

CAPITOLO IV
L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI
COLLETTIVI NEL TEMPO E LA CERTEZZA DEL DIRITTO

di GUIDO VIDIRI

SOMMARIO: 1. La « certezza » del diritto nella dottrina e nella giurisprudenza. — 2. L'« incertezza » del diritto ed il « difficile » compito dell'interprete. — 3. Il diritto « certo » nell'economia moderna. — 4. Il licenziamento collettivo nella legge Fornero. — 5. Il licenziamento collettivo nel Jobs Act. — 6. Il Jobs Act: una « controriforma » della legge Fornero ... — 7. ... mal riuscita. — 8. Il licenziamento collettivo nel diritto comunitario. — 9. Il licenziamento collettivo ed il « rito Fornero ». — 10. Conclusioni.

1. La « certezza » del diritto nella dottrina e nella giurisprudenza.

È stato osservato di recente che il mutare continuo delle norme e la ipertrofia delle leggi a lungo andare incidono negativamente sul principio della certezza del diritto e sulla fiducia dei cittadini nello Stato, la cui volontà finisce per disperdersi in un groviglio di disposizioni che la rendono spesso indecifrabile, con effetti negativi sulla durata dei processi e sulla stessa forza cogente della legge. A tali deleteri effetti contribuiscono anche altri fattori quali il moltiplicarsi delle fonti normative ed il perdurante difficile coordinamento della legislazione statale con il diritto comunitario, in buona misura addebitabile ad un difficile dialogo tra le Alte Corti di giustizia, nonché ad un lento e non sempre chiaro processo di armonizzazione tra legislazioni dei diversi Stati, non tutti propensi a cedere parte della propria sovranità (1).

Ed a sostegno di tale assunto è stato anche rimarcato come un concreto pericolo di lesione del principio della certezza del diritto (2) —

(1) Cfr. *amplius* in questo senso da ultimo: G. VIDIRI, *La « indispensabilità » delle prove nel rito del lavoro*, Relazione il 5 maggio 2015 tenuta in Roma (nell'aula Gianlombaro della Cassazione in un incontro di studio avente ad oggetto la nozione di prove indispensabili), imminente pubblicazione in *Riv. dir. proc.* n. 6 del 1025.

(2) Sul principio in esame cfr. tra i numerosi contributi: F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, in *Civiltà del diritto*, nella Collana già diretta da F. Calasso e curata da F. Mercadante, Milano 1968, cui *adde* da ultimo P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *GC*, 2014, n. 4, 921 e ss.; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 1073 ss.; ed ancora, con riferimento allo stretto rapporto tra certezza del diritto e

posto a garanzia della libertà anche politica dei cittadini — possa scaturire dalla mediazione giudiziaria nella applicazione di norme giuridiche, allorquando le stesse si presentino lacunose, ambigue, di difficile lettura e di non ben definito ambito applicativo, potendo dette disposizioni costituire terreno privilegiato per personali scelte assiologiche tanto da determinare in molti casi una « giurisprudenza anarchica » nonché ampi spazi per la « creatività del giudice » (3).

Le argomentazioni tradizionalmente addotte a sostegno del principio della certezza del diritto sono state di recente oggetto di aspre critiche. A sostegno di esse, con un articolato *iter* argomentativo, che si prova a sintetizzare, è stato infatti affermato: che il suddetto principio è stato disegnato all'interno di una visione filosofica in cui la legge si propone in una dimensione soprattutto etica (4), fondata inesorabilmente su di un atto di volontà che deve essere obbedito per cui « nel cittadino la virtù massima che si pretende è una obbedienza semplice, senza perplessità e discussioni » cui corrisponde da parte del legislatore il dovere della certezza (5); che nel costituzionalismo post-moderno le nuove Carte dei diritti si caratterizzano per esser ora volte ad individuare “valori largamente condivisi” nel tessuto sociale, traducendoli in principi destinati a trasformare a loro volta detti valori in criteri ordinatori della realtà sociale, conferendo ad essi una rilevanza giuridica, e facendoli in tal modo

imparzialità e terzietà del giudice, VIDIRI, *Creatività del giudice e processo del lavoro*, ivi, 1205 e ss. nonché G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, in *Lezioni magistrali*, Collana diretta da F. De Santis e F. Fichera, 13. Editoriale scientifica 2006, 56-57, il quale ricorda che la Carta Europea dei diritti dell'uomo usa in due occasioni il valore della certezza: a proposito della libertà, coniugandola con la *sicurezza* (art. 5) ed a proposito del processo giusto (art. 6).

(3) Per l'assunto che l'astrattezza, la rigidità e la fissità della norma mirano semplicemente a garantire in modo certo ed inequivocabile l'azione in modo che gli uomini possano contare su ciò che verrà v. LOPEZ DE ONATE, *op. cit.*, 49, il quale aggiunge che in questo modo il diritto mostra la sua natura schiettamente umana, indissolubilmente legata al mondo degli uomini, e solo ad essi, perché « gli uomini hanno bisogno, per la loro azione presente, di potere contare sulla loro azione futura, sulla portata della propria azione futura, e quindi anche sull'azione degli altri uomini ». In sostanziale adesione a tale assunto vedi anche P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, che leggesi ora nella collana Anticorpi, Bari 2013, 11, per il quale infatti la legalità è condizione di libertà, perché « solo la legalità assicura nel modo meno imperfetto possibile, quella certezza del diritto senza la quale praticamente non può sussistere libertà politica ».

(4) Cfr. sul punto *amplius* P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, cit., 923-924, che nell'avviare le sue considerazioni con quella che « a taluno può sembrare una blasfemia » annuncia subito: « per i giuristi italiani la malasorte della “certezza del diritto” è stata di avere ad oggetto nel 1942, anno ancora lacerato da un disastro ambientale, delle riflessioni di levatura altissima da parte di Flavio Lopez de Onate, un filosofo che ovviamente, l'ha osservata e sviscerata con l'unico occhiale che gli era proprio, quello filosofico ».

(5) Cfr. GROSSI, *op. cit.*, 927 anche per la precisazione che il diritto moderno nella Europa continentale non è solo scritto ma è costretto in testi organici, dalla intelaiatura rigorosamente sistematica, ad opera di un positivismo giuridico anche esso moderno « sapientissimo nell'ammantarsi di pretese verità, anche se queste coprivano sostanzialmente la veste più grossolana di apparecchiature patentemente ideologiche ».

diventare una « nervatura portante dell'ordine giuridico » (6); che detti principi pretendono di essere interpretati in ragione della loro indeterminatezza ed elasticità; che tra i tanti canali in cui può realizzarsi la dimensione ermeneutica “un ruolo di spicco fa capo alla interpretazione giudiziale”, perché “la giudizionalità” sembra essere una caratteristica forte del passaggio giuridico post-moderno ed è proprio entro questo passaggio che si riconosce al lavoro ermeneutico dei giudici l'espressione più genuina di un diritto vivente (7).

L'indirizzo dottrinario esposto, che si caratterizza soprattutto per riconoscere al giudice ampi spazi nella determinazione dell'ambito applicativo delle norme, trova oggi riscontro in diffuse e circolanti opzioni culturali di quanti — in un'ottica di effettivo e convinto, seppur non dichiarato giusnaturalismo — rivendicano orgogliosamente di essere gli unici autentici interpreti dei valori etici espressi dalle norme codicistiche e dai dettati costituzionali e, pertanto, insuscettibili di essere messi in discussione (8), e nello stesso tempo mostrano di volere rifiutare drasticamente la teoria — propria del positivismo giuridico — della legislazione come fonte preminente di un diritto visto *sub specie legis*, per patrocinare di contro la visione di un ordinamento giuridico capace di includere anche il diritto consuetudinario e la prassi, e suscettibile di estendersi sino alle fonti cosiddette “presunte” o “apparenti”, come l'equità e la natura stessa delle cose o dei fatti (9).

L'elemento qualificante del positivismo giuridico, come è noto, può

(6) Cfr. ancora GROSSI, *op. cit.*, 934-935, che mostra di augurarsi un ritorno ad un diritto dove hanno un ruolo non esiguo legislatore e legge, però accanto a consuetudini, riflessioni dottrinarie, sentenze di giudici, prassi, tutto nel segno di un arricchente pluralismo giuridico.

(7) Cfr., sempre sul punto *amplius* GROSSI, *op. cit.*, 945, che rimarca inoltre la esistenza di una crisi attuale nella rappresentanza politica nonché nella coscienza collettiva, perché domina una generale erosiva sfiducia anche nella riflessione scientifica.

(8) Al riguardo a riprova della loro diffusione è sufficiente ricordare come le dette opzioni culturali siano state di recente esternate orgogliosamente dai coordinatori dei giudici del lavoro di Magistratura Democratica. Costoro hanno affermato che la loro corrente associativa è nata nel 1960 proprio per porre mano ad una opera di demistificazione nei confronti del mito della neutralità (o della c.d. apoliticità) del giudice; ha sempre rivendicato il carattere indefettibilmente politico della giurisdizione, ponendosi come obiettivo di contribuire all'opera di invero della Costituzione, in particolare dell'art. 3, 2 comma; ha pensato sempre e soltanto di potere agire come un « intellettuale collettivo », tenendo uniti in un vincolo tutti gli aderenti al gruppo; che non è mai trasceso nel corporativismo di altre correnti e non ha mai preteso di interferire nella *iurisdictio* dei singoli giudici (cfr. *amplius*: R. RIVERSO-C. PONTERO, *Quale giudice del lavoro?*, in *R IT DL* 2012, I, 720-722).

(9) Nelle fonti, come l'equità, ed ancora nella natura delle cose e dei fatti vede “inconsapevole apertura” verso il diritto naturale: N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino 1996, 130-131, che aggiunge come invece il positivismo giuridico ritenga che requisiti caratterizzanti l'ordinamento giuridico siano la coerenza (non essendo configurabile una antinomia tra due norme per essere una delle due o ambedue le norme invalide) e la completezza (per potere dalle norme, esplicitamente o implicitamente contenute nell'ordinamento, il giudice sempre ricavare una regola *decidendi* per risolvere qualsiasi caso gli venga sottoposto).

essere identificato nell'assunto che il compito della giurisprudenza non è certo la creazione del diritto ma la interpretazione della legge (10).

È stato rimarcato sul piano storico come il positivismo giuridico — cui correnti di pensiero continuano ad addebitare di non tenere conto che l'attività interpretativa non può che essere di per sé innovativa e quindi in buona misura anche creativa e, conseguentemente, dinamica in ragione dell'evolversi della realtà sociale — sia nato dal sorgere dell'idea della legislazione come fondativa della formazione dello Stato moderno, dovendosi mettere ordine nel caos del diritto primitivo e dovendosi fornire allo Stato uno strumento efficace per intervenire nella vita sociale (11). E nella stessa direzione è stato affermato che nell'ottocento nei due grandi Stati dell'Europa (Francia e Germania) apparve chiaro che il positivismo andava inteso come modo di funzionamento della legalità statale di una magistratura professionale, sotto l'influsso delle codificazioni scritte e sulla base di un ordine stabile e della sicurezza politica interna (12).

2. L'« incertezza » del diritto ed il « difficile » compito dell'interprete.

Da più parti si è rilevato che l'attuale legislazione — soprattutto in quei settori ordinamentali in cui gli interventi normativi hanno più rilevanti ricadute sul piano socio-economico — è una vera e propria « fabbrica di incertezze ».

In un *excursus* all'interno delle trasformazioni subite nel tempo dalla giurisprudenza, da considerarsi anche essa fonte normativa, si è precipuamente evidenziato che nell'epoca attuale il diritto sia stato sottoposto

(10) In questi sensi *amplius* BOBBIO, *op. cit.*, 220-222, il quale sottolinea però come al positivismo giuridico sia stato imputato di sostenere una concezione *statica* dell'interpretazione, che dovrebbe consistere solo nella ricostruzione puntuale della volontà soggettiva del legislatore, che ha posto le norme, senza preoccuparsi di adattare queste ultime alle mutate condizioni ed esigenze storico-sociali, come fa invece l'interpretazione *evolutiva* sostenuta dalla corrente antipositivistica.

(11) Cfr., ancora BOBBIO, *op. cit.*, 117 ss. che ricorda come uno studioso svedese, il GAGNER in un suo libro scritto in tedesco (*Studien zur ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala 1990), abbia visto il sorgere della idea della legislazione nel processo di formazione dello Stato moderno già nei secoli XII e XIII, cioè nell'epoca in cui si costituì la dottrina canonistica. Secondo questo Autore infatti l'idea della legge, cioè della produzione di norme giuridiche da parte di una persona investita di un potere sovrano, è sorta per opera degli studiosi del diritto canonico e solo in un secondo tempo è passata nella società civile ed è entrata nel patrimonio concettuale dei giuristi.

(12) Così C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"* — volume che raccoglie a cura di G. Miglio e P. Schiera una serie di testi tratti da opere dell'illustre ricercatore e scienziato della politologia europea (usciti fra il 1922 e il 1965 presso l'editore Duncker e Humblot di Berlino), Biblioteca paperbacks/62, ed. Il Mulino 2013, 265-267, che precisa come secondo la scienza ottocentesca il positivismo sia stato giudicato un metodo « puramente giuridico », la cui purezza consiste nel fatto che vengono eliminate tutte le considerazioni tanto metafisiche che metagiuridiche (tutti cioè i punti di vista ideologici, morali, economici, politici o di qualsiasi altro tipo, perché non giuridici in senso stretto), proprio al fine di non ricadere nel « soggettivismo » imprevedibile delle valutazioni metagiuridiche.

a forti torsioni da un gigantesco processo di adattamento e di cambiamento, che non riguarda il livello del singolo sistema giuridico, ma l'ordinamento giuridico globale, e tale processo — si è poi aggiunto — ha investito tutti i settori del diritto, dal privato al costituzionale, dal penale all'internazionale, non più come un tempo, tra loro separati, dandosi in tal modo luogo ad un intreccio sempre più complicato tra diritto nazionale e diritto globale, tra particolare e universale, tra differenze e unità (13).

