione¹⁷⁴ scandita nelle forme, nei tempi e nei contenuti minimi essenziali”¹⁷⁵*, spostandosi in questo modo ex-ante la valutazione della legittimità del licenziamento collettivo, di modo che in sede giurisdizionale potrà essere verificato solamente il corretto svolgimento della procedura legalmente prescritta senza entrare nel merito della decisione del datore di lavoro. Il ricorso alla tecnica procedimentale si deve all'adeguamento della legislazione nazionale al contenuto della direttiva europea, *“la quale ben si colloca, a sua volta, all'interno di un quadro generale del diritto comunitario, caratterizzato da una netta inclinazione verso modelli genericamente definibili come partecipativi”¹⁷⁶*. L'adozione del modello procedurale realizza in questo modo, non solo la limitazione del potere imprenditoriale, ma anche il riconoscimento, nel nostro ordinamento, di un maggior peso alle istanze di tipo partecipativo e collaborativo dei lavoratori.

Sulla base di queste premesse e nonostante l'entrata in vigore della legge n. 223/1991 abbia ridimensionato il ruolo del sindacato rispetto alla precedente disciplina interconfederale, complice la perdita di rappresentatività e l'entrata in crisi del sindacato coincidenti con l'emanazione della suddetta legge, è evidente come la fase sindacale della procedura di licenziamento collettivo rappresenti il momento pregnante dell'intera procedura, dal momento che la stessa autonomia di questa fattispecie di licenziamento è *“rinvenibile proprio nella funzione che in essa svolge l'autonomia collettiva”¹⁷⁷*. Durante tale fase, che *“prende il posto della procedura conciliativa intersindacale prevista per il settore industriale dal glorioso accordo interconfederale del 1965”¹⁷⁸*, i soggetti sindacali, *“sono chiamati, in sostanza, a cogestire la crisi aziendale, anche se non sul piano di una*

¹⁷⁴ L'art. 27 della Carta di Nizza prevede che *“ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali”*.

¹⁷⁵ SALIMBENI M. T., in DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D'URSO F., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006.

¹⁷⁶ DEL PUNTA R., *I licenziamenti collettivi*, in PAPALEONI M., DEL PUNTA R., MARIANI M., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993.

¹⁷⁷ PESSI R., in *Licenziamenti collettivi e mobilità*, Atti delle giornate di studio di Roma 26,27 gennaio 1990, Milano, 1991.

¹⁷⁸ DEL PUNTA R. *I licenziamenti collettivi*, in PAPALEONI M., DEL PUNTA R., MARIANI M., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993.

*codeterminazione tecnicamente intesa*¹⁷⁹” non essendo la decisione finale del datore di lavoro condizionata dal consenso della controparte.

Infatti, come già ricordato, la legge n. 223/1991 fa specifico riferimento a soggetti di natura sindacale, laddove nel testo della Direttiva è usata la più generica espressione “rappresentanze dei lavoratori”, formula che richiama gli organismi unitari a base elettiva tipici dei sistemi c.d. a canale doppio, come quelli francese, tedesco e spagnolo, ma che, fondamentalmente, rifacendosi alla legislazione dei singoli Stati Membri “*si mostra aperta al recepimento di qualunque formula nazionale che definisca il concetto di rappresentanza dei lavoratori*”¹⁸⁰.

Essendo il nostro ordinamento fondato su un sistema di relazioni sindacali c.d. a canale unico, la funzione di rappresentanza dei lavoratori in azienda è svolta da organismi a diretta emanazione sindacale. Sia negli Stati che adottano il sistema c.d. a canale doppio, dei quali prenderemo come parametro di comparazione la Spagna, sia negli Stati che optano per il sistema c.d. a canale unico, come l’Italia, dove storicamente i sindacati hanno assunto un ruolo forte e influente nella scena politico-sociale del paese, il metodo partecipativo ha avuto difficoltà ad affermarsi. Specialmente la partecipazione c.d. forte, quella, cioè, che porta alla codeterminazione delle decisioni imprenditoriali in grado di incidere sull’occupazione, non ha mai trovato spazio, né in Italia, dove il tradizionale assetto delle relazioni industriali ha fatto sì che il conflitto venisse considerato quasi un valore¹⁸¹, né in altri paesi europei, dove al metodo partecipativo è sempre affiancato anche il metodo contrattuale. Tuttavia, nei sistemi c.d. a canale doppio, il ruolo partecipativo e il ruolo negoziale sono affidati a soggetti diversi; se le attribuzioni partecipative sono proprie dell’organismo elettivo, la legittimazione contrattuale è lasciata al sindacato o alla sua istanza rappresentativa.¹⁸² Nel sistema c.d. a canale unico, invece, l’organo titolare sia dei diritti di partecipazione sia della legittimazione negoziale è, come anticipato, il sindacato, in particolare le rappresentanze sindacali presenti a livello aziendale o di unità produttiva, contribuendo ancor meglio a spostare all’interno dell’azienda l’individuazione dei soggetti ammessi al dialogo diretto con il datore di lavoro¹⁸³.

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ GONZALES BIEDMA E., *I licenziamenti per riduzione di personale*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D’ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996.

¹⁸¹ VALLEBONA A., *Conflitto e partecipazione*, in FICARI L., *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, Milano, 2006.

¹⁸² DEL PUNTA R., *Contrattazione e partecipazione*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D’ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996.

¹⁸³ Vedi nota 153.

Entrambi i sistemi adottano strumenti di partecipazione c.d. debole, ovvero, gli obblighi di informazione e consultazione precedentemente analizzati, previsti tassativamente dalla legge nelle ipotesi in cui le operazioni che il datore di lavoro intende realizzare possano incidere direttamente sui livelli occupazionali dell'impresa; dunque la partecipazione dei lavoratori, nel nostro caso del sindacato, alle decisioni imprenditoriali è molto limitata.

Nonostante ciò, a ben guardare, la Direttiva, prevedendo che il datore di lavoro debba consultare tempestivamente i rappresentanti dei lavoratori *“al fine di raggiungere un accordo”*¹⁸⁴, sembra onerare il datore di lavoro di un obbligo di trattare rimarcando in questo modo l'imprescindibilità dello svolgimento della fase sindacale, pur non essendo previsto alcun obbligo di stipulare un accordo, né essendo il consenso del sindacato indispensabile per l'agire dell'imprenditore¹⁸⁵. *“Il “raggiungimento di un accordo” cui fa cenno l'art. 2, non va dunque inteso come un obbligo giuridico; piuttosto è necessario instaurare un dialogo attraverso un meccanismo di proposte e controproposte, dirette, di norma, a promuovere il confronto diretto fra le parti sociali”*¹⁸⁶, superando, così, l'ipotesi che vedeva la fase sindacale risolversi in un mero parere scritto reso dai sindacati in risposta all'informativa scritta proveniente dal datore di lavoro, poiché solamente attraverso un dialogo simultaneo tra le parti è possibile creare le condizioni per il raggiungimento di un accordo. Più di recente, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta chiarendo l'intenzione del legislatore europeo, che avrebbe inteso sancire un vero e proprio obbligo a trattare¹⁸⁷.

La centralità che riveste la consultazione sindacale nella disciplina del licenziamento collettivo è, dunque, espressione per tutti gli ordinamenti europei dell'apertura alla partecipazione dei lavoratori nella gestione delle vicende più delicate dell'impresa, e tuttavia riflette al tempo stesso la crisi del sistema contrattuale e l'abbandono di quella ideologia che vedeva il conflitto fra le parti sociali come un valore. Oggi, il valore della pace sociale prevale sul conflitto e, nonostante non vi sia posto nel nostro ordinamento per una

¹⁸⁴ Art. 2, Direttiva 75/129/CEE.

¹⁸⁵ IANNIRUBERTO G., *Gli effetti dell'omessa indicazione dei criteri di scelta sulla legittimità dei licenziamenti collettivi*, Rivista nuova di diritto del lavoro, n. 2/2019 *“Si è osservato allora che la procedura di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori è “evento strutturale e fisiologico nella gestione dell'impresa” e che, pertanto, da un lato il legislatore non può introdurre limiti di carattere sostanziale e, quindi, circoscrivere nel merito le decisioni organizzative del datore di lavoro, dall'altro, però, può assegnare ai vincoli di tipo procedurale la funzione di tutelare l'occupazione e di attutire l'impatto della crisi dell'impresa. Questi vincoli, del resto, costituiscono il contrappeso della libertà di iniziativa economica del datore di lavoro, tant'è che sono elevati al rango di diritti fondamentali dell'Unione. Il negoziato, in sintesi, non costituisce mero adempimento formale, ma assume una rilevanza centrale, tutt'altro che priva di connotati sostanziali”*.

¹⁸⁶ GONZALES BIEDMA E., *I licenziamenti per riduzione di personale*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996.

¹⁸⁷ CGUE, 27 gennaio 2005, C-188/03.

codeterminazione dell'attività d'impresa, ciò ha fatto sì che i sindacati abbiano perso la propria forza rappresentativa contemporaneamente acquistando un ruolo più istituzionalizzato. Le stesse imprese puntano, piuttosto, *“al ripristino di relazioni dirette con il personale, per coinvolgerlo più attivamente nel perseguimento degli obiettivi dell'impresa”*¹⁸⁸; a tal fine, potrebbe essere più proficuo coinvolgere in procedure come quella di licenziamento collettivo i rappresentanti direttamente eletti dai lavoratori, come avviene nei sistemi c.d. a canale doppio, i quali risulterebbero maggiormente rappresentativi degli interessi dei lavoratori impiegati nell'impresa, dunque interessati dalla riduzione di personale, e privi di condizionamenti esterni nella determinazione delle proprie posizioni durante la trattativa.

4. L'esame congiunto e l'accordo sindacale

4.1 L'esame congiunto

L'esame congiunto, rappresenta, dunque, la fase centrale della procedura, nonostante la giurisprudenza sembri avergli riservato un ruolo secondario rispetto alla fase delle comunicazioni¹⁸⁹. *“È nel momento dell'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”*¹⁹⁰. L'apertura dell'esame congiunto è subordinata alla richiesta delle rappresentanze sindacali, che deve giungere al datore di lavoro entro sette giorni dalla comunicazione datoriale iniziale; secondo parte della dottrina¹⁹¹, non essendo tale termine previsto a pena di inammissibilità, il sindacato avrebbe facoltà di presentare richiesta di esame congiunto anche oltre tale termine, purché entro il termine di quarantacinque giorni previsto per l'esaurimento della fase sindacale. Si può fin da subito rilevare come la trattativa sia rimessa alla volontà del sindacato *“il quale potrebbe non ritenere utile o opportuno richiedere l'esame congiunto previsto dal comma 5 dell'art.*

¹⁸⁸ DEL PUNTA R., *Contrattazione e partecipazione*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996.

¹⁸⁹ SALIMBENI M.T., in DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D'URSO F., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ DEL PUNTA R., *Contrattazione e partecipazione*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996.

4, legge n. 223/1991”¹⁹². Rispetto all’obbligo per il datore di lavoro a trattare “*in merito alle cause dell’eccedenza nonché alle situazioni alternative ai licenziamenti ove possibili e, nel caso in cui la riduzione di personale sia inevitabile, in merito alle misure sociali di accompagnamento*”¹⁹³, è pacifico che, non solo l’imprenditore, ma anche le parti sindacali siano tenute a confrontarsi nel rispetto dei principi di buona fede¹⁹⁴ e correttezza. Per quanto riguarda la parte datoriale, nel tempo, la dottrina ha assunto posizioni che differiscono “*per l’intensità dell’impegno a carico del datore di lavoro*”¹⁹⁵: da un lato, vi è chi ha considerato sussistere un obbligo di ricorrere ai licenziamenti collettivi come *extrema ratio*, rendendo così illegittimo l’immotivato rifiuto delle soluzioni alternative proposte dal sindacato; dall’altro, configurandosi, invece, un mero obbligo alla consultazione, cioè a rendersi disponibile ad ascoltare passivamente l’opinione del sindacato, limitandosi l’apporto partecipativo a compiere “*quanto necessario affinché la controparte sindacale sia messa in grado di esercitare adeguatamente il suo contropotere*”¹⁹⁶. “*Nel mezzo si colloca la posizione, condivisibile, di chi nel rispetto dell’autonomia decisionale dell’imprenditore, ma superando anche i limiti di una configurazione meramente consultiva dell’impegno datoriale, afferma l’esistenza di un obbligo a trattare nel rispetto del principio di buona fede*”¹⁹⁷, inteso quest’ultimo come dovere di corretta informazione della controparte, di non assumere i provvedimenti programmati prima di aver trattato e di non rifiutare immotivatamente le valide proposte alternative¹⁹⁸.

Il sindacato, dal canto suo, sarà tenuto ad adottare un comportamento coerente con l’intenzione di trattare e raggiungere, ove possibile, un accordo che concili gli interessi contrapposti. Il legislatore ha attribuito al sindacato diverse risorse negoziali: innanzi tutto, il sindacato ha a suo favore il fattore temporale, dal momento che il raggiungimento dell’accordo permette di chiudere la procedura anche prima del termine di settantacinque giorni previsti per legge (art. 4, comma 9), ed anche il fattore del risparmio di oneri sociali, poiché il legislatore ha previsto che gli oneri economici che ricadono sull’impresa siano

¹⁹² SALIMBENI M.T., in DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D’URSO F., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006.

¹⁹³ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

¹⁹⁴ LAMBERTUCCI P., in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro pubblico e privato*, a cura di SANTORO PASSARELLI G., Milano, 2006.

¹⁹⁵ SALIMBENI M.T., in DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D’URSO F., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006.

¹⁹⁶ CARABELLI U., *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1994, n.62, 213 ss.

¹⁹⁷ SALIMBENI M.T., in DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D’URSO F., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, Cass. n. 18177 del 10 agosto 2009.

¹⁹⁸ Dal dovere di non rifiutare immotivatamente le pur ragionevoli proposte alternative del sindacato nasce il rischio che il controllo giudiziale sulla mancata motivazione del rifiuto si estenda a valutare anche il rifiuto in se stesso e dunque a sindacare nel merito l’opportunità delle scelte datoriali.

dimezzati nel caso in cui l'operazione di licenziamento collettivo si basi sull'intesa raggiunta con i sindacati. Le rappresentanze sindacali possono altresì proporre un'ampia gamma di misure sostitutive dei licenziamenti, tra le quali: i già ricordati contratti di solidarietà¹⁹⁹, le riduzioni di orario, i distacchi²⁰⁰, i mutamenti di mansioni, anche nel senso dell'assegnazione a mansioni inferiori²⁰¹. È concesso altresì al sindacato di servirsi di esperti che gli forniscano le competenze tecniche necessarie per affrontare il confronto con il datore di lavoro senza soggezione, ma tale norma, contenuta nella direttiva europea, è sminuita dal fatto che il costo di tali esperti è posto a carico delle stesse rappresentanze sindacali²⁰².

Oltre alle possibili misure alternative al licenziamento, formano parte della trattativa anche le *“misure sociali di accompagnamento intese a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati”*²⁰³; con quest'espressione il legislatore europeo non pone in capo alle parti l'obbligo di adottare un *Sozialplan* - misura tipica dell'ordinamento tedesco, ma ne prevede la mera possibilità, accettandosi, così, anche il ricorso a misure di gran lunga meno efficaci.

Il confronto tra le parti che avviene nell'esame congiunto è finalizzato, come anticipato, al raggiungimento, seppur solo eventuale, di un accordo. Anche l'accordo, così come la trattativa, dipende in gran parte dalla volontà del sindacato: *“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 di scelta, anche, delle modalità d'intervento e degli strumenti da utilizzare per il raggiungimento di una soluzione più vicina possibile agli interessi dei lavoratori coinvolti”*²⁰⁴. Dunque, anche le scelte operate dal sindacato durante l'esame congiunto devono considerarsi libere da sindacato giudiziale nel merito della loro legittimità, poiché il sindacato è ritenuto dal legislatore, l'unico titolare del potere di negoziazione con il datore di lavoro.

L'accordo (eventualmente) raggiunto all'esito dell'esame congiunto *“essendo stipulato nell'esercizio di un potere attribuito dalla legge, manifesta un'efficacia per tutti i lavoratori interessati, a prescindere dalla loro affiliazione alle organizzazioni sindacali stipulanti”*²⁰⁵;

¹⁹⁹ Vedi Cap I, par. 3.

²⁰⁰ In questo particolare caso di distacco si deroga all'elemento essenziale costituito dall'interesse del distaccante al distacco, sostituendolo con l'interesse dei lavoratori a non essere licenziati o con l'interesse pubblico al mantenimento dei livelli occupazionali.

²⁰¹ La Corte di Cassazione, con sentenza 7 settembre 2000, n. 11806 ha avallato anche l'attribuzione delle mansioni dell'operaio all'impiegato.

²⁰² DEL PUNTA R., *Contrattazione e partecipazione*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996.

²⁰³ Art. 1 d.lgs. n. 151/1997 che riproduce la lettera della direttiva 129/75/CEE.

²⁰⁴ SALIMBENI M.T., in DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D'URSO F., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006.

²⁰⁵ LAMBERTUCCI P., in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro pubblico e privato*, a cura di SANTORO PASSARELLI G., Milano, 2006.

si tratta infatti di un contratto collettivo c.d. gestionale, come tale sottratto all'applicazione dell'art. 39 Cost; esso è valido anche se stipulato solamente con alcuni dei sindacati presenti in azienda, finanche con una sola sigla sindacale, purché rappresentativa della maggioranza del personale della stessa.

Quando l'operazione di licenziamento collettivo si basa sull'accordo con i sindacati quest'ultimo deve necessariamente indicare i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, dei quali tratterà più dettagliatamente il paragrafo successivo.

Recentemente, all'esito delle riforme del 2012 e del 2015, non è mancato chi ha rilevato che *“né il legislatore, né le parti sociali e, infine, nemmeno i giudici abbiano preso troppo sul serio il confronto sindacale, prefigurato nella disciplina sui licenziamenti collettivi”*²⁰⁶. In effetti, come esaminato nel primo capitolo, la riforma Fornero ha sminuito la garanzia della procedimentalizzazione prevedendo come tutela a fronte dei vizi della procedura la mera indennità risarcitoria, compresa tra 12 e 24 mensilità²⁰⁷; vi è dunque chi dubita che tale sanzione possa essere sufficientemente dissuasiva per il datore di lavoro. Viene altresì portato all'attenzione il ridotto numero di pronunce per condotta antisindacale del datore di lavoro, deducendone che il sindacato non abbia colto l'occasione dell'esame congiunto per cogestire le operazioni di ristrutturazione aziendale, *“il cui presupposto è un atteggiamento datoriale leale e aperto al dialogo senza posizioni precostituite”*²⁰⁸. La maggior parte delle pronunce giurisprudenziali che riguardano il corretto svolgimento della fase sindacale della procedura di licenziamento collettivo ha ad oggetto la contestazione della totale omissione della fase di esame congiunto; solo raramente i sindacati, procedendo ex art. 28 St. Lav. hanno contestato il carattere antisindacale del comportamento del datore di lavoro che pur osservando formalmente le norme procedurali, non aveva mostrato *“reale disponibilità all'esame congiunto”*, rivolgendo *“alle organizzazioni sindacali competenti informazioni insufficienti e generiche”*²⁰⁹. Al progressivo indebolimento da parte del legislatore del ruolo del sindacato nella procedura di licenziamento collettivo non ha fatto da contrappeso la giurisprudenza che ha offerto ampia e rigorosa tutela ai singoli lavoratori, vittime di licenziamenti collettivi affetti da vizi procedurali e delle comunicazioni, ma non ha riconosciuto mezzi di tutela altrettanto efficaci alle organizzazioni sindacali, arrivando finanche a ritenere che *“sarebbe [...] inconcepibile ipotizzare che il sindacato possa ottenere, nella fattispecie, una tutela addirittura superiore a quella cui potrebbero ambire i*

²⁰⁶ CORTI M., *Partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi*, JUS- ONLINE 1/2019.

²⁰⁷ Ulteriormente ridotta a 4 mensilità con l'entrata in vigore del Jobs Act e poi riampliata dal Decreto Dignità che l'ha prevista in misura compresa tra 6 e 36 mensilità.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ P. Milano, 25 marzo 1994.

singoli dipendenti”²¹⁰. Specialmente nelle ipotesi, come quella oggetto di questo elaborato, in cui il legislatore ha dotato il sindacato di strumenti partecipativi, quali sono gli obblighi di informazione e consultazione, le rappresentanze sindacali fanno valere un interesse collettivo proprio che non è costituito dalla somma degli interessi dei singoli lavoratori, ma che può essere tutelato dal sindacato attraverso il ricorso ex art. 28 St. Lav.

Di fronte all’ormai conclamato tramonto delle relazioni industriali basate sul conflitto l’introduzione degli strumenti partecipativi nel nostro ordinamento si è dimostrata ad oggi piuttosto fallimentare, non essendo stato capace il legislatore di *“favorire la creazione di un modello di coinvolgimento dei lavoratori basato sul rispetto di regole chiare e non sulla buona volontà degli attori del momento”*²¹¹. Pur tuttavia, parte della dottrina ritiene che sia ora più che mai necessario rafforzare la disciplina legislativa della partecipazione, consentendo al sindacato un’effettiva influenza sulle decisioni aziendali, ritenendo che un tale intervento *“potrebbe contribuire ad affrontare in modo più efficace e condiviso le enormi sfide che si prospettano nella transizione ai modelli produttivi della cd. industria 4.0”*²¹².

A tal proposito, ci si domanda se, in particolare nelle realtà aziendali in cui non sono presenti rappresentanze sindacali di diretta elezione dei dipendenti dell’impresa (r.s.u.), non sarebbe preferibile disciplinare istituti partecipativi in capo ad organismi di rappresentanza direttamente eletti dai lavoratori, non dissimili da quelli esistenti dei sistemi c.d. a canale doppio. Essendo l’accordo di licenziamento collettivo un contratto collettivo gestionale, come tale applicabile erga omnes, dunque anche ai lavoratori che non appartengono ai sindacati che sottoscrivono l’accordo, questi ultimi potrebbero vedere più efficacemente tutelati i propri interessi da organismi direttamente eletti a livello aziendale. Se è vero che il numero di lavoratori aderenti ai sindacati è in decrescita e che la tutela dei lavoratori sta virando verso una dimensione sempre più individuale, l’attribuzione di strumenti partecipativi ad organi quanto più possibile vicini all’organico dell’impresa potrebbe salvaguardare la dimensione collettiva delle relazioni industriali.

²¹⁰ Tribunale di Roma, decreto 11 febbraio 2016.

²¹¹ CORTI M., *Partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi*, JUS- ONLINE 1/2019.

²¹² Ibidem.

4.2 L'eventuale fase amministrativa

Come anticipato, non vi è alcun obbligo per il datore di lavoro di sottoscrivere un accordo con i sindacati prima di procedere all'irrogazione dei licenziamenti. Ciononostante, la direttiva CEE del 1975 prevede l'eventualità di una seconda fase della procedura caratterizzata dall'intervento di un soggetto pubblico in funzione di mediatore. Tale soggetto di diritto pubblico, oggi costituito dall'amministrazione regionale competente, nel cui territorio sono ubicate le unità produttive interessate dai licenziamenti, e dal Ministero del Lavoro per le procedure di licenziamento collettivo che interessano unità produttive dislocate su tutto il territorio nazionale, è destinatario dell'anzidetta comunicazione finale, mediante la quale viene a conoscenza dell'esito negativo della procedura conciliativa e dei motivi di tale esito. L'amministrazione che riceve la suddetta comunicazione è tenuta a convocare le parti per un ulteriore esame delle materie già oggetto del confronto sindacale che dovrà concludersi in 30 giorni.

“La previsione di una mediazione istituzionale ha nuovamente lo scopo di raggiungere un accordo favorito dalla terzietà dell'organismo pubblico”²¹³, dunque il ruolo di tale organismo non sarà “limitato a favorire l'incontro delle parti, magari registrandone passivamente la reciproca lontananza, ma dovrà assumere un ruolo più attivo”²¹⁴ come vuole la norma “anche formulando proposte per la realizzazione di un accordo”.

Anche l'accordo stipulato in questa sede tra le parti sociali gode della stessa efficacia degli accordi sottoscritti in sede di esame congiunto. Oggetto dell'accordo potranno essere anche in questo caso sia le soluzioni alternative al recesso del datore di lavoro, sia i criteri di scelta applicabili per la determinazione dei lavoratori da licenziare, sia infine le misure sociali di accompagnamento alla disoccupazione. Il livello contrattuale competente a negoziare l'accordo, in sede amministrativa come di esame congiunto, è sia quello nazionale che quello aziendale.

²¹³ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

²¹⁴ DEL PUNTA R., *I licenziamenti collettivi*, in PAPALEONI M., DEL PUNTA R., MARIANI M., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993.

5. Criteri di selezione dei lavoratori

Nei casi in cui, al termine dell'esame congiunto o dell'eventuale fase di mediazione amministrativa, la prospettiva dei licenziamenti appare inevitabile, o solo parzialmente evitabile, il datore di lavoro potrà procedere a selezionare i lavoratori da licenziare. La scelta del datore di lavoro, a prescindere da che abbia raggiunto o meno un accordo con il sindacato, non è del tutto libera; l'autonomia imprenditoriale è infatti vincolata, non solo all'osservanza dei criteri di scelta contrattuali o legali, ma anche al rispetto dei divieti di discriminazione. Il primo di essi è il divieto, sancito dall'art. 15 St. Lav., di licenziamento per motivi di discriminazione diretta ed indiretta. Un ulteriore divieto di discriminazione è posto a tutela dei lavoratori appartenenti alle categorie protette, soggetti alla disciplina del collocamento obbligatorio; esso è contenuto nell'art. 10, comma 4, della legge n. 68/1999, il quale prevede che *“il licenziamento per riduzione di personale [...] esercitato nei confronti del lavoratore occupato obbligatoriamente (è annullabile) qualora, nel momento della cessazione del rapporto, il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla quota di riserva prevista all'articolo 3 della presente legge”*. Quest'ultima disposizione inoltre prevede che per tutta la durata della procedura di licenziamento collettivo e finché il lavoratore licenziato per ultimo ha diritto alla riassunzione, ovvero, entro sei mesi dalla data dell'ultimo licenziamento, il collocamento dei lavoratori iscritti nelle liste delle categorie protette rimane sospeso²¹⁵.

A tutela dell'occupazione femminile è invece previsto, a pena di nullità, nell'ultimo periodo dell'art. 5, comma 2, che l'imprenditore non possa licenziare una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione. L'operazione di licenziamento collettivo dovrà riguardare, dunque, un numero di lavoratori e di lavoratrici corrispondente al rapporto proporzionale tra addetti di sesso maschile e femminile adibiti alla mansione nella quale si verifica l'esubero: in questo modo si evita *“che la riduzione di personale possa avere conseguenze diseguali tra lavoratori e lavoratrici”*²¹⁶, mantenendo così l'equilibrio proporzionale esistente tra lavoratori e lavoratrici²¹⁷. È inoltre vietato al datore di lavoro coinvolgere nella procedura di licenziamento collettivo le lavoratrici durante il periodo di

²¹⁵ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

²¹⁶ LAMBERTUCCI P., in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro pubblico e privato*, a cura di SANTORO PASSARELLI G., Milano, 2006.

²¹⁷ Recentemente, Cass. 24 maggio 2019, ord. n.14254.

congedo per maternità o per matrimonio²¹⁸, salvo il caso di cessazione dell'attività dell'intera azienda.

