

LE SANZIONI PER ILLEGITTIMITA' DEI LICENZIAMENTI

1. Le sanzioni per illegittimità dei licenziamenti

Al termine della procedura, indipendentemente dal suo esito, la fattispecie generale della "riduzione di personale" si frantuma in una serie di licenziamenti individuali accomunati da una matrice causale comune costituita appunto dalla trasformazione o riduzione di personale. Ciò vuol dire, per venire al nodo teorico più delicato, che anche i licenziamenti collettivi presentano una struttura "causale" riconducibile alla trasformazione o alla riduzione di attività o di lavoro, sebbene il controllo sulla fondatezza e veridicità della stessa, come sul nesso di coerenza sui licenziamenti da adottare, sia affidata in una prima fase esclusivamente al confronto sindacale, che può assentire o meno le scelte imprenditoriali.

Il tema dei licenziamenti collettivi è stato considerato nel decreto attuativo della delega 183/14, così come era avvenuto nella riforma Fornero, con la differenza tuttavia che quest'ultima si era limitata ad introdurre ritocchi secondari, in prevalenza ai margini della procedura sindacale e amministrativa, ma aveva lasciato invariato l'impianto di base della legge 223 del 1991. La riforma Renzi invece all'articolo 10 del decreto sul contratto a tutele crescenti, nell'eliminare definitivamente l'istituto della reintegrazione, se non nell'ipotesi eccezionale del licenziamento orale, ha completamente stravolto il tradizionale equilibrio normativo, che va ora integralmente ridisegnato.

Con la riforma del *Jobs Act* si esclude, per i licenziamenti economici, la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificate. Tale disciplina prevista per i licenziamenti individuali è stata estesa anche a quelli collettivi¹.

Ciò che risalta è una sostanziale abdicazione da parte della magistratura circa la causale giustificativa, rimessa integralmente alla competenza e al controllo sindacale, finanche nei casi di mancato raggiungimento di un accordo. In tali termini è ricorrente il rilievo secondo cui: «*in materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale la legge n. 223 del 1991, nel prevedere agli articoli 4 e 5 la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato ex post nel precedente assetto ordinamentale, ad uno controllo dell'iniziativa imprenditoriale, concernente il ridimensionamento dell'impresa, devoluto ex ante alle organizzazioni sindacali, destinatarie di incisivi poteri di informazione e consultazione secondo una metodica già collaudata in materia di trasferimenti di azienda. I residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo) ma la correttezza procedurale dell'operazione*» (così tra le altre Cass. 12 ottobre 1999, n. 11455)².

A fronte di tale rinuncia, la magistratura del lavoro ha concentrato l'attenzione sulla regolarità delle varie fasi procedurali, in un'ottica considerata spesso formalistica e pedante, che pure può comprendersi in considerazione del modo (alterato) in cui la procedura generale viene rappresentata nell'ambito dell'azione giudiziaria individuale. In

¹ Per una analisi critica si veda G. FERRARO, *Licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 189 ss.

² Sulla ripartizione di competenze giudice-sindacato nel controllo delle ristrutturazioni aziendali, v. pure Cass. 16 maggio 2011, n. 10731; Cass. 21 febbraio 2011, n. 4150; Cass. 12 agosto 2009, n. 18253; Cass. 3 marzo 2009, n. 5089. Per una impostazione funzionalista della procedura, in alternativa a un'impostazione formalista: Cass. 11 gennaio 2008, n. 528, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, 191; Cass. 16 marzo 2007, n. 6225, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 197 (nota di VINCIERI). In dottrina v. C. ZOLI, *La procedura di licenziamento collettivo ed il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Aa.Vv.*, *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Milano, 2002, 311.

compenso è stata data massima attenzione ai "criteri di scelta" che costituiscono un terreno di indagine più consono al vaglio giudiziario.

1.1 Le sanzioni per licenziamenti sottoposti all'art. 18 S.L. come da c.d. Legge Fornero

L'articolo 5, comma 3, della legge 223/91 statuisce che «*qualora il licenziamento sia intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applica il regime sanzionatorio di cui all'articolo 18, primo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni. In caso di violazione delle procedure richiamate dall'articolo 4, comma 12, si applica il regime di cui al terzo periodo del settimo comma del predetto art. 18. In caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1, si applica il regime di cui al quarto comma del medesimo art. 18. Ai fini dell'impugnazione del licenziamento si applicano le disposizioni di cui all'art. 6 della legge 15 luglio 1966 n. 604 e successive modificazioni*»³.