In tale già complesso e spesso indecifrabile contesto normativo, il compito dell'interprete volto alla individuazione del significato da attribuire al dettato legislativo diventa sempre più difficoltoso anche per il moltiplicarsi delle c.d. « clausole generali » che, per delineare moduli applicativi generici, abbisognano di essere tradotti in *standards* valutativi da parte di giudici « terzi » ed « imparziali », che in sede interpretativa non agiscano come « intellettuali collettivi » inseguendo una giurisprudenza autoreferenziale supportata a sua volta da una scienza giuridica anche essa autoreferenziale, e che per di più siano anche capaci di sottrarsi ai condizionamenti derivanti da un sempre più invasivo e dilagante circuito mass-mediatico.

È opportuno aggiungere — a completamento di quanto ora detto — che le clausole generali sono caratterizzate in maniera affatto particolare da una indeterminatezza semantica (associata ad una specifica tecnica di costruzione della fattispecie) per cui l'applicazione di esse richiede una preventiva opera di integrazione valutativa per essere al giudice devoluto un potere di concretizzazione volto a determinare, attraverso l'esercizio dell'attività interpretativa, la disciplina applicabile alla singola fattispecie sottoposta al suo esame.

Orbene, la quotidiana amministrazione della giustizia e l'esigenza di fornire in tempi ragionevoli risposte certe ed adeguate alle domande dei cittadini portano a privilegiare su ogni altra scelta un più rassicurante positivismo giuridico, che trova conforto nell'assunto di matrice crociana che riconosce al diritto la natura di « filosofia della pratica », non incline diversamente dalle scienze pure, alle speculazioni teoriche delle Accademie, per essere il diritto deputato ad esaminare e giudicare il presente ed

(13) Cfr. al riguardo: G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, nella Collana diretta da F. De Santis e F. Fichera, Lezioni magistrali, Editoriale scientifica, 17, Napoli 2007, 48 ss., che rileva anche come uno dei principali problemi del diritto contemporaneo risieda nella determinazione della fonte da cui trarre l'enunciato da interpretare, e che aggiunge poi che così « crescono le responsabilità dell'interprete, in un quadro in cui sono presenti non soltanto una pluralità di fonti normative giurisprudenziali, ma anche una forzata coesistenza con un giudice sovranazionale, il cui precedente ha di fatto forza vincolante e può aprire problemi di conflitto con la legislazione nazionale ».

a disciplinare il futuro, assicurando in tal modo una convivenza ordinata sì da garantire ai cittadini tutti la libertà del loro agire nel futuro, tramite la qualifica dei comportamenti possibili e leciti (14).

3. Il diritto « certo » nell'economia moderna.

È opinione da tutti condivisa che risposte giudiziarie tardive e prive di una adeguata resistenza nel tempo e che inoltre siano contraddistinte da un alto tasso di alea, disincentivano gli investimenti di capitali e pongono seri ostacoli ad ogni attività imprenditoriale. Ed è anche innegabile che per l'incremento della produzione — e con esso anche dell'occupazione — è indispensabile che le aspettative di chi investe non siano frustrate da un sistema giudiziario che oltre a non garantire un processo dalla « ragionevole durata » non sia in grado di fornire una tutela efficace per la mancanza di precisi e sicuri referenti normativi, capaci in quanto tali di garantire prima che si agisca la conoscenza di quali siano le azioni lecite e quelle vietate (15).

Il filosofo e sociologo del novecento che forse meglio di tutti gli altri ha studiato l'influenza delle religioni sulla evoluzione economica dei popoli e che ha visto nella dottrina protestante una forma di costruzione « spiritualistica » dell'economia, ha più volte evidenziato come il capitalismo moderno abbia ora bisogno di un « diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina » (16). E più di recente, con riferimento ai sistemi economici incentrati sulla produzione di massa, si è pure evidenziata, in analogia ottica, la necessità di una « matematica delle azioni » (17).

(14) Sul punto non può tralasciarsi di considerare che nei paesi caratterizzati da una costante conflittualità a livello socio-economico — con negative ricadute anche a livello sindacale — e da non mai sopiti contrasti ideologici è necessario garantire in un mercato globale la prevedibilità e la sicurezza dell'agire economico, sulla base di una connessione tra normativismo e decisionismo, che costituisce l'essenza scientifica propria del positivismo (cfr. per quanto attiene all'aspetto decisionista del positivismo scientifico e per l'assunto che esso sia legato e condizionato dal momento storico e dalla specifica natura dello Stato, per cui è destinato a cadere con lo stesso cfr. SCHMITT, *op. cit.*, 272 ss.).

(15) La perdita della funzione sociale della legislazione per il ruolo residuale ormai assunto dal codice civile nonchè la mancanza di altri approdi normativi unificanti hanno portato — con il tramonto delle ideologie e del pensiero politico — ad accreditare il pessimismo di chi ha finito per parlare di « nichilismo giuridico » cfr. al riguardo tra gli altri gli scritti di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1999, e successivamente *Nichilismo giuridico*, Bari 2005, e *La tenaglia. In difesa della ideologia politica*, Bari 2008.

(16) Cfr. al riguardo *amplius*: M. WEBER, *Storia Economia — Linea di una storia universale dell'economia e della società*, Roma 1993, 298.

(17) Così IRTI, *Codice civile e società politica*, Bari 1995, 22, il quale rileva in altro scritto *Nichilismo giuridico cit.*, 7-8, che « le officine giuridiche lavorano in tutte le ore ed in tutti i luoghi della vecchia Europa » e che « nessuna norma ha il privilegio d'immutabilità e d'invulnerabilità » perché

Tanto premesso un approccio valutativo dell'attuale assetto ordinamentale — caratterizzato dalla costante e perdurante violazione del principio della certezza del diritto — se vuole essere realistico e veritiero non può che evidenziare come le ricadute di un siffatto assetto finiscano per accreditare, attraverso un generalizzato pessimismo, l'opinione che sia in presenza di una forma di “nichilismo giuridico”, il cui elemento qualificante va identificato in una « quantificazione » di tutti i rapporti, dal momento che « i singoli rapporti, economici, politici, giuridici vengono degradati a elementi di calcolo, a grandezze misurabili, e dunque indifferenziate e fungibili » (18), con l'ulteriore effetto che il diritto del lavoro, autorevolmente ritenuto un “diritto valoriale” (19), si è ora degradato a diritto disumanizzante, privo di qualsiasi progettualità stante la sua concretizzazione in un disordinato articolato di norme che spesso si traducono nella lesione dei diritti della « persona » del cittadino lavoratore, ed *in primis* del suo diritto ad una vita libera e dignitosa (artt. 36, ed ancora, 3 e 41 Cost.) (20).

4. Il licenziamento collettivo nella legge Fornero.

A quella che è stata definita solo qualche anno fa la « grande avventura del diritto del lavoro », reputato all'avanguardia rispetto ad altri

« tutto ciò che garantiva unità e verità del diritto è ormai tramontato », ed afferma poi (*La tenaglia* cit., 62) che la vastità planetaria dei mercati non è raggiungibile da norme che hanno per scopo di regolare fenomeni territoriali per cui « la classe politica si misura nella consapevolezza di questa antinomia, e nella capacità di stringere accordi fra Stati per cui l'efficacia e l'autorità di norme comuni siano pari alla dimensione globale dell'economia ».

(18) In argomento cfr. più ampiamente G. ZAGREBELSKJ, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Torino 2013, 65-70, che dopo avere rilevato che il dominio dei mercati finanziari ha cambiato la nostra vita, senza che nemmeno ci si accorge di come ciò è avvenuto, rileva poi che per correre dietro alla speculazione finanziaria la sovranità dei popoli è stata messa sotto tutela, la democrazia è stata impoverita, i diritti compressi o negati, la coesione sociale lacerata e, per venire al nostro tema « il bene-lavoro ha perso il suo valore di fondamento della vita sociale ed è diventato un effetto secondario eventuale » (pagg. 68-69).

(19) In conclusione di un suo saggio — in cui si ripercorre la storia del diritto del lavoro a partire dagli anni 1945 in poi — un illustre giurista, dopo avere ammonito i giuslavoristi di evitare « una secca » e cioè la « perversione nichilista », richiama un frammento di un intervento tenuto nel 2005 nella facoltà fiorentina, da un suo collega, universalmente rimpianto, Matteo Dell'Olio, che ebbe in quella occasione a dire « il diritto del lavoro non è stato mai nichilista, è sempre stato valorista, ha sempre perseguito dei valori e il valore di fondo ... è quello della libertà e della dignità del lavoratore, la tutela della libertà umana del lavoratore » e pertanto « non può essere annegato, con il pretesto della partecipazione, nel diritto commerciale, né con questo, magari con tutto il diritto, nell'economia » (così P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *R IT DL*, 2009, 1, 30-31).

(20) Per una indicazione esaustiva delle numerose disposizioni che sono poste anche a livello internazionale a tutela dei lavoratori in ipotesi di operazioni di riorganizzazione della impresa e di procedure di mobilità v. L. TRIA, *Le nuove norme sui “licenziamenti collettivi” alla luce dei principi dettati dalla Costituzione, dalla normativa dell'Unione europea e delle convenzioni internazionali*, folii 15-18 del dattiloscritto della Relazione, tenuta in Roma in data 13 febbraio 2015, nell'Aula Magna della Corte di Cassazione in un Convegno organizzato ad iniziativa del CSM su tali temi.

settori ordinamentali (21), sono seguiti a partire dal 2012, ad iniziativa dei governi Monti e Renzi, interventi legislativi a pioggia, mal coordinati tra loro, dalla tecnica normativa non certo raffinata e dal contenuto spesso oscuro ed ambiguo. Detti interventi, per essere il frutto di una politica compromissoria volta ad acquisire nell'immediato una crescita di consenso, e per caratterizzarsi per la mancanza di una qualsiasi progettualità, attestano il formarsi di un « nuovo diritto del lavoro », che si connota negativamente per essere sul piano ermeneutico « fonte inesauribile di incertezze », tanto da rendere indecifrabile finanche i valori di supporto delle numerose riforme, troppo orgogliosamente e frettolosamente rivendicate come strutturali.

Dar conto delle numerose problematiche scaturenti dalla difficile lettura delle recenti normative è di certo compito vano stante anche i limiti contenutistici propri di un saggio, ma per evidenziare le carenze ed ambiguità delle innovazioni introdotte è sufficiente soffermarsi sulla materia dei licenziamenti, ed in particolare modo su quelli collettivi, la cui trattazione imporrà, in alcuni passaggi motivazionali, il riferimento alle numerose modifiche apportate negli ultimi anni all'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300 (22).

È stato affermato che la l. 28 giugno 2012 n. 92 (cd. legge Fornero) rappresenta un significativo momento della costante e veloce corsa verso un diritto sempre più incerto e foriero di una « giurisprudenza anarchica » (23). Assunto questo che trova fondamento nella considerazione

(21) Per tale opinione cfr. ampiamente GROSSI, *La grande avventura* cit., 31, secondo cui il cultore del diritto del lavoro « lungi dal rinserrarsi in un comodo bozzolo tranquillizzante, non può che sentirsi all'avanguardia, in una trincea aperta nello sviluppo rapido della nostra civiltà giuridica ».

(22) Al riguardo F. CARINCI, *Il tramonto dello statuto dei lavoratori (dalla l. n. 300/1970 al Jobs Act)*, in *I licenziamenti nel contratto « a tutele crescenti »*, a cura di G. FERRARO, *Quaderni di argomenti di diritto del lavoro*, ordinati da M. PERSIANI e F. CARINCI, 14, Padova 2015, 4, osserva puntualmente come la storia dell'art. 18 stat. lav. sia appunto tutta concentrata nell'ultimo triennio perché detto articolo sopravvissuto intatto al cambio di fine secolo è stato poi sottoposto ad un attacco misurato da parte del secondo governo Berlusconi, ma ciò che non era riuscito ad un governo di centro destra « doveva avere un primo successo con un governo tecnico e poi un secondo successo risolutivo con un governo di centro — sinistra, sempre con l'apporto determinante del PD, uscito maggioritario dalla competizione elettorale del 2013, tutto ciò a conferma che i c.d. "tabù della sinistra", come è stato etichettato l'art. 18 stat. lav. dallo stesso attuale Presidente del Consiglio, possono essere dissacrati proprio dalla sinistra medesima ».

(23) Così VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *R IT DL*, 2012, I, 620, e, più di recente sempre sul principio della certezza del diritto in materia giuslavoristica, Id., *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni industriali*, in *MGL*, 2014, 632 e ss.; F. ROSELLI, *Clausole generali e nomofilachia*, ivi, 222 ss..

Osserva C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 25 del 2015*, in *I licenziamenti nel contratto* cit., 82-83, che la legge n. 92 del 2012, in special modo nella parte relativa ai licenziamenti, si rileva straordinariamente complessa ed ambigua cosicché i risultati cui sono pervenuti e sono destinati a pervenire gli interpreti, sono molto distanti da quelli sperati.

che la incertezza e soprattutto l'imprevedibilità dell'esito delle cause non soltanto non si sono ridotte rispetto al periodo precedente ma se mai si sono aggravate soprattutto in relazione al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, stante l'attribuzione al giudice di un potere-dovere, inedito e non gradito, di discrezionale valutazione, non potendo la distinzione tra « insussistenza » e « manifesta insussistenza » delle ragioni poste a base del recesso costituire un criterio affidabile alla cui stregua compiere una scelta tra due diversi tipi di sanzioni (24). Ed analoghe difficoltà interpretative presenta un altro punto cruciale della riforma Fornero, quale quello attinente al disposto del comma 4, dell'art. 18 stat. lav., per quanto attiene il significato da assegnare al concetto di "insussistenza del fatto contestato" nel licenziamento disciplinare, tanto che rimane tuttora oggetto di acceso dibattito se « il fatto insussistente » debba essere inteso unicamente nella sua componente « materiale » o invece debba essere valutato come « fatto giuridico », comprensivo quindi non solo dell'elemento oggettivo ma anche di quello soggettivo (dolo, colpa, intensità dell'elemento intenzionale, ecc.) (25).