5.1 I criteri di scelta di origine contrattuale

L'art. 5 della legge n. 223/1991, coerentemente con la finalità di attribuire un peso rilevante al ruolo del sindacato nella procedura di riduzione del personale, privilegia la definizione dei criteri di scelta con accordo sindacale. La determinazione pattizia dei criteri di scelta non è, tuttavia, priva di vincoli per le parti sociali. Nel 1994, con sentenza n. 268, la Corte Costituzionale ha subordinato tale determinazione al principio di razionalità *“alla stregua del quale i criteri concordati devono avere i caratteri dell'obiettività e della generalità e devono essere coerenti col fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori”*²¹⁹. La Corte coglie l'occasione per sottolineare come anche i criteri legali possano rilevare tra i parametri di ragionevolezza e razionalità per valutare i criteri negoziali, in quanto essi *“riproducono criteri tradizionalmente praticati nei rapporti collettivi connessi ai licenziamenti per riduzione del personale nel settore dell'industria, sicché lo scostamento da essi deve essere giustificato”*²²⁰. L'aver previsto un controllo sulla razionalità delle scelte contrattuali ha rappresentato per i sostenitori dell'autonomia delle parti sociali un'eccessiva ingerenza nel merito delle scelte e delle dinamiche di esame congiunto, che sono valutabili e apprezzabili solamente dagli attori sindacali²²¹. Non sono mancate, dunque, critiche radicali sulla pronuncia della Corte Costituzionale che hanno ritenuto escluso qualsiasi controllo di ragionevolezza sulle scelte contrattuali. Tuttavia, le pronunce della giurisprudenza di legittimità hanno assunto posizioni differenziate: alcune volte rinvenendo la razionalità nei caratteri di generalità, astrattezza ed oggettività dei criteri di scelta, altre volte nella loro coerenza con i motivi della riduzione di personale, altre volte ancora nella capacità degli stessi di alleviare quanto più possibile il sacrificio sociale dei lavoratori²²². Dalla pluralità di posizioni assunte dalla Corte di Cassazione emerge l'ambiguità della pronuncia della Corte Costituzionale, della quale l'aspetto più oscuro risulta la correlazione tra razionalità dei

²¹⁸ C. Cost. 10 febbraio 1993, n. 46.

²¹⁹ C. Cost. 30 giugno 1994, n. 268.

²²⁰ Ibidem.

²²¹ SALIMBENI M.T., in DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D'URSO F., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006.

²²² Cass. 24 aprile 1999, n. 4097; Cass. 11 maggio 1999, n. 4666; Cass. 9 settembre 2000, n. 11875, *“appare immune da vizi logici il ragionamento del tribunale, secondo cui il criterio del prepensionamento contrattualmente individuato corrisponde a razionalità, anche considerando il sacrificio dei lavoratori a bassa contribuzione”*.

criteri di scelta e la coerenza di questi con la finalità della procedura di licenziamento collettivo, dal momento che la Corte Costituzionale non chiarisce quale sia il fine della legge n. 223/1991. Una prima giurisprudenza di legittimità²²³ ha ritenuto che tale coerenza sia da rintracciarsi nel nesso causale che permette di adattare i criteri di individuazione del personale alle concrete esigenze tecniche, organizzative e produttive dell'impresa che hanno portato all'avvio della procedura di licenziamento collettivo.

In dottrina, invece, l'opinione maggioritaria è quella che ravvisa la *ratio* della suddetta legge nel contemperamento tra l'interesse imprenditoriale e gli interessi dei dipendenti, che porta all'assunzione di una decisione concordata, di modo che il sindacato possa in un primo momento limitare l'incidenza negativa della scelta datoriale, soprattutto in termini quantitativi, sui dipendenti e, successivamente, al momento della definizione dei criteri di selezione dei licenziandi, tutelare i lavoratori più deboli. *“Se quindi la ragionevolezza dei criteri contrattuali va correlata al suddetto obiettivo essa andrà ravvisata nell'idoneità a distribuire equamente il sacrificio tra i lavoratori possibili destinatari del provvedimento espulsivo senza, nel contempo, vanificare le sottostanti ragioni aziendali”*²²⁴. Dunque, non sarà necessario che i lavoratori scelti per il licenziamento corrispondano, in un'ottica meramente imprenditoriale, a quelli adibiti alle attività o all'unità produttiva oggetto della ristrutturazione o interessate dalla crisi, bensì, la selezione dei lavoratori dovrà rispondere ad esigenze di tutela e salvaguardia dei lavoratori che incontrerebbero più difficoltà di ricollocamento sul mercato del lavoro. Coerentemente con questa ricostruzione della ragionevolezza in termini di “minor sacrificio”²²⁵ è ormai pacificamente accolto in giurisprudenza il ricorso al criterio contrattuale della maggiore anzianità contributiva o anagrafica connessa alla possibilità di fruire del c.d. prepensionamento, *“nel caso di specie il male minore è costituito dall'accesso alla prestazione pensionistica”*²²⁶.

Le parti sociali possono accordarsi sia su criteri di scelta che specificano i criteri di scelta previsti dal legislatore o, come nel caso della pensionabilità, adottare criteri differenti, anche antitetici rispetto a quelli previsti dalla legge (vedi il caso di anzianità e pensionabilità), purché i criteri convenzionali rispettino i requisiti, previsti dalla Corte Costituzionale, a cui

²²³ Cass. 11 maggio 1999, n. 4666.

²²⁴ SALIMBENI M.T., in DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D'URSO F., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006.

²²⁵ Cass. 20 marzo 2013, n. 6959, *“alla stregua del quale i criteri concordati – oltre a dover essere coerenti con il fine della mobilità dei lavoratori – devono avere i caratteri della obiettività e della generalità, operando senza discriminazioni tra i dipendenti, cercando di ridurre al minimo il cosiddetto impatto sociale, e scegliendo, nei limiti in cui ciò sia consentito dalle esigenze oggettive a fondamento della riduzione del personale, di espellere i lavoratori che, per vari motivi, anche personali, subiscono ragionevolmente un danno comparativamente minore”*.

²²⁶ Cass. 9 settembre 2000, n. 11875.

si è fatto cenno. L'accordo sindacale può anche selezionare un solo criterio di scelta, sia esso uno di quelli individuati dalla legge, come nel caso delle esigenze tecniche e produttive²²⁷, privilegiandolo rispetto ai c.d. criteri sociali, sia esso un criterio di matrice negoziale, come nel caso della prossimità al pensionamento, fintantoché lo stesso consenta di *“formare una graduatoria rigida, e quindi di essere applicato e controllato senza alcun margine di discrezionalità”*²²⁸, cosicché il lavoratore sia posto in grado *“di percepire perché lui, e non altri dipendenti, sia stato destinatario del licenziamento collettivo, al fine eventuale di contestare la legittimità della misura espulsiva”*²²⁹. I due criteri sopra menzionati, quello delle esigenze tecniche e produttive e quello della prossimità al pensionamento, sono quelli che hanno destato maggiori dubbi interpretativi circa la validità di accordi sindacali che prevedano come parametro selettivo unicamente l'uno o l'altro criterio.

Con riferimento alla scelta negoziale di applicare il solo criterio, di origine legale, delle esigenze tecniche, organizzative e produttive, esso *“anche se concordato con le organizzazioni sindacali, non sopporta formulazioni generiche, tali da non consentire un controllo effettivo e oggettivo delle singole posizioni lavorative e una loro comparazione al fine di una scelta improntata a razionalità e non a, sempre possibili, condotte discriminatorie o prive di qualsiasi sostegno logico-giuridico”*²³⁰. Esso è infatti *“autoapplicativo”* solo nell'ipotesi in cui tali esigenze risultino nell'eliminazione di mansioni infungibili svolte da un unico lavoratore e quando l'ambito di attuazione della riduzione di personale riguarda un solo reparto od unità produttiva, con previsione del licenziamento per tutti gli addetti dello stesso²³¹ qualora *“sia costoro sia gli addetti ai restanti reparti siano portatori di specifiche professionalità non omogenee che ne rendono impraticabile in radice qualsiasi comparazione”*²³². Il criterio in questione può altresì essere utilizzato come parametro per verificare la scelta basata su altri criteri nel caso in cui residui uno spazio di discrezionalità datoriale.

In merito al criterio di prossimità al pensionamento, invece, la Corte di Cassazione ha ritenuto legittimo tale criterio sotto il profilo della razionalità, non rilevando la mancanza di distinzione tra pensione di vecchiaia e di anzianità²³³. Esso può rappresentare, come anticipato, anche l'unico criterio di selezione dei lavoratori sempre che consenta di

²²⁷ Cass. 24 marzo 1999, n. 3133; Cass. 10 giugno 1999, n. 5718.

²²⁸ Cass. 2 marzo 1999, n. 176.

²²⁹ Cass. 8 novembre 2007, n. 23275.

²³⁰ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

²³¹ SALIMBENI M.T., in DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D'URSO F., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006.

²³² Cass. 15 febbraio 2001, n. 2188.

²³³ Cass. 22 marzo 2001, n. 4140.

individuare i dipendenti da licenziare, in caso contrario, qualora si rivelasse insufficiente e non fosse combinato con altro criterio di selezione interna, sarebbe illegittimo²³⁴. Se, tuttavia, si manifestasse l'occasione di mantenere in servizio alcuni lavoratori in possesso dei requisiti per il prepensionamento, il criterio di scelta in questione non sarà automaticamente illegittimo o pretestuoso, ma bisognerà valutare se il margine di discrezionalità lasciato alla parte datoriale non sia stato abusato dalla stessa violando il divieto di discriminazione e i principi di correttezza e buona fede²³⁵. A tal proposito, la Corte di Cassazione ha ribadito come il criterio della pensionabilità, per raggiungere *“con l'obiettivo della “riduzione del danno” o “male minore” quello della “trasparenza delle scelte aziendali” non può che essere adottato nell'ambito di una comparazione dei lavoratori “fungibili”*”²³⁶. In caso contrario, lo stesso criterio sarebbe usato a fini meramente discriminatori e contrari alla buona fede e alla correttezza. Per raggiungere da un lato l'imparzialità della procedura di licenziamento collettivo e dall'altro la riduzione al minimo dell'impatto sociale, è necessario che il criterio, di carattere personale, della prossimità al pensionamento non sia applicato indiscriminatamente a tutto l'organico dell'impresa ma solo a *“quei lavoratori che in reazione all'attività da loro svolta ed in connessione con i “motivi tecnici, organizzativi e produttivi”, sono in effetti obiettivamente necessari per eliminare la “eccedenza di personale”*”, in modo tale che, fra questi, saranno licenziati i lavoratori che subiranno il danno “sociale” comparativamente minore. Coloro che sono prossimi alla pensione, infatti, tramite il prepensionamento accedono al trattamento di quiescenza, senza perdere stabilità economica, mentre coloro che non posseggono i requisiti necessari per accedere al trattamento pensionistico subirebbero un danno maggiore dalla perdita del posto di lavoro.

Ulteriore criterio di scelta di fonte contrattuale, ormai unanimemente considerato illegittimo dalla giurisprudenza, è quello che seleziona per il licenziamento i lavoratori precedentemente posti in cassa integrazione. È da considerarsi illegittimo, innanzitutto perché la scelta dei lavoratori da licenziare deve necessariamente riferirsi all'intera forza lavoro ed inoltre poiché le esigenze poste alla base della CIGS e del licenziamento collettivo non sono omogenee; infine, il criterio in questione non è dotato dei necessari caratteri di generalità e astrattezza, risultando dunque discriminatorio.

È infine ammesso dalla giurisprudenza l'accesso volontario alla mobilità. Non avendo i sindacati la disponibilità dei diritti dei lavoratori derivanti da norme inderogabili, la

²³⁴ Cass. 2 settembre 2003, n. 12781.

²³⁵ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

²³⁶ Cass. 20 marzo, 2013, n. 6959.

definizione della procedura di licenziamento collettivo sarà, in tal caso, accompagnata da una serie di accordi individuali, mediante i quali, tuttavia, il dipendente non rinuncia per mezzo del solo consenso alla possibilità di impugnare il licenziamento, ma la rinuncia all'impugnativa può essere oggetto dell'accordo, sovente a fronte di somme a titolo di incentivo all'esodo o misure di *outplacement*. Infatti, l'istituto del licenziamento collettivo rimane una modalità di risoluzione del rapporto di lavoro di iniziativa unilaterale del datore di lavoro.

I criteri di scelta concordati con le organizzazioni sindacali non possono essere disattesi o modificati dal datore di lavoro, per il quale l'accordo sindacale, una volta stipulato, è vincolante.

Nei primi anni dalla sua entrata in vigore ci si è domandati a quale contratto collettivo si riferisse la legge n. 223/1991, nel disposto degli artt. 4 e 5, come fonte dei criteri negoziali di scelta; dal momento che le due disposizioni utilizzano termini diversi: nell'art. 4, infatti, si fa riferimento all'accordo stipulato a conclusione della procedura, mentre nell'art. 5 si fa riferimento ai "*criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2*". Una prima interpretazione riteneva che i criteri di scelta potessero essere pattuiti anche attraverso dei contratti collettivi aziendali di tipo normativo, dotati dei caratteri di generalità ed astrattezza, non precludendo la qualifica di "gestionale", attribuita dalla Corte Costituzionale agli accordi che definiscono i criteri di scelta, il carattere normativo dei contratti di livello aziendale. Tuttavia, questa ricostruzione non convince, dal momento che, se il legislatore avesse inteso riferirsi non già agli accordi conclusivi della procedura di mobilità, "*ma bensì a contratti generali e astratti stipulati a prescindere da una specifica situazione concreta, non avrebbe avuto alcun senso attribuire ai sindacati il compito di stabilire criteri di selezione diversi da quelli legali: i criteri così fissati avrebbero, infatti, i medesimi caratteri di generalità ed astrattezza già garantiti dalla previsione legale*"²³⁷. Il chiaro intento del legislatore è, invece, quello di privilegiare l'accordo conclusivo della fase di consultazione sindacale in virtù della sua prossimità all'operazione di riduzione di personale, rappresentando esso lo strumento più efficace per realizzare il razionale contemperamento degli interessi in gioco. Tale pregio dell'accordo sindacale è stato sottolineato dalla Corte Costituzionale, nella già citata sentenza n. 268/1994, la quale nell'affermare la sussidiarietà dei criteri legali di scelta rispetto a quelli di fonte negoziale ha valorizzato come essa "*risponde all'esigenza di adattamento dei criteri*

²³⁷ SALIMBENI M.T., in DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D'URSO F., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006.

di individuazione del personale in soprannumero alle condizioni concrete dei processi di ristrutturazione aziendale”²³⁸.

Quanto all’efficacia di tale accordo, abbiamo visto che esso si applica a tutti i lavoratori coinvolti nella riduzione di personale indipendentemente dalla loro affiliazione ai sindacati stipulanti. Esso è efficace solamente in via indiretta nei confronti dei singoli lavoratori in quanto il datore di lavoro è vincolato all’osservanza dei criteri di scelta ivi pattuiti; in caso di mancato rispetto di tale vincolo ciascun singolo lavoratore potrà impugnare l’atto di recesso per violazione dei criteri di scelta. Tuttavia, larga parte della dottrina ha criticato la distinzione operata dalla Corte Costituzionale tra contratti normativi e contratti gestionali (o di procedimentalizzazione), ritenendo che *“l’attitudine a limitare i poteri datoriali è propria di tutti i contratti collettivi”*²³⁹. Si tratterebbe in definitiva di *“un escamotage per aggirare il problema dell’efficacia generale del contratto collettivo”*²⁴⁰, che, secondo i sostenitori di questa tesi, si potrebbe altrimenti risolvere considerando che *“il meccanismo costituzionale dell’art. 39, seconda parte, non riguarda il contratto collettivo di livello aziendale, ma solo quello nazionale di categoria”*²⁴¹.

5.2 I criteri legali di scelta

Qualora le parti non siano giunte ad un accordo sul criterio da utilizzare nella scelta dei lavoratori da licenziare, il potere discrezionale del datore di lavoro non è comunque libero, esso dovrà essere esercitato nel rispetto dei criteri legali, in concorso tra loro. I criteri di scelta indicati dall’art. 5, comma 1, ricalcano quelli previsti nell’accordo interconfederale del 1965 e sono: i carichi di famiglia, l’anzianità e le esigenze tecnico-produttive e organizzative.

In merito all’applicazione dei criteri di scelta di fonte legislativa, essa avviene all’esito di un esame valutativo unitario che prenda in considerazione globalmente tutti i criteri; tuttavia non è imprescindibile attribuire la stessa rilevanza ad ogni criterio, ben potendo emergere nella valutazione la prevalenza dell’uno rispetto all’altro. È spesso il criterio delle esigenze

²³⁸ C. Cost. 30 giugno 1994, n. 268.

²³⁹ PERSIANI M., *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in ADL, 1999; NATULLO G., *La contrattazione “gestionale”: distinzioni reali e apparenti del contratto normativo*, in SANTUCCI R., ZOPPOLI L., *Contratti collettivi e disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2004, Opp. Citt. in SALIMBENI M.T., in DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D’URSO F., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006,

²⁴⁰ NATULLO G., *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure e tutele*, Milano, 2004

²⁴¹ Ibidem.

tecnico-produttive ed organizzative ad avere priorità, dal momento che viene considerato il più coerente con lo scopo della procedura di licenziamento collettivo²⁴². Le esigenze tecnico-produttive e organizzative vengono infatti in rilievo anche al momento di determinare l'ambito dell'eccedenza di personale. Nell'applicare prioritariamente il criterio delle esigenze tecnico-produttive, però, il datore di lavoro non potrà “*richiamarsi ad esse in modo generico*” ma dovrà “*fornire una concreta dimostrazione sulla base di elementi oggettivi, come i titoli di studio o le specializzazioni professionali o le esperienze pregresse*”²⁴³; è altresì vietato far uso del parametro del maggiore o minore rendimento dei lavoratori.

Anche nel caso dei criteri legali infatti vige il rispetto dei principi di correttezza e buona fede e della necessaria coerenza della scelta con le finalità dell'istituto. Ciò significa che, nel caso in cui più di un dipendente sia in grado, se licenziato, di soddisfare le esigenze tecnico-produttive ed organizzative, occorrerà applicare i restanti criteri di scelta (carichi di famiglia e anzianità) per selezionare quello, tra i lavoratori che svolgono mansioni fungibili, che subirebbe il minor danno dal licenziamento.

Per quanto attiene al criterio dell'anzianità, secondo la prevalente giurisprudenza, esso fa riferimento all'anzianità di servizio e non all'anzianità anagrafica²⁴⁴, dovendosi preferire il mantenimento in servizio dei lavoratori da più tempo impiegati nell'impresa rispetto a quelli di più recente assunzione.

Il criterio dei carichi di famiglia presuppone, invece, un accertamento della complessiva situazione familiare del dipendente al fine di valutare, tenendo conto anche di fonti di reddito ulteriori rispetto alla retribuzione, la reale situazione economica dei dipendenti, potendosi così selezionare per il licenziamento i lavoratori che presentano una “maggiore resistenza economica”.

Infine, riguardo all'ambito in cui deve effettuarsi la scelta del datore di lavoro, l'art. 4, comma 3, dispone che il datore di lavoro indichi quali siano i “*profili professionali*” nei quali si è verificata l'eccedenza. Dunque, la comparazione dovrà prendere come parametro, non tanto l'inquadramento, quanto piuttosto la fungibilità delle mansioni dei profili professionali in esubero²⁴⁵. Rispetto al grado di specificità richiesto al datore di lavoro al momento di individuare le posizioni lavorative eccedenti la giurisprudenza di legittimità è divisa. Un primo orientamento ritiene che il datore di lavoro abbia l'onere di individuare l'eccedenza

²⁴² Cass. 15 febbraio 2001, n. 2188, “... *il che impone una valutazione globale al datore di lavoro dei medesimi. Ciò non esclude tuttavia che il risultato comparativo possa essere quello di accordare prevalenza ad uno solo di detti criteri e, in particolare, alle esigenze tecniche e produttive, essendo questo il criterio più coerente con le finalità perseguite attraverso la riduzione di personale.*”

²⁴³ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

²⁴⁴ Cass. 27 maggio 1997, n. 4685; Cass. 10 luglio 2000, n. 9169.

²⁴⁵ Di recente, Cass. 26 novembre 2019, n. 30865.

in ogni area di inquadramento, specificando quali siano le posizioni professionali e “*le mansioni concrete ritenute non più utili per l’organizzazione*”²⁴⁶. L’orientamento contrapposto invece, tutela maggiormente l’insindacabilità delle scelte datoriali riconoscendo al datore di lavoro la facoltà di ridurre il personale tenendo conto della totalità del proprio organico e al solo scopo di ridurre i costi dell’attività imprenditoriale, individuando i licenziandi indiscriminatamente in un certo numero per ogni area di inquadramento. A tal proposito, il primo comma dell’art. 5 fa riferimento al “complesso aziendale” ma, secondo l’interpretazione giurisprudenziale, tale terminologia non attiene all’ambito di selezione dei lavoratori da licenziare quanto piuttosto alle esigenze tecniche, produttive e organizzative, che devono verificarsi per l’intero complesso aziendale. Anche laddove il licenziamento collettivo sia giustificato dalla soppressione o dalla riduzione di un unico reparto aziendale il datore di lavoro non potrà limitarsi ad applicare il criterio delle esigenze tecniche, produttive e organizzative ai soli dipendenti di tale articolazione, ma dovrà valutare la fungibilità delle mansioni di tali addetti con quelle dei lavoratori di altri reparti dotati della medesima qualifica professionale, applicando gli ulteriori criteri legali a tutti i lavoratori che presentano il medesimo profilo professionale²⁴⁷.

È possibile limitare la scelta comparatistica ai dipendenti dei rami aziendali dotati di autonomia²⁴⁸ che occupano lavoratori con specifiche e infungibili professionalità, solamente nel caso in cui le ragioni tecnico-produttive ed organizzative colpiscano esclusivamente tale articolazione aziendale ed esauriscano i propri effetti nella ristrutturazione o soppressione della stessa²⁴⁹.

²⁴⁶ MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ Cass. 22 febbraio 2019, n. 5373.

²⁴⁹ *Inter alia*, Cass. 3 maggio 2006, n. 10198, “ *il datore di lavoro, che proceda a una riduzione di personale motivata dalla decisione di sopprimere un reparto aziendale, non può limitare la scelta dei lavoratori da licenziare a quelli addetti al reparto stesso, ma deve prendere in considerazione la posizione di un più esteso numero di dipendenti, dando rilievo, anche in base ai criteri di correttezza e buona fede, alla possibilità di adibire detti lavoratori ad altre mansioni presso altri reparti*”; Cass. 23 maggio 2008, n. 13381; Cass. 3 novembre 2008, n. 26376.

6. L'illegittimità del licenziamento collettivo e i rimedi giurisdizionali

L'impianto sanzionatorio del licenziamento collettivo illegittimo, come si è avuto modo di esaminare ampiamente nel trattare delle fonti legislative della disciplina²⁵⁰, è stato oggetto di modifica da parte delle più recenti riforme del mercato del lavoro. Anche per le procedure collettive in caso di illegittimità si può ritenere pressoché estinta la tutela reintegratoria.

Se in un primo momento, con la riforma Fornero, si era preservata la sanzione della reintegrazione in occasione della violazione dei criteri di scelta, il *Jobs Act* ha uniformato, per i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, il regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali e collettivi prevedendo il ripristino del rapporto di lavoro solo nei casi di licenziamento nullo per mancanza della forma scritta o discriminatorio; in tutti gli altri casi è ormai prevista, anche per i recessi collettivi, la mera tutela indennitaria. L'aver ricondotto alla tutela obbligatoria qualsiasi ipotesi di violazione della procedura e della funzione di garanzia della stessa, viene a sminuire il ruolo del sindacato e a depotenziare l'efficacia dissuasiva della sanzione²⁵¹.

Come più volte si è detto, la legittimità del licenziamento collettivo dipende, non dall'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo che determini la decisione del datore di lavoro, ma dal corretto svolgimento della procedura di informazione e consultazione del sindacato. Pertanto, il mancato adempimento dell'obbligo di comunicazione iniziale o finale alle rappresentanze sindacali, ai singoli lavoratori e all'autorità pubblica competente comporterà l'inefficacia dei licenziamenti.

Per quanto attiene alla comunicazione iniziale, si è già visto quale debba essere il suo contenuto e come la riforma Fornero abbia concesso alle parti di stipulare uno specifico accordo per la sanatoria relativa all'integrazione degli elementi essenziali di cui risulti carente, accordo che non può sanare la totale omissione della stessa.

La comunicazione iniziale rappresenta l'atto di apertura della procedura di licenziamento collettivo ed il primo momento di contatto con i sindacati i quali, per poter svolgere efficacemente il controllo ex ante sulla legittimità della scelta del datore di lavoro, devono essere posti in condizione di verificare se vi sono le condizioni e le motivazioni per svolgere una procedura di riduzione di personale ed allo stesso tempo di tutelare gli interessi dei singoli lavoratori coinvolti nel licenziamento collettivo. Si vede bene, dunque, come una

²⁵⁰ Cap. I, par. 1.4.

²⁵¹ La CGUE nella causa n. 383/92 (8 giugno 1994) ha specificato come le discipline nazionali recettive della direttiva 129/75/CEE dovessero introdurre sanzioni analoghe a quelle previste per le violazioni della legislazione interna che avessero la stessa natura ed importanza e che avessero "*carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva*".

violazione dell'obbligo di comunicazione iniziale, o un vizio della stessa che la porti ad essere eccessivamente generica ed incompleta²⁵², possa configurare una vera e propria ipotesi di condotta antisindacale ed allo stesso tempo essere causa diretta di illegittimità del provvedimento finale che sarà, pertanto, inefficace.

Data la recente introduzione dell'accordo di sanatoria della comunicazione iniziale, negli ultimi anni le cause in materia di illegittimità dei licenziamenti collettivi hanno più spesso censurato le riduzioni di personale per violazione dei criteri di scelta, indicati a pena di inefficacia nella comunicazione finale, e per vizi di quest'ultima. Se non altro poiché, per tutti i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, è ancora prevista, in caso di violazione dei criteri di scelta la tutela reintegratoria, seppur nella sua versione c.d. "debole".

In una sua recente pronuncia la Corte di Cassazione²⁵³ ha affermato che *"l'art. 4 co. 9 della legge n. 223 del 1991, secondo cui il datore di lavoro deve dare una "puntuale indicazione" dei criteri di scelta e delle modalità applicative, impone oltre alla individuazione dei criteri con cui selezionare il personale, anche la specificazione del concreto modo di operare degli stessi, in modo che il lavoratore possa comprendere perché lui, e non altri, sia stato destinatario del collocamento in mobilità o del licenziamento collettivo"*. La comunicazione finale ha, infatti, un contenuto inderogabile che incide direttamente sull'atto di recesso notificato, ed eventualmente impugnato dal singolo lavoratore il quale deve essere in grado di contestare dettagliatamente la scelta del datore di lavoro; quest'ultimo, nella comunicazione finale, deve dimostrare l'avvenuta comparazione tra i dipendenti addetti a mansioni fungibili nell'intero complesso aziendale e la concreta applicazione a questi dei criteri di scelta²⁵⁴ al fine di redigere le graduatorie di esubero.

Non solamente in caso di ingiustificata restrizione dell'ambito di applicazione dei criteri di scelta la giurisprudenza ha sostenuto il configurarsi di una violazione degli stessi, ma altresì nel caso di loro totale omissione nella comunicazione finale. Nella sentenza n. 1852, del 23 gennaio 2019, la Cassazione ha ritenuto che *"l'omessa individuazione ed applicazione dei criteri di selezione previsti dalla procedura (ex artt.4 e 5 l.223/91), si sostanziava, quindi, in una violazione della scansione procedimentale predisposta dalla legge; e questa violazione [...] era così grave ed assoluta, da giustificare l'applicazione della tutela reintegratoria ai sensi dell'art. comma 46 l. 92 del 2012"*²⁵⁵; si può, dunque, affermare che si possa derogare al regime risarcitorio, a favore della reintegrazione del lavoratore, anche

²⁵² P. Milano, 25 marzo 1994, Cass. 24 maggio 2016, n. 10242, Cass. 13 luglio 2006, n. 15943.

²⁵³ Cass. 19 settembre 2016, n. 18306; Cass. 5 dicembre 2019, n. 31853.

²⁵⁴ Cass. 26 novembre 2019, n. 30865; Cass. 3 agosto 2018, n. 20502.

²⁵⁵ Cass. 23 gennaio 2019, n. 1852.

nei casi in cui, pur riguardando la violazione un mero aspetto formale della procedura, essa, in concreto, incida sulla corretta e trasparente applicazione dei criteri di scelta.