A sua volta l'articolo 4, comma 12, prevede che «*le comunicazioni di cui al comma 9 sono prive di efficacia ove siano state effettuate senza l'osservanza della forma scritta e delle procedure previste dal presente articolo. Eventuali vizi della comunicazione di cui al comma 2 del presente articolo possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo*»⁴.

L'inosservanza della procedura, dunque, comporta l'inefficacia dei licenziamenti⁵.

La comunicazione iniziale di apertura della procedura di mobilità assume valenza generale e si riverbera su tutte le fasi di essa, dopodiché l'*iter* procedurale si sviluppa sul piano sindacale, con un marginale coinvolgimento delle amministrazioni pubbliche⁶.

Il processo dovrà quindi essere sempre impugnato facendo valere nel successivo ricorso il vizio formale relativo alle comunicazioni.

Venendo ora all'esame delle conseguenze dell'illegittimità del licenziamento, va detto che l'articolo 1, comma 46, della legge 92/12 (c.d. riforma del lavoro Fornero) rinvia all'articolo 18 della legge 300/70 (c.d. Statuto dei Lavoratori), così come modificato dall'articolo 1, comma 42, della medesima riforma Fornero, che prevede infatti una disciplina differenziata dell'illegittimità del licenziamento in base alla natura del vizio, escludendo, dunque, l'unicità della sanzione per qualsiasi fattispecie⁷.

-Mancanza della forma scritta

Iniziando quindi dalla mancanza della forma scritta del recesso intimato all'esito nella procedura di licenziamento collettivo, l'articolo 5, comma 3, della legge 223/91 rinvia per tale ipotesi all'articolo 18, comma 1, il quale dispone la reintegrazione nel posto di lavoro, nonché il risarcimento del danno con un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quella dell'effettiva reintegrazione, dedotto l'*aliunde perceptum*. La misura di tale indennità, comunque, non può essere inferiore nel minimo a cinque mensilità (c.d. tutela reale forte), a cui va aggiunto l'obbligo di versare contributi previdenziali ed assistenziali.

-Violazione delle regole procedurali

Per quanto attiene invece all'illegittimità del licenziamento in ragione della violazione delle regole procedurali richiamate dall'articolo 4, comma 12, della legge 223/91, l'articolo 5, comma 3, della legge 223/91 rinvia all'articolo 18, comma 7, terzo periodo, il quale prevede non più la reintegrazione nel posto di lavoro come nella vecchia

³ Comma sostituito dall'articolo 1, comma 46, della legge 28 giugno 2012, n. 92.

⁴ Comma modificato dall'articolo 1, comma 45, della legge 28 giugno 2012 n. 92.

⁵ È bene rilevare che il datore di lavoro, o il commissario, o il curatore, incorrono anche nella possibile condanna per condotta antisindacale ex articolo 28 della legge n. 300/70, laddove, ad esempio, la comunicazione iniziale sia omessa oppure lacunosa o generica in ordine al previsto contenuto.

⁶ In particolare, sul ruolo dei sindacati nella procedura, M. PERSIANI, *Commento all'articolo 4*, in *commentario della l. 23 luglio 1991, n. 223*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1994, 909 ss.

⁷ DI CERBO e D. SIMEOLI, cit., 1881 e ss.

formulazione, bensì esclusivamente la condanna a pagare un'indennità risarcitoria da 12 a 24 mensilità della retribuzione globale di fatto, con la dichiarazione da parte del giudice che il rapporto si è risolto con effetto dalla data del licenziamento (c.d. tutela risarcitoria forte).

-Violazione dei criteri di scelta

Infine laddove l'illegittimità del licenziamento attenga alla violazione dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, della legge 223/91, il comma 3 del medesimo articolo rinvia all'articolo 18, comma 4, il quale prevede la reintegrazione nel posto di lavoro oltre il risarcimento con un'indennità, commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione dedotto *l'aliunde perceptum*, indennità che non può comunque superare le 12 mensilità della retribuzione globale di fatto (c.d. tutela reale debole)⁸.

Nonostante le critiche, la nuova norma rivela una sua coerenza di fondo nel differenziare i vizi procedurali, che riguardano prevalentemente la dimensione collettiva dell'operazione di riduzione di personale rispetto ai vizi per così dire sostanziali, che investono direttamente la posizione giuridica dei singoli lavoratori.