Per quanto attiene inoltre alla normativa applicabile ai licenziamenti

(24) Evidenzia ZOLI, *Il licenziamento* cit., 83 come il legislatore del 2012, in tema di licenziamenti, abbia graduato le forme di tutela in relazione alla tipologia del recesso ma lo ha fatto procedendo ad una articolazione esasperata delle norme, utilizzando concetti elastici e lasciando irrisolte questioni fondamentali e di conseguenza ha accentuato « l'incertezza sul significato delle disposizioni emanate ed accresciuto in maniera esponenziale quella discrezionalità giudiziale che aveva al contrario cercato di contenere solo due anni prima col c.d. collegato lavoro (l. n. 183 del 2010), con tutti i limiti che ne derivano in termini di effettività e di successo dell'operazione legislativa ». Mostra preoccupazione che, in assenza di un preciso criterio legale, il potere discrezionale del giudice possa trasformarsi in « arbitrio »: VIDIRI, *La riforma Fornero* cit., 644-648, stante la difficoltà di assegnare un chiaro significato alla formula "manifesta infondatezza del fatto" al fine di riconoscere o meno la tutela reintegratoria.

(25) In questo ultimo senso cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *RGL* 2014, I, 369-374, cui si rinvia anche per una esauriente rassegna sulla diversità degli indirizzi seguiti dalla giurisprudenza di merito, cui *adde* per analoga opinione tra i molti: F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 sullo statuto dei lavoratori*, in *ADL* 2013, I, 406; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 stat. lav. Ratio e aporie dei contratti normativi*, *ivi*, 2012, I, 793 ss.; e da ultimo F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015 n. 25*, in *I licenziamenti nel contratto* cit., 122, che ritiene preferibile l'interpretazione secondo cui l'insussistenza del fatto materiale debba ricomprendere non soltanto l'inesistenza del comportamento, ma anche la sua irrilevanza disciplinare, considerando materialmente sussistente il fatto solo qualora integri un inadempimento imputabile.

Contra invece, e cioè per la tesi che a fondamento del licenziamento debba porsi ai fini della tutela reintegratoria unicamente il fatto materiale, tra gli altri: M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL* 2013, I, 6 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino 2012, 57, che precisa però che se il fatto risulti pretestuoso o di scarso rilievo la reintegra dovrebbe essere ugualmente applicata pur in presenza della sua sussistenza e in applicazione dei principi in tema della frode alla legge.

Opinione questa ultima seguita da Cass. 6 novembre 2014 n. 23669 (che leggesi, in *MGR* 2014, 874, con nota di VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*), che ha così ribaltato un precedente (e maggioritario) orientamento della giurisprudenza di merito.

collettivi può sinteticamente rilevarsi che prima dell'entrata in vigore della legge Fornero si è distinto tra licenziamento inefficace (nel caso di mancato rispetto della forma scritta o di violazione della procedura di cui all' art. 4, comma 12, della legge 23 luglio 1991 n. 223, nel testo all'epoca vigente) e licenziamento annullabile (nel caso di mancato rispetto dei criteri di scelta di cui all'art. 5, comma 3, della suddetta legge), anche se poi a livello sanzionatorio la ricaduta è stata fissata, sempre e comunque, nella reintegrazione del lavoratore coinvolto nella procedura di mobilità o in quella di riduzione o trasformazione dell'attività dell'impresa.

La legge n. 92 del 2012 ha invece introdotto per i licenziamenti collettivi una marcata diversificazione delle tecniche rimediali prevedendo per essi: *a*) in caso di inosservanza della forma scritta — in analogia a quanto stabilito per il licenziamento individuale — l'applicazione (ai sensi del primo comma dell'art. 18 stat. lav., come novellato) della tutela c.d. "piena" o "forte" con conseguente risarcimento del danno economico derivante dalla illegittimità del licenziamento e con l'attribuzione al lavoratore anche del diritto di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione (26); *b*) in caso di violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, della l. n. 223 del 1991 — una tutela (attraverso un complicato rinvio al terzo periodo del settimo comma dell'art. 18 stat. lav. come novellato) meramente economica, ovvero commisurata ad una indennità risarcitoria « determinata fra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto »; *c*) ed infine in caso di violazione dei criteri di scelta una tutela reintegratoria c.d. "attenuata" (ai sensi del quarto comma del medesimo art. 18 stat. lav.) (27).

(26) Per quanto attiene all'esercizio del diritto di opzione cfr.: Cass. 11 marzo 2015 n. 4874, secondo cui il lavoratore licenziato illegittimamente che dopo la sentenza di primo grado — dichiarativa della illegittimità del recesso e di condanna del datore di lavoro alla reintegra — scelga di rinunciare alla indennità sostitutiva e di riprendere il suo posto di lavoro, consuma il proprio diritto in via definitiva, non soggiacendo tale diritto agli effetti espansivi della sentenza di riforma previsti dall'art. 336, secondo comma, c.p.c., cui *adde* sulla natura del diritto di opzione e sul relativo ambito di applicabilità: Cass., Sez. Un., 27 agosto 2014 n. 18353, in *Guida al lavoro* 2014, fasc. 35, pag. 12, con nota di E. BRIGANTI, *Licenziamento: con l'esercizio del diritto di opzione il rapporto di lavoro si estingue*.

(27) Cfr. sui criteri di scelta e sull'apparato sanzionatorio in esame più ampiamente: V. DI CERBO, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-A. MARESCA, *Diritto del lavoro (Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti)*, vol. II, Milano 2014, 1881-1882; P. SORDI, *La riforma dei licenziamenti collettivi*, in AA.VV., *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Milano 2013, 356-359; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro* a cura di D. GOTTARDI e F. GUARRIELLO, Torino 2013, 484-488, che — dopo avere precisato come, nel caso di mancato rispetto dei criteri di scelta, l'impresa possa procedere (ovviamente nel rispetto dei criteri in parola) « alla risoluzione del rapporto di lavoro di un numero di lavoratori pari a quello dei lavoratori reintegrati senza dovere esperire una nuova procedura » (art. 17 l. n. 223 del 1991), semplicemente previa comunicazione alla rsa (o rsu) — osserva opportunamente che del nuovo apparato sanzionatorio desta in particolare perplessità il ricorso alla tutela meramente obbligatoria per la violazione della

Un attento approfondimento, per le conseguenze da essa scaturenti, merita la disposizione di cui all'art. 1, comma 45, della legge n. 92 del 2012, che aggiunge — sempre per i licenziamenti in esame — una ulteriore innovazione con l'art. 4, comma 12, della legge n. 223 del 1991, in base alla quale gli eventuali vizi della comunicazione di cui al secondo comma del suddetto art. 4 « possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo ».

È stato osservato, sul versante della politica del diritto, che non si fatica a cogliere l'idea di fondo, che ha animato il legislatore del 2012, che è quella di “deflazionare” il contenzioso attraverso la strada di un accordo sindacale che, seppure intervenuto nel corso della procedura del licenziamento, è abilitato per legge a sanare “eventuali vizi” di detta procedura. Ed è stato poi aggiunto che vanno riconosciuti, sempre sul piano della riduzione del contenzioso, “innegabili punti di contatto” della disposizione in esame con le innovazioni normative in materia di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, ed in particolare con la previsione che impone al datore di lavoro la comunicazione alla Direzione territoriale del lavoro dell'intenzione di procedere al licenziamento (art. 1, comma 40, l. n. 92 del 2012, che modifica l'art. 7 della legge 15 luglio 1966 n. 604) (28).

Orbene, al di là dell'innegabile funzione deflattiva della norma in esame, alla stessa va attribuita una notevole rilevanza anche a livello ordinamentale perché la sua lettura porta l'interprete ad accreditare la seguente tesi. La legge Fornero, in adesione (forse) inconsapevole o (forse) intenzionalmente occultata all'art. 8 della legge n. 148 del 2011, da più parti discussa ed aspramente criticata, ha finito per devolvere alle rappresentanza sindacali con gli accordi aziendali di prossimità un incisivo potere di gestione delle crisi, nel rispetto del ruolo e dell'autonomia collettiva, responsabilizzando in tal modo dette rappresentanze nella ricerca di un giusto bilanciamento tra l'interesse collettivo — ad una giusta ed equilibrata regolamentazione delle procedure di riduzione o

procedura di informazione e consultazione sindacale, che costituisce il nucleo inderogabile della disciplina comunitaria in materia (pag. 487); e più di recente v. anche: A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi*, in *R IT DL* 2015, I, 624, che evidenzia come la norma sul sistema sanzionatorio dei licenziamenti collettivi — di faticosa formulazione a testimonianza della sua frettolosa stesura — rifletta la perdita di centralità del procedimento *ex art.* 4 della l. 223 del 1991, i cui vizi ormai non potranno più condurre alla reintegrazione dei lavoratori estromessi.

(28) Cfr. in tali termini: M. CERBONE, *Accordi sindacali e ruolo del giudice nella nuova disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *R IT DL* 2014, I, 421-422, secondo cui, sia con riferimento al licenziamento individuale che al licenziamento collettivo, si ha l'impressione che il legislatore intenda “favorire” il controllo amministrativo sindacale sul recesso datoriale, estendendone il raggio d'azione e caricandolo, in maniera quasi esaustiva, di ogni profilo oggetto di contestazione tra le parti.

riconversione produttiva — e l'interesse del singolo lavoratore coinvolto nelle suddette procedure di non venire sacrificato, senza un ragionevole motivo, nella scelta del personale in esubero (29).

Più in generale va poi rimarcato come non possa mettersi in dubbio sotto altro versante che si sia inteso dal legislatore del 2012 accreditare espressamente la funzione del sindacato anche sul versante della tutela del singolo lavoratore a fronte di un non corretto esercizio dei poteri datoriali pur al di fuori delle crisi aziendali (30), come è chiaramente attestato dal rinnovato comma 4 dell'art. 18 stat. lav. che, al fine di conferire maggiore certezza alle ragioni giustificatrici della sanzione espulsiva e di pervenire in tal modo ad una maggiore prevedibilità degli esiti delle controversie, finisce per limitare il potere valutativo del giudice del lavoro. Questi infatti è tenuto, nel graduare la gravità della sanzione da comminare, a prendere in esame le statuizioni dei codici disciplinari, essendo in sede giudiziaria in ogni caso impedita l'applicazione della sanzione espulsiva in presenza di condotte per le quali i suddetti codici contemplano misure conservative (31).

(29) Sulle articolate valutazioni dell'ambito applicativo dell'art. 8 della l. n. 148 del 2011 e delle ricadute della citata norma sull'assetto delle relazioni industriali e sul doppio livello della contrattazione collettiva cfr. per tutti: R. DE LUCA TAMAJO, *Modelli di "auto" e "etero" della regolamentazione del rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Torino 2013, 143, secondo il quale l'intervento legislativo « viene a porsi a mezza strada tra la prudente e governata liberalizzazione della contrattazione aziendale, faticosamente promossa a livello intersindacale, e l'orientamento giurisprudenziale contrario ad ogni gerarchizzazione sui rapporti tra i livelli di contrattazione »; VIDIRI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali*, in *R IT DL* 2012, I, 109 ss.; ID., *Struttura ed efficacia contrattuale nell'attuale assetto delle relazioni industriali*, in AA.VV., *Diritto del lavoro anno zero?*, Atti del convegno nazionale dell'AGI, Napoli 28-29 ottobre 2011, a cura di F. M. PUTATURO DONATI, Napoli 2012, 215-226, che evidenzia come i contratti collettivi sottoscritti a livello aziendale ben potranno — attraverso specifiche intese e sulla base del criterio maggioritario — disciplinare autonomamente ed anche *in peius* in casi di crisi economiche, i trattamenti normativi ed economici dei dipendenti con efficacia *erga omnes* per tutti i destinatari dei suddetti contratti (pag. 225). Per una critica limitata alle parti in cui la norma in esame porta ad ampliare l'ambito delle norme divenute « semimperative », perché dotate di efficacia cogente solo nei confronti della autonomia individuale, nonché a cambiare le regole del licenziamento individuale, senza procedere a modificare per legge l'art. 18 stat. lav., vedi: R. COSIO, *L'inderogabilità della norma nel diritto del lavoro*, in *DPL*, inserito in *Le nuove relazioni industriali*, n. 46/2011, par. II-V.

(30) Per un approfondito esame dei limiti (esterni ed interni) dei poteri direttivi del datore di lavoro e degli effetti scaturenti dalla applicazione dei principi di buona fede e di razionalità/proportionalità sugli atti unilaterali di esercizio del potere imprenditoriale cfr. da ultimo PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *R IT DL*, 2015, I, 83 ss., e spec. 95-104, ed in precedenza dello stesso Autore, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *GDLRI* 2005, 1 ss.

(31) Cfr. per una critica generalizzata sulla disciplina della legge Fornero: S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *ADL* 2012, 535 ss., che per quanto attiene al licenziamento disciplinare osserva come l'intento del legislatore risulti un « po' patetico perché nessun giudice ha mai disatteso apertamente un dovere così ovvio » come quello di perseguire esigenze riconosciute e condivise anche dall'Unione Europea, cui *adde* per riserve sui codici disciplinari e sulla loro capacità a garantire a pieno titolo la certezza del diritto e la prevedibilità delle risposte giudiziarie: VIDIRI, *La riforma Fornero* cit., 635-642, che osserva al riguardo come qualsiasi codice disciplinare nel

Le ragioni ora esposte portano a condividere l'opinione di chi ha riconosciuto alla disposizione sugli accordi sindacali il merito di conferire un notevole margine di agibilità ai sindacati nell'attività di sanatoria delle carenze e delle irregolarità delle procedure di cui all'art. 4 della legge n. 223 del 1991 (32), anche se non sono mancati giustificati dubbi e perplessità per presentarsi l'intervento legislativo incompleto e lacunoso per la mancata determinazione dell'ambito applicativo degli effetti sananti dei suddetti accordi (33).