La riforma Fornero è intervenuta ulteriormente sulla comunicazione finale modificandone i termini di notifica alle organizzazioni sindacali e agli organi amministrativi; in origine era, infatti, prevista la contestualità tra la comunicazione dei singoli recessi e la notifica della comunicazione ex art. 4, comma 9, a pena di illegittimità, mentre oggi la disciplina riformata ha sostituito la contestualità, ritenuta eccessivamente gravosa per il datore di lavoro, con un termine di 7 giorni, tra l'irrogazione del primo licenziamento e la trasmissione della comunicazione finale, sufficiente ad evitare che il datore di lavoro adatti le modalità di applicazione dei criteri di scelta alle scelte già compiute ma, allo stesso tempo, non incidendo eccessivamente sulle esigenze organizzative dell'imprenditore. Tale comunicazione deve necessariamente essere unica per tutti i lavoratori licenziati e, in quanto tale, i licenziamenti irrogati più di 7 giorni prima della comunicazione devono ritenersi illegittimi poiché in caso di comunicazioni *“incomplete o tardive, ciò impedisce il pieno, corretto e tempestivo esercizio delle prerogative di controllo sindacale, con ripercussioni negative sui singoli lavoratori licenziati”*²⁵⁶. Dal momento che, nell'opinione della Cassazione, la comunicazione finale *“assolve alla duplice funzione, “individuale” e “collettivo-pubblicistica”*”, non solo il sindacato, ma anche il singolo lavoratore può far valere l'inefficacia del licenziamento per mancato rispetto del termine di 7 giorni previsto dalla procedura *“in quanto tale inadempimento impedisce il corretto esercizio dei poteri di controllo sindacale”*.

Sembra opportuno includere in questo paragrafo anche l'ipotesi di nullità²⁵⁷ del licenziamento irrogato oltre il termine di 120 giorni dalla sottoscrizione dell'accordo con le organizzazioni sindacali o, in mancanza, dall'irrogazione del primo licenziamento²⁵⁸. Tale ultima disposizione, pur potendo essere derogata dalle parti nell'accordo sindacale, sembrerebbe introdurre un termine decadenziale rispetto all'esercizio della facoltà di licenziamento ex art. 4 della legge n. 223/1991, posto a tutela del principio generale di certezza dei rapporti giuridici. Pertanto, in tal caso, il lavoratore dovrebbe poter far valere l'illegittimità del licenziamento per intervenuta inefficacia dell'accordo che legittima il recesso. Anche in questo caso, tuttavia, essendo entrata in vigore una legge che dispone diversamente²⁵⁹, tali fattispecie non sono più sanzionabili con la nullità ma devono ritenersi

²⁵⁶ Cass. 7 settembre 2018, n. 21907.

²⁵⁷ Ex art. 1418, comma 1, c.c.

²⁵⁸ Come previsto dall'art. 8, comma 4, d.l. n. 148/1993 convertito in legge n. 236/1993.

²⁵⁹ D.lgs. 7 marzo 2015, n. 23.

assoggettate alla tutela risarcitoria. In ogni caso, la giurisprudenza ha ritenuto²⁶⁰ che il lavoratore non perda, per effetto della tardiva comunicazione del licenziamento per causa imputabile al datore di lavoro, il diritto all'iscrizione nelle liste di mobilità o alla percezione dell'indennità di disoccupazione.

Per quanto riguarda i rimedi giurisdizionali, contro l'illegittimità del licenziamento collettivo è prevista sia l'azione individuale, con la quale il singolo lavoratore può far valere i vizi procedurali o la violazione dei criteri di scelta, sia, nel caso in cui si possa configurare una violazione della libertà sindacale, l'azione ex art. 28 St. Lav. Essa legittima i sindacati ad agire per ottenere il ripristino della situazione precedente al comportamento antisindacale del datore di lavoro. Prima dell'entrata in vigore della riforma Fornero, l'azione ex art. 28 St. Lav. veniva scarsamente utilizzata, in ragione dell'esistenza della tutela reintegratoria piena dell'art. 18 St. Lav., che poteva essere invocata dai lavoratori con azione individuale ottenendosi lo stesso risultato che si sarebbe potuto raggiungere con l'azione del sindacato. Per i licenziamenti collettivi intimati prima dell'entrata in vigore della legge n. 92/2012 la procedura ex art. 28 poteva, infatti, risolversi nell'emanazione di un decreto esecutivo che ordinava al datore di lavoro di reintegrare i lavoratori licenziati²⁶¹; eventualmente il datore di lavoro poteva procedere successivamente ad un nuovo licenziamento collettivo nel rispetto pedissequo della procedura. Tuttavia, difficilmente il decreto riusciva ad essere concretamente eseguito, dal momento che la reintegra dei lavoratori licenziati dipendeva pur sempre dalla volontà del datore di lavoro, il quale poteva opporre in sua difesa la violazione della libertà, costituzionalmente garantita, di iniziativa economica. Lo stesso avveniva per i ricorsi ex art. 18 St. Lav., nonostante la sentenza obbligasse il datore di lavoro al ripristino del rapporto di lavoro illegittimamente risolto, nella realtà dei fatti l'esecuzione di tali sentenze si sostanziava nel pagamento di un'indennità al lavoratore, senza che fosse prevista una somma massima, dipendendo dunque la reintegra effettiva nel luogo di lavoro dalla disponibilità e dalla collaborazione del datore di lavoro. Oggi, in seguito all'abolizione della tutela reintegratoria, *“ove l'azione per la repressione della condotta antisindacale sia esercitata prima dell'intimazione del licenziamento, il giudice ben potrà ordinare, ex art. 28 Stat. lav., l'esperimento (ancorché tardivo) di dette procedure²⁶²; ove al contrario l'azione sia esercitata solo in un momento successivo, il giudice dovrà limitarsi ad ordinare al datore di lavoro l'astensione, per il futuro, dall'indicata condotta, accompagnata da adeguata pubblicità (ad esempio pubblicazione del decreto nelle bacheche aziendali²⁶³) della*

²⁶⁰ Cass. 27 maggio 2013, n. 13112.

²⁶¹ Trib. Rossano, sez. I, sentenza 27 marzo 2013.

²⁶² Ci si riferisce alle procedure di informazione e consultazione sindacale violate per condotta antisindacale.

²⁶³ Trib. Roma, 11 febbraio 2015.

*condanna per condotta antisindacale*²⁶⁴²⁶⁵. È evidente, dunque, come, non solo la tutela giurisdizionale di tipo individuale, ma anche quella di tipo collettivo si è affievolita a causa delle ultime novità legislative in materia di licenziamenti illegittimi. Almeno in tema di licenziamenti, infatti, la tutela di cui all'art. 28 si può considerare ormai priva di quell'efficacia ripristinatoria della libertà sindacale violata, permanendo solamente l'interesse per il sindacato ad agire a tutela della propria reputazione. Si può osservare, dunque, come le riforme degli ultimi anni non abbiano fatto altro che disciplinare la prassi già comunemente in uso di indennizzare i lavoratori illegittimamente licenziati, limitando altresì la misura dell'indennizzo con la previsione di parametri di commisurazione determinati dalla legge stessa. Tale limitazione va a favorire ancora una volta l'esercizio della libertà dell'imprenditore di procedere a riduzione di personale potendo egli valutare a priori il costo della riorganizzazione rispetto ai benefici della stessa.

Da ultimo, è interessante esaminare alcune pronunce giurisprudenziali, successive alla sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale, che hanno ritenuto persistere, nella disciplina risultante, alcuni contrasti non irrilevanti, non solamente nei confronti dei precetti costituzionali, ma, essendo la legge n. 223/1991 recettiva di una direttiva europea, anche in relazione ai principi del diritto primario e derivato dell'Unione Europea.

Ci si riferisce alle ordinanze di rimessione della Corte d'Appello di Napoli alla Corte Costituzionale e alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 18 settembre 2019 e all'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 5 agosto 2019.

Sotto il profilo della legittimità costituzionale viene contestato come il rinvio dell'art. 10 del Jobs Act in materia di licenziamenti collettivi all'art. 3 dello stesso decreto crei una profonda disparità di trattamento tra i lavoratori soggetti alla medesima procedura di licenziamento collettivo, prevedendo regimi sanzionatori diversi a seconda che il licenziando sia stato assunto prima o dopo il 7 marzo 2015. Il problema della supposta violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) non risulta risolto dalla sentenza n. 194/2018 secondo cui *“il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche”*²⁶⁶. Sul punto, la Corte d'Appello di Napoli *“ritiene che il criterio temporale non sia idoneo “a giustificare l'applicazione di sanzioni adeguate e dissuasive per alcuni e non effettive per altri” soprattutto in virtù del fatto che la disciplina del licenziamento collettivo*

²⁶⁴ DE MOZZI B., *Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel c.d. Jobs Act*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 353/2018

²⁶⁵ Con questo semplice adempimento il datore di lavoro evita facilmente di esporsi la responsabilità penale, ex art. 650 c.p., per mancata ottemperanza al decreto esecutivo ex. art. 28.

²⁶⁶ C. Cost., 26 settembre 2018, n. 194.

è tesa a prevenire l'arbitrio in procedure comparative"²⁶⁷. Dello stesso avviso è il Tribunale di Milano il quale, pur ammettendo che il decorso del tempo può legittimare il mutamento delle sanzioni contro i licenziamenti illegittimi, ravvede una violazione del principio di ragionevolezza nella nuova disciplina la quale prevede una tutela differenziata di diritti fondamentali per soggetti che si trovano in condizioni omogenee. Ad avviso del giudice di Milano il principio di ragionevolezza implicherebbe *“che alla riduzione di una disciplina protettiva corrisponda un incremento di un'altra forma di tutela ugualmente deterrente”*²⁶⁸, inoltre, citando la sentenza Mangold²⁶⁹ ha evidenziato come, per provare la ragionevolezza di una disciplina che riduca le tutele esistenti a favore dei lavoratori, il legislatore debba fornire delle evidenze empiriche che il beneficio che deriva dal nuovo assetto delle tutele sia superiore al danno derivante dalla nuova normativa.

Per quanto attiene alla violazione del diritto comunitario e della Carta Sociale Europea, la Corte d'Appello di Napoli ha ritenuto che la disciplina dei licenziamenti collettivi sia vincolata al rispetto della direttiva 98/52/CE e dell'art. 30 della Carta di Nizza: tali disposizioni vietano al legislatore di introdurre discipline disomogenee per sanzionare uno stesso comportamento illegittimo. Secondo il collegio napoletano, l'art. 30 della Carta di Nizza, ove si dispone che *“ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”*, vada interpretato alla luce delle *“Spiegazioni”* che accompagnano la Carta stessa. Tali *“Spiegazioni”* nel commentare l'art. 30 fanno riferimento all'art. 24 della Carta Sociale Europea che impone al legislatore di riconoscere un *“congruo indennizzo o altra misura adeguata”* al lavoratore licenziato illegittimamente.

Le censure mosse dai giudici nelle ordinanze di rimessione manifestano dunque forti dubbi circa l'applicazione della nuova disciplina sanzionatoria dei licenziamenti illegittimi alla fattispecie di licenziamento collettivo in ragione dello stretto vincolo che la lega al diritto dell'unione europea dove si prevede che le sanzioni previste in caso di violazione della procedura debbano essere dotate di adeguatezza, proporzionalità ed efficacia deterrente. *“La Corte d'appello di Napoli chiede quindi se un meccanismo come quello previsto dalla riforma Renzi, che esclude la reintegrazione e introduce un indennizzo parametrato, tendenzialmente, all'anzianità di servizio e non al ristoro del danno effettivo, leda i caratteri*

²⁶⁷ MAZZETTI M., *La legittimità della disciplina italiana contro il licenziamento collettivo*, *Questione giustizia*, n. 1/2020.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ CGUE, 22 novembre 2005, C-144/04.

*di effettività, proporzionalità, dissuasività e adeguatezza del diritto dell'Ue interpretato alla luce della Carta Sociale Europea*²⁷⁰.

Inoltre, anche in relazione al diritto europeo rileva la disuguaglianza di tutela prevista a favore dei licenziati nel caso di illegittimità di un licenziamento collettivo che abbia coinvolto lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015 poiché la disciplina italiana violerebbe i principi di matrice europea della parità di trattamento e della non discriminazione.

²⁷⁰ MAZZETTI M., *La legittimità della disciplina italiana contro il licenziamento collettivo*, *Questione giustizia*, n. 1/2020.

CAPITOLO III

I LICENZIAMENTI COLLETTIVI IN SPAGNA

1. Evoluzione normativa

1.1 La disciplina precostituzionale

L'istituto del licenziamento collettivo, o *expediente de regulación de empleo*, fa il suo ingresso nell'ordinamento spagnolo durante la Seconda Repubblica (1931 – 1939), un periodo storico caratterizzato da un forte intervento della Pubblica Amministrazione nella vita sociale e politica del Paese iberico, che si realizzò attraverso l'approvazione di una serie di provvedimenti volti ad intensificare l'ingerenza dello Stato nell'economia. Nell'ambito del diritto del lavoro, in particolare, la funzione limitativa dell'autonomia contrattuale dell'imprenditore, con finalità di tutela dei lavoratori, veniva realizzata non solo attraverso disposizioni legislative che vincolavano il datore di lavoro all'applicazione di condizioni di lavoro predeterminate, ma soprattutto con la previsione di una valutazione finale dell'Amministrazione. L'Amministrazione non interveniva direttamente ed esclusivamente a determinare la disciplina legale del rapporto di lavoro ma si riservava anche di designare il presidente e il vicepresidente dei *Jurados Mixtos*²⁷¹, degli organismi che svolgevano funzione di arbitrato e di conciliazione delle parti in vista della stipulazione di contratti collettivi. Nel corso della breve esperienza repubblicana il ruolo dello Stato spagnolo nelle controversie di lavoro vide un progressivo rafforzamento, a cominciare dalla *Ley de Colocación Obrera*, approvata il 27 novembre del 1931, che creò un sistema di collocamento pubblico e gratuito, fondamentalmente monopolistico dal momento che la stessa legge ordinò alle agenzie di collocamento private di cessare la propria attività entro un anno dalla sua entrata in vigore. A seguire, con la coeva *Ley de Jurados Mixtos Profesionales* la designazione da parte dell'autorità pubblica dei vertici di tali organi amministrativi divenne sistematica; infine, con la *Ley de Asociaciones Profesionales*²⁷² venne stabilito che ogni

²⁷¹ Si trattava di un organismo di conciliazione, istituito con la *Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931*, di fronte al quale le parti sociali potevano negoziare le condizioni di lavoro e il quale si occupava di vigilare sul rispetto delle stesse ed eventualmente di sanzionare le violazioni dell'accordo.

²⁷² Entrata in vigore l'8 aprile 1932.

statuto, regolamento o accordo tra le parti sociali dovesse passare al vaglio autorizzativo della *Delegación Provincial de Trabajo*²⁷³. Qualche anno dopo, nel 1935 l'art. 12 della *Ley de la Previsión Contra el Paro*²⁷⁴ - una manovra legislativa volta a far fronte alla dilagante disoccupazione dovuta alla crisi economica dell'epoca - introdusse per la prima volta una misura di riduzione di personale antesignana dell'attuale licenziamento collettivo. Nel caso in cui un imprenditore manifestasse la necessità di procedere ad una riduzione parziale del personale per contrazione dell'attività di lavoro, il Ministro competente era autorizzato a predisporre, sentito il parere del *Jurado Mixto* competente, un nuovo assetto dei turni di lavoro o a ridurre il numero di giornate di lavoro settimanali, lasciandosi la facoltà al datore di lavoro di scegliere tra le due opzioni quella per lui più conveniente. Il *Decreto Ley* del 29 novembre dello stesso anno provvede a chiarire nel dettaglio il funzionamento dell'istituto disponendo che quando un'impresa si vedesse necessitata a licenziare dipendenti per carenza di attività di lavoro avrebbe dovuto darne conoscenza al *Jurado Mixto* competente, giustificando pienamente le cause che motivavano la sua decisione. Ricevuta detta comunicazione, il *Jurado Mixto* avrebbe verificato se vi fosse la possibilità di evitare i licenziamenti mediante l'istituzione di turni di lavoro o la riduzione del numero di giornate di lavoro settimanali, emettendo un resoconto di quanto esaminato. Nel caso che dal resoconto emergesse l'impraticabilità di tali misure, l'impresa avrebbe potuto procedere al licenziamento progettato. In tal caso il *Jurado Mixto* avrebbe dovuto trasmettere il resoconto al Ministero del Lavoro che avrebbe competenza a concedere l'autorizzazione di cui all'art. 12 della *Ley de 25 de junio de 1935* nel termine di 15 giorni; decorso tale termine nel silenzio del Ministero, l'impresa avrebbe potuto procedere ai licenziamenti.

In questo quadro, è evidente come il ruolo giurisdizionale, regolatore e conciliativo dei *Jurados Mixtos* li rendeva titolari di attribuzioni sufficienti ad operare un'ampia e ponderata valutazione della crisi occupazionale sulla base della quale il Ministero del Lavoro avrebbe poi adottato la propria risoluzione. Detti organi detenevano, dunque, gran parte del potere decisionale sulle riduzioni di personale potendo favorire o meno il rilascio dell'autorizzazione ministeriale al licenziamento; allo stesso tempo, essendo gli stessi *Jurados Mixtos* competenti a conoscere e a decidere sulle impugnazioni individuali dei lavoratori licenziati, questo assetto non garantiva l'imparzialità dell'organo decisionale, creando confusione e disservizi nell'ordinamento.

²⁷³ Corrispondente alla nostra Direzione Provinciale del Lavoro.

²⁷⁴ *Ley de 25 de junio de 1935*.

Si può dire, che i c.d. *expedientes de regulación de empleo por crisis* nascano all'epoca della Seconda Repubblica con una legislazione che ne determina per la prima volta il presupposto causale e ne prevede una procedimentalizzazione giuridico-amministrativa.

L'epoca della Seconda Repubblica si concluse con l'ascesa di Francisco Franco e l'instaurazione della dittatura che soppresse definitivamente le residue libertà di azione e organizzazione delle associazioni di categoria. L'epoca della dittatura, ancor più che la precedente, si caratterizzò per il monopolio da parte dell'amministrazione pubblica competente in materia di lavoro sulla definizione delle condizioni contrattuali di lavoro.

Si possono distinguere due fasi della dittatura franchista, “*una prima fase caratterizzata da uno statalismo marcato, ed una seconda fase definita dall'introduzione di alcuni elementi liberalizzanti grazie, in gran parte, all'approvazione delle diverse leggi sui contratti collettivi di lavoro*”²⁷⁵. Se in epoca precedente i poteri pubblici si limitavano a determinare il contenuto minimo dei rapporti di lavoro, sotto la dittatura del Caudillo lo Stato assume un deciso protagonismo nella determinazione del contenuto dei rapporti di lavoro; ciò si accompagna ad un radicale mutamento soggettivo del vincolo del rapporto di lavoro, nel quale fa la sua apparizione lo Stato come soggetto dotato di autentiche funzioni di vigilanza e controllo, nonché del potere di plasmare il rapporto di lavoro, svalutandosi così l'efficacia del contratto di lavoro e limitandosi significativamente l'autonomia contrattuale delle parti. Nel 1938²⁷⁶ vennero aboliti i *Jurados Mixtos* e sostituiti con le *Magistraturas de Trabajo* alle quali venivano trasmesse tutte le prerogative proprie dei *Jurados Mixtos*; apparentemente dunque, il potere di controllo sulle procedure di licenziamento per cessazione di attività o riduzione di personale veniva trasferito ad un organo giurisdizionale. Tuttavia, nel 1942, con la *Ley de 10 de noviembre*, le competenze dei *Jurados Mixtos* vennero attribuite alle *Delegaciones Provinciales de Trabajo* istituite con il Decreto del 21 novembre del 1943, mantenendosi così il protagonismo dell'Amministrazione nel controllo delle procedure di licenziamento per crisi economica dell'impresa e riducendosi il ruolo delle *Magistraturas de Trabajo* alla determinazione degli indennizzi in caso di licenziamento. Erano, dunque, le *Delegaciones Provinciales de Trabajo* ad occuparsi “*dell'istruzione e dell'adozione di misure in caso di istanza di licenziamento o sospensione del personale per ragioni di crisi economica*”²⁷⁷. Ulteriore intervento normativo della dittatura franchista utile al fine di ricostruire le origini del licenziamento collettivo è la *Ley de Contrato de Trabajo* del 1944 che definì con precisione, da un punto di vista causale, il

²⁷⁵ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

²⁷⁶ Decreto de 13 de mayo de 1938.

²⁷⁷ Decreto de 21 de noviembre de 1943.

presupposto del licenziamento collettivo, come “*la cessazione dell’attività industriale, commerciale, professionale o di servizio, che si basi sulla crisi occupazionale o economica, sempre che tale cessazione sia stata autorizzata secondo le disposizioni in vigore*”²⁷⁸. Questo precetto coniugava il possibile risultato negativo dell’attività economica con la finalità sociale che aveva la proprietà sotto la dittatura di Franco, ritenendosi l’interesse superiore all’occupazione dei lavoratori preminente rispetto a quello dell’imprenditore a prevenire, evitare o ridurre eventuali perdite.

La suddetta legge entrava in vigore accompagnata dal *Decreto Ley de 26 de enero de 1944* il quale attribuì all’autorizzazione amministrativa carattere di elemento essenziale per le risoluzioni dei contratti di lavoro dovute a crisi dell’attività imprenditoriale; in questo modo le *Delegaciones Provinciales de Trabajo* acquisivano un intrusivo potere di polizia amministrativa. I licenziamenti collettivi venivano considerati nulli solamente nel caso di assenza dell’autorizzazione amministrativa e solamente in questo caso la magistratura del lavoro poteva conoscere delle impugnazioni dei lavoratori licenziati, limitandosi, negli altri casi, a liquidare l’indennità spettante a ciascun lavoratore; esse, dunque, non potevano verificare il fondamento causale del recesso datoriale quando la riduzione di personale era stata autorizzata dall’amministrazione. Si trattava di un procedimento amministrativo di tipo speciale previsto per i licenziamenti collettivi del personale stabile dell’impresa in tutti i casi in cui non fosse posto in essere alcun negozio giuridico che prevedesse la continuazione del rapporto di lavoro presso altro datore di lavoro. Il procedimento amministrativo per ottenere il rilascio dell’autorizzazione non poteva essere avviato d’ufficio, bensì doveva essere il datore di lavoro a svolgere una prima ponderazione della situazione della propria impresa, e successivamente richiedere l’autorizzazione con comunicazione alla *Delegación Provincial de Trabajo*, che doveva poi comunicare l’apertura del suddetto procedimento alla *Dirección General del Trabajo*. Quest’ultimo passaggio era previsto solamente nel caso in cui la procedura concernesse più di cento lavoratori, che essa avesse una dimensione sociale oppure che l’impresa in crisi fosse di ambito nazionale. La fase successiva del procedimento prevedeva che la *Dirección General* o la *Delegación Provincial de Trabajo* raccogliessero i dati e le prove necessari, richiedendo pareri al servizio tecnico provinciale relativo all’attività svolta dall’impresa, all’organizzazione sindacale e all’ispettorato del lavoro. Raccolte tutte le informazioni utili, l’amministrazione competente procedeva ad un’attenta valutazione della situazione economica e finanziaria dell’impresa, basandosi sui dati della produzione e dell’occupazione, sui prezzi e sui costi dell’attività. L’amministrazione disponeva di un

²⁷⁸ *Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944.*

termine di venti giorni per adottare la risoluzione con la quale autorizzava o meno la riduzione di personale oppure autorizzava l'adozione di misure alternative al licenziamento. Contro le decisioni della *Delegación Provincial* era ammesso il ricorso gerarchico alla *Dirección General*, mentre contro i provvedimenti della *Dirección General*, adita in prima istanza, il ricorso gerarchico era diretto al ministro²⁷⁹. Non si deve, però, pensare che per mezzo di questo speciale procedimento l'amministrazione potesse determinare la risoluzione dei rapporti di lavoro, l'autorizzazione, infatti, contribuiva solamente a rimuovere l'ostacolo alla libertà del datore di lavoro di licenziare i propri dipendenti posto per legge a tutela dell'occupazione e a prevenzione della disoccupazione.

Ulteriori novità furono introdotte con il Decreto n. 3090/1972 che prevedeva la possibilità anche per le organizzazioni sindacali di avviare la procedura di crisi, nonché la facoltà per l'amministrazione di agire d'ufficio quando “*dall'inadempimento dell'impresa nei confronti dei lavoratori o da qualsiasi altra causa giustificata si potesse fondatamente presumere l'esistenza di una situazione di crisi*”²⁸⁰. Lo stesso decreto rafforzò ancor di più il ruolo dell'amministrazione nella procedura istituendo il meccanismo del silenzio diniego sull'autorizzazione alla sospensione o al licenziamento collettivo, prevedendo all'art. 16 che “*l'istanza presentata all'autorità competente si presumerà negata una volta che siano trascorsi trenta giorni lavorativi dalla data di registrazione della richiesta senza che l'autorità abbia adottato alcuna risoluzione al riguardo*”²⁸¹. Tale disposizione rappresenta una radicale inversione di rotta rispetto alla disciplina precedente che rispettava maggiormente la libertà di iniziativa economica privata.

Dopo la caduta del regime di Francisco Franco venne approvata la *Ley de Relaciones Laborales* del 8 aprile del 1976 che introdusse nel procedimento autorizzativo delle riduzioni o sospensioni di personale la necessaria consultazione delle rappresentanze sindacali. La disposizione, che si pone in controtendenza con la normativa vigente sotto la dittatura, non fa altro che recepire la prassi già affermata di richiedere il parere sindacale durante il procedimento amministrativo.

Infine, con il *Real Decreto Ley n. 17/1977* “*venne introdotto un elemento quantitativo nella configurazione del licenziamento collettivo, nel senso che venne esclusa la necessità di ricorrere al procedimento di riduzione di personale nelle ipotesi di soppressione di un singolo posto di lavoro*”²⁸² quando non si potesse adibire il lavoratore a mansioni diverse. Inoltre, con lo stesso decreto venne stabilita l'efficacia precettiva del parere della

²⁷⁹ Decreto de 26 de enero de 1944.

²⁸⁰ Art. 11, Decreto n. 3090/1972.

²⁸¹ Art. 16, Decreto n. 3090/1972.

²⁸² ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

rappresentanza dei lavoratori nell'impresa e venne prevista la possibilità di stipulare un accordo finale tra datore di lavoro e dipendenti. Tale decreto-legge segna l'inizio del doppio intervento, dell'amministrazione e dei rappresentanti dei lavoratori, che caratterizza la procedura di licenziamento collettivo nell'ordinamento spagnolo. L'aver affiancato all'intervento amministrativo anche l'intervento delle rappresentanze dei lavoratori rispondeva all'intento di flessibilizzare la disciplina del licenziamento dovuto alla cessazione dell'attività commerciale, d'impresa o di servizio per cause economiche o tecnologiche. L'intervento legislativo suscitò tuttavia le critiche di coloro, tra gli esponenti della dottrina dell'epoca, che ritennero che, avendo lo stesso abolito l'efficacia precettiva del parere dell'ispettorato del lavoro, si stesse sottraendo ai lavoratori una garanzia della ragionevolezza e non arbitrarietà della scelta del datore di lavoro di operare un licenziamento collettivo.

1.2 L'articolo 51 del Estatuto de los Trabajadores e le riforme degli anni Novanta

Il 10 marzo del 1980 venne emanato l'*Estatuto de los Trabajadores*, il quale agli articoli da 47 a 51 disciplina i c.d. *expedientes de regulación de empleo*, corrispondenti alle nostre fattispecie di CIGS e licenziamento collettivo. Lo statuto non apporta grandi modifiche alla disciplina precedente sottoponendo in ogni caso il licenziamento collettivo per cause economiche e tecnologiche all'autorizzazione amministrativa, salvo nel caso di soppressione di singoli posti di lavoro nelle imprese con meno di cinquanta dipendenti. Come nella legislazione precedente, anche l'art. 51 dello statuto prevedeva che la procedura di licenziamento collettivo potesse essere avviata non solo dal datore di lavoro, bensì anche dalle rappresentanze dei lavoratori al fine di evitare pregiudizi ai quali sarebbe stato difficile o impossibile riparare, come ad esempio il fallimento o la scomparsa dell'impresa. Con la legge del 1980 venne stabilito l'obbligo del datore di lavoro di comunicare ai rappresentanti dei lavoratori e all'autorità pubblica competente l'inizio del periodo di consultazione. Per quanto riguarda i lavoratori, i destinatari della comunicazione e della documentazione che ad essa doveva necessariamente accompagnarsi potevano essere i *delegados de personal*, i *comités de empresa* o dove presenti i *comités intercentros*; in alternativa la comunicazione poteva essere rivolta alle rappresentanze sindacali, oppure in ultima istanza agli stessi lavoratori interessati. La documentazione da allegarsi alla comunicazione iniziale si componeva del parere dell'ente erogatore del sussidio di disoccupazione, del revisore

contabile e del *comité de empresa* o dei *delegados de personal*. In aggiunta alla documentazione economica e alla memoria esplicativa della situazione economico-finanziaria andava comunicato anche il numero dei lavoratori totali dello stabilimento o degli stabilimenti interessati dalla riduzione di personale indicando le generalità, l'inquadramento, la data di assunzione e il salario mensile di ciascuno di essi, nonché se esso svolgeva funzione di rappresentante legale dei lavoratori.