Peraltro la normativa riformata mantiene integra una notevole discrezionalità da parte del giudice nella determinazione dell'indennità risarcitoria, da quantificarsi in relazione all'anzianità del lavoratore tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo (articolo 18 comma 5). Lo stesso può dirsi con riferimento alla violazione dei criteri di scelta per la quale, oltre alla reintegrazione, è previsto il regime di cui al comma 4 dell'articolo 18, e cioè *«una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito nel periodo di estromissione per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione»* e comunque nel limite di 12 mensilità, da cui è facile desumere l'intento legislativo di consentire la reintegrazione del lavoratore illegittimamente estromesso, ma di contenere per quanto possibile il trattamento risarcitorio, nella consapevolezza che si sarebbe potuto riverberare un numero anche elevato di posizioni omogenee.

-Reintegrazione dei lavoratori e procedure di mobilità

Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro si veda reintegrare il dipendente licenziato dalla procedura, questi può ricorrere a quanto previsto dall'articolo 17 della Legge 223/91⁹ che consente al datore di lavoro di procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro di un numero di lavoratori pari a quello dei lavoratori reintegrati, il tutto senza dover esperire una nuova procedura, ma dandone solo previa comunicazione alle rappresentanze sindacali aziendali.

Parte della giurisprudenza ha giustamente ritenuto che l'eventuale utilizzazione dell'articolo 17 non comporta, automaticamente, da parte del datore di lavoro, accettazione dell'illegittimità dei primi licenziamenti, ben potendo tradursi in una soluzione temporanea, posta in essere dall'imprenditore per far fronte alle esigenze

⁸ Sui licenziamenti in generale v. F. CARINCI, *Ripensando il nuovo articolo 18 dello statuto dei lavoratori*, C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it., n. 172/2013; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: Le modifiche all'articolo 18 S.L.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 415 ss.

⁹ Dispone l'art. 17, L. 223/91 che: *«Qualora i lavoratori il cui rapporto sia risolto ai sensi degli articoli 4, comma 9, e 24 vengano reintegrati a norma dell'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, l'impresa, sempre nel rispetto dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, può procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro di un numero di lavoratori pari a quello dei lavoratori reintegrati senza dover esperire una nuova procedura, dandone previa comunicazione alle rappresentanze sindacali aziendali»*.

dell'impresa, in attesa di chiarimenti definitivi che deriveranno dallo svolgimento di tutti i gradi del giudizio relativi ai primi licenziamenti¹⁰.

1.2 Le sanzioni per i licenziamenti sottoposti a normativa c.d. Jobs Act (le modifiche introdotte dall'articolo 10 del decreto attuativo 4 marzo 2015, n. 23)

Le modifiche introdotte dall'articolo 10 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, stravolgono decisamente la disciplina del licenziamento per i nuovi assunti. Viene mantenuto l'istituto della reintegrazione nel caso di licenziamento collettivo intimato senza l'osservanza della forma scritta, così come regolato dall'articolo 2 del decreto, ma viene esclusa la reintegrazione sia in caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, sia per la violazione dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, L. 223/91, prevedendosi per entrambe le ipotesi il regime indennitario previsto dall'articolo 3, comma 1, cioè la «condanna del datore di lavoro al pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità».

Dalla nuova formula colpiscono tre dati quanto mai incisivi: a) l'eliminazione dell'istituto della reintegrazione anche per i licenziamenti collettivi illegittimi, al di fuori dell'ipotesi del tutto marginale ed improbabile del licenziamento collettivo orale; b) l'equiparazione – quanto al regime sanzionatorio – delle violazioni procedurali a quelle attinenti ai criteri di scelta; c) la predeterminazione di un trattamento indennitario rigido che sottrae ogni margine di discrezionalità all'autorità giudiziaria.

1.3 I due regimi sanzionatori a confronto - implicazioni in termini di eguaglianza e di ragionevolezza

E' quindi interessante analizzare l'assetto complessivo della riforma sui licenziamenti collettivi in una comparazione tra le modifiche introdotte dalla riforma Fornero che restano operanti per i dipendenti assunti prima della recente riforma ed il nuovo regime introdotto per i nuovi assunti.