Stante la insufficienza del dato normativo si è sostenuto da un orientamento dottrinario che l'accordo in questione ha il potere di sanare "vizi esclusivamente formali" perché dare della disposizione in esame una lettura interpretativa "estensiva" finirebbe per affidare alle organizzazioni sindacali ed al datore di lavoro una discrezionalità assoluta nella "gestione" della procedura di cui all'art. 4, tale da indurre a ritenere che « il controllo sulla procedura medesima si esaurisca nella sola dialettica datore di lavoro/sindacato, con esclusione di ogni possibilità di difesa/impugnazione giudiziaria » (34). A completamento di tale opinione si è quindi affermato che, proprio per arginare la strisciante destrutturazione della suddetta procedura, si impone, come una vera necessità logico-

determinare e graduare le sanzioni — seppure con una estesa tipizzazione degli illeciti — non può mai individuare in maniera esaustiva tutte le molteplici e variegate condotte riscontrabili in concreto, sicché una pur nutrita previsione degli illeciti sovente viene seguita da una clausola di chiusura diretta a regolare le residuali e infinite fattispecie che si sottraggono a qualsiasi catalogazione, con l'effetto che finiscono per rimanere spesso al giudice margini di discrezionalità nella valutazione delle condotte contestate e nella individuazione delle sanzioni da applicare per dette condotte.

(32) Cfr. al riguardo G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *I licenziamenti nel contratto* cit., 102-105 e spec. nt. 13, cui *adde* per un giudizio positivo sugli accordi sindacali in commento: P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012 n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, in *ADL* 2013, 259; G. PELLICANI, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *Riforma del lavoro*, a cura di G. PELLICANI, Milano 2012, 270; VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012* cit., 250; ed ancora G. FERRARO, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, in *MGL* 2012, 491.

(33) Manifestano dubbi e riserve sulla modalità e sulle conseguenze dell'intervento legislativo: A. TOPO, *I licenziamenti collettivi*, in *La riforma del mercato del lavoro. Il nuovo diritto del lavoro*, diretto da L. FIORILLO-A. PERULLI, Torino 2014, 261-262 ed anche CERBONE, *Accordi sindacali* cit., 423, secondo il quale l'accordo, scaturito dall'esame congiunto tra le parti e volto ad individuare l'intero *thema decidendum* delle procedure di cui all'art. 4 della l. n. 223 del 1991, potendo finanche integrare e/o riformulare la volontà espressa in partenza dal datore di lavoro, finisce per stravolgere lo spirito della suddetta legge n. 223, che è tesa a procedimentalizzare la decisione datoriale, agganciandola ad elementari regole di trasparenza, garanzia ed immutabilità delle posizioni assunte.

(34) In questi precisi termini CERBONE, *Accordi sindacali* cit., 426, che osserva che per questa via verrebbe messa in discussione la stessa utilità della procedura in oggetto a motivo della sostanziale modificabilità delle posizioni delle parti in corso d'opera con la conseguenza che verrebbero in tal modo a comprometersi le posizioni giuridiche non soltanto dei singoli lavoratori, destinatari dei provvedimenti di licenziamento, ma altresì dell'ente previdenziale deputato alla gestione degli interventi di supporto al reddito dei lavoratori licenziati, posto nella posizione di "contro-interessato" rispetto all'esito della procedura.

interpretativa, il controllo da parte del giudice sull'*iter* che ha condotto le parti alla stipulazione dell'accordo sanante (35).

L'indirizzo dottrinario prevalente ritiene di contro che la norma relativa all'accordo debba essere interpretata in senso "estensivo" perché volta ad avere effetti sananti in relazione ad ogni tipo di vizio afferente il contenuto obbligatorio della comunicazione di apertura per quanto attiene alla sua completezza, specificità, veridicità e ricezione (36), precisandosi anche che l'ambito della disposizione in esame « risulta formulato in termini volutamente ampi » sicché qualunque vizio è convalidabile anche se comunque deve essersi in presenza « non di un accordo qualsiasi, raggiunto all'esito della procedura, ma solo di un accordo che sia (anche) specificatamente ed espressamente diretto a sanare gli eventuali vizi della comunicazione datoriale ex art. 4, comma 2, l. n. 223 del 1991 » (37).

Considerazioni logico-giuridiche portano a preferire quest'ultimo indirizzo con alcune precisazioni.

La sanatoria non può aversi *ipso facto* in ragione della mera stipulazione di un accordo sindacale che non faccia chiaro riferimento ai vizi tutti verificatisi — a partire dalla iniziale comunicazione — nel corso

(35) Sul punto vedi ancora CERBONE, *Accordi sindacali* cit., 442 ss., che rimarca come il sindacato del giudice si agganci al suo compito di tentare di volta in volta un bilanciamento tra specifici principi costituzionali quali quelli: di libertà sindacale (art. 39, comma 1, Cost.); di "partecipazione" (in senso più ampio) del lavoratore alla « gestione della azienda » (art. 46 Cost.); di libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.); nonché di difesa, quale prerogativa da assicurare nella sua compiutezza al singolo cittadino-lavoratore (art. 24 Cost.). Ritiene in senso parzialmente critico, con riferimento agli accordi sananti, che la legge Fornero, intervenuta con la finalità di conferire certezza giuridica all'agire imprenditoriale, non abbia però conseguito compiutamente tale obiettivo: A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi* cit., 488, che, a conforto di tale affermazione, evidenzia la diversità degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali riscontrata in relazione all'ambito applicativo di detti accordi (spec. 619-623).

(36) Così M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Padova 2012, 460.

(37) In tali termini v. S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo*, in *Flessibilità e tutele del lavoro. Commentario della legge 28 giugno n. 92*, a cura di P. CHIECO, Bari, 2013, 395 e negli stessi sensi: S. GIUBBONI-A. COLAVITA, in *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, in *QG 3/2015*, 33-34, i quali pure precisano che, anche in ragione di quanto è dato desumere dalla lettera della norma, sembra preferibile ritenere che l'effetto sanante si produca anche dove l'accordo collettivo sia raggiunto *separatim* da una parte soltanto degli interlocutori sindacali, ai quali l'imprenditore deve indirizzare le informazioni di cui all'art. 4, comma 3, l. n. 223 del 1991, perché altrimenti l'accordo vedrebbe compromesso il proprio effetto sanante e la sua stessa specifica funzione ove non risultasse, a tutti (e a ciascuno dei) lavoratori licenziati, preclusa la possibilità di far valere in giudizio i vizi di comunicazione che esso intende per l'appunto sanare.

Rimarca CERBONE, *Accordi sindacali* cit., 424 e nt. 9, che il legislatore ha affidato alle pattuizioni sindacali un potere di sanatoria *ex post* dei vizi attinenti all'atto datoriale di avvio alla procedura, per poi osservare che l'ampiezza semantica dell'espressione adoperata (« accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo ») consente di accantonare, in quanto non rilevanti, quelle "distanze logiche" che pure sussistono nel contratto/accordo di mobilità tra la parte relativa alla gestione partecipativa della decisione organizzativa sull'eccedenza del personale e quella invece pertinente alla regolamentazione congiunta della fase di amministrazione dei rapporti di lavoro.

dell'intera procedura *ex art. 4 l. 223/1991* (38), mentre a tale sanatoria può pervenirsi ugualmente *per facta concludentia*, che in quanto tali siano capaci di attestare in maniera inequivoca la volontà del datore di lavoro e delle organizzazioni sindacali di correggere le carenze, gli errori e tutti i vizi procedurali per rendere l'accordo tra le parti del tutto trasparente (39).

Per di più l'accordo stesso, seppure includa i criteri di scelta, non condiziona in alcun modo il potere valutativo del giudice sulla legittimità e sulla corretta applicazione di detti criteri, le cui problematiche per riguardare il diritto di ogni singolo lavoratore non possono essere omologate, a livello di regolamentazione, a tematiche che — per richiedere un corretto bilanciamento tra interesse collettivo ed interesse individuale in un'ottica di « derogabilità assistita » — giustificano una attiva partecipazione del sindacato nella gestione delle crisi aziendali; ragioni queste che portano, nelle ipotesi di criteri di scelta illegittimi o non correttamente applicati, alla sanzione della tutela reintegratoria c.d. attenuata (ai sensi del quarto comma dell'art. 18 stat. lav.) (40).

(38) Cfr. al riguardo Cass. 6 aprile 2012 n. 5583 per la statuizione che, in tema di collocamento e licenziamento collettivo, il raggiungimento di un accordo sindacale, pur essendo rilevante ai fini del giudizio retrospettivo sull'adeguatezza della comunicazione, non sana "ex se" il "deficit" informativo, atteso che il giudice di merito può accertare che il sindacato partecipò alla trattativa, sfociata nell'intesa, senza piena consapevolezza dei dati di fatto.

(39) Per la condivisione di tale opinione cfr. in dottrina P. ALBI, *I licenziamenti collettivi*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA, Torino 2015, 312.

Va ricordato al riguardo come sia un principio più volte ribadito dai giudici di legittimità che, in applicazione del principio di libertà di forma ed in mancanza di espressa previsione normativa della forma scritta, detta forma non sia richiesta per la validità degli accordi aziendali (cfr. al riguardo da ultimo: Cass. 2 marzo 2015 n. 4176 ed in precedenza tra le altre: Cass. 12 febbraio 2000 n. 1576, in *FI* 2000, I, 1539, con nota di P. BELLOCCHI, *Sulla stipulazione del contratto aziendale*, nonché Cass. 18 febbraio 1998 n. 1735, in *GC* 1998, I, 1603, con nota di M. VINCENZO, *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro con particolare riguardo alla ratifica di un accordo collettivo*).

(40) Afferma SORDI, *La riforma* cit., 360, che se è vero che i criteri di scelta possono essere definiti nell'accordo che conclude l'esame congiunto in sede sindacale, è anche vero che la previsione, da parte di tale accordo, di criteri di scelta illegittimi non può essere configurata come una violazione della procedura di cui all'art. 4 l. n. 223 del 1991, per cui aggiunge l'Autore — pur con tutte le cautele del caso — che l'ipotesi della illegittimità dei suddetti criteri applicati dal datore di lavoro sembra dovere essere sanzionata con la reintegrazione attenuata.

In giurisprudenza si è ritenuto che: con gli accordi che concludono la procedura di mobilità, i sindacati e il datore di lavoro possono concordare sulla individuazione dei criteri di scelta, ma non indicare concretamente i singoli lavoratori da porre in mobilità, giacché i suddetti accordi sono direttamente efficaci nei confronti dei datori di lavoro, e soltanto indirettamente possono incidere, attraverso l'applicazione dei criteri di scelta concordati, sui singoli rapporti di lavoro (Cass. 24 aprile 1999 n. 4097, in *MGL* 1999, 935, con nota di L. CASTELVETRI, *Riduzione del personale e "principio di razionalità"*); l'accordo sindacale, stipulato a conclusione di una procedura di riduzione del personale non è idoneo a disciplinare anche i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, dal momento che il successivo art. 5 della l. n. 223 del 1991 si riferisce esclusivamente ai contratti collettivi a carattere normativo che fissano tali criteri in via generale ed astratta e non già con riguardo soltanto ad una singola e determinata procedura di riduzione del personale (Cass. 25 marzo 1998 n. 3057 in *MGL* 1998, 457, con nota di S. LIEBMAN, *Accordo sindacale sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità e legittimità del riferimento alle sole esigenze tecnico-produttive dell'im-*

Conclusioni queste ultime che, supportate da una interpretazione logico-sistematica del dato normativo, inducono ad affermare, seppure con tutte le riserve derivanti da interventi legislativi frettolosi e compromissori, che le finalità che il legislatore del 2012 intendeva perseguire vanno individuate non solo nell'intento di deflazionare un contenzioso di difficile definizione attraverso una abbreviazione dei tempi del processo, ma anche nella volontà di assicurare ai datori di lavoro, con una attiva responsabilizzazione delle organizzazioni sindacali, maggiori margini di agibilità nella gestione delle crisi aziendali a fronte di risposte giurisprudenziali che non sempre hanno garantito con celerità approdi affidabili in temine di certezza (41). È evidente allora che disconoscere agli accordi intervenuti in corso della procedura di mobilità una effettiva ed estesa capacità sanante dei vizi incorsi nel corso della suddetta procedura significa volere vanificare del tutto le finalità poste a base dell'intervento normativo, tradendo per tale via la regola fondante di ogni attività ermeneutica (42).

5. Il licenziamento collettivo nel Jobs Act.

Il d.lgs. n. 23 del 2015, nel riconoscere il diritto alla reintegra unicamente nel caso difficilmente riscontrabile nella realtà fattuale di

presa); in tema di licenziamento collettivo l'adozione nell'accordo sindacale raggiunto in procedura di consultazione, dell'unico criterio di scelta relativo alla prossimità del lavoratore al pensionamento non è legittima qualora tale criterio non permetta esauriente e univoca selezione dei lavoratori destinatari del licenziamento e, quindi, non risulti applicabile senza margini di discrezionalità da parte del datore di lavoro (Cass. 22 giugno 2012 n. 10424, in *GI* 2013, 1591, con nota di G. QUADRI, *Vizi della comunicazione iniziale nei licenziamenti collettivi e sanabilità ad opera dell'accordo sindacale*).

Più in generale per un ordinato e ragionato richiamo alla sterminata giurisprudenza sui criteri di scelta dei lavoratori da licenziare nelle procedure di mobilità e sui correlati profili applicativi anche per quanto attiene alle conseguenze derivanti dalla loro violazione cfr. DI CERRO, in G. AMOROSO-V. DI CERRO-A. MARESCA, *Diritto del lavoro* cit., 1838-1870.

(41) Osserva VIDIRI, *Nuovo rito sui licenziamenti: « giusto processo » ed « imparzialità » del giudice del lavoro*, in *R IT DL* 2014, I, 47-48, che, con il crescere del numero dei riti a cognizione sommaria e con l'ampliamento dei poteri istruttori riconosciuti anche nella legge Fornero al giudice del lavoro, ed in presenza infine di numerose disposizioni imperfette e di contenuto generico, si corre il rischio di fare dei giudici i veri "arbitri della giustizia" e "delle stesse leggi" in settori nevralgici dell'economia e della vita sociale del Paese.