La fase di consultazione poteva concludersi con il raggiungimento dell'accordo fra le parti, nel qual caso l'accordo veniva trasmesso all'autorità amministrativa competente che avrebbe determinato l'estinzione dei contratti di lavoro nel termine di 15 giorni, previa audizione dell'ente erogatore del sussidio di disoccupazione. In questo caso, dunque, veniva ridotto il potere discrezionale dell'amministrazione poiché essa non poteva adottare una risoluzione che si discostasse dal contenuto dell'accordo sottoscritto dalle parti sociali. L'accordo poteva essere disatteso solamente qualora l'autorità amministrativa competente fosse portata a conoscenza dell'intervento di una causa di nullità dell'accordo (dolo, coazione o abuso di diritto) e, sulla base dell'esame delle prove allegate, dichiarasse nullo l'accordo. Al contrario, nel caso in cui le parti non pervenissero ad un accordo l'amministrazione avrebbe dovuto raccogliere il parere dell'ispettorato del lavoro e degli organi pubblici corrispondenti e pronunciarsi sull'autorizzazione al licenziamento collettivo in un termine di 15 giorni, decorso il quale, nel silenzio dell'amministrazione, l'operazione si intendeva autorizzata, con ciò superando il regime del silenzio diniego contenuto nella disciplina previgente. In questa ipotesi l'amministrazione possedeva un ampio margine di discrezionalità potendo non solo determinare se le misure proposte dalle parti fossero adeguate o necessarie per superare la crisi dell'impresa, ma anche proporre ulteriori misure non prese in considerazione dalle parti. Il testo della norma lascia intendere che l'estinzione dei contratti di lavoro si realizzasse a mezzo del provvedimento autorizzativo dell'amministrazione ma, secondo la dottrina prevalente, invece, la risoluzione rimaneva, anche in caso di licenziamento collettivo, un atto del datore di lavoro il quale poteva recedere dai contratti una volta ottenuta l'autorizzazione.

L'istituto del licenziamento collettivo contenuto nel *Estatuto de los Trabajadores* venne modificato sostanzialmente e plasmato nella sua configurazione attuale dalla *Ley n. 11/1994*. Quest'ultima, non abolisce l'intervento amministrativo nella procedura di licenziamento collettivo, ma lo giustifica in ragione dell'importanza dell'interesse collettivo in gioco; esso, infatti, servirà ad operare una corretta valutazione dei diritti e degli interessi legittimi rilevanti nei licenziamenti collettivi. I medesimi diritti ed interessi dovranno essere bilanciati garantendo allo stesso tempo la sopravvivenza dell'impresa.

Tra le ulteriori novità apportate dalla *Ley n. 11/1994* rientrano “*l’accelerazione del procedimento di licenziamento collettivo, la riserva espressa ai rappresentanti dei lavoratori della condizione di interessati nel procedimento amministrativo, l’esigenza di congruenza della risoluzione amministrativa e l’introduzione di procedimenti autonomi per risolvere le controversie sorte durante la consultazione*”²⁸³.

Nell’ambito dell’attuazione della stessa riforma, il *Real Decreto Ley n. 43/1996*, ha modificato anche il contenuto della comunicazione iniziale prevedendo che essa si dovesse limitare ad indicare “*il numero e la categoria dei lavoratori impiegati abitualmente nell’ultimo anno, i lavoratori interessati, i criteri di scelta dei lavoratori interessati e il termine durante il quale dovranno essere effettuati i recessi*”²⁸⁴.

Le novità introdotte dalla riforma degli anni Novanta hanno il merito di aver ricostruito la fattispecie di licenziamento collettivo secondo il criterio causale e quello numerico-temporale, ponendosi in questo modo sulla via dell’armonizzazione voluta dalla direttiva europea 75/129/CEE.

Per quanto riguarda il requisito causale, le cause economiche e tecnologiche furono sostituite dalla dicitura “*cause economiche, tecniche, organizzative o di produzione*” e conseguentemente venne introdotta una serie di criteri determinati per la loro valutazione in modo da restringere, almeno in parte, la discrezionalità dell’amministrazione. Da quel momento in poi, il controllo dell’amministrazione verterà sulla ragionevolezza della scelta del datore di lavoro piuttosto che sulla natura della crisi aziendale²⁸⁵. Non essendo più chiamata l’amministrazione ad adottare una decisione discrezionale, il termine in cui l’amministrazione è tenuta a pronunciarsi venne, contestualmente, ridotto da trenta a quindici giorni a partire dalla comunicazione all’autorità competente della chiusura della fase di consultazione. Inoltre, contrariamente alla disciplina precedente, la pronuncia dell’amministrazione, venne vincolata al contenuto dell’istanza presentata, dall’imprenditore o dai rappresentanti dei lavoratori, senza che essa potesse proporre misure alternative non contemplate dalle parti.

L’art. 51 specifica, infatti, che “*si considererà che sussistono le cause alle quali si riferisce il presente articolo quando l’adozione delle misure proposte contribuisca a superare una situazione economica negativa dell’impresa, se le cause adottate sono economiche, oppure, se le cause sono tecniche, organizzative o di produzione a garantire la sopravvivenza*

²⁸³ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

²⁸⁴ Art. 6, b), *Real Decreto Ley 43/1996* de 19 de enero.

²⁸⁵ Il sesto comma dell’art. 51 del *Estatuto de los Trabajadores* prevede infatti che “*quando il periodo di consultazione si concludesse senza accordo, l’autorità competente emetterà una risoluzione accogliendo o rigettando, in tutto o in parte, l’istanza dell’imprenditore*”.

dell'impresa e dell'occupazione nella stessa attraverso un'organizzazione più adeguata delle risorse".

Per quanto attiene, invece, al criterio numerico-temporale il legislatore spagnolo adottò una formulazione che sembra combinare le due soglie alternative suggerite dalla direttiva, l'art. 51 prevede infatti che il procedimento collettivo si debba avviare nel caso che in un periodo di 90 giorni il datore di lavoro licenzi, per cause non legate alla persona del lavoratore, 10 dipendenti nelle imprese che impieghino meno di 100 lavoratori, oppure, il 10% dei lavoratori nelle imprese che occupano tra 100 e 300 lavoratori, oppure, infine, 30 dipendenti nelle imprese che occupino 300 o più lavoratori. Inoltre, si considera allo stesso modo collettivo il licenziamento dell'intero organico, purché il numero di lavoratori licenziati sia comunque superiore a 5, quando esso sia dovuto alla cessazione dell'attività d'impresa che derivi da cause economiche, tecniche, organizzative o produttive.

La scelta di combinare le due alternative proposte dal legislatore europeo risponde all'intento di dar vita ad una disciplina più favorevole per il lavoratore, ed è quanto ha fatto anche il legislatore italiano: è infatti permesso agli stati membri derogare *in melius* alle disposizioni della direttiva. Vedremo più avanti come la CGUE si sia pronunciata²⁸⁶ sul carattere di maggior favore della disciplina spagnola, in particolare sul riferimento del criterio numerico all'intera impresa piuttosto che al singolo stabilimento, come indicato nella direttiva.

Per evitare che i datori di lavoro potessero realizzare condotte elusive della procedura, posta a garanzia e tutela dei lavoratori, l'ultimo comma dell'art. 51 ha previsto che debbano considerarsi effettuati in frode alla legge e dunque nulli e inefficaci i licenziamenti che abbiano coinvolto, in periodi consecutivi di 90 giorni, un numero di lavoratori inferiore alle soglie previste dalla normativa, ma comunque superiore a 5, senza che fossero intervenute nuove cause che giustificassero il ricorso a tale operazione..

Infine, la riforma del 1994 incise anche sui criteri legali di scelta, riconoscendo la priorità a permanere nell'impresa esclusivamente ai rappresentanti dei lavoratori; in questo modo scompariva definitivamente il criterio dei carichi di famiglia.

²⁸⁶ CGUE del 13 maggio 2015, C-392/13.

1.3 La riforma del mercato del lavoro del 2012: il Real Decreto ley 3/2012 de 10 de febrero, la Ley 3/2012 de 6 de julio e il Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre²⁸⁷

Il *Decreto Ley n. 3/2012*, e i successivi atti normativi dello stesso anno, hanno contribuito a completare l'adeguamento della normativa spagnola in materia di licenziamenti collettivi al contenuto della direttiva europea 98/59, abrogando definitivamente l'autorizzazione amministrativa precedentemente necessaria per irrogare il licenziamento collettivo. A tale abrogazione si è accompagnata l'introduzione di una dettagliata procedimentalizzazione del potere datoriale di operare un licenziamento collettivo, non dissimile dalla procedura adottata in Italia, e il controllo *ex ante* dell'amministrazione è stato sostituito dal controllo giurisdizionale *ex post*. L'intervento del legislatore del 2012 sull'istituto in esame è stato dovuto all'eccessiva lentezza del procedimento amministrativo previsto dalla normativa precedente, al quale normalmente seguiva un'impugnazione amministrativa o giurisdizionale: una procedura di durata così ampia difficilmente si conciliava con la necessaria celerità con cui vanno adottate le misure per far fronte alla crisi dell'impresa. Inoltre, nella disciplina previgente, la fase della consultazione veniva trasformata in una negoziazione finalizzata ad aumentare l'indennità da corrispondere ai lavoratori piuttosto che ad esaminare le possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti e di implementare le misure sociali di riconversione e riqualificazione del personal; ciò era dovuto al ruolo poco proattivo svolto dall'Amministrazione che si comportava unicamente come organismo di controllo²⁸⁸.

È, dunque, nel 2012, con l'abolizione dell'autorizzazione amministrativa, che la disciplina spagnola del licenziamento collettivo si adegua definitivamente alla disciplina europea, riconoscendosi al periodo di consultazione il ruolo di momento centrale della procedura e allo stesso tempo liberalizzando il potere di recesso del datore di lavoro, per il quale adesso risulta molto più agile procedere al licenziamento collettivo: egli infatti, anche nel caso in cui non raggiunga un accordo con i rappresentanti dei lavoratori può comunque procedere al licenziamento. Inoltre, la riforma, sul piano dell'impugnazione, ha assimilato il licenziamento collettivo alle altre fattispecie di licenziamento, introducendo altresì la particolarità della legittimazione attiva delle rappresentanze dei lavoratori ad esperire

²⁸⁷ *Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.*

²⁸⁸ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

un'azione con la quale ottenere una soluzione omogenea per tutti i lavoratori coinvolti nel licenziamento collettivo²⁸⁹.

Con la *Ley n. 3/2012*, viene separata l'ipotesi di licenziamento collettivo realizzato durante le procedure concorsuali, disciplinata all'art. 64 della *Ley Concursal n. 22/2003*, dall'ipotesi di licenziamento collettivo c.d. comune, e viene altresì estesa la disciplina del licenziamento collettivo anche al pubblico impiego.

La *reforma laboral* del 2012 ha inteso rendere più rapido l'espletamento delle procedure di licenziamento collettivo, così come di licenziamento individuale per motivi economici, al fine di incentivarne l'utilizzo da parte dei datori di lavoro in luogo del più comune e più semplice "*despido expés*" abrogato dal medesimo intervento legislativo. Si trattava di una modalità di licenziamento individuale di tipo disciplinare con la quale il datore di lavoro riconoscendo nella lettera di licenziamento l'illegittimità dello stesso, poteva liquidare al lavoratore l'indennizzo corrispondente alla sua anzianità, senza dover provare la causa del licenziamento. La misura del licenziamento collettivo c.d. comune, nella sua configurazione precedente alla riforma, imponeva al datore di lavoro non solo di allegare le cause economiche, tecniche, organizzative o produttive che giustificassero il ricorso a tale misura ma altresì di provare come solamente attraverso la riduzione di personale si potesse superare la situazione di crisi in cui versava l'impresa. Ciò comportava, innanzitutto un vincolo maggiore per il datore di lavoro, circostanza che certamente non favoriva il ricorso a questa misura in luogo di alternative come quella offerta dall'allora lecito "*despido expés*". Inoltre, spesso il controllo giurisdizionale sui licenziamenti collettivi si risolveva in una valutazione circa l'opportunità della gestione dell'impresa. Per questa ragione, la nuova impostazione dell'art. 51 ET prevede che il datore di lavoro possa limitarsi ad esporre le cause del licenziamento collettivo allegando nella comunicazione iniziale ai rappresentanti e all'autorità amministrativa tutte le informazioni che accreditino il verificarsi di tali cause ma senza dover giustificare la ragionevolezza della propria scelta. Sul punto è stata sollevata questione di costituzionalità con ricorso n. 5610-2012, sul quale il *Tribunal Constitucional* si è pronunciato con sentenza n. 8/2015²⁹⁰. Secondo i ricorrenti, l'art. 18 della *Ley n. 3/2012*, che ha modificato il primo comma dell'art. 51, ha reso le cause di licenziamento collettivo eccessivamente indefinite tanto da violare l'art. 35, comma 1, della *Constitución Española* che sancisce il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza una giusta causa, nonché l'art. 24, comma 1, della Costituzione che tutela il diritto dei lavoratori ad un controllo

²⁸⁹ GONZALES-POSADA MARTINEZ E., *El despido colectivo: causas y procedimiento*, in *Il regime dei licenziamenti in Italia e in Spagna: ordinamenti a confronto*, Napoli, 2017.

²⁹⁰ Sent. Tribunal Constitucional 22 gennaio 2015 n. 8/2015.

giurisdizionale effettivo circa la causalità del licenziamento. Secondo il *Tribunal Constitucional* la nuova formulazione della norma non dà vita ad un licenziamento acausale o *ad nutum* né riconosce un maggiore spazio alla discrezionalità del datore di lavoro ma “*ha subordinato la decisione estintiva all’esistenza “fondata” di una causa economica, tecnica, organizzativa o produttiva, della quale delimita il contenuto e l’estensione, al fine di facilitare tanto l’applicazione della norma quanto il successivo controllo giurisdizionale della decisione estintiva in funzione delle circostanze correnti*”²⁹¹. Sarà, dunque, il giudice a valutare la sussistenza di una causa reale e verosimile che, per essere ragionevole, legittima la decisione dell’imprenditore di risolvere il rapporto di lavoro, non potendosi richiedere a quest’ultimo di formulare “*proiezioni del futuro, impossibili da provare e una valutazione finalista di questi licenziamenti*”. Tale sentenza è stata accompagnata dal *voto particular* del giudice Valdés Dal-Re, al quale hanno aderito i magistrati Asua Batarrita e Ortega Álvarez. Il giudice Valdés Dal-Re dissentiva con la pronuncia adottata a maggioranza dal *Tribunal* in quanto riteneva che il mancato riferimento del legislatore al giudizio di ragionevolezza fosse intenzionale. La nuova formulazione della norma è, infatti, finalizzata a rendere la causa “*una mera condizione, che opera come un presupposto di fatto che si sostanzia nella diminuzione delle vendite o dei ricavi o in qualsiasi altro cambiamento tecnico, organizzativo o produttivo che, nel momento in cui si verifica, conferisce all’imprenditore, in modo automatico e diretto, al di là della verifica del fatto che determina la condizione, una facoltà illimitata di decidere la sorte della vigenza dei contratti di lavoro, costituendo così uno spazio immune dal controllo giurisdizionale, che perde il potere di valutare se i licenziamenti sono misure giustificate, necessarie, ragionevoli o proporzionate in funzione delle circostanze del caso*”²⁹². Non è più richiesto al datore di lavoro di provare che dal risultato economico dell’impresa si possa dedurre la ragionevolezza della decisione di operare un licenziamento collettivo in funzione del mantenimento o l’acquisizione di una posizione competitiva sul mercato. Indipendentemente dal fatto che si sia ripercosso sulla situazione economico-finanziaria dell’impresa o sulla sua capacità di mantenere il livello occupazionale, un calo delle vendite o una perdita di profitti ordinari per tre trimestri consecutivi (comparando ciascun trimestre con il corrispondente nell’anno precedente) costituisce di per sé causa di licenziamento collettivo.

Secondo il giudice Valdés la riduzione delle vendite o dei profitti per tre trimestri consecutivi non è un indice decisivo o determinante dell’eventuale perdita di competitività o produttività

²⁹¹ Sentenza Tribunal Constitucional n. 8/2015, de 22 de enero.

²⁹² Voto particular del giudice Valdés Dal-Re alla sentenza del Tribunal Constitucional n. 8/2015, de 22 de enero.

dell'impresa, dal momento che essa può derivare da un'ampia serie di fattori congiunturali, né suppone una situazione economica negativa per l'impresa poiché alla diminuzione delle vendite può benissimo non accompagnarsi una perdita di risultato se è previsto un sistema di adeguamento dei costi. L'attuale formulazione della norma configura il licenziamento per motivi economici, individuale o collettivo, come un atto svincolato da una situazione aziendale di entità sufficiente a giustificare la misura estintiva in quanto proporzionata e necessaria, facendo scomparire il più forte dei limiti costituzionali posti a tutela del diritto al lavoro: “*l'esigenza di una giusta causa che sia di sufficiente entità*”. Le cause del licenziamento per motivi economici sono, ormai, secondo il giudice Valdés, dei meri fatti che colpiscono l'ambito economico, tecnico, organizzativo e produttivo dell'impresa ma che in nessun modo esprimono una situazione di necessità che possa giustificare la risoluzione dei contratti di lavoro. Inoltre, la nuova normativa rimette alla discrezionalità del datore di lavoro anche la determinazione del numero di lavoratori e l'individuazione dei posti di lavoro interessati dalla riduzione di personale, con il risultato di attribuirgli poteri “*quasi assoluti*” nell'adottare la decisione estintiva.

In definitiva, il giudice Valdés Dal-Re e i magistrati che hanno aderito alla sua *dissenting opinion* ritengono che il dubbio di costituzionalità suscitato dalla riforma avrebbe dovuto risolversi con la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale degli articoli che hanno modificato la disciplina del licenziamento collettivo e del licenziamento per motivi economici.

Si nota, dunque, come la riforma abbia apportato notevoli modifiche al requisito causale della fattispecie senza incidere, invece, sul criterio numerico previsto dalla normativa nazionale spagnola. Sotto questo profilo, lo statuto dei lavoratori del paese iberico, pur adottando le medesime soglie numerico-temporali previste dalla Direttiva UE, riferisce queste ultime all'intera impresa, e non al singolo stabilimento. La giurisprudenza spagnola ha a lungo ritenuto che tale discrepanza si legittimasse con la facoltà degli stati membri di adottare parametri più favorevoli rispetto a quanto previsto dalle norme europee, ossia, di derogare *in melius* a beneficio dei lavoratori. Tuttavia, all'indomani della riforma, proprio questo aspetto della fattispecie del *despido colectivo* ha suscitato dubbi circa la sua conformità al diritto europeo. Nel 2013, infatti, il *Juzgado de lo Social*²⁹³ n. 33 di Barcellona, sollevò questione pregiudiziale²⁹⁴ alla CGUE, la quale si pronunciò su tale ricorso con

²⁹³ Corrispondente al nostro giudice del lavoro.

²⁹⁴ Ci si riferisce all'ultima delle 4 questioni pregiudiziali sollevate dal giudice catalano.

sentenza 13 maggio 2015, C-392/13. Nel caso di specie²⁹⁵ lo stabilimento al quale si riferivano i licenziamenti non raggiungeva la soglia minima di 21 dipendenti perché a tali licenziamenti potesse applicarsi la disciplina europea del licenziamento collettivo. Purtuttavia, la Corte ritenne di poter stabilire un'interpretazione della Direttiva prescindendo dal caso concreto. Innanzitutto, la Corte ritiene di dover chiarire il concetto di “stabilimento” richiamando le proprie precedenti pronunce le quali definivano lo stesso “*un'entità distinta, che presenta caratteristiche di permanenza e stabilità, che è destinata ad effettuare una o più operazioni determinate e che dispone di un insieme di lavoratori nonché di strumenti tecnici e di una determinata struttura organizzativa che permette il compimento di tali operazioni*”²⁹⁶. Inoltre, prosegue la Corte, la suddetta entità non deve necessariamente essere dotata di autonomia giuridica, né di autonomia economica, finanziaria, amministrativa o tecnologica per poter essere qualificata come “stabilimento”²⁹⁷. Infine, la Corte ritiene che “*la sostituzione della nozione di «stabilimento» con quella di «impresa» può essere considerata favorevole ai lavoratori solo a condizione che tale elemento sia aggiuntivo e non comporti l'abbandono o la riduzione della tutela concessa ai lavoratori nel caso in cui, tenendo conto della nozione di stabilimento, sia raggiunto il numero di licenziamenti richiesto all'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), della direttiva 98/59, ai fini della qualificazione come «licenziamento collettivo»*”. I criteri previsti dalla direttiva devono costituire il contenuto minimo della disciplina nazionale che la recepisce, fermo restando che il legislatore nazionale può aggiungere criteri che tutelino maggiormente i lavoratori. La disciplina spagnola prendendo come sola unità di riferimento l'impresa e non anche lo stabilimento presentava il vizio di ostacolare la procedura di informazione e consultazione nei casi in cui, se si fosse preso come riferimento lo stabilimento, essa sarebbe stata applicabile ai sensi dell'art. 1, paragrafo 1 della direttiva 98/59. Dal momento che, “*il diritto*

²⁹⁵ Il caso riguardava la società Nexea del gruppo Correos, la quale nel luglio del 2012 possedeva due stabilimenti, a Madrid e a Barcellona, che occupavano, rispettivamente, 164 e 20 persone. Il 20 luglio 2012 tale impresa ha licenziato 14 dipendenti dello stabilimento di Madrid, facendo valere un calo del fatturato per tre trimestri consecutivi nonché le perdite subite nel 2011 e quelle previste per il 2012. Nell'agosto del 2012 è stato posto termine al contratto di lavoro di due dipendenti nello stabilimento di Barcellona e, nel settembre del 2012, a quello di un dipendente nello stabilimento di Madrid. Nell'ottobre e nel novembre del 2012 sono avvenute altre cinque cessazioni di contratti di lavoro, tre nello stabilimento di Madrid e le altre due in quello di Barcellona, a causa della scadenza di contratti a tempo determinato che erano stati conclusi per far fronte a picchi di produzione. Il 20 dicembre 2012 il sig. Rabal Cañas e altri 12 dipendenti dello stabilimento di Barcellona sono stati informati del loro licenziamento per cause economiche e legate alla produzione nonché all'organizzazione, che obbligavano la Nexea a chiudere tale stabilimento e a trasferire il resto del personale a Madrid. I motivi fatti valere erano sostanzialmente identici a quelli adottati nel corso dei licenziamenti avvenuti nel luglio del 2012.

²⁹⁶ Sent. CGUE 13 maggio 2015, C-392/2013.

²⁹⁷ Nel caso di specie, lo stabilimento di Barcellona possedeva un direttore di stabilimento, messo a disposizione dallo stabilimento di Madrid ed incaricato del coordinamento delle attività in loco. Dunque, lo stabilimento di Barcellona era idoneo a soddisfare i criteri individuati dalla giurisprudenza della CGUE.

dell'Unione Europea stabilisce uno standard minimo di protezione della parte debole, il quale deve essere rispettato dal diritto nazionale”, deve concludersi che “l'art. 51 del ET non rispetta il suddetto standard minimo, elabora una regola diversa ma in alcun modo più favorevole”²⁹⁸. Deve, dunque, interpretarsi che la procedura di informazione e consultazione vada applicata sia quando la fattispecie concreta integri il requisito previsto dallo statuto dei lavoratori spagnolo, sia quando integri solamente i presupposti minimi previsti dalla direttiva.

La giurisprudenza spagnola, inclusa quella di legittimità, aveva erroneamente applicato il principio della norma più favorevole al conflitto tra l'Estatuto de los Trabajadores e la direttiva 98/59, conflitto che, secondo i trattati europei, deve risolversi applicando il principio del primato. Lo stesso art. 5 della direttiva in tema di licenziamento collettivo, infatti, prevede che i legislatori nazionali possano introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori, ma ciò non implica che essi disapplicino norme del diritto dell'UE.

1.4 I licenziamenti collettivi durante l'emergenza COVID-19

Nel marzo del 2020, la Spagna, come l'Italia, è stata uno dei Paesi più colpiti dalla pandemia dovuta alla diffusione del coronavirus COVID-19. I due paesi, che hanno vissuto esperienze di crisi economica molto simili negli ultimi decenni, hanno adottato misure equivalenti. Anche in Spagna, infatti, si è ricorso in prima istanza alla telematizzazione della prestazione di lavoro applicandosi, ove possibile, lo *smart working* da casa. Per i lavoratori le cui prestazioni non possono essere svolte a distanza, invece, il governo è intervenuto, fin dai primi decreti d'emergenza²⁹⁹, a proibire il ricorso al licenziamento, individuale o collettivo, che si basi su ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive generate dalla chiusura forzata disposta dai governi di tutto il mondo per fermare il dilagare della pandemia. In un primo momento, la sospensione dei licenziamenti era stata prevista fino al 30 maggio 2020, successivamente essa è stata estesa fino al 30 giugno dello stesso anno e poi ancora al 30 settembre 2020. Impedendosi i licenziamenti per ragioni economiche e per la chiusura dei luoghi di lavoro il governo spagnolo ha introdotto una normativa speciale per il ricorso all' *Expediente de Regulación Temporal de Empleo* (ERTE), che potrebbe essere assimilabile alla nostra CIGS, rendendo più agile il procedimento di sospensione dei rapporti

²⁹⁸ MOLINS GARCIA-ATANCE J., *La interpretación del TJUE de la regulación de los despidos colectivos: su incidencia en el Derecho español*, Millennium DIPr n. 2/2015.

²⁹⁹ *Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo; Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo.*

di lavoro dei dipendenti in eccesso. La clausola di salvaguardia dell'occupazione prevede che, nel caso in cui l'ERTE fosse giustificato da forza maggiore, l'imprenditore si impegni a mantenere in servizio i lavoratori sospesi per 6 mesi dopo la ripresa dell'attività, lo stesso non è previsto in caso di ERTE per cause economiche, tecniche, organizzative e produttive. Durante tale periodo di 6 mesi sarà comunque concesso risolvere il rapporto di lavoro con licenziamento disciplinare, purché legittimo, morte, pensionamento, invalidità permanente totale o assoluta, dimissioni, scadenza dei contratti di lavoro a termine o realizzazione dell'opera o servizio concordato, o impossibilità sopravvenuta di realizzarlo: solamente in questi casi, l'estinzione del rapporto di lavoro non si considererà una violazione dell'obbligo di tutela dell'occupazione.

2. La fattispecie e il procedimento di licenziamento collettivo

L'art. 51 del *Estatuto de Trabajadores* e il *Reglamento de Despido Colectivo (Decreto Ley de 29 de octubre de 2012)* disciplinano la fattispecie e il procedimento di licenziamento collettivo nell'ordinamento spagnolo. Il testo attualmente in vigore dell'art. 51 prevede che si consideri licenziamento collettivo “*l'estinzione dei contratti di lavoro per cause economiche, tecniche, organizzative o di produzione quando, in un periodo di 90 giorni, l'estinzione riguardi almeno 10 lavoratori nelle imprese che occupino meno di 100 lavoratori, il 10 per cento del numero di lavoratori dell'impresa in quelle che occupano da 100 a 300 lavoratori, oppure 30 lavoratori nelle imprese che occupino più di 300 lavoratori*”³⁰⁰. La norma procede poi a definire, seppur indicativamente, in cosa consista ciascuna delle cause. Le cause economiche sono riferibili ad alcuni risultati dell'impresa che permettano di rilevare la situazione economica negativa; a questa situazione di crisi il legislatore accompagna un enunciato esemplificativo e aperto nel quale menziona l'esistenza di perdite attuali o previste e la diminuzione persistente, intendendosi come tale quella che si protragga per almeno tre trimestri, di ricavi ordinari o vendite³⁰¹. Questa causa, non espressamente prevista nel ordinamento, “*sebbene richiami la negatività della situazione per cercare di ottenere dei benefici, non richiede una situazione deficitaria nel momento di sollecitare il procedimento, permettendo di evitare attraverso il licenziamento un panorama che potrebbe risultare irreversibile*”³⁰². In merito alla negatività della situazione non rileverà

³⁰⁰ Art. 51.1 *Estatuto de los Trabajadores*.