La riforma Fornero aveva ridimensionato le irregolarità procedurali ma salvaguardato il rigore dei criteri di scelta. Con la riforma Renzi in qualche modo si ritorna all'impostazione originaria della legge 223/91, con una equiparazione delle trasgressioni procedurali e di quelle per così dire sostanziali, ma con un livellamento verso il basso che modifica integralmente l'assetto della legge e che svaluta l'intero *iter* procedurale. Una tale equiparazione suscita di per sé molti interrogativi. Risalta, oltretutto, una diversa regolamentazione delle irregolarità procedurali, ove si consideri che ai vecchi assunti si applica il trattamento risarcitorio 'elastico' da 12 a 24 mensilità, mentre ai nuovi assunti si applica un trattamento 'fisso' rapportata all'anzianità di servizio da 4 a 24 mensilità.

Le maggiori criticità appartengono al diverso regime applicato ai nuovi assunti rispetto ai dipendenti già in servizio per quanto attiene all'istituto della reintegrazione, segnatamente nel caso di violazione dei criteri di scelta. Su tale aspetto si è concentrata l'attenzione dei primi interpreti, i quali non hanno mancato di rimarcare l'anomalia di un sistema che consente che nello stesso procedimento di riduzione del personale, per la medesima violazione, alcuni dipendenti usufruiscano della tutela reintegratoria mentre altri soltanto di quella indennitaria, sino al punto di orientare la selezione a favore dell'una o dell'altra categoria. Uniformità di trattamento che peraltro si riverbera anche sul piano del rito processuale da adottare, giacché per i vecchi assunti si continuerà ad applicare il rito Fornero, mentre per i nuovi assunti si applicherà il rito ordinario, con il moltiplicarsi quindi di ricorsi per una medesima procedura¹¹.

¹⁰ Trib. Milano, 20 gennaio 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 318.

¹¹ È inoltre possibile prevedere che a fronte di una procedura di mobilità, vi saranno più azioni giudiziarie individuali: anzitutto perché il lavoratore che intenderà rivolgersi alla magistratura dovrà seguire il rito di propria competenza (Fornero oppure rito ordinario) e poi perché di coloro che agiranno col rito ordinario – in quanto sottoposti alle tutele crescenti del *Jobs Act* – ognuno

In realtà la disparità di trattamento nei licenziamenti collettivi costituisce il riflesso di una disparità più generale tra due categorie di lavoratori in condizione paritaria, ma con un regime giuridico sensibilmente differenziato, divise esclusivamente dalla data di assunzione.

La questione è senza dubbio molto delicata e implica inevitabilmente sospetti d'illegittimità costituzionale ai sensi degli articoli 3 e 41 Cost., ove si consideri che la diversità di regime giuridico è dovuta esclusivamente al dato accidentale di essere stati assunti prima o dopo l'entrata in vigore del decreto attuativo. Tale dato temporale, del tutto casuale, determina una radicale frattura nel mondo del lavoro tra due livelli di tutela sensibilmente differenziati e tutto ciò in presenza di un'attività lavorativa sostanzialmente omogenea. Peraltro si tratta di una disparità di trattamento neppure temporanea, ma destinata a trascinarsi in un lungo arco temporale, sebbene in un processo che farà registrare una progressiva espansione dell'area meno protetta a fronte della contrazione di quella più garantita.

Resta pertanto vivo il problema di ragionevolezza e di coerenza delle scelte legislative apparendo del tutto illogico l'obiettivo di contrastare forme di precarietà introducendo un modello contrattuale che, non solo non garantisce la stabilità dei rapporti, ma introduce un'ulteriore e grave divaricazione del mercato del lavoro.

2. Brevi considerazioni finali

Al termine di tale disamina è possibile svolgere brevi riflessioni conclusive alla luce delle varie riforme che hanno coinvolto i vari istituti.

Anzitutto per quel che concerne lo strumento della *Cigs*, si può affermare che non è più uno strumento conveniente per le ristrutturazioni nell'ambito della procedura concorsuale, richiedendo – per potervi accedere – notevoli esborsi economici, per effetto di una riforma che – con una chiara impronta moralizzatrice – non è più disposta ad erogare denari a fondo perso. Facile prevedere che vi saranno importanti ripercussioni in termini di contenzioso sociale e giudiziario.