Per una conferma del formarsi di indirizzi giurisprudenziali spesso divergenti su numerose disposizioni del cd, "Rito Fornero" v.: M. CASOLA, *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge di riforma del mercato del lavoro: profili processuali*, *ivi*, 2014, II, 505 ss..

(42) È opportuno rimarcare come le numerose critiche avanzate da più parti sulla legge Fornero, scaturenti in buona misura dalla sua verificata applicazione nella realtà fattuale, dimostri ancora una volta come leggi mal scritte, e per di più non rispettose di esperienze e sensibilità diffuse — per risultare facilmente permeabili a radicate ed irrigidite opzioni culturali e per essere causa non secondaria di oscillazioni e difformità nella giurisprudenza — finiscono per concretizzare una eterogeneità dei fini causando effetti opposti a quelli voluti, con una netta divaricazione tra la *ratio* sottesa a tali interventi e la loro effettiva operatività.

licenziamento intimato senza forma scritta, ha dopo la legge Fornero introdotto ulteriori elementi distonici nell'impianto regolatore della l. n. 223 del 1991, eliminando la reintegrazione pure in presenza di violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da porre in mobilità o da licenziare, depotenziando in tal modo la gestione consensuale del licenziamento collettivo al fine di assicurare, come è stato puntualmente osservato, "l'agibilità in via unilaterale della procedura" da parte della impresa, anche se tutto ciò prevedibilmente finirà per tradursi in una più accentuata conflittualità a livello socio-economico e in una maggiore difficoltà ed onerosità nella gestione delle crisi aziendali e nel salvataggio delle imprese (43).

Il summenzionato decreto — seppure ha visto una condivisione da parte di chi ha reputato l'assenza del modello concertativo (anche nella più blanda versione del dialogo sociale) una occasione utile per "porre gli attori sindacali nella necessità di riconsiderare la loro effettività in termini di identità e di efficacia rappresentativa" (44) — ha fatto sorgere in molti giuslavoristi fondate riserve per essere stato ulteriormente ridimensionato il peso del sindacato, notoriamente centrale nella disciplina della l. n. 223 del 1991 che, all'informazione e consultazione ed all'auspicabile conclusione di un accordo, demanda al sindacato il controllo sulla programmata riduzione di personale (45).

Più specificamente le riserve si sono in primo luogo concentrate sulla delega conferita al Parlamento con la legge n. 183 del 2014 e sul d.lgs. n. 23 del 2015 che — nel non fornire elementi sufficienti per individuare il regime sanzionatorio nel caso di mancate informazioni sindacali — hanno creato incertezza tanto da rendere in sede ermeneutica estremamente difficile la individuazione della sanzione applicabile nel caso di licenziamento operato senza l'assolvimento degli oneri legali di informazione

(43) Sugli elementi distonici introdotti dal d.lgs. n. 23 del 2015 nell'impianto normativo della l. n. 223 del 1991 e sulle conseguenze che essi producono a livello ordinamentale cfr.: SANTONI, *op. cit.*, 134, che osserva anche che il completo venir meno della tutela reale sopraggiunge in un contesto che a breve diventerà scarsamente favorevole ad esiti negoziati della procedura sindacale in ragione della graduale soppressione della indennità di mobilità dell'art. 2, comma 71, lettera b), l. n. 92 del 2012.

(44) In questi termini R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, in AA.VV., *Jobs Act e licenziamento*, Torino 2015, 15, il quale aggiunge che con il recente decreto forse può prospettarsi un inizio rinnovato, in cui la riattribuzione dei ruoli determini il recupero dell'efficienza originaria dell'ordinamento sindacale, nell'equo contemperamento degli interessi in campo.

(45) Così SANTONI, *op. loc. ult. cit.*, che evidenzia al riguardo la mancata coerenza di un sistema ordinamentale che mentre da una parte accentua le prerogative dell'autonomia collettiva, estese ad evitare impugnative individuali fondate su difetti formali dell'atto di avvio superati nel corso della procedura, dall'altro svaluta sul versante sanzionatorio proprio le conseguenze di quei difetti, ove non sanati, e di tutti gli altri vizi che eventualmente inficiano la procedura espletata.

previsti a carico del datore di lavoro ed a favore degli interlocutori sindacali (46).

Al riguardo va evidenziato come le numerose e persistenti « zone d'ombra » sull'intera materia dei licenziamenti e la insufficienza della disposizione di cui all'art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 — incapace per la sua sinteticità e rigidità di indicare un sistema sanzionatorio graduabile in base agli specifici vizi riscontrati di volta in volta nel corso della procedura seguita dalla impresa (47) — abbiano finito per sollevare seri interrogativi sul punto nodale della definizione del sistema sanzionatorio dello istituto in esame, ai quali talvolta si è data una risposta con una encomiabile cautela (48), ed altra volta con uguale ed apprezzabile prudenza ci si è limitati a denunciare l'aumento delle perplessità scaturiti dall'allentamento dei vincoli apposti ai licenziamenti collettivi (49).

Proprio la indicata, doverosa e generalizzata presa d'atto della insufficienza e lacunosità del dato normativo porta in questa sede a ribadire ancora una volta che la legislazione sul lavoro, oggi più di ieri, è una vera e propria « fabbrica delle incertezze », che opera a pieno ritmo e che deve responsabilizzare la dottrina a fornire il proprio insostituibile apporto nel chiarire il contenuto spesso criptico ed enigmatico delle nuove normative. Apporto questo di certa utilità per rendere più affidabili e resistenti nel

(46) Per tali considerazioni cfr. A. TOPO, *Licenziamento collettivo, sistema sanzionatorio e ruolo delle organizzazioni sindacali*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di L. FIORILLO e A. PERULLI, 187, che seppure con qualche residuo dubbio afferma di condividere l'opzione a favore della sanzione più rigorosa, quella cioè della reintegrazione, nel caso di omessa comunicazione del licenziamento collettivo ai destinatari individuati dalla legge, per meglio adattarsi detta sanzione alla vera e propria funzione spettante alla comunicazione sindacale sulle ragioni del licenziamento.

(47) Attraverso una autocitazione — utile ed opportuna perché conferente alle problematiche in oggetto — è stato ricordato da R. RUSCIANO, *Una riflessione di insieme*, in *I licenziamenti nel contratto* cit., 200, di andare dicendo e scrivendo da una trentina d'anni a questa parte, che una vera semplificazione legislativa si potrebbe ottenere soltanto se il legislatore, anziché pretendere di scolpire direttamente nella pietra le innumerevoli e imprevedibili situazioni giuridiche dei rapporti di lavoro, decidesse di fissare principi generali e di delegare alla contrattazione ad efficacia generale obbligatoria — nazionale e aziendale — la disciplina particolare dei diversi rapporti nelle diverse arie produttive e merceologiche.

(48) Cfr. al riguardo FERRARO, *I licenziamenti collettivi* cit., 105-106, che nel chiedersi se anche ai licenziamenti collettivi sia applicabile la disciplina di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015 sui licenziamenti discriminatori o nulli, con i conseguenti effetti ripristinatori, ha poi rilevato che la risposta tendenzialmente positiva potrebbe essere controbilanciata sia dal rilievo che l'art. 10 richiama testualmente soltanto la fattispecie del licenziamento orale, sia dalla circostanza che la violazione dei criteri di scelta sottende solitamente un intento discriminatorio eppure la violazione viene testualmente sanzionata con un mero trattamento economico. Ma, aggiunge l'Autore, se prevalesse una tesi restrittiva, la tutela del lavoratore coinvolto in un licenziamento collettivo sarebbe irragionevolmente meno pregnante di quella prevista in caso di licenziamento individuale.

(49) Per l'annotazione che sull'allentamento dei vincoli anche procedurali ai « licenziamenti collettivi » si riscontrano notevoli perplessità cfr.: RUSCIANO, *Una riflessione d'insieme* cit., 197, secondo cui ciò si giustifica sulla base dell'inspiegabilità della esclusione della reintegrazione persino nei casi in cui l'impresa non rispetti, per esempio, le procedure di legge e, ora addirittura nei casi di violazione dei criteri di scelta dei lavoratori licenziabili, concordati con le organizzazioni sindacali.

tempo le statuizioni giurisprudenziali in un auspicabile contesto ordinamentale che veda, da un lato un radicale — sempre annunciato e mai compiutamente realizzato — rinnovamento dell'organizzazione della giustizia, e dall'altro una riduzione delle diffuse zone di incertezze, scaturenti in buona misura anche da un perdurante e difficile dialogo tra le Alte Corti di Giustizia che ostacola tuttora di fatto, all'interno di un complesso ordinamento sovranazionale, i compiti nomofilattici devoluti alle suddette Corti e, conseguentemente, anche la formazione di un diritto comune europeo (50).

6. Il Jobs Act: una « controriforma » della legge Fornero ...

In stretta continuità con quanto ora esposto ed in osservanza di un ordinato *iter* argomentativo è opportuno segnalare come non siano certo rari da parte degli Stati della Comunità i casi di violazioni del diritto europeo per essi vincolante; violazioni addebitabili talvolta alla ritenuta, da qualche Paese, ingiustificata restrizione degli spazi della propria sovranità, ma più spesso dalla obiettiva complessità di un ordinamento che rende estremamente difficoltosa a livello ermeneutico la armonizzazione della normativa nazionale con quella europea (51).

Nel contesto dell'indicato quadro normativo — al fine di meglio chiarire l'ambito applicativo del nuovo apparato sanzionatorio in materia di licenziamenti — sono necessarie aggiuntive riflessioni sugli artt. 2, 3 e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015 che, nel loro combinato disposto, attuano nella materia scrutinata una “vera e radicale controriforma” rispetto alla legge Fornero, soprattutto a seguito di una drastico ridimensionamento, rispetto a quest'ultima legge, dell'autonomia collettiva e dello stesso ruolo

(50) È stato ricordato che i riferimenti alla Europa ed alla necessità di un comune diritto europeo sono stati una costante nel pensiero di Alberto Trabucchi sicché non è un caso che sia stato suo il primo codice di diritto comunitario risalente al 1962. L'Europa veniva concepita nel suo senso più alto non soltanto quindi come comunità di mercato ma anche come comunità di vita e di azioni dei popoli europei. Una Europa solo della moneta unica, ma priva della forza connettiva di una stabile e compiuta integrazione giuridica, non avrebbe potuto avere prospettive di lunga vita e di sicuro sarebbe finita per ridursi a mera zona economica di libero scambio (cfr. sul punto V. SCALISI, *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della « regola giuridica » nella epoca della postmodernità*, Milano 2012, 435 ss., cui va doverosamente riconosciuto il merito del richiamo delle parole del noto giurista, che oggi più di ieri rappresentano un utile e condivisibile monito per tutti coloro che continuano a sperare in una Europa dei popoli e non invece di mera unione di mercati).

(51) Per i numerosi problemi che si incontrano nell'adeguare le normative dei singoli Stati a quelle europee cfr. di recente COSIO, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento complesso*, in *MGL* 2014, 736 e ss., cui si rinvia anche per un puntuale e chiaro esame dei numerosi indirizzi dottrinari e giurisprudenziali in tema di individuazione dei margini di praticabilità dell'esegesi conforme e dei limiti legali che essa incontra.

del sindacato, con un conseguente affievolimento delle tutele dei singoli lavoratori.

Effetti questi a loro volta suscettibili di determinare — a seguito di numerose disposizioni lacunose, di difficile lettura e di dubbia legittimità — negative ricadute sul piano della produzione e dell'occupazione, non ammortizzabili neanche attraverso “incentivi economici” alle imprese, stante la contemporanea presenza di numerosi “disincentivi normativi” (52).

È stato già sostenuto che con il Jobs Act il legislatore ha inteso attribuire al datore di lavoro una maggiore discrezionalità in sede di licenziamento disciplinare consentendo la reintegrazione in presenza della « sussistenza » di un qualsiasi « fatto materiale » che possa avere ricadute dannose per il datore di lavoro, e nello stesso tempo di un ridimensionamento dei poteri valutativi del giudice sulle condotte contestate al lavoratore (53).

Senza di certo volere procedere, in ragione della “qualità” delle disposizioni da esaminare ad una impossibile « interpretazione analogica » di dette disposizioni, va affermato che un approccio ermeneutico incentrato sulla « infelice lettera » dell'art. 3 d.lgs. n. 23 del 2015 non può accreditare in alcun modo l'intento legislativo, perché per tale via si finirebbe per arrecare un grave *vulnus* ai principi della « proporzionalità » e della « ragionevolezza » della sanzione, aventi ambedue diretta e completa applicazione nell'ordinamento interno, sia per l'inderogabilità che va riconosciuta al disposto dell'art. 2106 c.c. (54), e sia per le ripetute

(52) Solleva penetranti critiche in particolare sulla disciplina dei licenziamenti collettivi FERRARO, *I licenziamenti collettivi* cit., 98 ss., che addebita al d.lgs. n. 23 del 2015 di avere esteso la disciplina introdotta per i licenziamenti individuali a quelli collettivi — sulla base di una motivazione che non ha fondamento scientifico né dal punto di vista storico-normativo né con riferimento alle caratteristiche strutturali dei due istituti — e soprattutto di avere trattato, come la legge Fornero, i licenziamenti collettivi con estrema leggerezza, al di fuori di un quadro regolativo complessivo, costituito dalla l. n. 223/1991, la cui configurazione organica viene invece ora totalmente stravolta.

(53) Accredita questo indirizzo da ultimo Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, le cui statuizioni configurano i parametri entro i quali sembra che il recente legislatore si sia voluto troppo frettolosamente assestare nel regolare la materia del licenziamento disciplinare.