³⁰¹ FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018.

³⁰² *Ibidem*.

neppure la condotta più o meno diligente dell'imprenditore per evitare lo scenario irreparabile; potranno adottare la misura del licenziamento collettivo per ragioni economiche sia le imprese che abbiano avuto una gestione impeccabile sia quelle che siano state palesemente negligenti.

In merito alle cause tecniche esse si verificano quando avvengono cambiamenti nei mezzi e/o strumenti di produzione: la semplice trasformazione nell'attrezzatura dell'impresa potrebbe non essere sufficiente a giustificare un licenziamento collettivo poiché ciò che rileva è l'impatto che esso ha sull'organico sia esso quantitativo, come nel caso in cui sia necessario ridurre il personale, o qualitativo, nel caso in cui occorra licenziare alcuni addetti per sostituirli con altri che abbiano la qualifica richiesta dal cambiamento. Può trattarsi, ad esempio, del caso in cui l'utilizzo di nuovi macchinari al fine di aumentare la produttività dell'impresa comporti un eccesso di organico dal quale derivi la necessità di riorganizzare il personale, oppure di una esternalizzazione o ristrutturazione che si accompagni ad una riduzione della capacità produttiva e quindi imponga l'eliminazione di determinati macchinari o l'estinzione di alcuni contratti di lavoro. Risulta evidente, a questo punto, come le ragioni tecniche che possono giustificare una riduzione di personale siano spesso strettamente legate alle ragioni organizzative, basti pensare a come l'innovazione scientifica, la costante evoluzione dell'elettronica e dell'informatica favoriscono l'automazione e l'informatizzazione dei processi comportando riduzioni e riorganizzazioni dell'organico.

Pur tuttavia le cause organizzative possono anche configurarsi autonomamente quando *“le alterazioni dei sistemi di produzione e dei processi di lavoro interessino aspetti intangibili o immateriali con un investimento nullo o minore; presupposto nel quale, senza dubbio, riemergerà il loro forte vincolo con le cause produttive”*³⁰³. Questo tipo di cause può riguardare diversi ambiti, fasi o dimensioni dell'organizzazione produttiva *“attinenti o alla logistica di beni e risorse che si ripercuota sul personale oppure a determinate installazioni nella loro concreta ubicazione”*³⁰⁴, oppure occupandosi esclusivamente di riordinare il personale per ovviare a distribuzioni inefficienti, oppure applicando pratiche di gestione migliori per semplificare le organizzazioni e creare sinergie, o ancora le stesse possono derivare da una semplice riordinazione delle condizioni di lavoro dell'organico. Tutte queste ipotesi si verificano in seguito all'introduzione di elementi di novità nelle modalità di produzione di beni o prestazione di servizi quando dalle stesse derivi un eccesso di personale.

³⁰³ FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018.

³⁰⁴ *Ibidem*.

Infine, le cause produttive presentano un carattere ibrido, intermedio o misto rispetto alle altre motivazioni che possono essere alla base di un licenziamento collettivo dal momento che i cambiamenti che interessano la domanda di beni o di servizi offerti dall'impresa sono quasi sempre associabili ad una situazione economica negativa, oppure a congiunture tecnico-organizzative. Secondo le dinamiche di mercato, infatti, entrambe queste situazioni derivano da una contrazione della domanda del prodotto che comporta un sovradimensionamento della capacità produttiva espresso in forma di diminuzione di ordini, commissioni o vendite ai clienti, riduzioni nella produzione e nella fatturazione, rescissione di contratti relativi a un concreto servizio dell'ente, perdita del cliente principale oppure riduzione o scadenza degli appalti dai quali dipende l'attività del datore di lavoro.

In merito alla soglia numerica minima per configurare un licenziamento collettivo, l'ordinamento spagnolo utilizza una formulazione diversa rispetto a quella della direttiva; la direttiva infatti fa riferimento ad "almeno 5 licenziamenti" mentre il legislatore iberico prevede "un minimo di 5 estinzioni" del contratto di lavoro. Sempre in riferimento al requisito numerico abbiamo già visto come, in seguito alla sentenza della CGUE del 13 maggio 2015, la disciplina spagnola del licenziamento collettivo riferisca il requisito numerico del licenziamento collettivo non solo al singolo stabilimento, come previsto dalla direttiva, ma altresì all'intera impresa. La giurisprudenza spagnola ritiene che vadano conteggiate nel totale dei licenziamenti che integrano il requisito numerico per attivare la procedura di licenziamento collettivo anche tutte le ipotesi di estinzione del contratto di lavoro c.d. assimilate. Si tratta di decisioni estintive dell'imprenditore che, oltre a derivare da un licenziamento oggettivo per ragioni economiche, tecniche, organizzative e di produzione sono motivate dall'estinzione di contratti a tempo determinato o contratti d'opera stipulati in frode alla legge o terminati anticipatamente, dal recesso del datore di lavoro in quei rapporti di lavoro in cui è previsto oppure durante il periodo di prova, oppure quando si tratti di dimissioni incentivate e di prepensionamenti, se rispondono a un'iniziativa imprenditoriale seguita dalla scelta volontaria del lavoratore di fruire della misura, come può avvenire durante un procedimento di riduzione di personale; in questi casi non c'è volontarietà della causa di licenziamento anche qualora essa fosse presente nella scelta finale dei lavoratori da licenziare, oppure ancora, in caso di licenziamenti dichiarati o riconosciuti come illegittimi, l'estinzione della personalità giuridica del datore di lavoro, i casi di scioglimento dal contratto del lavoratore per previo, grave e colpevole inadempimento dell'imprenditore, ed infine in caso di mancata chiamata di lavoratori fissi discontinui quando si superino le soglie previste dall'art. 51, comma 1. Quando il numero di licenziamenti e di estinzioni assimilate superi il numero o la percentuale prevista dall'art.

51, comma 1, e non sia stata osservata la disciplina sul licenziamento collettivo, si configurerà un licenziamento collettivo di fatto, la cui affermazione renderà nulli i licenziamenti e le risoluzioni assimilate già effettuate ma non per frode alla legge, bensì, per applicazione dell'art. 124, comma 11, della *Ley reguladora de la Jurisdicción Social*.

Per quanto riguarda il requisito temporale, invece, il legislatore spagnolo adotta il termine di 90 giorni previsto dalla direttiva europea. In relazione a questo termine, più breve rispetto a quello previsto nel nostro ordinamento, l'art. 51 prevede una disposizione antifrode che risponde all'esigenza di prevenire la pratica del c.d. "goteo"³⁰⁵, letteralmente "sgocciolamento", che consiste nel diluire nel tempo i licenziamenti dovuti alle stesse cause per evitare l'applicazione della procedura di informazione e consultazione tipica del licenziamento collettivo e servirsi della meno complessa procedura di licenziamento oggettivo individuale.

2.1 La procedura di licenziamento collettivo

Dopo aver esposto le causali del licenziamento collettivo, l'art. 51, al secondo comma, prosegue disciplinando gli aspetti procedurali della fattispecie. Prima ancora dell'invio della comunicazione di avvio della procedura di licenziamento collettivo, l'ordinamento spagnolo prevede che il datore di lavoro invii ai lavoratori o ai loro rappresentanti una comunicazione mediante la quale manifesta l'intenzione di iniziare il procedimento di licenziamento collettivo ed eventualmente il proposito di adottare ulteriori misure, come ad esempio, modificazioni sostanziali del rapporto di lavoro o il subappalto di opere o servizi. Con la medesima comunicazione il datore di lavoro invita i lavoratori o i loro rappresentanti a designare una *comisión negociadora*, ossia una delegazione speciale di negoziazione nel termine massimo di 7 giorni dalla ricevuta comunicazione; nel caso in cui nell'impresa o nello stabilimento interessato dalla procedura non siano presenti delegati del personale o rappresentanze dei lavoratori, i lavoratori avranno a disposizione 15 giorni per designare una commissione *ad hoc*, nominata appositamente ed esclusivamente per le finalità della procedura in esame formata, al massimo, da 3 membri. In aggiunta al contenuto minimo appena menzionato è consigliabile, ma non obbligatorio, che l'impresa ricordi alla controparte che la mancata o difettosa costituzione della commissione non inficerà il corretto avvio della fase di consultazione, che potrà consistere anche di un numero di riunioni

³⁰⁵ FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018.

inferiore a quello indicativamente previsto dalla norma, o potrà finanche svolgersi validamente senza alcuna riunione; allo stesso modo, è utile ricordare loro di notificare l'atto di costituzione della commissione con indicazione della sua composizione e delle percentuali di rappresentanza proprie di ciascun membro, in modo da poter verificare la legittimazione e determinare la maggioranza necessaria per raggiungere l'accordo.

Per quanto riguarda la commissione di negoziazione, essa può essere composta da un massimo di 13 membri e la sua designazione è rimessa interamente ai lavoratori quindi, qualora vi fosse un'irregolarità nella sua costituzione il datore di lavoro non ne sarà responsabile e potrà attendere che i lavoratori regolarizzino la costituzione della commissione oppure dare comunque inizio al procedimento, purché l'irregolarità non incida sulla partecipazione dei lavoratori alla procedura e non infici in maniera sostanziale il raggiungimento dell'accordo. La commissione negoziatrice agisce come un organo collegiale per quanto attiene alla formazione della propria volontà e alla vincolatività degli atti da essa adottati. Per quanto attiene alla legittimazione a prendere parte alla consultazione con la direzione dell'impresa, essa è disciplinata dall'art. 41, quarto comma, dell'*Estatuto de los Trabajadores* al quale rinvia l'art. 26 del *Reglamento del Despido Colectivo*. Nel caso in cui il licenziamento collettivo interessi un solo stabilimento, la legittimazione a partecipare alla procedura di informazione e consultazione spetterà alle "*secciones sindicales si así lo acuerdan y acreditan a mayoría de los representantes unitarios*"³⁰⁶, vale a dire alle rappresentanze sindacali, solamente nel caso in cui la maggioranza delle rappresentanze unitarie dei lavoratori lo convengano e dimostrino, altrimenti, in mancanza di sezioni sindacali saranno legittimate a prendere parte alla procedura di consultazione le rappresentanze unitarie. Nei casi in cui nello stabilimento interessato dalla riduzione di personale non esistano organi di rappresentanza del personale, è prevista la possibilità, come già anticipato, di costituire una commissione *ad hoc*, che potrà essere composta da un massimo di tre membri i quali potranno essere eletti o tra i lavoratori licenziandi da questi medesimi, oppure il compito di individuare lo stesso numero di membri previsti, verrà affidato ai sindacati maggiormente rappresentativi e rappresentativi del settore al quale appartiene l'azienda i quali sono legittimati a far parte della commissione che ha negoziato il contratto collettivo applicato nell'impresa. Solamente in casi eccezionali, in mancanza delle istanze rappresentative dei lavoratori, quando il licenziamento abbia una portata generale e colpisca un numero non eccessivo di lavoratori è stata ammessa la negoziazione individuale dei singoli licenziandi. Nel caso in cui, invece, fossero vari gli stabilimenti

³⁰⁶ Art. 41, comma 4, *Estatuto de los Trabajadores*.

colpiti dal licenziamento collettivo, dal 2013³⁰⁷ in poi, il legislatore esige la costituzione di una commissione unica, attribuendo ai sindacati la medesima priorità nel designare, sempre che la rappresentanza maggioritaria nei comitati d'impresa o dei delegati del personale lo concordi e lo dimostri, sulla base dell'indice di rappresentatività legale nel concreto ambito interessato dal procedimento. In questa particolare situazione svolge un ruolo preferenziale il *comité intercentros*, ossia il comitato d'impresa che riunisce in sé i rappresentanti dei diversi stabilimenti di cui è composta l'impresa, quando il contratto collettivo gli abbia attribuito questa funzione e l'ambito di competenza dello stesso corrisponda a quello del personale coinvolto nella procedura di riduzione. Poiché la disposizione dell'art. 41 prevede che i sindacati possano essere coinvolti “*senza pregiudizio dei procedimenti specifici che potrebbero essere previsti dalla contrattazione collettiva*”, il *comité intercentros* al quale la contrattazione collettiva abbia attribuito le funzioni di cui sopra prevarrebbe anche sulle rappresentanze sindacali. Dunque, se in tutti gli stabilimenti fossero presenti rappresentanze legali dei lavoratori la commissione sarà formata dai membri di queste ultime, se invece esse fossero presenti in alcuni stabilimenti e non in altri la commissione sarà formata unicamente dai rappresentanti dei centri che lo convengano, a meno che i lavoratori che non disponessero né di comitati d'impresa né di delegati del personale, decidessero di nominare una commissione ad hoc dando luogo ad una commissione ibrida. Infine, se non vi fossero rappresentanti di alcun tipo si costituirebbe la commissione *ad hoc*.

Una volta trascorso il termine per la costituzione della commissione negoziatrice, che essa si sia formata o meno, il datore di lavoro può comunicare per iscritto alle rappresentanze dei lavoratori l'inizio della procedura di consultazione, di tale comunicazione dovrà inviare copia all'autorità amministrativa competente.

In seguito all'adempimento degli obblighi di informazione da parte del datore di lavoro si aprirà la fase della consultazione, della durata massima di 30 giorni - 15 in meno rispetto all'istituto italiano - che saranno ridotti a 15 per le imprese che occupino meno di 50 dipendenti. Durante la consultazione le parti sono tenute a trattare nel rispetto della buona fede e con la finalità di raggiungere un accordo. Questa fase si conclude, anche prima della scadenza del termine massimo, quando le parti giungano ad un accordo oppure quando esse riconoscano che non sia possibile raggiungere l'accordo. È altresì previsto che le parti possano in ogni momento optare per la sostituzione della fase di consultazione con il procedimento di mediazione o arbitrato applicato nell'azienda, che dovrà svolgersi e giungere a conclusione nel termine previsto per la fase di consultazione. L'*autoridad laboral*

³⁰⁷ RD Ley 11/2013.

- l'amministrazione competente in materia di lavoro - vigilerà sull'effettività della consultazione potendo eventualmente rivolgere avvertimenti o raccomandazioni alle parti senza che tale intervento paralizzi o sospenda il procedimento; allo stesso modo essa potrà realizzare, su richiesta delle parti, le attività di mediazione e assistenza opportune al fine di trovare una soluzione ai problemi originati da un licenziamento collettivo³⁰⁸. Al termine della consultazione, entro 15 giorni dalla conclusione della stessa, il datore di lavoro ne comunicherà l'esito all'amministrazione competente trasmettendole copia dell'accordo, nel caso in cui fosse stato raggiunto, altrimenti trasmettendo ai rappresentanti dei lavoratori e all'amministrazione stessa la decisione di procedere al licenziamento collettivo e le condizioni dello stesso. A questo punto il datore di lavoro notificherà individualmente i licenziamenti, nel rispetto del termine di preavviso di 15 giorni previsto dall'art. 53, comma 1, del *Estatuto de los Trabajadores* e comunque non prima che siano trascorsi 30 giorni dalla data di apertura della procedura di licenziamento collettivo.

2.2 Oneri del datore di lavoro

Come si è già avuto modo di vedere nell'esame della disciplina italiana, anche nell'ordinamento spagnolo le principali obbligazioni del datore di lavoro durante la procedura di licenziamento collettivo riguardano la corretta ed esauriente informazione dei lavoratori e delle loro rappresentanze nonché l'instaurazione di una trattativa con gli stessi che dovrà svolgersi nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza e con lo scopo di raggiungere un accordo. *“La legge non obbliga a raggiungere un accordo, ma obbliga a trattare”*³⁰⁹.

Per quanto riguarda la comunicazione iniziale, il legislatore utilizza una terminologia imperativa per sottolineare come non sia sufficiente *“la mera notificazione formale dell'inizio della fase di consultazione e dell'intento del datore di lavoro, ma essa dev'essere accompagnata da tutta l'informazione e la documentazione che costituiscono l'oggetto della consultazione, in questo modo l'obbligazione si configura come “parte essenziale” e “presupposto ineludibile” del dovere datoriale”*³¹⁰. Di conseguenza, qualora l'informazione non sia trasmessa in tempo utile per l'efficace svolgimento della procedura, essa sarà viziata

³⁰⁸ Ministerio del Trabajo y Economía Social, sito ufficiale, www.mites.gob.es.

³⁰⁹ MOLERO MARAÑÓN M.L., VALDES DAL-RE F., *Los derechos de información y consulta en las reestructuraciones de empresa*, Granada, 2014.

³¹⁰ FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018.

di nullità. Poiché, in Spagna come in Italia, la principale fonte di conflitto nei licenziamenti collettivi riguarda la completezza dell'informativa iniziale, la giurisprudenza europea ha ritenuto di esimere da nullità i procedimenti in cui le carenze dell'informativa iniziale sono minime e non inficiano la capacità delle rappresentanze dei lavoratori di partecipare efficacemente alla trattativa, dunque, l'obbligazione si considera adempiuta quando raggiunge il fine perseguito dalla norma³¹¹. L'elenco di contenuti essenziali della comunicazione iniziale previsto nella norma deve quindi considerarsi previsto *ad probationem* e non *ad substantiam*. Ne deriva che non qualsiasi carenza documentale genera nullità della comunicazione iniziale, ma solo la mancanza di elementi imprescindibili ai fini di realizzare una negoziazione adeguatamente informata. Tuttavia, qualora il datore di lavoro non fornisca tutta la documentazione dovuta dovrà giustificare l'irrelevanza della stessa in relazione al raggiungimento del fine perseguito dalla consultazione, a pena di nullità del procedimento e dunque dei licenziamenti, salvo nei casi in cui la controparte non contesti tale carenza e si raggiunga comunque un accordo. Viceversa, se le rappresentanze dei lavoratori esigessero dal datore di lavoro un'informazione non elencata dalla norma saranno queste ultime a dover provare la rilevanza in concreto di tale informazione.

La disciplina spagnola prevede che per ciascuna causale prevista dall'art. 51 debba essere fornita una diversa documentazione, ulteriore rispetto alla documentazione comune a tutti i licenziamenti collettivi.

Rientrano nella documentazione comune alle diverse causali: l'indicazione delle cause del licenziamento; il numero e l'inquadramento professionale dei lavoratori interessati dal licenziamento e dei lavoratori impiegati abitualmente nell'ultimo anno, se la procedura coinvolge più stabilimenti situati in diverse provincie o comunità autonome³¹² tale informazione dovrà essere suddivisa per stabilimenti. Vi rientrano inoltre, il periodo previsto per la realizzazione dei licenziamenti, dovendosi indicare non solo la data d'inizio ma anche quella finale: allo scopo di garantire l'attualità dei motivi del licenziamento è essenziale, infatti, che tale periodo sia limitato nel tempo. In ordine ai criteri utilizzati per la selezione dei lavoratori da licenziare, tali parametri devono essere chiari e precisi e non devono essere indeterminati, astratti o generali. Parte della dottrina³¹³ ritiene che non sarà necessario indicare tali criteri quando il datore di lavoro allegghi una relazione nominativa mentre altra parte della dottrina³¹⁴ e la giurisprudenza ritengono che l'indicazione dei criteri sia

³¹¹ Art. 51, comma 2, *Estatuto de los Trabajadores*.

³¹² Primo livello di divisione politica e amministrativa dello Stato spagnolo.

³¹³ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

³¹⁴ FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018.

imprescindibile anche nei casi in cui venga redatto un elenco nominativo dei licenziandi. Anche nel valutare la sufficienza di tali criteri non si farà riferimento al loro grado di generalità o astrattezza quanto piuttosto a sé essi hanno raggiunto lo scopo di informare i rappresentanti dei lavoratori al riguardo: tale obiettivo si considera raggiunto quando i suddetti rappresentanti siano venuti a conoscenza dei criteri utilizzati e non abbiano contestato l'informazione o richiesto ulteriori dettagli. Il procedimento sarà nullo solamente nel caso in cui i criteri non siano stati forniti, o quelli forniti siano insufficienti o non abbiano consentito alcuna negoziazione nonostante essa fosse stata richiesta dai rappresentanti dei lavoratori, quando essi risultino arbitrari, violano i diritti costituzionali oppure non rispettano il criterio legale di prioritaria permanenza dei rappresentanti dei lavoratori o altri criteri di prioritaria permanenza nell'impresa previsti dal contratto collettivo a favore di altre categorie di lavoratori. Alla comunicazione iniziale va inoltre allegata una memoria esplicativa delle cause del licenziamento, diversa a seconda che si tratti di licenziamento per ragioni economiche oppure tecniche, organizzative e produttive: essa costituisce un elemento imprescindibile della comunicazione. Non potranno essere accettate memorie generiche dalle quali non emerga un'opportuna giustificazione delle cause e l'adeguatezza delle misure proposte rispetto a queste ultime.

Quando il licenziamento colpisca più di 50 lavoratori il datore di lavoro sarà tenuto a includere nella comunicazione iniziale il piano di ricollocamento esterno, redatto da un'impresa di ricollocazione autorizzata. Tale piano ha lo scopo di garantire assistenza ai lavoratori licenziati per un periodo minimo di 6 mesi suscettibile di essere ampliato: in particolare esso è posto a tutela dei lavoratori più anziani. Tale tutela si realizza mediante il ricorso alle misure di cui all'art. 9 del *Reglamento del Despido Colectivo* o altre di natura analoga come ad esempio: l'intermediazione, l'orientamento professionale che permetta di identificare il profilo professionale dei lavoratori licenziati in modo da poter colmare le carenze d'organico di altre imprese, la formazione professionale o l'assistenza personalizzata durante tutto il processo di ricollocamento e particolarmente nella ricerca di un nuovo impiego. L'assenza del piano di ricollocamento esterno nella comunicazione iniziale costituisce un'infrazione amministrativa molto grave ma non dà luogo a nullità del procedimento né del licenziamento. Infine, nella comunicazione iniziale il datore di lavoro dovrà invitare per iscritto i rappresentanti dei lavoratori ad emettere un parere sulla ristrutturazione dell'organico o sulla riduzione dell'orario giornaliero di lavoro: l'assenza di questo invito non inficia la validità della procedura.

La memoria esplicativa di cui si è detto differirà per contenuto a seconda che i motivi del licenziamento siano economici oppure tecnici, organizzativi o di produzione. Nel primo caso

la memoria dovrà contenere due gruppi di documenti contabili opportunamente revisionati, per le imprese non soggette a revisione contabile essi saranno accompagnati dalla dichiarazione di esenzione dell'impresa dalla revisione dei conti. Il primo di tali gruppi di scritture contabili è formato dai bilanci annuali degli ultimi due esercizi, integrati dallo stato patrimoniale, dal conto economico, dal prospetto delle variazioni del patrimonio netto, dal rendiconto finanziario, dalla relazione sull'esercizio e dalla relazione sulla gestione. Nel secondo gruppo, invece, rientra la versione provvisoria delle stesse scritture contabili. È essenziale che l'impresa presenti una documentazione attendibile dalla quale possa riscontrarsi perdite attuali o previste oppure una diminuzione delle vendite o dei guadagni che si sia protratto per almeno tre trimestri.

Per i licenziamenti giustificati da cause tecniche, organizzative o produttive la memoria esplicativa dovrà, invece, contenere solamente le ragioni in concreto invocate e le relazioni tecniche che dimostrino la sussistenza di tali ragioni.

Una volta dato inizio alla fase di consultazione, il datore di lavoro, così come la controparte sociale, dovrà impegnarsi a rispettare il principio di correttezza e buona fede. La violazione di tale principio da parte dell'imprenditore così come la mancanza della volontà di negoziare di quest'ultimo può costargli l'applicazione di una sanzione per infrazione grave ex art. 7, comma 7 della *Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*. Il rispetto del principio di buona fede è previsto al fine di garantire la partecipazione dei lavoratori nell'intento di evitare o ridurre gli effetti del licenziamento o attenuare le sue conseguenze; essa si considera presunta, tuttavia in determinate circostanze gli organi giurisdizionali attribuiscono al datore di lavoro l'onere di provare di aver negoziato con la controparte in tempo utile e nelle forme sufficienti ad integrare tale requisito. La prova può essere resa presentando i verbali di ciascuna delle riunioni tenutesi durante il periodo di consultazione firmate da tutte le parti ed inviate all'amministrazione competente al termine dell'esame congiunto. *“L'affidabilità suscitata nella controparte è un valore di primo ordine da preservare durante tutta questa fase, dal momento che, a posteriori, nella maggior parte delle occasioni l'ambiguità o la mancanza di chiarezza nelle motivazioni, o la repentina alterazione sostanziale delle posizioni sono alla base della conculcazione della buona fede”*³¹⁵. Costituiscono violazione del principio di buona fede da parte del datore di lavoro il mantenere la posizione iniziale in maniera inflessibile rifiutando, senza alcuna giustificazione, di valutare le proposte alternative delle rappresentanze dei lavoratori, e di negoziare o cedere su qualsiasi fronte nonché le macchinazioni imprenditoriali, come

³¹⁵ FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018.

l'intrattenere contatti diretti con i singoli lavoratori interessati dal licenziamento allo scopo di raggiungere con essi un accordo al di fuori della procedura di consultazione. È evidente come questa pratica svilisce la posizione negoziale dei rappresentanti dei lavoratori svuotando di contenuto e di efficacia il loro intervento. È dovere del datore di lavoro, dunque, adottare e mantenere una posizione aperta alla negoziazione e al raggiungimento dell'accordo, un atteggiamento attivo e aperto alle proposte della controparte impegnandosi a mettere sul tavolo tutti i mezzi che sono a sua disposizione per superare le divergenze e avvicinare le proprie posizioni fino a raggiungere un'intesa. È importante, infatti, creare un clima che favorisca la trattativa. Si considera allo stesso modo violazione del principio di buona fede, questa volta da parte dei lavoratori, il comportamento delle rappresentanze dei lavoratori che non presentino proposte sufficientemente serie e concrete, negandosi al confronto e allo scambio di posizioni e rendendo del tutto vana la trattativa, che non lascino spazio al dialogo, che abbandonino le riunioni quando non sia stata accolta la loro unica proposta di aumentare gli indennizzi, non propongono alcuna alternativa o non prendano in considerazione le diverse proposte del datore di lavoro. Pur non essendo prevista per i rappresentanti dei lavoratori una sanzione equivalente a quella prevista dall'art. 7, comma 7 della LISOS per il datore di lavoro, l'obbligo di trattare in buona fede vincola entrambe le parti.

Al termine della fase di consultazione il datore di lavoro è tenuto a comunicarne l'esito all'autorità amministrativa competente in materia di lavoro e potrà altresì procedere ad irrogare i licenziamenti ai singoli lavoratori, rispettando il termine minimo di 30 giorni dall'apertura della fase di consultazione e il preavviso di 15 giorni previsto dall'art. 53 in materia di licenziamento oggettivo. Nella comunicazione a ciascun licenziato, occorrerà indicare la causa che ha giustificato il licenziamento del lavoratore in modo sufficientemente dettagliato da permettere al lavoratore di difendersi in giudizio, ma non sarà necessario riprodurre i criteri di scelta concordati nella trattativa né una giustificazione individuale che indichi dettagliatamente i criteri che sono stati applicati, ciò poiché essi non costituiscono un requisito legale di validità di tale comunicazione e perché l'esistenza di una fase di negoziazione a cui partecipano i legali rappresentanti dei lavoratori permette di supporre la conoscenza di detti criteri. Nel momento in cui comunica il licenziamento il datore di lavoro dovrà mettere a disposizione del lavoratore l'indennizzo che gli spetta.

Ulteriori obblighi del datore di lavoro riguardano la tutela dei lavoratori ultracinquantacinquenni: se l'impresa che opera il licenziamento collettivo non è sottoposta a procedura concorsuale e impiega lavoratori con più di 55 anni essa dovrà versare per ciascuno di essi i contributi destinati a finanziare una convenzione speciale a tutela di tale

categoria di licenziati. Tali contributi andranno corrisposti dalla data del licenziamento fino al raggiungimento da parte del lavoratore dell'età pensionabile, 63 anni, salvo nel caso del licenziamento per ragioni economiche dove i contributi saranno dovuti fino al raggiungimento del sessantunesimo anno d'età.