Criticabile altresì sono le ricadute sulle procedure concorsuali, che non avranno più alcun sostegno al reddito dei lavoratori – rimasti privi della causale specifica della procedura concorsuale – e dovranno automaticamente ed obbligatoriamente passare alla procedura di mobilità ed attendere 75 giorni prima di poter licenziare i lavoratori. Sembrerebbe quindi che la riforma – volta ad aiutare le imprese in difficoltà – finisca in realtà in un poco conveniente irrigidimento degli strumenti degli ammortizzatori sociali. Parte della dottrina si è sollevata nei confronti dell'eliminazione della causale vista come la mancata tutela di quel patrimonio rappresentato dalle maestranze e dal relativo *know-how*. Non solo i lavoratori non avranno un sostegno al reddito, ma anche il sistema economico potrebbe impoverirsi a causa dell'impossibilità di poter fare una valutazione nell'ambito della procedura circa il subentro nell'attività economica di altre realtà economiche, o anche solo per rami di essa. Secondo altro orientamento dottrinale, è stato invece fatto osservare che con la novella è stato semplicemente recepito il principio già presente nelle aule dei Tribunali, ove la severità circa la concessione della Cassa straordinaria è da sempre presente e ciò proprio al fine di non danneggiare le casse dello Stato. Il principio di riferimento da sempre esistito: *“la Cassa non costa al fallimento, ma costa allo Stato”*, da cui l'oculazione nella concessione di tale ammortizzatore. I giudici delegati, infatti, in passato, hanno sempre voluto, o dovuto, accertarsi della effettiva possibilità di ripresa produttiva della società. Se quindi la possibilità di ripresa dell'attività era 'incerta', o comunque 'sommariamente improbabile', il soggetto preposto alla procedura concorsuale non poteva mai attivare strumenti di tutela del reddito dei lavoratori in quanto non giustificati. Tale atteggiamento si era poi

avrà la propria peculiare richiesta economica da esporre in atti, essendo il calcolo dell'indennità – con molta probabilità – diverso da caso a caso, da cui l'ulteriore frammentazione dei ricorsi, dettata da ragioni di chiarezza espositiva e razionalizzazione delle domande giudiziarie.

già accentuato con la riforma della legge fallimentare del 2006 che aveva visto il curatore non più sottoposto all'egida del giudice delegato e – viste le sue maggiori responsabilità – ne è seguita una maggiore prudenza nell'agire al fine di non commettere il reato di danno erariale. Il legislatore parrebbe pertanto solo aver preso atto di una situazione di fatto già consolidata.

Quanto alla scelta del legislatore di generalizzare le categorie dei soggetti aventi il diritto agli interventi di sostegno al reddito, non più di appannaggio del solo settore industriale come in passato, ma ora esteso a tutti i settori, essa può essere considerata coerente con la nuova realtà economica, ove da un lato la presenza del settore industriale è ormai ridotta ai minimi termini e dall'altro si vedono emergere altri settori (si pensi alla logistica ed all'informatica e quindi di un sistema di consumo che passa dal 'possesso' all' 'accesso'). Tale scelta è stata tuttavia criticata a causa della carenza di una chiara scelta di politica economica, che non alimenta settori strategici dell'economia e rischia di disperdere le già precarie risorse disponibili. Sul punto i commenti sono da rinviare al momento in cui si potrà verificare quale direzione avrà preso l'economia dopo la crisi.

Quanto alla procedura di mobilità, avendo in giusta considerazione l'impatto sociale connesso alla risoluzione del rapporto di un gran numero di lavoratori, il legislatore ha mantenuto una procedura particolarmente articolata nell'ambito della quale sono coinvolti, nelle diverse fasi, tutti i soggetti interessati a vario titolo della procedura, con meccanismi di informazione e consultazione tali da consentire agli interlocutori dell'imprenditore un'adeguata cognizione delle esigenze che sottendono alla procedura di mobilità al fine di verificare congiuntamente la possibilità di intraprendere azioni alternative al licenziamento dei dipendenti. Risulta pertanto confermato un impianto equilibrato e completo teso a determinare canoni oggettivi per la individuazione dei lavoratori da licenziare.

Resta infine da valutare l'impatto che avrà la prossima creazione dell'ANPAL (agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro) nonché l'introduzione di un unico strumento a sostegno del reddito: la NASPI (nuovo assegno per l'impiego) che soppianderà anche l'indennità di mobilità.

È probabile che altri provvedimenti di assestamento seguiranno a quelli qui analizzati, a seconda della risposta e della direzione che assumerà l'attuale crisi economica.