(54) Evidenzia ROCCELLA, *Manuale* cit., 344, come il rispetto del principio della proporzionalità sia un presupposto sostanziale di legittimità dell'esercizio del potere disciplinare per cui la sua eventuale mancanza comporta la nullità della sanzione, cui *adde* in precedenza sul tema generale delle sanzioni disciplinari: A. FONTANA, *Sanzioni disciplinari*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1989, 332, che sottolinea la permanente operatività dell'art. 2106 c.c. pur dopo la caduta del sistema corporativo, che individuava nel rispetto del principio della proporzionalità “uno dei punti nevralgici per la tutela del prestatore d'opera” (tanto da includere nei contratti collettivi aventi efficacia *erga omnes* norme precise al fine di graduare le sanzioni sulla base della gravità delle condotte), sul presupposto che il principio di proporzionalità « corrisponde ad un elementare criterio di giustizia perennemente valido ». Parla del principio di proporzionalità come criterio giuridico di ponderazione degli interessi e di riequilibrio di posizioni soggettive di entrambe le parti contrattuali: PERULLI, *Il controllo giudiziale* cit., 102, che ne sottolinea anche una ambivalenza intrinseca, in quanto al tempo stesso limite e legittimazione del potere datoriale.

pronunzie su tali principi della Corte di Lussemburgo (55). Si consentirebbe altrimenti il licenziamento di lavoratori (anche di quelli mostratisi sempre scrupolosi nell'adempimento dei loro doveri) per condotte di non particolare gravità (ad esempio una parola sconveniente verso un superiore gerarchico o un ritardo di pochi minuti nell'inizio del lavoro), senza tenere nel doveroso conto l'elemento soggettivo al fine di graduarne, come avviene in ogni settore ordinamentale (penale, civile, amministrativo, contabile ecc.), la sanzione da applicare (56).

In ragione di molteplici lacune ed incompletezze il Jobs Act presenta inoltre note di indubbia criticità soprattutto sotto un duplice e distinto versante: in relazione al licenziamento disciplinare per non avere fatto alcun riferimento nell'art. 3, comma 2, al disposto dell'art. 18, comma 7, stat. lav. (comma innovato dalla legge Fornero), volto ad escludere la reintegra allorché il fatto contestato non rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa nelle previsioni "dei contratti collettivi" ovvero "dei codici disciplinari applicabili"; in relazione ai licenziamenti collettivi per non avere effettuato a sua volta nell'art. 10 richiamo alcuno all'art. 1, comma 45, della legge Fornero in ordine alla sanabilità, ad opera degli accordi sindacali, dei vizi riguardanti le comunicazioni e informazioni *ex art.* 4 l. n. 223 del 1991.

Per quanto sinora detto, la disapplicazione dei principi comunitari della « proporzionalità » e della « ragionevolezza » ed anche la limitazione all'autonomia collettiva con un affievolimento delle tutele dei lavoratori — correlate agli « eloquenti » e « contestuali » silenzi dei già citati artt. 3, comma 2, e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015 — inducono a ritenere che possa configurarsi la nullità del licenziamento disciplinare alla stregua di una « interpretazione estensiva » del citato art. 2 del suddetto decreto, e che sempre per la stessa ragione possano verificarsi anche nel licenziamento collettivo fattispecie di nullità oltre quella espressamente prevista (licenziamento intimato senza la forma scritta), cui consegue, come si vedrà, la reintegrazione nel posto di lavoro con gli effetti risarcitori previsti dal sopra citato art. 2 del decreto (57).

(55) Per l'affermazione che il principio della proporzionalità ha origini antiche ma la sua articolazione è profondamente mutata nel tempo cfr.: COSIO, *La tutela del licenziamento nella Carta dei diritti fondamentali*, in *MGL* 2014, 522 e ss. e spec. par. 7, al quale si rinvia per i numerosi riferimenti alla giurisprudenza delle Corti europee.

(56) Per tali considerazioni cfr. più estesamente VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*, in *ADL* 2015, I, 362 ss.

(57) Cfr. sul punto per un più esteso argomentare: VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare* cit., 369 ss.

Per una riflessione sulla nozione di "notevole inadempimento" ponendo al centro dell'indagine le norme-chiave per il legittimo esercizio del potere di licenziamento c.d. disciplinare, ovvero gli artt. 2104-2106 c.c.: M. BRIZZI, *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in *I licenzia-*

Né per andare in contrario avviso può darsi rilievo al dato letterale dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 per addurre che la dichiarazione di nullità può essere pronunciata dal giudice del lavoro unicamente per i licenziamenti discriminatori e per gli "altri casi espressamente previsti dalla legge". Ed infatti — è bene ribadirlo ancora una volta — ogni riserva volta a dare una interpretazione restrittiva alla disposizione in esame non tiene in considerazione che i principi fondanti del diritto comunitario, per essere espressione di un diritto sovranazionale, non possono non avere una efficacia diretta ed efficace anche nel nostro ordinamento (58).

7. ... mal riuscita.

Le considerazioni svolte rendono pienamente condivisibili le prime e già numerose annotazioni sull'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015 motivate in senso critico, per incidere il Jobs Act, come in precedenza è stato precisato, sul versante del ridimensionamento del ruolo del sindacato e dell'indebolimento delle tutele dei singoli lavoratori. Tutele sinora assicurate ad opera di una giurisprudenza che, seppure con alcune oscillazioni, è riuscita nel suo complesso a definire criteri affidabili di controllo sui poteri imprenditoriali sia in relazione allo svolgimento della procedura *ex art. 4 ex l. n. 223 del 1991* che con riferimento ai criteri di scelta dei dipendenti da licenziare o da porre in mobilità (59).

La permeabilità alle riserve mosse sul recente intervento normativo, già preannunziate da più parti nel corso dei lavori parlamentari, vanno addebitate alla fretta ed alla disinvoltura con le quali sono state affrontate le rilevanti problematiche correlate da sempre ad un istituto che, più di ogni altro, è specchio fedele dello stato delle relazioni industriali di ogni

menti nel contratto cit., 74, cui *adde* FIORILLO, *La tutela del lavoratore* cit., 119, il quale nel valorizzare il criterio della proporzionalità *ex art. 2106 c.c.* ritiene che nella ipotesi in cui il datore di lavoro adotti un licenziamento per un comportamento inadempiente del dipendente che, in base al codice disciplinare (contenuto nel contratto collettivo o in apposito regolamento aziendale) preveda una sanzione di tipo conservativo, al lavoratore potrebbe essere riconosciuto un risarcimento del danno per inadempimento *ex art. 1218 c.c.*

(58) Per attestare l'equiparazione a tutti gli effetti del diritto nazionale e di quello europeo, come parti di un unico ordinamento, è conferente sul punto il richiamo all'art. 2 della recente legge 27 febbraio 2015 n. 18 ("Disciplina della responsabilità civile dei magistrati") che — apportando significative modifiche all'art. 2 della legge precedente del 13 aprile 1988 n. 117 (c.d. legge Vassalli) con il sostituirne il contenuto del comma 3 — ha tra i casi di responsabilità civile del magistrato per colpa grave incluso "la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione Europea".

(59) Per un *excursus* esauriente degli indirizzi giurisprudenziali sulla disciplina dei licenziamenti collettivi secondo la l. 23 luglio 1991 n. 223 e sulle modifiche apportate dalla l. 28 giugno 1992 n. 92, ed infine ancora sull'ambito applicativo di tali normative cfr.: DI CERBO, in *Diritto del lavoro* cit., 1785-1809.

singolo Paese, e che deve essere disciplinato sulla base di politiche del diritto improntate al pragmatismo ed all'efficienza ed in linea con gli sviluppi dell'ordinamento comunitario, che impongono, come è stato ricordato, "una vera e propria macchina per la misurazione delle *performance* degli Stati membri, soprattutto in relazione alle leggi adottate dai parlamenti nazionali e non semplicemente promesse nelle prospettazioni dei governi" (60).

Diversamente dal passato, il rapporto tra Stato e territorio non assume ora più il valore costitutivo di una esclusiva potestà di imperio, non potendosi più ravvisare una « intima » ed « esclusiva » congiunzione tra territorio, Stato e diritto. Ed infatti le legislazioni dei Paesi si caratterizzano sempre di più per la loro "extraterritorialità" (61), il che importa che quanti credono che ciò si traduca in una positiva ed inarrestabile evoluzione degli ordinamenti dei singoli Paesi verso l'Unione dei Popoli, devono poi sentirsi tenuti, senza infingimenti di qualsiasi genere, a denunciare con forza interventi legislativi che si traducano in una disapplicazione di principi e di norme giuridiche poste a fondamento di detta Unione.

Questa premessa porta, seppure con le limitazioni correlate ad una prima lettura delle recente normativa, ad affermare che il Jobs Act. non è riuscito per quanto attiene alla intera materia dei licenziamenti a trovare, nel rispetto della normativa comunitaria, un equo bilanciamento di interessi tra il diritto alla libertà di impresa ed il diritto alla conservazione del posto di lavoro. Da ciò consegue il pericolo di possibili lesioni di diritti indisponibili, pure sul piano della tutela della « dignità » e della « libertà » anche economica del cittadino-lavoratore (art. 1, 2 e 4 Cost.), in quanto il sistema punitivo disegnato dal d.lgs. n. 23 del 2015 può nella realtà fattuale, soprattutto nelle imprese di grandi dimensioni, risultare privo di una effettiva e concreta forza dissuasiva (62).

(60) Cfr. in questi termini S. SCIARRA, *Monitoraggio e valutazione: la riforma nella prospettiva delle politiche occupazionali europee*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro* a cura di P. CHIECO cit., 39, le cui parole trovano condivisione in L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro dalle ideologie alla numerologia? L'insostenibile pesantezza delle politiche, del diritto e dei tecnici del diritto*, in *Diritto del lavoro e mercato*, in *Quaderni* cit.. (a cura di M. BROLO e M. MARAZZA), Padova 2015, 148-149 e nt. 7, che osserva a sua volta come il sistema di monitoraggio, previsto dalla legge n. 92 del 2012, non è che uno dei tanti strumenti istituzionali attraverso cui il sistema di produzione/interpretazione delle regole cerca canali per ricordarsi con le verifiche, anche quantitative, degli impatti della regolazione.

(61) Per quanto riguarda il rapporto tra diritto e territorio e per la direzione verso la quale esso si orienta cfr.: IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Ed. Laterza, Bari 2000, spec. 5-7, anche per un richiamo al pensiero di D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma 1924, 111-112.

(62) In tali termini VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare* cit., 364 e nt. 25, che osserva anche come il criterio della proporzionalità della sanzione basato sulla mera anzianità di servizio (due mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio) non costituisce un equo e razionale sistema punitivo perché consente al datore di lavoro, dopo avere ottenuto vantaggi

Per di più il suddetto decreto ha poi, per quanto attiene specificamente all'istituto del licenziamento collettivo, inteso vanificare del tutto i poteri delle organizzazioni sindacali nella gestione delle crisi aziendali, mostrando nello stesso tempo verso la magistratura del lavoro una accentuata diffidenza, tradottasi in una « semplificazione delle procedure di costituzione e di gestione dei rapporti di lavoro » e, nello stesso tempo, in uno « smantellamento degli approdi dottrinari e giurisprudenziali pur ampiamente condivisi » ed in una « espropriazione della giurisprudenza », al fine di ostacolare l'affermarsi di opzioni ermeneutiche suscettibili di condurre a soluzioni applicative divergenti da quelle volute (63).

È agevole però prevedere che gli effetti sperati non saranno raggiunti per essere la intera normativa sui licenziamenti destinata a divenire fonte di continue e perduranti incertezze sul versante applicativo in ragione delle tante criticità che fanno dubitare della sua tenuta sul versante costituzionale e del diritto europeo.

8. Il licenziamento collettivo nel diritto comunitario.

È stato rilevato che la figura dei licenziamenti collettivi — notoriamente composta, nell'originaria costruzione della l. n. 223 del 1991, dalle due fattispecie del collocamento in mobilità (licenziamento di dipendenti sospesi per intervento della cassa integrazione guadagni straordinaria cui l'impresa non può garantire il rientro in azienda) e licenziamento *stricto sensu* (licenziamento di un certo numero di dipendenti in ragione di una riduzione o trasformazione di attività di lavoro o per cessazione di attività) — ha subito una nominale *reductio ad unum* con la l. n. 92/2012, che ha però scomposto i rimedi attivabili a secondo della natura dei vizi di legittimità, intervenendo in profondità oltre che sulle sanzioni anche sulla procedura del licenziamento. È infine seguito il d.lgs. n. 23 del 2015, che ha previsto un regime sanzionatorio differenziato (fortemente attenuato ed indebolito) per i soli nuovi assunti con il contratto di lavoro a cosiddette « tutele crescenti » (64).

Il processo di armonizzazione della disciplina nazionale con quella

economici in termini contributivi, di procedere al licenziamento di un dipendente, pur in presenza di condotte di lieve gravità, che configurano inadempimenti di scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra parte, e che come tali non giustificano la risoluzione del contratto (art. 1455 c.c.).

(63) Mostra come la crescente diffidenza del legislatore nei confronti della magistratura del lavoro venga ampiamente confermata, ed anzi in parte accentuata dal Jobs Act renziano: PERULLI, *Il controllo giudiziale cit.*, 115-117.

(64) In questi termini GIUBBONI-COLAVITA, *I licenziamenti collettivi*, cit., 31-32.

europea, al fine di raggiungere l'obiettivo di ravvicinamento degli Stati membri in materia di rapporto di lavoro, ha portato nel corso degli anni ad adottare numerose direttive sul licenziamento collettivo.

Tra queste va richiamata, per quello che interessa in questa sede, soprattutto la direttiva 20 luglio 1998 n. 98/59, che con l'art. 8 ha abrogato quella del 17 febbraio 1975 n. 75/129, e la successiva del 26 giugno 1992 n. 56/1992 di modifica della precedente.

La direttiva n. 98/59 — anche attraverso una apposita tavola di concordanza ad essa allegata — ha proceduto a definire la nozione di « licenziamento collettivo » (65), ed a prescrivere una articolata e cadenzata procedura di informativa e di consultazione sindacale preventiva al fine di esaminare “la 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” (art. 2, par. 2). Tutto ciò al fine di attribuire al sindacato — inteso come organismo composto di “rappresentanti dei lavoratori previsti dal diritto o dalla pratica in vigore negli Stati membri” — un ruolo attivo di cogestione delle crisi aziendali secondo il modello tipico partecipativo della legislazione europea (66).