Sempre a tutela dei lavoratori più anziani e prossimi al pensionamento l'undicesimo comma dell'art. 51 del *Estatuto de los Trabajadores* prevede l'obbligo per il datore di lavoro di un'impresa con più di 100 lavoratori, o che faccia parte di un gruppo d'impresе che impieghi tale numero di lavoratori, di versare un contributo economico all'Erario quando in una procedura di licenziamento collettivo siano inclusi lavoratori con più di 50 anni. Tale previsione soddisfa un duplice interesse: da un lato quello di garantire una categoria di lavoratori particolarmente vulnerabile, dall'altro quello di compensare il costo che tali licenziamenti rappresentano per le casse dello Stato. Il contributo è dovuto solamente quando il numero di lavoratori ultracinquantenni licenziati sul totale dei lavoratori licenziati supera la percentuale dei lavoratori ultracinquantenni sul totale dell'organico alla data d'inizio della procedura³¹⁶.

3. L'esame congiunto

Tradizionalmente nei licenziamenti collettivi la fase di consultazione costituiva la massima espressione dell'intervento dei rappresentanti dei lavoratori nel procedimento di ristrutturazione aziendale; tale circostanza apriva la strada all'auspicato rafforzamento della contrattazione collettiva con il fine di legittimare la scelta imprenditoriale di adottare questa peculiare misura estintiva dei contratti di lavoro. Secondo parte della dottrina³¹⁷, si trattava di una vera e propria gestione collettiva del procedimento, dal momento che quel che si realizzava non era una mera consultazione ma una trattativa vera e propria.

Attualmente la fase di esame congiunto ha una durata di 30 giorni, 15 per le imprese che impieghino meno di 50 dipendenti, prorogabili con il consenso di entrambe le parti quando tale proroga sia necessaria per poter giungere all'accordo. In ogni caso, il superamento di tale periodo, secondo la giurisprudenza³¹⁸, non comporta nullità del procedimento.

³¹⁶ FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018; ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

³¹⁷ VALDÉS DAL – RE F., LAHERA FORTEZA J.; PÉREZ DEL RIO T., AGUILAR GONZÁLVEZ M.C. op. cit. in ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

³¹⁸ Sent. Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 6 luglio 2012, n. 6931

La finalità di questa fase del procedimento è quella di esaminare “*le possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti collettivi e di attenuare le loro conseguenze attraverso il ricorso a misure sociali di accompagnamento come ad esempio misure di ricollocamento o azioni di formazione o “reciclaje profesional” per migliorare l’impiegabilità*”³¹⁹. La disposizione richiede l’intervento attivo ed effettivo dei rappresentanti dei lavoratori nell’evitare o ridurre le conseguenze del licenziamento collettivo. Con tale norma il legislatore del 2012 ha inteso porre fine alla pratica, largamente diffusa sotto la legislazione precedente, di raggiungere a tutti i costi un accordo con le rappresentanze dei lavoratori pur di ottenere l’autorizzazione amministrativa necessaria per portare a termine il progetto di licenziamento, anche quando questo significava semplicemente aumentare l’indennizzo risarcitorio dovuto ai lavoratori licenziati, snaturando la fase della consultazione e privando i lavoratori di alcuno strumento di tutela preventiva. In questi casi, l’intervento dell’amministrazione diventava “*meramente testimoniale, dal momento che essa concedeva l’autorizzazione al datore di lavoro in modo praticamente automatico, senza esercitare un controllo sul merito della misura adottata*”³²⁰. Allo stesso tempo, la partecipazione dei lavoratori si sostanziava in un mero potere di veto e di rivendicazione di risarcimenti superiori a quelli minimi ed uniformi previsti per legge, allontanandosi dalla finalità di cogestione della crisi auspicata dal legislatore³²¹. La norma attualmente in vigore omette tuttavia il riferimento, contenuto nelle precedenti versioni della disciplina, all’esame delle cause che hanno determinato nel datore di lavoro la decisione di procedere alla riduzione di personale; secondo parte della dottrina³²² e della giurisprudenza si può ritenere che lo stesso possa comunque aver luogo, mentre secondo altra parte della dottrina³²³ esso rimane ad oggi escluso dalla fase di consultazione ed è rimesso solamente all’analisi del datore di lavoro.

³¹⁹ Art. 51, comma 2, *Estatuto de los Trabajadores*.

³²⁰ MOLERO MARAÑÓN M.L., *La incidencia de la reforma de 2013 en las reglas del periodo de consultas*, Relaciones Laborales, n. 12/2013.

³²¹ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

³²² FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018.

³²³ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

3.1 Misure preventive volte ad evitare il licenziamento collettivo o ad attenuarne le conseguenze

In sede di esame congiunto, dopo aver verificato la sussistenza delle cause che giustificano il licenziamento collettivo, le parti dovranno considerare tutte le misure alternative al licenziamento che possano essere applicate nel caso concreto. La prima delle misure in astratto praticabili per ridurre o azzerare il numero di licenziamenti è il ricollocamento all'interno dell'impresa o del gruppo di imprese, potendosi intendere come tale anche l'impegno per il rinnovo dei contratti a tempo determinato. Si considerano misure alternative alla riduzione di personale anche le azioni di formazione o riconversione ("*reciclaje profesional*") che possano contribuire alla continuità dell'impresa, nonché tutte le misure di flessibilità interna, compresi i trasferimenti funzionali o geografici, le modificazioni delle condizioni di lavoro, la disapplicazione delle condizioni previste nel contratto di lavoro ed infine anche la sospensione del rapporto di lavoro³²⁴: ne sono un esempio *l'expediente temporal de regulacion de empleo* equivalente della nostra cassa integrazione, e le riduzioni della giornata lavorativa dal 10 al 70 per cento, assimilabili ai contratti di solidarietà difensivi previsti nel nostro ordinamento. Durante la sospensione del contratto o la riduzione dell'orario di lavoro è previsto che siano promosse attività formative legate all'attività professionale dei lavoratori colpiti dalla misura, il cui obiettivo sarà aumentare la versatilità e l'occupabilità di tali lavoratori.

Qualora il licenziamento collettivo non potesse essere evitato le parti potranno negoziare misure in grado di attenuare gli effetti del licenziamento. Innanzitutto, l'art. 8, comma 2 del *Reglamento de Despido Colectivo* prevede un diritto di precedenza per i lavoratori licenziati nel momento in cui l'impresa dovesse realizzare nuove assunzioni: tale diritto è riconosciuto per il tempo pattuito e consentirà di rientrare a lavorare nella stessa categoria professionale o in altra ad essa affine; a questa misura può essere assimilata anche la costituzione di una *bolsa de empleo* a favore dei lavoratori licenziati, un servizio che mette in contatto offerta e domanda di lavoro. Inoltre, indipendentemente dal piano di ricollocamento previsto dall'art. 9, comma 4 dello stesso regolamento, l'art. 8, comma 2, lettera b), consente il ricollocamento esterno dei lavoratori, esigendosi che nella documentazione dello stesso venga individuata anche l'impresa autorizzata a realizzarlo. Ulteriori misure, meno garantiste ma pur sempre utili ai lavoratori licenziati sono le attività di formazione e riconversione professionale

³²⁴ FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018.

finalizzate a migliorare l'occupabilità dei lavoratori e a coniugare l'occupabilità e lo svolgimento di attività d'impresa, promuovendo la libera professione o l'impiego nelle cooperative o in altri soggetti operanti nel terzo settore. È tuttavia vietato perseguire la continuità della prestazione lavorativa stipulando appalti d'opera o di servizi con l'impresa di provenienza che avessero la finalità di eludere la disciplina legale del contratto di lavoro. Infine, l'art. 8, comma 2, prevede misure compensative delle spese derivanti dal trasferimento o della differenza tra il salario precedente e il salario percepito nel nuovo impiego.

Pur non essendo menzionate dall'art. 8, nella prassi è oggetto dell'esame delle parti in fase di consultazione anche l'aumento dell'indennizzo oltre il minimo previsto dalla legge. Come anticipato, in passato questo costituiva il principale se non l'unico punto sul quale volgeva la trattativa: oggi la legge prevede un indennizzo minimo al quale si può derogare a favore del lavoratore, restando fermo che il *Fondo de Garantia Salarial*³²⁵, in caso di insolvenza del datore di lavoro, sia tenuto a rispondere solamente al rispetto di tale minimo.

Altra misura, non prevista dall'articolo 8 e pur tuttavia largamente utilizzata nella prassi è il ricorso al prepensionamento, dovendosi ricordare che il numero dei lavoratori prepensionati va conteggiato al momento di determinare se vi è stato superamento della soglia che distingue il licenziamento collettivo dal licenziamento plurimo per giustificato motivo oggettivo. È possibile altresì pattuire un divieto di svolgere lavoro straordinario, oltre il regolare orario di lavoro, o ulteriori condizioni a tutela dell'occupazione come ad esempio la conversione dei contratti a tempo pieno in rapporti a tempo parziale. Quest'ultima soluzione è stata criticata da parte della giurisprudenza in quanto è stato ritenuto che le riduzioni dell'orario di lavoro violassero un diritto indisponibile dei lavoratori e non potessero dunque essere utilizzate come strumento per risolvere la crisi occupazionale dell'impresa.

Infine, l'art. 9, comma 4, del *Reglamento del Despido Colectivo* prevede che il piano di ricollocamento esterno che dev'essere predisposto dal datore di lavoro al momento di iniziare la procedura di licenziamento collettivo possa essere "*concretizzato o ampliato durante la fase di consultazione*" fra le parti.

³²⁵ Il *Fondo de Garantia Salarial*, comunemente noto come FOGASA, è un organismo autonomo affiliato al Ministero del Lavoro incaricato di versare ai lavoratori il salario e le indennità loro spettanti nei casi di insolvenza dell'impresa o concorso dei creditori dell'imprenditore. L'art. 33, comma 2, prevede che in caso di licenziamento collettivo il FOGASA corrisponderà ai lavoratori licenziati le indennità riconosciute come conseguenza di una sentenza, di un'ordinanza, di un atto di conciliazione giudiziale o di una risoluzione amministrativa. La responsabilità sussidiaria di quest'organo opera indipendentemente dal fatto che le parti abbiano o meno raggiunto un accordo ed è limitata all'indennità stabilita nell'*Estatuto de los Trabajadores*, cioè, 20 giorni di salario per ogni anno di servizio.

3.2 La partecipazione dei lavoratori

L'art. 41, comma 4, del *Estatuto de los Trabajadores* indica come soggetti legittimati a prendere parte all'esame congiunto in primo luogo le sezioni sindacali, ma solo quando queste detengano la maggioranza della rappresentanza elettiva dei lavoratori. La precedente formulazione della normativa sul licenziamento collettivo non lasciava sufficientemente chiaro se alla consultazione dovessero partecipare i rappresentanti unitari dei lavoratori o i rappresentanti sindacali: lo stesso art. 51 si contraddiceva menzionando dapprima i rappresentanti legali dei lavoratori e poi alludendo indifferentemente alla "*maggioranza dei membri del comitato o dei comitati d'impresa, dei delegati del personale o delle rappresentanze sindacali*"³²⁶ come soggetti sindacali dotati di legittimazione a decidere.

Tale contraddizione veniva risolta, prima della riforma, attraverso un'interpretazione inclusiva che permetteva di conciliare la lettera della disciplina sui licenziamenti collettivi con il sistema di relazioni industriali a canale doppio vigente nell'ordinamento spagnolo, e cioè considerando validi entrambi i tipi di rappresentazione, elettiva e sindacale, in via alternativa e non cumulativa. Il sistema a canale doppio, però, presentava il problema della possibile non coincidenza dei due tipi di rappresentanze; tale punto si risolveva facendo prevalere le rappresentanze sindacali ed in particolare, secondo quanto dettato dall'art. 8, comma 2 della *Ley Organica de Libertad Sindical*, le sezioni sindacali dei sindacati maggiormente rappresentativi. Quest'impostazione è stata poi recepita dalla versione riformata dell'art. 51 che prevede la possibilità prioritaria di riconoscere il protagonismo delle sezioni sindacali nella fase di esame congiunto quando esse lo decidano, sempre che detengano la rappresentanza maggioritaria dei comitati d'impresa o dei delegati del personale; ciò "*suppone un potenziamento della rappresentanza propriamente sindacale, evidenziando un cambiamento nella designazione del soggetto sociale che passa dall'essere una scelta del datore di lavoro ad essere un'autodesignazione*"³²⁷. I sindacati dovranno detenere la maggioranza negli organi di rappresentazione unitaria dell'intera impresa o di quegli stabilimenti nei quali si intende attuare la riduzione di personale, non essendo sufficiente basare la legittimazione sul possesso della maggioranza negli stabilimenti in cui, pur essendo facile conseguirla, non c'è necessità di operare il licenziamento collettivo.

Anche nel caso in cui fosse legittimata a negoziare la rappresentanza elettiva dei lavoratori, per le imprese con più di uno stabilimento, si pone il problema di quale delle rappresentanze unitarie sia destinataria della condizione di parte nella negoziazione. Nelle imprese in cui sia

³²⁶ Art. 51 *Estatuto de los Trabajadores* testo precedente alla riforma del 2012.

³²⁷ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

costituito un comitato interaziendale³²⁸ il problema si risolve riconoscendo a quest'ultimo la titolarità dei diritti di informazione e consultazione previsti dalla disciplina armonizzata dei licenziamenti collettivi; tuttavia, anche quando la norma legittimi in via preferenziale il comitato interaziendale, se le sezioni sindacali hanno deciso consensualmente di assumere la rappresentanza dei lavoratori interessati dal licenziamento la loro decisione prevarrà sul dettato della norma³²⁹. Viceversa, nelle imprese dove non siano presenti organi di rappresentanza eletti dai lavoratori in ogni stabilimento, come nella maggior parte delle imprese spagnole³³⁰, ed in particolare non in tutti quelli interessati dal licenziamento collettivo, la disciplina vigente lascia spazio a seri dubbi circa la composizione della commissione di negoziazione. Prima della riforma si riteneva in dottrina che dovessero essere informati e consultati solamente i rappresentanti degli stabilimenti interessati dalla procedura potendosi addirittura raggiungere accordi parziali, uno per ciascuno stabilimento. Quest'interpretazione è stata in parte recepita dalla disciplina vigente che, oltre a prevedere che la consultazione venga svolta in seno ad un'unica commissione composta da 13 membri che rappresentino tutte le parti, dispone che l'esame congiunto deve rimanere circoscritto ai soli stabilimenti interessati dal licenziamento, supponendo, alquanto irrealisticamente, che l'impresa sia capace di determinare quali saranno gli stabilimenti colpiti dalla riduzione di personale già al momento dell'informativa iniziale³³¹. Si ritiene più condivisibile l'interpretazione che risolve tale problema sulla base dell'art. 26, comma 3, lett. a) del *Reglamento del Despido Colectivo* che prevede che i lavoratori degli stabilimenti privi di rappresentanti legali possano democraticamente designare come propri rappresentanti, limitatamente allo svolgimento della procedura in esame, i rappresentanti unitari eletti in altri stabilimenti o le sezioni sindacali ivi presenti se dotate della maggioranza negli organi di rappresentanza unitaria. Qualora nessuno degli stabilimenti interessati dal licenziamento collettivo fosse dotato di organi di rappresentanza è concessa la costituzione di una commissione *ad hoc*, composta da un massimo di tre membri eletti da e tra i lavoratori impiegati negli stabilimenti stessi.

Una volta ricevuta da parte del datore di lavoro l'informativa contenente i dettagli dell'operazione che si intende realizzare i rappresentanti dei lavoratori saranno tenuti a

³²⁸ Il *Comité de empresa intercentros* è un organo che deve essere previsto dal contratto collettivo il quale si compone di 13 membri appartenenti ai comitati d'impresa di ciascuno stabilimento o ricoprenti la carica di delegati del personale, esso coordina e riunisce la difesa dei diversi interessi della collettività dei lavoratori.

³²⁹ MOLERO MARAÑÓN M.L., VALDES DAL-RE F., *Los derechos de información y consulta en las reestructuraciones de empresa*, Granada, 2014.

³³⁰ CECA E., *El papel de los sindicatos en las negociaciones colectivas para la nueva normalidad*, Cincodías El País, 22 giugno 2020.

³³¹ MOLERO MARAÑÓN M.L., *La incidencia de la reforma 2013 en las reglas del período de consultas*, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, N° 12, 2013, pagg. 91-121.

presentare entro 15 giorni un parere sulla ristrutturazione aziendale pianificata. Questa modalità di consultazione era presente anche nella disciplina precedente alla riforma, nella quale rappresentava l'unica possibilità di intervento delle rappresentanze dei lavoratori, uno strumento di partecipazione alquanto poco efficace dal momento che il parere reso non era vincolante per il datore di lavoro. Oggi la formulazione di tale parere costituisce uno dei passaggi della nuova fase di esame congiunto che è stata resa con la riforma molto più simile ad una trattativa che ad una consultazione; in ragione di ciò il datore di lavoro sarà tenuto a giustificare e motivare la propria decisione di discostarsi dal parere dei rappresentanti. La scelta del legislatore del 2012 di mantenere il diritto dei rappresentanti di emettere un parere scritto sulla misura proposta dal datore di lavoro è condivisibile; seppure quest'ultimo possa risultare di scarsa rilevanza nei casi in cui la consultazione si concluda con l'accordo delle parti, esso si dimostra uno strumento decisivo per i rappresentanti dei lavoratori qualora l'accordo non fosse raggiunto e nel caso di un'eventuale impugnazione.³³²

La principale modifica apportata dalla riforma è, tuttavia, l'eliminazione dell'autorizzazione amministrativa tal che la fase di consultazione è diventata il momento centrale della procedura. Infatti, come si legge nell'Esposizione dei Motivi che accompagna il nuovo regolamento del licenziamento collettivo, lo scopo della riforma è quello di “*garantire l'effettività della fase di esame congiunto dei procedimenti, che acquisisce un'importanza di primordine nella nuova disciplina una volta eliminata l'autorizzazione amministrativa, detta effettività si coniuga con la celerità e l'agilità della procedura richiesta dalle imprese*”. Ciononostante, vi è chi ha sostenuto che “*l'eliminazione dell'autorizzazione suppone come conseguenza la debilitazione della posizione dei rappresentanti dei lavoratori nella fase di consultazione*”³³³; l'art. 26 del *Reglamento del Despido Colectivo*³³⁴, infatti, come detto, riconosce una posizione privilegiata ai sindacati la cui decisione di assumere la rappresentanza dei lavoratori nella trattativa prevale sulle norme che legittimano le rappresentanze unitarie ed elettive dei lavoratori e dipende solamente dal possesso della maggioranza negli organi rappresentativi costituiti. Il ruolo del sindacato appare così rafforzato a scapito delle rappresentanze unitarie: infatti, anche ove manchino le rappresentanze unitarie, come nella maggior parte delle imprese spagnole, prima ancora di ricorrere alla costituzione di una commissione *ad hoc* i sindacati maggiormente rappresentativi saranno chiamati a negoziare i licenziamenti collettivi o la cassaintegrazione.

³³² MOLERO MARAÑÓN M.L., VALDES DAL-RE F., *Los derechos de información y consulta en las reestructuraciones de empresa*, Granada, 2014.

³³³ Ibidem.

³³⁴ Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

Questo nuovo meccanismo fatica ancora ad incardinarsi nella realtà spagnola delle relazioni industriali dove ancora capita che le imprese omettano di informare i sindacati maggiormente rappresentativi nel proprio settore, a volte per l'incapacità di individuarli, e gli stessi sindacati, trovandosi sopraffatti dalla mole di lavoro, hanno spesso rinunciato ad assumere tale ruolo nella negoziazione. L'idea che un sindacato, *“senza conoscere l'impresa né gli impiegati, assuma con pieni poteri la loro rappresentanza, potendo decidere in loro nome qualsiasi questione del procedimento, (adottando una decisione che) corrisponda o meno al sentire e alla volontà dei lavoratori”*³³⁵ lascia ancora gli spagnoli a domandarsi se la trattativa svolta da un soggetto terzo rappresenti o meno un vantaggio rispetto alla possibilità che i lavoratori rappresentino se stessi attraverso un gruppo di colleghi eletti per far parte della commissione *ad hoc*.

Sembra evidente, tuttavia, che anche le prossime riforme procederanno nella direzione di rafforzare il ruolo del sindacato, soprattutto nelle imprese prive di organi di rappresentanza unitaria, nondimeno, sarebbe auspicabile che il legislatore del futuro introducesse l'elezione diretta dei rappresentanti sindacali, in modo da assicurare la prioritaria partecipazione dei lavoratori alla trattativa attraverso i rappresentanti da essi eletti³³⁶. Forse in questo modo si ridurrà il numero delle imprese prive di organi rappresentativi dei lavoratori e si favorirà il dialogo dei dipendenti con la direzione dell'impresa, anche e soprattutto al fine di controllare l'esercizio del potere datoriale sempre meno vincolato dalla disciplina legislativa.

Dal momento che l'esame congiunto assume un ruolo centrale nella procedura, e che la decisione del datore di lavoro di licenziare resta comunque svincolata dal raggiungimento dell'accordo con le rappresentanze dei lavoratori, è necessario che questa fase venga svolta nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede da entrambe le parti. Sia il datore di lavoro che le rappresentanze dei lavoratori devono infatti dimostrare un *animus negotiandi*; dal momento che abbiamo già visto quali comportamenti della parte datoriale possono costituire una violazione del dovere di buona fede, è opportuno menzionare che *“non è infrequente che le Corti spagnole valutino anche la condotta dei rappresentanti dei lavoratori per [...] esigere, per esempio, una coerenza elementare tra l'approccio della parte sociale nella delibera e la sua postulazione nel corso del procedimento, quando l'irregolarità non sia stata denunciata al momento in cui è stata rilevata, riservandola per*

³³⁵ CECA E., *El papel de los sindicatos en las negociaciones colectivas para la nueva normalidad*, Cincodias El País, 22 giugno 2020.

³³⁶ CECA E., *El papel de los sindicatos en las negociaciones colectivas para la nueva normalidad*, Cincodias El País, 22 giugno 2020.

la via giudiziale”³³⁷, oppure quando la loro condotta scarsamente cooperativa dimostri che abbiano eluso un qualche dialogo o lo hanno reso impossibile. Può dunque concludersi che la disciplina risultante dalla riforma potenzia, con il ruolo del sindacato, anche quello dell’autorità giurisdizionale che dovrà vigilare sul corretto svolgimento della trattativa nel rispetto del dovere di trattare nonché dei principi di buona fede e correttezza.

3.3 Il ruolo dell’autorità amministrativa

Come più volte ricordato, la modifica più rilevante che la riforma del 2012 ha apportato alla disciplina del licenziamento collettivo è stata l’abolizione dell’autorizzazione amministrativa: conseguentemente l’amministrazione competente in materia di lavoro è passata da un ruolo abilitante o dirimente ad uno di vigilanza e controllo nonché di assistenza alle parti durante la consultazione. Oggi, infatti, l’amministrazione è incaricata di vigilare sul corretto svolgimento del procedimento ed in particolare sull’effettività della consultazione, potendo a tal fine inviare avvertimenti e raccomandazioni; essa dovrà, inoltre, svolgere la funzione di mediatrice tra le parti qualora queste lo richiedano, ed, infine, è incaricata di richiedere il parere della *Inspeccion de Trabajo*. Per quanto riguarda il primo di questi compiti esso è certamente il più importante e si realizza principalmente indicando al datore di lavoro eventuali carenze documentali nella comunicazione iniziale e richiedendo allo stesso di colmare le lacune o le omissioni. Essa potrà altresì formulare proposte e raccomandazioni sulle misure sociali di accompagnamento e sul contenuto del piano di ricollocazione esterna, tenendo conto della situazione economica dell’impresa. L’amministrazione perde, dunque, il potere di sanare autonomamente i difetti più rilevanti della procedura, con la conseguenza che questi saranno oggetto del successivo controllo giurisdizionale dal quale potrebbe derivare una dichiarazione di nullità dell’intero licenziamento collettivo. Tuttavia, tale conseguenza “*sembra attenuarsi attraverso l’attribuzione all’ispettorato del lavoro della constatazione che la documentazione fornita dal datore di lavoro deve accompagnare la comunicazione iniziale e che la stessa coincida con quella richiesta dalla legge, in una sorta di scambio dei ruoli con la precedente attività di sanatoria effettuata dall’autorità amministrativa competente*”³³⁸.

³³⁷ FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018.

³³⁸ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

Per quanto riguarda il suo ruolo di mediatrice tra le parti, essa riceve per iscritto le osservazioni dei rappresentanti dei lavoratori e le trasmette alla controparte, il datore di lavoro dovrà rispondere anch'esso in forma scritta e prima che la fase di esame congiunto giunga a termine. Per svolgere questa funzione l'amministrazione potrà farsi assistere anche dalla *Inspeccion de Trabajo*. A quest'ultimo l'amministrazione è altresì tenuta a chiedere, dopo aver ricevuto copia della comunicazione iniziale, l'emissione di un parere che dev'essere fornito entro 15 giorni dalla ricevuta comunicazione della chiusura della consultazione. La mancata emissione di tale parere non comporta la sospensione o l'estensione del procedimento e non può inficiare la validità dell'accordo delle parti né il licenziamento deciso unilateralmente dal datore di lavoro quando la consultazione si sia dimostrata infruttuosa. Con tale parere l' *Inspeccion de Trabajo y de Seguridad Social* dovrà pronunciarsi non solo sulla completezza e tempestività della comunicazione iniziale, ma anche sullo sviluppo dell'esame congiunto, sulla correttezza della documentazione che dev'essere presentata per legge, deve certificare l'assenza nella consultazione di dolo, frode, coazione e abuso di diritto o del tentativo di ottenere indebitamente dei sussidi di disoccupazione³³⁹: in quest'ultimo caso dovrà darne all'ente che gestisce tali prestazioni. Esso si pronuncerà altresì sul rispetto dei termini temporali della fase di consultazione, sul rispetto dei criteri di scelta stabiliti nonché delle previsioni sulle misure di accompagnamento e sul piano di ricollocamento esterno. Con questo contenuto il parere della *Inspeccion de Trabajo* opera come “camera di sicurezza”³⁴⁰ del procedimento prevenendo eventuali pronunce giudiziali contrarie al licenziamento collettivo che si basino su ragioni diverse dall'insussistenza delle cause allegate. In merito a queste ultime, parte della dottrina riconosce la facoltà dell'*Inspeccion de Trabajo* di esaminare le stesse e pronunciarsi sulla loro sussistenza; altra parte della dottrina, al contrario, ritiene che lo stesso possa solamente constatare la corretta indicazione o meno delle cause nell'informativa iniziale non dovendosi esprimere sul contenuto della memoria giustificativa delle cause allegate. Le ultime circolari dell'*Inspeccion de Trabajo* ³⁴¹ si sono allineate su quest'interpretazione.

Il parere dell'*Inspeccion de Trabajo* ha dunque un contenuto di fatto e di diritto, circostanza che rende difficile determinare il suo valore probatorio. Per quanto attiene ai pareri giuridici e alle valutazioni di diritto in esso contenute ad esse viene negato qualsiasi privilegio probatorio, rispetto ai fatti constatati, invece, la giurisprudenza oscilla tra l'estendere ai

³³⁹ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

³⁴⁰ Ibidem.

³⁴¹ Criterio operativo n. 92/2012.

pareri dell' *Inspeccion de Trabajo* la presunzione di certezza e veridicità prevista per i verbali di infrazione e il riconoscere agli stessi la mera presunzione di imparzialità e oggettività delle conclusioni che possono desumersi dalle risultanze delle indagini riportate, cosicché, pur non essendo vincolanti, essi possono, insieme con altri elementi, orientare la decisione³⁴². Ad ogni modo, la giurisprudenza è concorde nel negare che il parere in questione possa essere utilizzato in giudizio per contestare la valutazione dell'impianto probatorio in quanto non conforme alle stime dell' *Inspeccion de Trabajo* contenute in tale documento.

Sotto il profilo della competenza degli organi amministrativi coinvolti nella procedura di licenziamento collettivo, il *Real Decreto 801/2011, de 14 de junio* ha posto le basi per la ripartizione della stessa tra lo Stato e le Comunità Autonome, proseguita poi dagli articoli 25 e seguenti del *Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre*. In primo luogo, se il procedimento di licenziamento collettivo coinvolge lavoratori che svolgono la propria prestazione o sono assegnati a stabilimenti ubicati tutti nella stessa *Comunidad Autonoma*, si occuperà di svolgere le attività di cui si è detto l'organo da questa determinato. Anche nel caso in cui la procedura coinvolga stabilimenti ubicati in una o più *Comunidades Autonomas*, se almeno l'85% dell'organico dell'impresa si trova in una sola di esse e di questo 85% fanno parte lavoratori interessati dalla procedura, sarà l'autorità competente in materia di lavoro di questa *Comunidad Autonoma* a svolgere tutte le attività spettanti all'amministrazione. In questo caso, l'autorità competente così determinata dovrà notificare alla *Direccion General del Trabajo* la fine della consultazione, inviandole copia dell'accordo raggiunto dalle parti o, in mancanza di accordo, della decisione del datore di lavoro; comunicare il proprio intervento alle autorità delle altre *Comunidades Autonomas* in cui ha sede l'impresa, ed infine, se il licenziamento coinvolgesse più di 500 lavoratori dovrà metterne al corrente la *Direccion General del Trabajo*. La competenza sarà statale, dunque della *Direccion General del Trabajo*, quando la procedura coinvolga lavoratori impiegati in stabilimenti ubicati in due o più *Comunidades Autonomas* ma non si dà il caso di cui si è appena detto, "oppure quando i lavoratori interessati prestino servizio presso l'Amministrazione Generale dello Stato, oppure ancora quando l'impresa o gli stabilimenti oggetto del procedimento siano relazionati con crediti straordinari o garanzie riconosciute dal Governo nazionale, con imprese appartenenti al patrimonio dello stato e in generali con le società commerciali statali, con le imprese direttamente relazionate con la difesa nazionale o la cui produzione sia dichiarata di importanza strategica per la nazione"³⁴³. La *Direccion General del Trabajo*

³⁴² FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018.

³⁴³ FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018.

potrà avocare la competenza anche nei procedimenti di licenziamento che coinvolgono più di 200 lavoratori pur avendo luogo a livello provinciale o nelle città di Ceuta e Melilla.

Infine, nel caso in cui l'impresa sia relazionata con garanzie o crediti straordinari riconosciuti dallo Stato, con il patrimonio statale, per le società commerciali statali o le entità e le imprese relazionate con la difesa nazionale o di importanza strategica, se lo stabilimento o gli stabilimenti interessati dal licenziamento si trovino tutti in una *Comunidad Autonoma* uniprovinciale o in una provincia, la competenza sarà attribuita rispettivamente alla *Delegacion del Gobierno* o alla *Subdelegacion del Gobierno*, se essi si trovano a Ceuta o a Melilla sarà competente la Delegazione del Governo.

Quando la competenza è attribuita alla *Direccion General del Trabajo* l'organo della Inspeccion de Trabajo competente ad assisterla nella procedura è la *Direccion Especial* di quest'ultimo affiliato all' *Autoridad Central* la quale potrà raccogliere il parere o la collaborazione delle sue strutture territoriali. Per le procedure di ambito autonomico invece l' *Autoridad Central* della *Inspeccion de Trabajo* designerà un solo ispettore per occuparsi delle stesse, salvo per le *Comunidades Autonomas* di Catalogna e Paesi Baschi dove la facoltà di designare l'ispettore è attribuita agli organi amministrativi competenti in tali regioni. Infine, quando la procedura riguardi un solo stabilimento il ruolo della *Inspeccion de Trabajo* verrà svolto attraverso il *Responsable de la Inspeccion*.

Il ruolo dell'autorità amministrativa è, dunque, quello che è stato più ridimensionato dalle riforme che nel corso degli anni hanno plasmato la procedura di licenziamento collettivo. In conseguenza dell'adeguamento della disciplina spagnola in materia di licenziamento collettivo alla direttiva europea che armonizza la materia, l'amministrazione ha infatti perso il proprio potere abilitativo e di controllo, in favore dell'attribuzione ai rappresentanti dei lavoratori dei diritti di informazione e consultazione. Soltanto nel caso del licenziamento per forza maggiore, la cui disciplina risalente al 1931 aveva ispirato la normativa prestatutaria sui licenziamenti collettivi, l'amministrazione ha mantenuto un ruolo non dissimile da quello che essa deteneva nel procedimento di licenziamento collettivo pre-riforma. Tale fattispecie, esclusa dalla disciplina armonizzatrice dell'Unione Europea, è dotata di un suo specifico procedimento che il datore di lavoro deve attuare in tutti i casi in cui, indipendentemente dalla propria volontà, il proseguimento di uno o più rapporti di lavoro risulti impossibile. Questo procedimento speciale, si caratterizza per avere una durata di molto inferiore a quello ordinario, dovendosi risolvere nel termine di 5 giorni; inoltre esso non prevede la fase di consultazione riducendo la partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori al mero diritto di informazione. Del resto non dipendendo la decisione di licenziare da una libera scelta del datore di lavoro ma da un'impossibilità sopravvenuta di svolgere la prestazione di lavoro

una trattativa sul merito della questione sarebbe di ben poca utilità³⁴⁴. Diviene, quindi, essenziale l'intervento dell'autorità amministrativa la quale dovrà verificare l'esistenza di una causa di forza maggiore e che essa sia l'unica ragione del licenziamento. Prima della legge n. 3/2012, qualora non riscontrasse il presupposto di forza maggiore, era altresì consentito all'amministrazione convertire il licenziamento per forza maggiore in un licenziamento collettivo per cause economiche, tecniche, organizzative o produttive, ma con la definitiva abolizione dell'autorizzazione amministrativa e il riconoscimento della funzione di garanzia svolta dalla fase di consultazione questa disposizione è stata abrogata, dovendosi in tal caso aprire un nuovo procedimento di licenziamento collettivo nel rispetto dei diritti di partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori.

3.4 I criteri di selezione dei lavoratori

La designazione dei lavoratori da licenziare rappresenta un punto sul quale i due ordinamenti oggetto di questo esame comparatistico divergono profondamente. Infatti, se in Italia la legge predispone tre criteri legali di scelta che il datore di lavoro dovrà obbligatoriamente osservare nel momento in cui non ne siano stati adottati altri in accordo con la controparte, in Spagna dal 1980, con l'entrata in vigore del *Estatuto de los Trabajadores* si è assistito ad una completa deregolamentazione della materia. La legislazione spagnola, infatti, non prescrive regole di doverosa osservanza per il datore di lavoro al momento di identificare nominativamente i lavoratori da licenziare, ma rimette la scelta al libero esercizio del potere organizzativo del datore di lavoro che può essere limitato solamente dall'autonomia collettiva. Questo profondo cambiamento nella disciplina del licenziamento collettivo è stato dettato unicamente dalla logica del mercato: aumentando lo spazio di discrezionalità del datore di lavoro al momento di attuare il licenziamento collettivo ha flessibilizzato la gestione della manodopera da parte delle imprese. Contemporaneamente però, agli imprenditori viene attribuita *“la responsabilità nel collaborare alla messa in pratica di quelle politiche attive del lavoro che mirano a correggere, conformemente ai criteri che vanno al di là della mera eguaglianza formale di opportunità, il funzionamento del mercato del lavoro”*³⁴⁵. La legislazione precedente alla deregolamentazione stabiliva priorità di mantenimento nell'impresa, oltre che a favore dei rappresentanti dei lavoratori, unico criterio

³⁴⁴ Nonostante alcuni obiettino che dovrebbe comunque darsi luogo alla consultazione per consentire alle parti di definire le misure di accompagnamento e il piano di ricollocamento esterno.

³⁴⁵ VALDES DAL-RE F., *I criteri di scelta dei lavoratori coinvolti in licenziamenti collettivi nell'ordinamento spagnolo*, Lavoro e Diritto, n. 3/1999.

legale ancor oggi vigente, anche a favore di dipendenti con famiglie numerose, o dei dipendenti con disabilità, mirando a tutelare le categorie di lavoratori più esposte alle conseguenze sociali ed economiche del licenziamento. Per quanto riguarda il criterio di priorità di mantenimento in servizio dei dipendenti con famiglie numerose esso non si ritiene più applicabile poiché, come motiva la sentenza del *Tribunal Superior de Justicia del Pais Vasco* del 24 giugno 1997, la norma che prevedeva tale criterio è stata espressamente derogata dall'art. 14 del *Estatuto de los Trabajadores*, inoltre se il legislatore avesse voluto mantenere tale tipo di tutela a favore della suddetta categoria di lavoratori, lo avrebbe fatto includendola nel disposto del comma 9 dell'art. 51. Infine, trattandosi di una norma precostituzionale essa contrasterebbe con il principio di non discriminazione contenuto nell'art. 14 della *Constitución Española*, nonché nell'art. 17, primo comma, del *Estatuto de los Trabajadores*. Allo stesso modo, in merito alla tutela dei lavoratori con disabilità la giurisprudenza ha ritenuto che non si riconosce agli stessi alcuna preferenza al momento di selezionare i lavoratori da licenziare in un licenziamento collettivo, salvo il dovere di rispettare la quota di riserva del 2% imposta al datore di lavoro: solamente quando si presenti tale doverosa necessità, infatti, tali lavoratori potranno essere mantenuti in servizio in via preferenziale rispetto agli altri lavoratori. Attualmente, dunque, la tutela dell'occupazione dei gruppi di lavoratori più esposti alle conseguenze sociali del licenziamento non è più onere del datore di lavoro il quale potrà selezionare i lavoratori da licenziare esclusivamente sulla base delle esigenze della propria impresa. Rimettendosi ai pubblici poteri il mantenimento dei livelli di occupazione che essi realizzano predisponendo strumenti di riqualificazione professionale, incentivi fiscali alle assunzioni e sgravi contributivi affinché i lavoratori appartenenti alle categorie più svantaggiate possano trovare al più presto una nuova occupazione o beneficiare di indennità sostitutive della retribuzione.

Pur non esistendo criteri legali di scelta dei lavoratori, la decisione del datore di lavoro non è totalmente libera da vincoli: essa infatti dovrà rispettare il principio di giuridicità. Secondo il *Tribunal Constitucional*, infatti, il potere datoriale di licenziamento, e più in generale le prerogative datoriali organizzative, non possono ledere i diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti, dei lavoratori. La discrezionalità datoriale è dunque limitata dall'esigenza della razionalità della sua scelta, che in nessun caso potrà essere discriminatoria, tale esigenza costituisce altresì il parametro di valutazione della conformità della motivazione del licenziamento rispetto allo scopo perseguito dall'imprenditore attraverso la riduzione di personale. Qualora infatti l'estinzione dei contratti di lavoro selezionati dal datore di lavoro non consentisse di superare la situazione di crisi economica o produttiva in cui versa l'impresa la scelta del datore di lavoro deve considerarsi arbitraria.

L'unica disposizione legale che si occupa della priorità nel mantenimento del posto di lavoro nell'impresa è il quinto comma dell'art. 51, che prevede che tale priorità debba essere riconosciuta ai rappresentanti dei lavoratori, espressione con la quale si fa riferimento sia ai rappresentanti unitari o elettivi del personale sia ai delegati sindacali che stiano svolgendo funzioni rappresentative al momento in cui il datore di lavoro irroga il licenziamento. Quel che ad una prima osservazione può sembrare un mero privilegio personale nell'ottica del legislatore rappresenta “*un mezzo di tutela della rappresentanza dei lavoratori e dell'istituto rappresentativo*”³⁴⁶. A tal proposito, il *Tribunal Constitucional* con sentenza del 26 novembre 1996, n. 191, ha chiarito che “*nell'attuale sistema di garanzia e protezione dei diritti dei lavoratori, ed in funzione dello stesso, la priorità di permanenza dei rappresentanti dei lavoratori si inserisce, in determinate fattispecie, nel diritto alla libertà sindacale*”. Il diritto alla priorità di permanenza nell'impresa, pur essendo rinunciabile dai rappresentanti a favore di altri lavoratori, prevale, essendo previsto per legge, su qualsiasi altra priorità prevista dall'accordo di licenziamento collettivo o dalla contrattazione collettiva. Il medesimo quinto comma dell'art. 51 del *Estatuto de los Trabajadores*, infatti, dispone che le parti sociali, in sede di accordo di licenziamento collettivo, o nel contratto collettivo di applicazione, possono concordare ulteriori priorità di mantenimento in servizio a favore ad esempio dei lavoratori con carichi di famiglia, anziani o con disabilità. L'elenco di criteri dell'art. 51, comma 5, è meramente indicativo consentendosi di adottare qualsiasi criterio esse ritengano opportuno, nel rispetto dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Questa disposizione consente, quindi, all'autonomia collettiva di limitare la discrezionalità di esercizio del potere datoriale di recesso vincolando la scelta dell'imprenditore ai criteri definiti nella trattativa. I criteri di scelta che più comunemente si incontrano nella contrattazione collettiva sono: la prossimità all'età pensionabile, l'impossibilità di ricollocamento interno, la volontarietà e lo scarso rendimento del lavoratore. Da ultimo, i criteri così determinati e le modalità della loro applicazione devono essere dettagliatamente indicati non solo nella comunicazione finale ai rappresentanti dei lavoratori e all'autorità amministrativa competente ma altresì nella lettera di licenziamento destinata ai singoli lavoratori, nonostante su questo punto le posizioni della giurisprudenza siano ancora oscillanti. Parte della giurisprudenza ritiene, infatti, che sia sufficiente l'indicazione contenuta nella comunicazione finale a garantire che ciascun lavoratore abbia la massima conoscenza della decisione estintiva dell'imprenditore e che possa esercitare efficacemente il proprio diritto di difesa, mentre altra parte della stessa ritiene essenziale a

³⁴⁶ VALDES DAL-RE F., *I criteri di scelta dei lavoratori coinvolti in licenziamenti collettivi nell'ordinamento spagnolo*, Lavoro e Diritto, n. 3/1999.

tal fine l'esposizione dei criteri di selezione nella comunicazione individuale del licenziamento³⁴⁷. Si deve ritenere preferibile questa seconda interpretazione dal momento che essa realizza un'informazione più completa del singolo lavoratore consentendo un più consapevole esercizio del diritto di difesa.

3.5 L'accordo tra le parti

Al termine dell'esame congiunto, sia che le parti abbiano raggiunto un accordo sia che abbiano constatato l'impossibilità di accordarsi, il datore di lavoro dovrà comunicare l'esito della consultazione all'autorità amministrativa competente.

Nel caso in cui le parti giungano ad un accordo, tale comunicazione dev'essere notificata, a pena di decadenza, entro 15 giorni dall'incontro che ha posto fine all'esame congiunto e deve contenere copia del medesimo, i verbali delle riunioni tenutesi durante la consultazione nonché l'indicazione delle misure di accompagnamento ed eventualmente del piano di ricollocamento esterno. Adempiuto a tale obbligo di comunicazione il datore di lavoro può dar corso ai licenziamenti, rispettando il termine minimo di 30 giorni dall'inizio della procedura previsto dalla legge a pena di nullità.

Quando, al contrario, l'accordo non fosse stato raggiunto, il datore di lavoro ha l'obbligo di comunicare, nel medesimo termine di 15 giorni, ai rappresentanti dei lavoratori e all'autorità competente la decisione da esso assunta. Dalla notifica di tale decisione alle rappresentanze dei lavoratori decorre il termine decadenziale per impugnare i licenziamenti. Nel mettere in pratica la propria decisione il datore di lavoro non è vincolato alle proposte dallo stesso effettuate durante la fase di consultazione, dal momento che le stesse erano finalizzate a raggiungere l'accordo e restano prive di qualsiasi efficacia una volta che l'accordo non sia stato trovato. La decisione datoriale non è condizionata neppure dalle proposte della controparte eventualmente accettate dall'imprenditore durante la consultazione a meno che esso non si fosse impegnato a rispettare la parola data indipendentemente dal risultato della negoziazione. In definitiva, il datore di lavoro è solamente obbligato a rispettare quanto dichiarato nella comunicazione di apertura del procedimento che deve presentare una *“necessaria connessione con la decisione finale (...) non sono, infatti, ammissibili quelle variazioni che portino a superare il numero di licenziamenti inizialmente previsti, che riducano le indennità offerte nel documento iniziale, che amplino in peius i criteri di*

³⁴⁷ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

designazione dei lavoratori interessati, o riducano il termine per effettuare i licenziamenti”³⁴⁸. Per quanto attiene, invece, alle misure di accompagnamento, essendo volontarie il datore di lavoro potrà aggiungere alcune delle misure esaminate durante la consultazione oppure riprodurre quelle offerte nella comunicazione iniziale. È discutibile la condotta del datore di lavoro che adotti una decisione più favorevole di quella proposta durante l’esame congiunto dal momento che questo potrebbe significare che esso abbia nascosto ai rappresentanti dei lavoratori proposte mediante le quali si sarebbe potuto giungere ad un accordo, oltre ad essere sentore della malafede dello stesso³⁴⁹.

Nella più auspicabile ipotesi di conclusione della procedura con accordo delle parti, è richiesta una doppia maggioranza per adottare il medesimo, che deve essere sottoscritto dalla maggioranza dei rappresentanti dei lavoratori, o della commissione rappresentativa dei lavoratori, i quali devono al tempo stesso rappresentare la maggior parte dei lavoratori impiegati negli stabilimenti interessati dal licenziamento. Con la sottoscrizione dell’accordo termina la fase di consultazione e si risolve il conflitto tra le parti.

Come in Italia, anche in Spagna ci si è interrogati circa la natura dell’accordo di licenziamento collettivo, giungendo pressappoco alle medesime conclusioni. Viene, infatti, evidenziata anche dalla dottrina spagnola la natura gestionale di questi accordi, che consentono, all’esito di una vera e propria fase di contrattazione collettiva, di disciplinare una riorganizzazione produttiva o una ristrutturazione dell’organico. Dal momento che tali accordi hanno la stessa efficacia erga omnes dei contratti collettivi e a stipularli sono i rappresentanti dei lavoratori, i quali sono parimenti legittimati a sottoscrivere i contratti collettivi d’impresa o di ambito inferiore, si ritiene che anche gli accordi di licenziamento collettivo appartengano alla famiglia dei contratti collettivi, intesi in senso ampio. A tal proposito, l’*Alto Tribunal* ha definito tale accordo come “*un prodotto della contrattazione collettiva costituzionalmente riconosciuto nell’art. 37 della Costituzione. (...) Un accordo informale carente di efficacia normativa o forza vincolante tipica delle norme giuridiche, che non crea diritto oggettivo ma ha efficacia contrattuale (...) nonostante nel merito ci sia qualcosa di più del semplice quadro della teoria delle obbligazioni, giacché si tratta di un contratto di natura collettiva*”³⁵⁰. Tali accordi, infatti, non contengono alcuna regolamentazione ma si occupano di procedimentalizzare i poteri datoriali. La dottrina maggioritaria è concorde nel riconoscere agli accordi in questione efficacia giuridica generale, sulla base di una duplice argomentazione: da un lato essi rassomigliano ai contratti

³⁴⁸ FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J., *Despido colectivo* in FERNANDEZ DOMINGUEZ J.J. *Tratado del despido*, Madrid, 2018.

³⁴⁹ Sent. *Audiencia Nacional* 28 marzo 2014, n. 44/2014.

³⁵⁰ Sent. *Tribunal Supremo* 21 gennaio 1997, n. 1063/1996.

collettivi disciplinati dallo statuto per la loro modalità di approvazione, dall'altro essi sono in grado di svolgere i propri effetti anche nei confronti di soggetti non firmatari. Non manca però un contrapposto filone dottrinale che difende l'efficacia meramente obbligatoria degli accordi definitivi della procedura di licenziamento collettivo, basando la propria tesi sulla circostanza che il loro contenuto è più obbligatorio che normativo. Essi argomentano in proposito che gli accordi di cui si tratta non necessitano per la loro approvazione di alcun condizionamento formale esigibile per quegli strumenti che hanno valore normativo: essi infatti non possiedono alcuna *“vocazione di permanenza, essendo una manifestazione della contrattazione collettiva che si esaurisce in sé stessa”*³⁵¹.

Si tratterebbe dunque di *“una specie ibrida tra la contrattazione collettiva e gli accordi di natura contrattuale (...). In definitiva, una categoria giuridica nuova, caratterizzata per l'assenza di valore normativo e con potenziale efficacia generale, ma di fatto limitata”*³⁵².

L'accordo in questione può, dunque, considerarsi un accordo di volontà, indipendentemente dalla qualità dei soggetti che lo sottoscrivono, questa sua natura, al tempo stesso, non è incompatibile con il carattere normativo che gli è attribuito³⁵³. Considerare incompatibili queste due caratteristiche dell'accordo significherebbe confondere la funzione normativa del contratto con la modalità attraverso cui tale funzione si realizza.

Per quanto riguarda, infine, l'accordo di licenziamento collettivo sottoscritto dalla commissione *ad hoc* esso non si considera un prodotto della contrattazione collettiva, in quanto i soggetti che lo stipulano non sono dotati della rappresentanza dei lavoratori a fini diversi da quelli della procedura: infatti, l'art. 28 del *Reglamento de Despido Colectivo* dispone che *“si considererà accordo collettivo nella fase di consultazione quello che sia stato adottato dai soggetti indicati all'art. 26”*³⁵⁴.

³⁵¹ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

³⁵² SANTOS FERNÁNDEZ, R./ TORRENTE GORI, S., *Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas en procedimientos de despido colectivo*, Actualidad Laboral n. 1/1995.

³⁵³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J., *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid, 1993 op. cit. in ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

³⁵⁴ Art. 28 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

4. L'illegittimità del licenziamento collettivo: cause di illegittimità e rimedi giurisdizionali

L'articolo 124 della *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* riconosce ai rappresentanti dei lavoratori la facoltà di impugnare il licenziamento collettivo facendo valere una o più delle quattro cause di illegittimità del licenziamento collettivo indicate dal secondo comma di tale articolo. Esse sono: l'insussistenza delle cause allegate nella comunicazione iniziale, il mancato svolgimento dell'esame congiunto o l'omissione della documentazione prevista dal secondo comma dell'art. 51 ovvero l'inosservanza della procedura stabilita dal settimo comma dello stesso articolo del *Estatuto de los Trabajadores*, l'aver adottato la decisione estintiva con frode, dolo, coazione o abuso di diritto e la violazione di diritti fondamentali e libertà pubbliche³⁵⁵ da parte della medesima decisione. Tale strumento collettivo di impugnazione, simile a quello previsto dall'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori nel nostro ordinamento, rappresenta una delle maggiori novità introdotte dalla legge n. 3/2012. L'art. 5 della detta legge ha introdotto questo speciale mezzo di impugnazione per sopperire alla soppressione dell'autorizzazione amministrativa del licenziamento in modo da garantire *“una rapida risposta del giudice alla decisione estintiva dell'imprenditore, evitando ritardi innecessari, consacrando il controllo giurisdizionale ex post come via definitiva per il controllo sulle cause del licenziamento”*³⁵⁶; esso coesiste tuttavia con il conflitto collettivo ancora utilizzato per contrastare il licenziamento per forza maggiore³⁵⁷ e con il procedimento d'ufficio con cui l'autorità competente può contestare l'eventuale frode nello svolgimento della consultazione e nella sua finalizzazione con accordo.

L'articolo in questione, facendo riferimento ai rappresentanti legali dei lavoratori legittima a proporre quest'impugnazione sia i rappresentanti unitari o elettivi dei lavoratori sia le sezioni sindacali *“che dovranno avere una “implantación suficiente” nel procedimento”*³⁵⁸, lasciando invece qualche incertezza sulla legittimazione della commissione *ad hoc* e dei

³⁵⁵ La violazione del diritto fondamentale deve derivare direttamente dalla decisione estintiva che colpisce la collettività dei lavoratori e non dagli atti successivi di individualizzazione e concretizzazione del licenziamento. Sent. *Tribunal Supremo* 20 settembre 2013, n. 11/2013.

³⁵⁶ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017

³⁵⁷ Per il quale è ancora prevista l'autorizzazione amministrativa.

³⁵⁸ Art. 124 *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. La giurisprudenza ha elaborato una regola oggettiva per determinare la nozione di *“implantación suficiente”*, letteralmente *“impianto sufficiente”*, stabilendo che essa corrisponde al possesso da parte del sindacato di almeno il 7,69% dei rappresentanti unitari nello stabilimento, o negli stabilimenti, colpiti dal licenziamento, ossia al possesso del requisito minimo per partecipare alla consultazione.

singoli lavoratori. Per quanto riguarda la commissione *ad hoc* la dottrina³⁵⁹ e la giurisprudenza³⁶⁰ sono pacificamente orientate verso una soluzione positiva di questo dubbio, dal momento che la legge n. 3/2012 identifica i rappresentanti dei lavoratori nel licenziamento collettivo come soggetti dotati di capacità negoziale piena³⁶¹, dunque anche i rappresentanti eletti per far parte della commissione *ad hoc*. “*L’assenza delle commissioni ad hoc nel panorama processuale condurrebbe all’esclusione del controllo giurisdizionale di dimensione collettiva sulla decisione del licenziamento, vuotando di contenuto il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva di cui i lavoratori possono godere in una prospettiva collettiva, svaloriizzando la posizione degli stessi nella commissione di negoziazione, dal momento che l’impresa saprebbe con anticipo che la propria decisione sarà irrevocabile e che (il sindacato giurisdizionale) dipenderà solamente dalle azioni individuali dei lavoratori licenziati che perseguono una finalità diversa, non comparabile con la tutela collettiva*”³⁶². In merito alla legittimazione dei singoli lavoratori, invece, si tende a non riconoscerla in virtù del fatto che la norma menziona espressamente i rappresentanti legali e sindacali dei lavoratori come soggetti che detengono *ex lege* la legittimazione. Purtroppo, vi sono stati autori³⁶³ che hanno riconosciuto l’estensione ai singoli lavoratori della legittimazione a proporre l’impugnazione ex art. 124 LRJS basandola sulla forza espansiva del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e del diritto di azione.

La legge n. 3/2012 ha ulteriormente previsto una peculiare legittimazione del datore di lavoro ad agire per il riconoscimento della legittimità del licenziamento effettuato, cosicché possa procurarsi una declaratoria giudiziale di conformità a diritto della riduzione di personale da opporre ad eventuali impugnazioni individuali dei lavoratori licenziati. Tale tipo di legittimazione è stata prevista in via sussidiaria o di secondo grado. Qualora né l’autorità competente né i rappresentanti abbiano avviato, rispettivamente, il procedimento d’ufficio o l’azione collettiva, i lavoratori licenziati possono partecipare in via adesiva al giudizio in quanto interessati, purché sia decorso infruttuosamente il termine di 20 giorni per esperire l’azione collettiva.

³⁵⁹ ALFONSO MELLADO C. L., *Reforma laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Revista de Derecho Social n 57/2012 op. cit. in ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

³⁶⁰ Sent, Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 23 de mayo de 2012, n. 1049/2012.

³⁶¹ La sent. del Tribunal Supremo del 18 marzo 2014, n. 114/2013 ha identificato come rappresentanti dei lavoratori “*tutti gli enti collettivi di rappresentanza a cui la norma sostanziale conferisce capacità di negoziare e sottoscrivere accordi*”.

³⁶² MOLERO MARAÑÓN M.L., *Despido colectivo y control Judicial*, in *Il regime dei licenziamenti in Italia e Spagna: ordinamenti a confronto*, Napoli, 2017.

³⁶³ TARRAGA POVEDA J., *Legitimación procesal en la nueva modalidad procesal de despido colectivo*, Aranzadi Social n. 2/2012.

La coordinazione tra i vari strumenti di impugnazione previsti dal complesso impianto normativo risultante dalla riforma del 2012 non è sempre semplice, in particolare tra l'azione collettiva e quelle individuali; mentre prima della riforma era previsto che l'esercizio dell'azione collettiva sospendesse il decorso del termine di decadenza per presentare impugnazione individuale, nel modello attuale si richiede che i lavoratori licenziati attendano che sia decorso il termine per proporre l'azione collettiva prima di poter presentare domanda individuale. Qualora venga esperita la via collettiva i singoli lavoratori dovranno attendere la pronuncia definitiva sulla stessa. Con l'introduzione del mezzo collettivo il legislatore ha inteso ridurre il numero delle impugnazioni individuali che venivano presentate in via cautelativa prima della sentenza sull'azione collettiva e che risultavano non necessarie dal momento che le questioni controverse erano risolte da detta sentenza la quale ha efficacia di giudicato esterno sui giudizi individuali³⁶⁴. In principio, la legge n. 3/2012 aveva previsto la valenza meramente dichiarativa della sentenza in questione con la quale il giudice si limitava a dichiarare la nullità del licenziamento e a riconoscere il diritto dei lavoratori ad essere reintegrati, dovendo poi essere questi ultimi ad agire per ottenere l'esecuzione della sentenza. Da tale disposizione derivava inevitabilmente un incremento del contenzioso individuale il quale costrinse il legislatore a emanare il Real Decreto Ley n. 11/2013 con il quale ha reso direttamente eseguibili le sentenze che decretino la nullità del licenziamento collettivo nell'ambito dell'azione collettiva di cui all'art. 124 LRJS. Tuttavia, la normativa attualmente vigente presenta ancora un certo grado di incoerenza non riconoscendo la medesima esecutività alle sentenze che nell'ambito dello stesso procedimento qualifichino il licenziamento come ingiustificato, che rimangono meramente dichiarative e suscettibili di essere eseguite mediante ricorso individuale.