E proprio nell'ottica di adeguare la normativa nazionale degli Stati membri ai riferimenti normativi europei il d.lgs. 26 maggio 1997 n. 151 ha proceduto a modificare l'art. 4 della l. n. 223/1991 per conformare la procedura interna di informazione e consultazione ai principi introdotti con le precedenti direttive ed ora contenuti nell'art. 2 della già citata direttiva n. 98/59.

Il quadro normativo europeo, succedutosi nel tempo, dimostra come elementi costitutivi e concorrenti, caratterizzanti i licenziamenti collettivi, siano il diritto alla partecipazione nella cogestione delle crisi aziendali dei rappresentanti dei lavoratori (67) ed il correlato obbligo del datore di lavoro a fornire a detti rappresentanti tutti gli elementi utili per il loro

(65) La definizione del licenziamento collettivo viene così fondata su un requisito quantitativo temporale — cioè il licenziamento di un determinato numero di lavoratori nell'arco di un determinato periodo di tempo — e su un elemento qualitativo — consistente nella presenza di motivi non inerenti la persona del lavoratore.

(66) In tali sensi cfr. L. GALANTINO, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino 2014, 246 ss., che ricorda anche come oltre l'obbligo della consultazione sindacale la direttiva preveda anche quello di notificare il licenziamento all'autorità pubblica allo scopo di cercare possibili soluzioni ai problemi da esso posti (art. 3, par. 1).

(67) Ed infatti il decimo “considerando” e l'art. 2, n. 2, secondo comma, della direttiva 98/59, fanno riferimento agli esperti di cui possono avvalersi i rappresentanti dei lavoratori in ragione delle difficoltà tecniche delle materie che possono formare oggetto delle informazioni o delle consultazioni che devono precedere il licenziamento collettivo.

coinvolgimento in politiche e rimedi volti a ridurre le ricadute negative sul piano socio-economico scaturenti da detti licenziamenti (68).

È stato puntualmente osservato che la Corte europea con le sue decisioni ha offerto un forte sostegno alle tutele procedurali in cui si sostanzia la disciplina europea sui licenziamenti collettivi, per cui devono evitarsi possibili letture “soft” delle suddette decisioni pronunziate in materia di informazione e consultazione in sede di trasposizione ed applicazione della normativa comunitaria nei singoli ordinamenti nazionali (69).

A conforto di tale assunto tra le ultime decisioni della Corte di Giustizia risulta assumere incisivo rilievo la sentenza della Corte di Giustizia 16 luglio 2009 C-12/2008 (*Mono Car Styling s.p.a. c. Dervis Odemis ed altri*) per avere ribadito in maniera chiara: che il diritto alla informazione e consultazione previsto dalla direttiva 98/59 è destinato non ai lavoratori considerati individualmente ma unicamente ai loro rappresentanti, che soli lo possono esercitare (punti 38 e 41); che l’art. 2 della direttiva 98/59 deve essere interpretato nel senso di impedire ad una normativa nazionale di ridurre gli obblighi del datore di lavoro — che intenda procedere a licenziamenti collettivi — rispetto a quelli dettati dallo stesso art. 2 (punto 3 del dispositivo della sentenza); che il principio della interpretazione conforme obbliga il giudice nazionale ad una interpretazione del diritto interno che, senza pervenire ad una sua lettura *contra legem*, persegua lo scopo e pervenga al risultato voluto dalla direttiva summenzionata (punti 60-62); che infine il giudice del rinvio nell’ambito delle sue competenze, prendendo in considerazione il complesso delle norme di diritto nazionale, debba garantire l’effetto utile della direttiva onde evitare che gli obblighi incombenti sul datore di lavoro subiscano, come detto, una riduzione (70).

È stato osservato in dottrina che la realizzazione delle procedure è funzionalmente diretta a tutelare i singoli lavoratori, ma la posizione di

(68) L’art. 2 della direttiva 98/59 descrive gli obblighi del datore di lavoro nonchè il diritto delle organizzazioni sindacali all’informazione (avente ad oggetto: ragione del progetto di licenziamento, numero e categorie dei lavoratori da licenziare, numero e categorie dei lavoratori abitualmente impiegati, periodo in cui si prevede di effettuare il licenziamento, ecc.) ed alla consultazione.

(69) In questi termini: G. NATULLO, *Procedure (sindacali) versus tutele (individuali) nella disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *R IT DL* 2010, II, 256-257 e nt. 11, che considera decisivo sostegno alla disciplina europea la decisione della CGUE dell’8 giugno 1994 C-583/02 (*Commissione c. Regno Unito*, Racc. 1994, I, 2479) soprattutto nella parte in cui il Regno Unito è stato condannato per risultare la disciplina nazionale alquanto più blanda di quella europea riguardo ai contenuti ed agli obiettivi delle procedure partecipative e per non avere previsto, in caso di violazione delle dette procedure, sanzioni proporzionate e dissuasive e dunque effettivamente atte a garantire *la portata e l’efficacia del diritto comunitario*.

(70) La sentenza della CGUE del 16 luglio 2009 C-12/2008 si legge in *R IT DL* 2010, II, 245, con nota di NATULLO, *Procedure cit.*, 253 ss.; ed in *DRI* 2010, 1157, con nota di COSIO, *Procedure di informazione e consultazione in caso di licenziamento collettivo*.

questi ultimi, individualmente intesa, risulta “secondaria” e “passiva” rispetto a quella primaria ed attiva del soggetto collettivo, che è libero di gestire e decidere lo sviluppo e l’esito delle procedure stesse, rispetto alle quali la volontà del singolo lavoratore è, sul piano giuridico, assolutamente inconferente e impotente (71).

E che l’esercizio di un diritto collettivo, da parte dei rappresentanti dei lavoratori, alla cogestione delle crisi aziendali reso possibile dall’adempimento di tutti gli obblighi datoriali di informativa, risulti elemento causale necessario per la stessa configurabilità dell’istituto del licenziamento collettivo secondo la normativa europea, è attestato da ultimo con chiarezza dalla sentenza della Corte di Giustizia 13 febbraio 2014 C-596/12 (*Commissione c. Repubblica Italia*), che ha dichiarato l’inosservanza da parte della Repubblica Italiana dell’art. 2 della direttiva 98/59 a causa dell’esclusione dei dirigenti dalla procedura prevista dall’art. 1 l. n. 223 del 1991 attuativa degli impegni derivanti dalla suddetta direttiva (72) perché la nozione di « lavoratore », avendo una portata comunitaria, deve includere anche i dirigenti e perché « la direttiva sarebbe parzialmente privata del suo effetto utile in caso di mancata attuazione della procedura di consultazione di taluni lavoratori a prescindere, peraltro, dalle misure sociali di accompagnamento che siano previste in loro favore per attenuare le conseguenze di un licenziamento collettivo » (punto 22) (73).

Con tale decisione la Corte ha inteso evidenziare ancora una volta che

(71) In tali sensi: NATULLO, *Procedure* cit., 259 e nt. 17, il quale aggiunge anche come la volontà del soggetto collettivo (rappresentanza sindacale) assuma rilevanza centrale e prevalente ai fini dell’esame della regolarità e legittimità delle procedure di informazione e consultazione e del loro svolgimento con riferimento evidentemente alla condotta (adempiente o inadempiente) del soggetto obbligato, ossia il datore di lavoro, cui *adde*, con ulteriori riferimenti alla legislazione italiana: *Id.*, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, Angeli 2004, 122 ss.

(72) Va rimarcato come con l’art. 16 della l. 30 ottobre 2014 n. 161 sia stato aggiunto il comma 1-*quinqüies* all’art. 24 l. n. 223/1991 sul licenziamento dei dirigenti su cui cfr.: S. CARRÀ, *Riflessioni sull’attuale processo di destrutturazione del rapporto di lavoro dirigenziale*, in *ADL* 2015, I, 122 e ss., che in un contesto di continui interventi legislativi sulla dirigenza critica, a buon titolo, l’estensione ai dirigenti dell’obbligo datoriale di rispettare in sede di selezione del personale da licenziare i criteri di cui all’art. 5 della l. n. 223 del 1991, evidenziando perspicuamente al riguardo come detta innovazione abbia un effetto concettuale dirompente per parificare, una volta per tutte, il dirigente alle altre categorie di lavoratore subordinato, proprio sotto uno dei principali profili intorno ai quali si sono formate, nel corso degli anni, le teorie di “alterità” del « modello normativo » del rapporto di lavoro dirigenziale, ossia quello dei criteri di “licenziabilità” del dirigente (pag. 140).

(73) La sentenza della CGUE del 13 febbraio 2014 C-596/12 è pubblicata in *R IT DL* 2015, II, 372, con nota di A. DONINI, *Estensione della procedura di licenziamento collettivo ai dirigenti: un vuoto di tutela colmato*; ed in *LG* 2014, 233, con nota di M. MISCIONE, *I dirigenti per la Corte europea equiparati ad operai ed impiegati solo per i licenziamenti collettivi*. Sempre sul licenziamento collettivo cfr.: da ultimo CGUE dell’11 novembre 2015 C-244/14 che, relativamente alle modalità di calcolo dei lavoratori licenziati, ribadisce come la finalità della direttiva, quale risulta dal suo Preambolo, ne impedisca qualsiasi interpretazione volta ad estenderne o a restringere l’ambito applicativo (punti 44 e 45); ed ancora Cass. 30 settembre 2015 n. 19457 per il rilievo che « già con la Direttiva 75/129/Cee sui licenziamenti collettivi lo strumento principale attraverso cui si appresta una tutela dei lavoratori è costituito dal diritto all’informazione e consultazione sul luogo di lavoro che i datori di lavoro devono rigorosamente rispettare ».

l'avvicinamento tra le legislazioni nazionali in materia di licenziamenti collettivi non deve fondarsi sul piano delle misure sociali o del complessivo trattamento economico assicurato ai lavoratori subordinati — quali per il diritto europeo sono considerati anche i dirigenti — perché detto avvicinamento va perseguito sul diverso piano della gestione collettiva delle situazioni di eccedenza di personale al fine di ridurre l'impatto sociale (74).

Considerazione quest'ultima che mostra la "modestia" del nostro legislatore che — come si è visto accadere in materia di licenziamenti individuali — è intervenuto anche sull'istituto in esame con una normativa che, per essere su un versante "silenziosa" e su altro "lacunosa", finirà per aggiungere incertezze a quelle già riscontrate in precedenza, con il concreto pericolo di una eterogenesi dei fini, come sovente accade in presenza di disposizioni affette da una "tecnicità" approssimativa (75).

Per di più l'abituale disattenzione del legislatore del Jobs Act verso le dinamiche dottrinarie e giurisprudenziali a livello europeo e nazionale sulle problematiche dei licenziamenti, rende all'interprete estremamente difficoltoso il compito di armonizzare — attraverso la lettura della troppo succinta disposizione dell'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015 — la nostra legislazione con quella comunitaria nel rispetto delle regole dell'interpretazione conforme.

Pur nella consapevolezza delle difficoltà correlate alla interpretazione di ogni norma di un ordinamento complesso in ragione dei diversi livelli in cui esso si articola le considerazioni sinora spiegate sulla normativa europea che individua negli obblighi di informazione e di consultazione i presupposti necessari per la stessa configurabilità del licenziamento collettivo portano, nella interpretazione del citato articolo 10, a privilegiare tra tutte le possibili letture quella che estende la tutela forte con consequenziale reintegra nel posto lavoro. Detta tutela va riconosciuta, infatti, non solo nei casi — di rarissima applicazione soprattutto nelle grandi imprese — di licenziamento orale, ma anche in quelle ipotesi in cui la portata dell'inadempimento dei suddetti obblighi datoriali determina un *vulnus* nel corso della procedura *ex art. 4 l. n. 223 del 1991* capace di limitare il diritto delle rappresentanze sindacali di intervenire attivamente, anche con compiti di controllo, sulla gestione delle crisi aziendali, al fine di pervenire, pure con appositi accordi nel corso delle prescritte

(74) In questi sensi cfr. DONINI, *Estensione della procedura cit.*, 373.

(75) Ricorda NATULLO, *Procedure cit.*, 260 ss., che la normativa volta ad implementare nel nostro ordinamento gli obblighi di informazione e consultazione previsti dalla direttiva europea, ha determinato un forte divario interpretativo tra opzioni, per così dire, più "formal-garantistiche" ed opzioni che all'opposto è possibile definire "funzional-sostanzialistiche", con contrasti interpretativi in giurisprudenza ancora irrisolti.

procedure (76), ad un giusto contemperamento tra l'interesse dell'impresa, salvaguardato dall'art. 41 Cost., e l'interesse dei singoli lavoratori alla occupazione che, ai sensi degli artt. 1 e 4 Cost., deve essere tutelato a fronte di sempre possibili condotte discriminatorie e/o sanzionatorie scaturite da un non trasparente *iter* procedurale.

In altri termini in un ordinamento europeo nel quale l'assolvimento degli obblighi di informazione e consultazione funge da elemento essenziale della stessa configurabilità del licenziamento collettivo, deve ritenersi conseguenza obbligata che l'istituto in esame — nei casi in cui la procedura *ex art. 4 della l. 223 del 1991* risulti inefficace per vizi aventi negative ricadute sul diritto di cogestione della crisi delle rappresentanze sindacali e di riflesso sugli stessi lavoratori — si converta sul piano applicativo in una pluralità di licenziamenti individuali, con effetti sul versante degli oneri probatori non certo secondari. Ed invero, per vedersi assolto da qualsiasi sanzione anche a livello indennitario, il datore di lavoro finisce per subire — proprio in conseguenza della invalidità della procedura *ex art. 4 l. n. 223 del 1991* — un aggravamento degli oneri probatori, dovendo provare l'effettiva ricorrenza delle ragioni economiche poste a base della riduzione del personale (crisi aziendali o modifiche dell'organizzazione produttiva comportante soppressione di uffici, reparti, lavorazioni, o anche contrazione della forza lavoro) e la sussistenza del nesso eziologico tra tali ragioni ed ogni singolo licenziamento. Tutto questo al fine di fugare, in presenza di condotte datoriali inadempienti, ogni dubbio che possa sorgere sulla natura discriminatoria e/o sanzionatoria del licenziamento, e di evitare in tal modo domande volte ad ottenere — previa declaratoria della nullità del licenziamento ai sensi del d.lgs. n. 23 del 2015 — la tutela reintegratoria nel posto di lavoro con il conseguente risarcimento dei danni (77).