Con l'azione collettiva i soggetti legittimati possono impugnare il licenziamento facendo valere una o più cause di illegittimità indicate dall'art. 124 della *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. Nel caso in cui il licenziamento sia impugnato per insussistenza delle cause allegare dal datore di lavoro nella comunicazione iniziale la normativa attualmente in vigore prevede che il giudice debba limitarsi ad accertare l'esistenza o meno di tali cause senza potersi pronunciare sull'opportunità della scelta datoriale "*perché, in sintesi, si tratta di un licenziamento oggettivo, dovendo essere possibile valutare le cause e i fatti in maniera oggettiva*"³⁶⁵. Nelle parole del *Tribunal Superior de Justicia* della *Comunidad de Madrid* "*ciò che è oggettivo è oggettivo e semplice da dimostrare e non richiede alcun soggettivismo*

³⁶⁴ MOLERO MARAÑÓN M.L., *Despido colectivo y control Judicial*, in *Il regime dei licenziamenti in Italia e Spagna: ordinamenti a confronto*, Napoli, 2017.

³⁶⁵ Sent. *Tribunal Superior de Justicia* della *Comunidad Autónoma de Madrid*, 11 luglio 2012, n. 1775/2012.

*del giudice ma neppure del datore di lavoro*³⁶⁶. Se da un lato, la legge n. 3/2012 ha riconosciuto al potere giurisdizionale l'esclusivo controllo sulla legittimità del licenziamento collettivo, dall'altro essa ha eliminato la presunzione di sussistenza delle cause che esisteva in caso di accordo tra le parti. Il controllo previsto attualmente nell'ordinamento spagnolo consiste nella verifica dell'esistenza dell'elemento causale che secondo l'art. 51 giustifica il licenziamento collettivo, senza disporre alcuna valutazione della ragionevolezza e proporzionalità della misura. Mentre ad opinione della dottrina tale ponderazione dovrebbe essere prevista³⁶⁷, la giurisprudenza nega la facoltà dei giudici di esprimersi sulla proporzionalità della riduzione di personale³⁶⁸. Secondo l'impostazione attuale, infatti, il controllo giurisdizionale si configura come un mero controllo di regolarità formale non entrando nel merito della scelta dell'imprenditore il quale vede ancora una volta rafforzata la propria libertà di iniziativa economica.

La seconda delle cause di nullità elencate dal secondo comma dell'art. 124 della *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* attiene invece al mancato rispetto degli obblighi di informazione e consultazione dei lavoratori che sono posti dal diritto europeo a garanzia della partecipazione dei lavoratori alle operazioni di ristrutturazione aziendale. In questo caso il controllo giurisdizionale verterà sul verificare che i rappresentanti dei lavoratori abbiano ricevuto un'informazione completa e sufficiente a consentirgli di partecipare efficacemente alla consultazione e che la trattativa si sia svolta nel rispetto del dovere di buona fede e correttezza. Non basterà dunque la mancanza di uno dei documenti indicati dalla legge per dichiarare nullo il licenziamento ma bisognerà che il giudice analizzi nel caso concreto se la carenza di documentazione ha impedito che la fase di consultazione raggiungesse il suo scopo³⁶⁹.

Al di là di questa peculiare modalità di impugnazione collettiva introdotta dalla riforma del 2012, il licenziamento collettivo può essere impugnato anche in via individuale dai singoli lavoratori licenziati ovvero d'ufficio dall'autorità amministrativa competente.

Possono costituire oggetto dell'impugnazione individuale, non solo le questioni relative alla comunicazione individuale del licenziamento e alle conseguenze che lo stesso ha avuto per il lavoratore impugnante, ma anche tutte le questioni collettive che non sono state sollevate né esaminate nel giudizio sull'impugnazione collettiva e sulle quali non si è formato il

³⁶⁶ Ibidem.

³⁶⁷ ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017.

³⁶⁸ Sent. Tribunal Supremo del 20 settembre 2013, n. 11/2013.

³⁶⁹ MOLERO MARAÑÓN M.L., *Despido colectivo y control Judicial*, in *Il regime dei licenziamenti in Italia e Spagna: ordinamenti a confronto*, Napoli, 2017; Sent. Tribunal Supremo 27 maggio 2013, n. 78/2012 e 18 febbraio 2014, n. 74/2013.

giudicato. L'impugnazione individuale può essere proposta, infatti, solamente quando sia decorso infruttuosamente il termine per l'impugnazione collettiva o quando quest'ultima sia stata decisa con efficacia di giudicato.

Infine, il sesto comma dell'art. 51 dispone che l'autorità amministrativa competente ha facoltà di impugnare gli accordi adottati dalle parti durante la consultazione quando ritenga che essi siano viziati da dolo, coazione, frode o abuso di diritto al fine di ottenere una dichiarazione di nullità degli stessi. Lo stesso potrà fare nel caso in cui l'autorità che gestisce le prestazioni di disoccupazione abbia segnalato che la decisione estintiva del datore di lavoro potrebbe avere ad oggetto l'ottenimento indebito delle prestazioni di disoccupazione da parte dei lavoratori licenziati, non constando una motivazione della situazione legale di disoccupazione³⁷⁰, integrandosi, dunque, una fattispecie di frode alla legge.

³⁷⁰ Art. 51, comma 6 *Estatuto de los Trabajadores*.

CONCLUSIONI

Gli ordinamenti esaminati plasmano entrambi la propria disciplina nazionale del licenziamento collettivo sul modello regolato nella direttiva europea 98/52, nel pieno rispetto degli obblighi derivanti dai trattati a cui i Paesi in questione sono vincolati in quanto Stati Membri dell'Unione Europea. Lo strumento della direttiva europea si è dimostrato il più efficace tra gli atti normativi dell'Unione in quanto consente di armonizzare le discipline nazionali dei diversi Stati Membri nel rispetto delle diverse origini storico-sociali di ogni forma di governo. Confrontare la disciplina italiana del licenziamento collettivo con la corrispondente disciplina spagnola, ci porta a porre a confronto le diverse esperienze storiche di ciascuno dei due Paesi, in seno alle quali si sono sviluppate e sono evolute tali discipline fino ad assumere l'assetto che esse hanno attualmente. Al momento dell'entrata in vigore della prima direttiva europea tesa ad armonizzare le discipline degli Stati Membri in materia di licenziamenti collettivi, la direttiva 75/129, l'Italia era già membro della Comunità Europea da circa vent'anni, l'esperienza della dittatura si era conclusa da più di trent'anni e la Repubblica Italiana e la sua Costituzione avevano avuto il tempo di costruire e rendere saldo il nuovo ordinamento democratico. In materia di Diritto del Lavoro, infatti, era già stato emanato, cinque anni prima, lo Statuto dei Lavoratori, una legge che costituisce ancora oggi le fondamenta di tale branca del diritto. L'istituto del licenziamento collettivo, pur non essendo ancora disciplinato dalla legge era già oggetto di accordi interconfederali, frutto dell'autonomia collettiva delle parti datoriali e sindacali che erano libere di negoziarne ogni aspetto. D'altro canto, la Spagna, nel 1975, era reduce da circa quarant'anni di dittatura che si era appena conclusa con la morte di Francisco Franco, e avrebbe impiegato ancora un decennio per entrare a far parte dell'Unione Europea. Le origini della disciplina del licenziamento collettivo nell'ordinamento spagnolo, pur risalendo a prima della dittatura, si collocavano in un'epoca, quella della Seconda Repubblica, caratterizzata dalla forte presenza della pubblica amministrazione nella vita socioeconomica del Paese, ed è a tale disciplina originaria che si rifà l'art. 51 del *Estatuto de los Trabajadores*, che, entrando in vigore nel 1980, pone le basi della normativa attuale del licenziamento collettivo. Solamente dopo l'ingresso nell'Unione Europea della Spagna, nel 1986, tale norma ha cominciato a subire una serie di modifiche da parte del legislatore, dapprima più caute e poi più radicali, fino ad arrivare all'assetto attualmente vigente. Le vicende storiche dei due Paesi coincidono, purtroppo, nella crisi economica degli anni 2007-2013: entrambe le nazioni, infatti, sono state tra i Paesi più colpiti dalle gravi conseguenze di tale periodo storico, in

ragione delle quali hanno dovuto adottare delle misure drastiche a tutela dell'occupazione e del mercato del lavoro, che hanno rappresentato in entrambi i paesi un profondo cambiamento nella disciplina tradizionale dei licenziamenti. Le riforme del mercato del lavoro che sono entrate in vigore nel 2012 in entrambi gli Stati, si caratterizzano per aver flessibilizzato il mercato del lavoro sia in entrata che in uscita, in questo secondo caso, liberalizzando il potere datoriale di recesso e rendendo più agevole ricorrere al licenziamento. In Italia ciò è stato realizzato riducendo l'ampiezza del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, che viene oggi riconosciuto solamente nelle ipotesi più gravi, come nel caso del licenziamento discriminatorio o intimato in forma orale, rendendosi così definitiva la decisione estintiva del datore di lavoro nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e dunque anche di licenziamento collettivo, con beneficio della certezza dei rapporti giuridici. Nell'ordinamento spagnolo, invece, la riforma del 2012, abolendo il sistema della previa autorizzazione amministrativa ad attuare un licenziamento collettivo e sottoponendo il potere datoriale di recesso alla procedimentalizzazione prescritta dalla direttiva europea ha realizzato una liberalizzazione ancor maggiore della misura del licenziamento collettivo. Inoltre, la *reforma laboral de 2012*, ha previsto come causa di legittimazione del licenziamento collettivo anche quella economica, non presente nella disciplina italiana del medesimo istituto, per integrare la quale è sufficiente che l'impresa abbia riscontrato perdite per almeno tre trimestri consecutivi. Seppure la normativa vigente imponga al datore di lavoro obblighi di informazione e documentazione molto più gravosi al momento di giustificare le cause economiche rispetto alle altre causali, l'aver previsto la causale economica ha certamente contribuito a rendere più fruibile la misura del licenziamento collettivo aumentando la flessibilità in uscita nel mercato del lavoro spagnolo. Se da un lato, l'obbligo di allegare alla comunicazione iniziale un'ampia serie di documenti che consentano di verificare l'esigenza economica, tecnica, organizzativa o produttiva dell'impresa costituisce chiaramente un retaggio del procedimento amministrativo che regolava la riduzione di personale prima della riforma, non si può dire lo stesso della funzione di mediazione che è oggi richiesta all'*autoridad laboral*. Mentre in Italia l'intervento conciliativo dell'amministrazione è previsto ogni qualvolta le parti non riescano a giungere ad un accordo durante la fase di consultazione, in Spagna, dove il ricordo della dittatura è ancora fresco, la mediazione amministrativa può essere attivata solamente su richiesta di entrambe le parti, ampliandosi ancora una volta la libertà di licenziamento del datore di lavoro il quale, si ricorderà, anche in mancanza di accordo con la controparte può procedere a ridurre l'organico.

L'adeguamento della disciplina nazionale del licenziamento collettivo a quella sovranazionale contenuta nella direttiva ha dunque avuto conseguenze diverse nei due Paesi, i cui ordinamenti ciononostante sono piuttosto affini. In Italia, l'intervento legislativo in materia di licenziamento collettivo, precedentemente disciplinato in piena autonomia dalle istanze collettive dei lavoratori e dei datori di lavoro, ha in qualche modo rappresentato una limitazione del potere del sindacato, che è stata controbilanciata dall'introduzione della partecipazione dei lavoratori alla determinazione della decisione datoriale. Al contrario, in Spagna, il recepimento della disciplina europea ha avuto l'effetto di ridurre notevolmente il potere dell'amministrazione nelle vicende che riguardano le imprese private e ha attribuito un ruolo più incisivo alle rappresentanze dei lavoratori, fra le quali viene favorito il sindacato in un intento di valorizzare tale tipologia di istanza rappresentativa posta in cattiva luce sotto il regime dittatoriale. L'introduzione della partecipazione dei lavoratori ai procedimenti di licenziamento collettivo, però, ha faticato ad inserirsi in entrambi gli ordinamenti. Entrambi i legislatori, per ragioni diverse, hanno disciplinato una partecipazione c.d. debole dei lavoratori alla decisione datoriale, prevedendo semplici obblighi di informazione e consultazione, non lasciando spazio per una vera e propria codeterminazione della scelta imprenditoriale. Sul versante italiano, il ricorso a strumenti di partecipazione c.d. debole è stato dovuto al fatto che il sistema di relazioni industriali italiano, caratterizzato da sindacati dotati di grande forza rappresentativa, all'epoca dell'entrata in vigore della disciplina trovava ancora il proprio fulcro nel conflitto tra le parti sociali. Nella Spagna reduce dalla dittatura invece, si presentava il problema opposto: vista la recente esperienza franchista, i sindacati non erano sufficientemente rappresentativi per assumere il ruolo auspicato dalla direttiva. La Spagna, considerata la diffidenza nei confronti dei sindacati suscitata dal franchismo, al termine della dittatura adottò il modello partecipativo c.d. a canale doppio, suddividendo la rappresentanza dei lavoratori in rappresentanza unitaria o elettiva, dotata di poteri di partecipazione, e in rappresentanza sindacale, titolare del potere negoziale. Oggi, con la riforma, visto il carattere negoziale della fase di consultazione, il legislatore spagnolo ha preferito attribuire anche alle rappresentanze sindacali il diritto di partecipazione alla procedura di licenziamento collettivo, ma solamente quando esse detengano la maggioranza degli organi di rappresentanza unitaria e con il consenso delle stesse. Su questo punto, tuttavia, i due sistemi giuridici sembrano avviati a ridurre progressivamente la distanza che li separa: anche in Italia infatti, il ruolo del sindacato appare oggi decisamente ridimensionato ed istituzionalizzato, più simile al modello spagnolo che si distingue ancora per prevedere non solo la partecipazione alla procedura degli organi di rappresentanza unitaria ma anche, nel caso in cui manchi ogni forma di rappresentanza legale, la

partecipazione dei lavoratori interessati dalla procedura attraverso la commissione *ad hoc*, composta e designata dai lavoratori licenziandi stessi.

In entrambi gli ordinamenti le istanze rappresentative dei lavoratori dispongono altresì di una specifica azione giurisdizionale che permette loro di difendere gli interessi dei lavoratori coinvolti nella procedura di licenziamento collettivo ottenendo una pronuncia efficace nei confronti di tutti i lavoratori licenziati. Tuttavia, se nell'ordinamento spagnolo tale strumento processuale è previsto dall'art. 124 della LRJS esplicitamente per impugnare i licenziamenti collettivi, in quello italiano esso è contenuto nell'art. 28 dello Stat. Lav. che è volto a contrastare i fenomeni di condotta antisindacale del datore di lavoro, che possono viziare, in alcuni casi, anche le procedure di licenziamento collettivo.

Nel complesso, si può osservare come l'attuale assetto della disciplina spagnola del licenziamento collettivo, ponga molti meno vincoli alla scelta datoriale di operare un licenziamento collettivo di quanto non faccia la normativa vigente nell'ordinamento italiano. Basti pensare a come nell'ordinamento spagnolo siano scomparsi fin dagli anni Novanta i criteri legali di scelta dei lavoratori, dei quali sopravvive solamente la priorità di mantenimento in servizio dei rappresentanti dei lavoratori, ulteriore elemento che denota la volontà del legislatore di valorizzare, tutelare e rafforzare l'istituto della rappresentanza. A differenza dell'ordinamento italiano dove la tutela dell'occupazione e dei lavoratori viene realizzata vincolando maggiormente il potere datoriale di recesso, con la finalità di evitare o limitare quanto più possibile i licenziamenti, lo Stato spagnolo tutela maggiormente l'occupabilità dei lavoratori disponendo una serie di obblighi del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori licenziati, come ad esempio la predisposizione del piano di ricollocamento esterno, la formazione e il "*reciclaje profesional*", nonché il pagamento dei contributi per i lavoratori ultracinquantenni fino al raggiungimento dell'età pensionabile.

Come ricordato pocanzi, i due Paesi in questione provengono da tradizioni ed esperienze storiche differenti, la rimozione di vincoli al potere datoriale in Spagna è stata possibile grazie anche al fatto che si tratta di un ordinamento relativamente giovane, dal momento che la caduta della dittatura prima e l'ingresso nell'Unione Europea poi hanno portato un forte vento di cambiamento nel Paese iberico che ha plasmato il proprio attuale ordinamento a partire dagli anni Ottanta. Una disciplina così liberalizzante non ha potuto trovare posto in Italia dove il rapporto di lavoro è sempre stato strenuamente tutelato dall'azione del sindacato, per tradizione, attraverso il conflitto.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Licenziamenti collettivi*, Assago, 2012, pp 256

AA.VV., *I licenziamenti collettivi tra questioni applicative e nuove regole*, a cura di SANTUCCI R., Milano, 2005

AA.VV., *Licenziamenti collettivi e mobilità*, *Atti delle giornate di studio di Roma 26,27 gennaio 1990*, Milano, 1991

ABRIL LARRAINZAR M., *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, Pamplona, 2016

ALFONSO MELLADO C.L., *Reforma laboral 2012*, Valencia, 2013

ARIAS DOMINGUEZ A., *Despidos colectivos*, Salamanca, 2014

BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996

BENAVENTE TORRES M.I., *Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta/negociación*, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* n. 124/2014, pp. 121-156

CAIROLI D., in *I licenziamenti individuali, collettivi e gli ammortizzatori sociali alla luce della legge n. 92 del 2012* a cura di SANTORO PASSARELLI G., Torino, 2014

CARABELLI U., *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1994, n.62, 213 ss

CARABELLI U., *La disciplina sui licenziamenti collettivi contenuta nella L. n. 223 del 1991: alcuni problemi interpretativi ancora aperti*, in GAROFALO D., RICCI M., *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006

CARABELLI U., GIUBBONI S., in *Flessibilità e tutele nel lavoro: commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, di CHIECO P., Bari, 2014

CARINCI F., PIZZOFERRATO A., *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 2010, pp 1032

CECA E., *El papel de los sindicatos en las negociaciones colectivas para la nueva normalidad*, Cincodias El Pais, 22 giugno 2020

CHIECO P., *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi – Nuova disciplina*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani, Aggiornamento*, vol. VII, 1998

CORRADO A., CORRADO D., *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, pp 408

CORTI M., *Partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi*, JUS- ONLINE 1/2019, ISSN 1827-7942

DE MOZZI B., *Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel c.d. Jobs Act*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 353/2018

DEL PUNTA R., *I licenziamenti collettivi*, in PAPALEONI M., DEL PUNTA R., MARIANI M., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993

DEL PUNTA R., *Contrattazione e partecipazione*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996

DI PAOLA L., *Licenziamento*, Milano, 2019

FERNANDEZ DOMINGUEZ J. J., *Tratado del Despido*, Madrid, 2018

FERRARO G., *Licenziamenti collettivi nella riforma del welfare*, Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2013

FICARI L., *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, Milano, 2006

FRANZA G., POZZAGLIA P., *Il decreto dignità*, Torino, 2018

GARATE CASTRO F. J., *Regimen jurídico del despido colectivo*, Dereito: Revista xuridica de Universidade de Santiago de Compostela, 2013, num. Extra 1

GIUBBONI S., COLAVITA A., *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, Riv. Trim. Questione Giustizia, 2015

GONZALES BIEDMA E., *I licenziamenti per riduzione di personale*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996

GONZALES-POSADA MARTINEZ E., *El despido colectivo: causas y procedimiento*, in *Il regime dei licenziamenti in Italia e Spagna: ordinamenti a confronto*, Napoli, 2017

GORELLI HERNANDEZ J., *El despido: análisis y aplicación práctica*, Madrid, 2004

GRAGNOLI E., *La riduzione del personale: fra licenziamenti individuali e collettivi*, Padova, 2006

IANNIRUBERTO G., *Gli effetti dell'omessa indicazione dei criteri di scelta sulla legittimità dei licenziamenti collettivi*, *Rivista nuova di diritto del lavoro*, n. 2/2019

LAMBERTUCCI P., *Cassaintegrazione guadagni, licenziamenti collettivi e mobilità*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro pubblico e privato*, a cura di SANTORO PASSARELLI G., Milano, 2006

LAMBERTUCCI P., *La disciplina dei licenziamenti collettivi tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008

MARAZZA M., DE FEO D., *I licenziamenti collettivi*, in PERSIANI M., LIEBMAN S., *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, Torino, 2013

MARETTI S. in PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013

MAZZETTI M., *La legittimità della disciplina italiana contro il licenziamento collettivo*, *Questione giustizia*, n. 1/2020

MISCIONE M., *La Cassa integrazione dopo il Jobs Act*, Diritto & pratica del lavoro 2016, n.15, pp 921-935

MOLERO MARAÑÓN M.L., *La incidencia de la reforma de 2013 en las reglas del periodo de consultas*, Relaciones Laborales, n. 12/2013

MOLERO MARAÑÓN M.L., VALDES DAL-RE F., *Los derechos de información y consulta en las reestructuraciones de empresa*, Granada, 2014

MOLERO MARAÑÓN M.L., *Despido colectivo y control Judicial*, in *Il regime dei licenziamenti in Italia e Spagna: ordinamenti a confronto*, Napoli, 2017

MOLERO MARAÑÓN M.L., *La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia*, Doc. Labor., núm. 111-Año 2017-Vol. III. ISSN: 0211-8556

MOLINS GARCIA-ATANCE J., *La interpretación del TJUE de la regulación de los despidos colectivos: su incidencia en el Derecho español*, Millennium DIPr n. 2/2015.

MORON PRIETO R., *Guía sobre los despidos colectivos y la suspensión de contratos y reducciones de jornada*, Madrid, 2017,

NATULLO G., *Licenziamento collettivo: interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004

PACE D., in *I licenziamenti individuali, collettivi e gli ammortizzatori sociali alla luce della legge 92/2012*, a cura di SANTORO PASSARELLI G., Torino, 2013

PERSIANI M, D'ONGHIA M., *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, 2018

PESSI R., in *Licenziamenti collettivi e mobilità, Atti delle giornate di studio di Roma* 26,27 gennaio 1990, Milano, 1991

ROMERO SANCHEZ I., *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada, 2017

ROSELLI F., *Nota all'ordinanza App. Napoli 18 sett. 2019, r.g. 2784/2018*, Rivista nuova di diritto del lavoro, n. 1/2020

SALIMBENI M. T., in DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D'URSO F., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006

SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, 2015

SANTOS FERNÁNDEZ, R./ TORRENTE GORI, S., *Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas en procedimientos de despido colectivo*, Actualidad Laboral n. 1/1995

TARRAGA POVEDA J., *Legitimación procesal en la nueva modalidad procesal de despido colectivo*, Aranzadi Social n. 2/2012

TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo: lavoro privato e pubblico*, Padova, 2015

TOPO A., *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Padova, 1996

TOPO A. in CARINCI F., PIZZOFERRATO A., *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 2010

TOPO.A., in *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione: le riforme del quinquennio 2011-2015: studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo, Vol. 1*, a cura di CALCATERRA L. Napoli, 2018

VALDES DAL-RE F., *I criteri di scelta dei lavoratori coinvolti in licenziamenti collettivi nell'ordinamento spagnolo*, Lavoro e Diritto, n. 3/1999

VALLEBONA A., in *Licenziamenti collettivi e mobilità, Atti delle giornate di studio di Roma 26,27 gennaio 1990*, Milano, 1991

VALLEBONA A., *Conflitto e partecipazione*, in FICARI L., *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, Milano, 2006

VENDITTI L., *Il licenziamento collettivo riformato*, in *Il regime dei licenziamenti in Italia e Spagna: ordinamenti a confronto*, Napoli, 2017,

VENEZIANI B., CARABELLI U., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001, pp 653

GIURISPRUDENZA

CGUE, 6 novembre 1985, causa c-131/84

CGUE, 21 settembre 1989, causa c-68/88

CGUE, 2 ottobre 1991, causa c-7/90

CGUE, 8 giugno 1994, causa c-383/92

CGUE, 16 ottobre 2003, causa c-32/02

CGUE, 27 gennaio 2005, causa c-188/03

CGUE, 22 novembre 2005, causa c-144/04

CGUE 15 febbraio 2007, causa c-270/05

CGUE, 13 febbraio 2014, causa c-596/12

CGUE del 13 maggio 2015, causa c-392/13

C. Cost. 22 febbraio 1974, n. 54

C. Cost. 8 febbraio 1988, n.8

C. Cost. 11 marzo 1988, n. 344

C. Cost. 10 febbraio 1993, n. 46

C. Cost. 30 giugno 1994, n. 268

C. Cost. 27 giugno 1996, n. 244

C. Cost. 24 giugno 2002, n. 269

C. Cost. 3 luglio 2013, n. 231

C. Cost. 26 settembre 2018, n. 194

Tribunal Constitucional 22 gennaio 2015, n. 8

Cass. 9 settembre 1982, n. 4864

Cass. 5 maggio 1995, n. 4874

Tribunal Supremo 21 gennaio 1997, n. 1063/1996

Cass. 27 maggio 1997, n. 4685

Cass. 7 novembre 1998, n. 11251

Cass. 2 marzo 1999, n. 1760

Cass. 24 marzo 1999, n. 3133

Cass. 1° aprile 1999, n. 3140

Cass. 24 aprile 1999, n. 4097

Cass. 11 maggio 1999, n. 4666

Cass. 10 giugno 1999, n. 5718

Cass. 21 ottobre 1999, n. 117940

Cass. 22 giugno 2000, n. 8506

Cass. 10 luglio 2000, n. 9169

Cass. 9 settembre 2000, n. 11875

Cass. 29 novembre 2000, n. 15290

Cass. 15 febbraio 2001, n. 2188

Cass. 22 marzo 2001, n. 4140

Cass. 6 novembre 2001, n. 13714

Cass. 17 ottobre 2002, n. 14736

Cass. 23 gennaio 2003, n. 1008

Cass. 1° marzo 2003, n. 3068

Cass. 2 settembre 2003, n. 12781

Cass. 8 novembre 2003, n. 16805

Cass. 29 dicembre 2004, n. 24116

Cass. 18 gennaio 2005, n. 880

Cass. 3 maggio 2006, n. 10198

Cass. 13 luglio 2006, n. 15943

Cass. 23 giugno 2006, n. 14638

Cass. 2 gennaio 2007, n. 1334

Cass. 8 novembre 2007, n. 23275

Cass. 6 febbraio 2008, n. 2782

Cass. 23 maggio 2008, n. 13381

Cass. 3 novembre 2008, n. 26376

Cass. 10 agosto 2009, n. 18177

Cass. 16 dicembre 2009, n. 26373

Cass. 29 marzo 2010, n. 7519

Cass. 11 marzo 2011, n. 5884

Cass. 20 marzo 2013, n. 6959

Cass. 27 maggio 2013, n. 13112

Tribunal Supremo 27 maggio 2013, n. 78/2012

Tribunal Supremo 20 settembre 2013, n. 11/2013

Tribunal Supremo 18 febbraio 2014, n. 74/2013

Tribunal Supremo 18 marzo 2014, n. 114/2013

Cass. 24 maggio 2016, n. 10242

Cass. 25 agosto 2016, n. 17329

Cass. 19 settembre 2016 n. 18306

Cass. 3 agosto 2018, n. 20502

Cass. 7 settembre 2018, n. 21907

Cass. 23 gennaio 2019, n. 1852

Cass. 22 febbraio 2019, n. 5373

Cass. 24 maggio 2019, ord. n.14254

Cass. 26 novembre 2019, n. 30865

Cass. 5 dicembre 2019, n. 31835

Trib. Napoli, 24 gennaio 1994

P. Milano, 25 marzo 1994

Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 23 maggio 2012, n. 1049/2012

Tribunal Superior de Justicia de Galicia 6 luglio 2012, n. 6931/2012

Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Autónoma de Madrid 11 luglio 2012, n. 1775/2012

Trib. Rossano, sez. I, sentenza 27 marzo 2013

Audiencia Nacional 28 marzo 2014, n. 44/2014

Trib. Roma, 11 febbraio 2015

Trib. Roma, decreto 11 febbraio 2016