(76) L'assoluto silenzio dell'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015 sul punto ed il rafforzamento del ruolo delle organizzazioni sindacali quali cogestori delle crisi aziendali inducono a ritenere che siano ancora possibili — stante anche la natura speciale del disposto dell'art. 4, comma 12, della l. n. 223 del 1991 — accordi sindacali con efficacia sanante dei vizi della comunicazione.

(77) Per un allargamento dell'area della tutela reintegratoria oltre la lettera dell'art. 10 del d.lgs. 23/2015 cfr.: NATULLO, *Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (Legge n. 92/2012)*, in *DRI* 2014, 953 ss., che patrocina — in caso di mancato rispetto da parte del datore di lavoro degli obblighi di informazione e consultazione sindacale — la tutela reintegratoria attraverso un richiamo in via analogica del regime sanzionatorio del licenziamento individuale. Per una chiara e ragionata prospettazione delle diverse opinioni sulla individuazione delle sanzioni applicabili per i vizi della procedura di cui all'art. 4 della l. n. 223 del 1991 — tutte in verità in qualche misura legittimate da una normativa lacunosa e di difficile interpretazione — cfr.: TOPO, *Licenziamento collettivo* cit., 194 ss.. Per un esame delle numerose problematiche connesse ai licenziamenti nulli anche per quanto attiene alla ripartizione degli oneri probatori cfr. da ultimo: C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in *I licenziamenti del contratto* cit., 13 ss..

Per quanto attiene alle direttive europee sui licenziamenti collettivi e per il richiamo alla giurisprudenza di legittimità sull'osservanza delle procedure previste dalla legge n. 223 del 1991 e

9. Il licenziamento collettivo ed il « rito Fornero ».

Non può infine tralasciarsi di rilevare che la tesi che differenzia il licenziamento collettivo da quello individuale per la sua diversità ontologica, e che ne ha da sempre giustificato nella normativa comunitaria una sua autonoma e specifica disciplina (78), ha il pregio sul versante processuale di consentire una interpretazione dell'art. 11 del d.lgs. n. 23 del 2015 tale da porla al riparo dalle numerose riserve avanzate da più parti in dottrina sul presupposto che essa farebbe sorgere dubbi di illegittimità costituzionale ai sensi degli artt. 3 e 41 Cost. perché darebbe origine ad una non giustificata disparità di trattamento tra i lavoratori, sia sul piano delle tutele che su quello processuale, tra coloro che sono stati assunti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015 e quelli invece assunti successivamente (79).

All'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012 la tesi dell'inapplicabilità del c.d. rito Fornero ai licenziamenti collettivi, per rimanere applicabile a detti licenziamenti le norme per le controversie in materia di lavoro, ha trovato le sue ragioni fondanti: nella diversità ontologica tra i licenziamenti individuali, i soli che normalmente vengono disciplinati dall'art. 18 stat. lav., mentre i licenziamenti collettivi sono

sulla conversione del licenziamento collettivo in licenziamento individuale: cfr. G. MAMMONE: *La regolamentazione dei licenziamenti collettivi: itinerari legislativi ed orientamenti giurisprudenziali*, par 5.2, in successione al presente saggio.

(78) La specificità ontologica del licenziamento collettivo non è contraddetta nel nostro ordinamento dal disposto dell'art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015, in quanto il riferimento ai licenziamenti individuali è operato unicamente a livello sanzionatorio, e cioè al solo fine di indicare la sanzione da applicare — nei licenziamenti regolati ai sensi degli articoli 4 e 24 della l. 23 luglio 1991 n. 223 — secondo la natura dei vizi che ne inficiano (nella fase iniziale) la forma, (nella fase successiva) le procedure richiamate all'art. 4, comma 12, l. n. 223 del 1991, e da ultimo (nella fase finale) l'applicazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5, comma 1, della suddetta legge.

Sull'ampio dibattito dottrinario riguardante la questione se nella legge n. 223 del 1991 fossero previste due distinte fattispecie di licenziamento collettivo: la prima delle quali — riguardante la messa in mobilità prevista dall'art. 4 e caratterizzata dalla circostanza di potersi realizzare durante o alla fine di un periodo di intervento della cassa integrazione guadagni straordinaria — e la seconda — relativa invece al licenziamento collettivo vero e proprio — prevista dall'art. 24 e non collegata a procedimenti di integrazione salariale cfr.: *amplius* MAMMONE, *La regolamentazione dei licenziamenti collettivi* cit., par. 6.

(79) Cfr. al riguardo FERRARO, *Licenziamenti collettivi* cit., 106-108, che denuncia, a livello di tutele, la scarsa razionalità di un sistema che consenta nello stesso procedimento di riduzione del personale, e per la medesima violazione, che alcuni dipendenti usufruiscano della tutela reintegratoria ed altri soltanto indennitaria, e ciò sino al punto di orientare la selezione da parte del datore di lavoro a favore dell'una o dell'altra categoria di lavoratori, e che per di più, anche a livello processuale, legittima una diversità di trattamento perché per i vecchi assunti si continuerà ad applicare il rito Fornero mentre per i nuovi assunti si applicherà il rito ordinario.

Per analoghe riserve sulla norma in esame cfr. ancora: L. DE ANGELIS, *Gli aspetti processuali della disciplina del d.lgs. 23/2015*, in *Foro it.* 2015, V, 257, nonché RUSCIANO, *Una riflessione d'insieme* cit., 198-199, che, con riferimento alla disparità di trattamento tra prestatori di lavoro che si trovano nella medesima condizione lavorativa, parla di "un paradosso" che si percuoterà gravemente, per intuibili ragioni, sul regime della prescrizione dei diritti tanto « da provocare complicati conteggi » (quale stabilità, quanti anni, quale decorrenza?).

stati sempre regolati da una propria e specifica normativa, quale quella dettata dalla l. n. 223 del 1991 (80); nonché nella lettura combinata e ragionata del comma 47 (disposizione di natura sostanziale) e del comma 48 (disposizione invece di natura processuale perché volta a delimitare l'ambito applicativo del rito Fornero) dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012, dalla quale si evince che il riferimento all'art. 18 stat. lav. così come modificato, è operato dal legislatore unicamente al fine ridisegnare — attraverso la sostituzione del terzo comma dell'art. 5 della legge n. 223 del 1991 ed in ragione dei dubbi interpretativi creati da quella disposizione — un nuovo e più affidabile regime sanzionatorio dei licenziamenti collettivi anche al fine di deflazionare un contenzioso da sempre di non trascurabile portata (81).

Orbene, il dato letterale dell'art. 11 del d.lgs. n. 23 del 2015 — nel definire l'ambito della nuova normativa e nel fare espresso riferimento per la sua applicazione ai “commi da 48 a 68” della legge Fornero — finisce per rappresentare una forma di interpretazione autentica della stessa legge n. 92 del 2012 nei sensi del perdurante assoggettamento dei licenziamenti collettivi al rito per le controversie in materia di lavoro. Comunque anche una interpretazione costituzionalmente orientata legittima l'assunto che il licenziamento collettivo continui, pure nella vigenza della nuova normativa, ad essere disciplinato dalle norme codicistiche per le controversie in materia di lavoro, dovendosi invece differenziare solo l'apparato sanzionatorio — con identico trattamento per tutti i dipendenti — a seconda di quando (prima o dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015) venga avviata *ex art. 4 del d.lgs. n. 23 del 1991* la procedura del licenziamento collettivo (82).

(80) Ricorda SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina* cit., 132, che i licenziamenti sono stati tradizionalmente esclusi dal campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti individuali, tanto da indurre gli interpreti a considerare il licenziamento collettivo una fattispecie « ontologicamente » distinta per l'autonomia dei suoi elementi qualificatori e per la diversità disciplinare.

(81) Cfr. in tali sensi: VIDIRI, *Nuovo rito sui licenziamenti* cit., 28 e ss., che precisa anche come l'assoggettamento al rito Fornero delle controversie in materia di licenziamenti collettivi, per comportare l'esame di questioni giuridiche complesse e spesso di difficile accertamento, vadano devolute ad un rito a cognizione piena, quale quello speciale del lavoro, anche per non vanificare, con opzioni disinvoltamente estensive del dato normativo, la funzione acceleratoria voluta dal legislatore del 2012; per analoga opinione vedi: A. CIRIELLO-M. LISI, *Disciplina processuale*, in G. PELLICANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano 2012, 284.

Contra però N. FRASCA, *Applicabilità ai licenziamenti collettivi del rito Fornero e delle tutele previste dall'art. 18 stat. lav.*, in *ADL* 2014, II, 1200 ss., cui si rinvia per il riferimento ai numerosi autori favorevoli alla tesi, dall'Autrice condivisa, dell'assoggettabilità del licenziamento collettivo al rito Fornero.

(82) Sul punto dei presupposti richiesti perché il licenziamento possa qualificarsi come licenziamento collettivo cfr. la sentenza della CGUE del 27 gennaio 2005 C-188/03 (*causa Junk c. Kuneš*), in *Foro it.* 2005, IV, 185, con nota di R. COSIO, *Il licenziamento collettivo nel diritto europeo: le precisazioni della Corte di giustizia*.

10. Conclusioni.

Tutti coloro che hanno inteso privilegiare nell'ambito del diritto civile lo studio del diritto del lavoro in quanto « diritto valoriale », e che per di più hanno, per motivi professionali, preso diretta coscienza dell'accrescimento in termini culturali apportati nel secolo scorso alla intera scienza giuridica da leggi che hanno apprestato efficaci apparati di tutela, anche sul versante processuale, alla libertà e dignità dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali, non possono ora non avvertire un grave disagio nell'assistere negli ultimi anni, proprio nel settore giuslavoristico, ad una produzione fluviale di leggi, prive di progettualità, spesso volte soltanto all'immediata acquisizione di consensi, prive di una apprezzabile "tecnicità", e per di più dal contenuto ambiguo, lacunoso e, non di rado, configgenti tra di loro.

Nello stesso tempo chi ha sempre creduto, e continua a credere, che la certezza del diritto sia il presupposto fondante delle libertà tutte, e, quindi, anche di quella politica, assiste oggi allo stratificarsi di una legislazione che crea sempre maggiori incertezze, con pregiudizievoli effetti nel contesto socio-economico del Paese per "rinviare" giorno dopo giorno "le vite" di tutti, e per rendere la "vita" di ciascuno "più precaria" anche con l'infrangerne i sogni.

A tutto ciò contribuisce, purtroppo, in misura di certo non trascurabile, il "nuovo diritto del lavoro", come attestano significativamente le normative prese in esame che, rendono instabile l'assetto delle relazioni industriali, perché non riescono a trovare un giusto equilibrio tra due interessi a copertura costituzionale, il diritto alla libertà dell'impresa ed il diritto all'occupazione.

Se si leggono con attenzione le scrutinate normative del Jobs Act sui licenziamenti, che fanno riscontrare una tale parsimonia di riferimenti alle organizzazioni sindacali tanto da concretizzare un vero e proprio "eloquente silenzio", e se inoltre tale lettura viene accompagnata dall'esame della realtà fattuale che ha fatto emergere diffuse aree culturali favorevoli a ridurre drasticamente il ruolo del sindacato, non può che destare preoccupazione il fatto che in istituti, come il licenziamento collettivo, si trovino disposizioni che — attraverso "giochetti linguistici" ("contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti") ed invasivi messaggi mediatici eterodiretti — tentino di occultare, come è ormai di diffusa percezione, un effettivo affievolimento delle tutele dei lavoratori ed una progressiva marginalizzazione del sindacato.

Si può, ed anzi è doveroso, addebitare al sindacato invasioni di campo talvolta sfocianti in un « riprovevole pansindacalismo », una condizio-

nante colleganza con i partiti, una impopolare difesa di ingiustificati privilegi ed inoltre anche la mancanza di una sincera autocritica, ma tali errori non possono in alcun modo giustificare una reazione che porti ad una progressiva emarginazione delle organizzazioni sindacali sino a mortificarne il ruolo istituzionale essenziale nelle democrazie, e a negare di fatto la loro legittimazione, quali rappresentanti dei lavoratori, ad essere interlocutori privilegiati per quelle forze politiche che intendano operare affinché l'art. 1 della Costituzione non rimanga una norma meramente programmatica (83).

(83) Le critiche mosse alle nuove normative sul *Jobs Act* in materia di licenziamenti, seppure accentuatamente severe, sono repute doverose da chi ha avuto di recente la fortunata occasione di leggere un articolo di uno dei padri storici del liberismo economico pubblicato nel giornale *La Stampa* nel lontano 12 ottobre 1899, (nel corso cioè di una lunga crisi sociale), in cui “i sacri principi di libertà” vengono professati con parole illuminanti — e tuttora di viva attualità per i governanti — nei seguenti termini: *Il programma di un partito francamente liberale dovrebbe consistere nell'elevare le sorti delle varie classi sociali provvedendo efficacemente — più che con i restringimenti della libertà o con i moti rivoluzionari — al benessere di quegli umili ai quali è rivolta tanta parte delle cure e dei pensieri dei governi moderni* (in tali sensi l'incipit dell'articolo dal titolo “*Il programma economico del partito liberale*”, che pubblicato nella raccolta di alcuni scritti di Luigi Einaudi “*In lode del profitto e altri scritti*”, a cura di Alberto Giordano, IBLibri, 2011, può leggersi ora integralmente nelle pagine da 27 a 31 della raccolta).