

tare le decisioni adottate su un piano collettivo secondo i canoni della partecipazione democratica e della formazione di maggioranze più o meno qualificate.

Tuttavia al di là di queste rilevazioni di carattere sociologico non è possibile andare e si ripropone l'esigenza di invocare un intervento legislativo in grado di conferire certezza e stabilità a uno dei principali punti critici del sistema italiano di relazioni industriali.

Un'ultima questione riguarda poi il travaso delle funzioni dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite con il modello dell'art. 19 Stat. lav. alle nuove rappresentanze sindacali di carattere unitario.

In linea di massima non dovrebbero sorgere problemi particolari a ritenere che la rappresentanza sindacale aziendale, richiamata da molte leggi (si veda da ultimo art. 47, co. 1, legge n. 428/1990; art. 4, co. 2, legge n. 223/1991) che fanno obblighi di informazione e di consultazione, possa identificarsi con la rappresentanza unitaria, ancorché il meccanismo selettivo sia ben diverso da quello regolato dall'art. 19 Stat. lav.

D'altro canto nell'accordo dell'1 dicembre 1993 si dice espressamente che i diritti e le prerogative spettanti alle rsa devono essere ora conferiti alla rappresentanza unitaria.

Tuttavia la questione si presenta delicata nell'ipotesi in cui la rappresentanza aziendale, costituita secondo il precedente sistema, coesista con rappresentanze sindacali unitarie. In questo caso, ancorché ridimensionata, la rappresentanza tradizionale, conserva le prerogative preesistenti che andranno progressivamente estese, non senza problemi, al nuovo organismo rappresentativo.

Il quadro complessivo che emerge dall'analisi dei testi sindacali è ancora alquanto frastagliato e approssimativo e lascia affiorare la difficoltà di trovare un efficace equilibrio tra la necessità di valorizzare la libertà sindacale senza tuttavia favorire un'intollerabile proliferazione di sigle sindacali, spesso con un taglio aziendalistico, e protese all'accaparramento opportunistico di prerogative e benefici sindacali.

In questa ricerca alcuni punti fermi sembrano ormai acquisiti (accettazione di una soglia minima, l'adesione al principio proporzionalistico, ecc.), ma rimane il problema centrale di un coerente adeguamento del profilo strutturale, inerente l'organizzazione della rappresentanza, con quello funzionale relativo alla formazione e alla validità degli accordi collettivi.

Cristina Alessi

13

IL LICENZIAMENTO COLLETTIVO PER RIDUZIONE DI PERSONALE: FATTISPECIE E DISCIPLINA

SOMMARIO: 1. La fattispecie «licenziamento collettivo»: unità o pluralità? — 2. Licenziamento collettivo e licenziamento per giustificato motivo oggettivo. — 3. Una proposta interpretativa. — 4. Licenziamento collettivo e trasferimento d'azienda. — 5. I criteri di scelta. — 6. I criteri contrattuali. — 7. I criteri legali.

1. — *La fattispecie «licenziamento collettivo»: unità o pluralità?* — All'entrata in vigore della legge n. 223/1991 ha fatto seguito un intenso dibattito dottrinale volto a enucleare, dalle disposizioni dell'art. 4 e dell'art. 24, la cd. nozione di licenziamento collettivo per riduzione di personale (1).

La prima questione che si è posta è stata quella relativa al coordinamento dell'art. 24 con l'art. 4, che prevede il licenziamento di uno o più lavoratori intervenuto nel corso o al termine di un periodo di Cassa integrazione guadagni straordinaria; ci si è immediatamente chiesti, infatti, quale rapporto esistesse tra le due previsioni.

Secondo una parte della dottrina, rimasta peraltro minoritaria (2), si tratterebbe di due ipotesi diverse, poiché solo nel caso di «messa in mobilità» ex art. 4 la legge prevede espressamente l'obbligo del *repêchage*, e pertanto solo in questo caso sarebbe necessaria la verifica dell'impossibilità di reimpiego del/i lavoratore/i licenziato/i. La costruzione, in realtà, non regge a un'analisi approfondita (3): infatti, la circostanza, invocata a

(1) La letteratura precedente la legge n. 223/1991 è sterminata. Si indicano, a titolo esemplificativo, le opere di: Galantino L., *I licenziamenti collettivi*, Milano, Giuffrè, 1984; Aidlass, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1969; Napoli M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, F. Angeli, 1980; Ventura L., voce *Licenziamenti collettivi*, in *Enc. Giur. Treccani*; Aidlass, *Licenziamenti collettivi e mobilità*, Milano, Giuffrè, 1991; Pera G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 1983; Ballestrero M.V., *I licenziamenti*, Milano, F. Angeli, 1975; Mariucci L., *I licenziamenti «impossibili»: crisi aziendali e mobilità del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, pp. 1360 ss.; Magnani M., *La mobilità interaziendale del lavoro*, Milano, F. Angeli, 1985; Mazziotti F., *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, Liguori, 1982.

(2) Miscione M., *I licenziamenti per riduzione di personale e la mobilità*, in Carini F., (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, Jovenè, 1991, pp. 329 ss.; v. anche Lunardon F., *Il licenziamento per riduzione di personale: presupposti e criteri di scelta dei lavoratori*, in *Giur. piem.*, 1993, pp. 7 ss., qui p. 15, nota 20.

(3) Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, in Papaleoni M., Del Punta R., Mariani M., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, Cedam, 1993, pp. 251 ss.

sostegno della tesi anzidetta, che l'art. 24 richiami solo i commi dell'art. 4 successivi al primo può agevolmente spiegarsi considerando che il legislatore non aveva tanto di mira l'esclusione dell'obbligo di *repêchage*, quanto chiarire che non è necessario, affinché possa procedersi a un licenziamento collettivo per riduzione di personale, il previo ricorso alla Cassa integrazione guadagni (4). Voler trarre dal mancato richiamo qualcosa di più è pertanto del tutto fuori luogo, solo che si ponga mente al fatto che «impossibilità di reimpiego» del personale non può che voler dire che si è verificata una «riduzione secca dei posti di lavoro» (5). In effetti, tale soluzione è coerente con quel criterio di effettività della riduzione che dottrina e giurisprudenza avevano da tempo indicato quale presupposto di legittimità del licenziamento; è possibile quindi chiedersi che altro significhi dire che la riduzione di personale dev'essere effettiva se non che non è possibile garantire il reimpiego ai lavoratori licenziati.

L'obbligo di *repêchage*, pertanto, non può che valere in entrambi i casi di licenziamento collettivo, sia esso preceduto dalla Cigs o meno, né è possibile sostenere che nel caso del licenziamento *ex art. 24* esso abbia una funzione solo programmatica. Fin dall'inizio della procedura il datore di lavoro è infatti tenuto a esternare i «motivi per i quali ritiene di non poter ricorrere a misure alternative», motivi che diventano oggetto di confronto in sede sindacale e che funzionano anche quali presupposti di legittimità dei licenziamenti da intimare.

La perfetta identità di presupposti tra la riduzione di personale e la cd. «messa in mobilità» ha condotto la dottrina a sostenere che, se la sola fattispecie rilevante è quella contenuta nell'art. 24, allora anche nel caso dell'art. 4, affinché possa richiedersi l'osservanza della procedura, è necessaria la presenza dei requisiti numerico-temporali indicati dallo stesso art. 24 (5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni) (6). Non pare tuttavia che ragioni di coerenza sistematica possano giustificare una simile conclusione. Occorre porre infatti particolare attenzione alla *ratio* della disciplina dei licenziamenti per riduzione di personale e ritenere che il legislatore, nell'art. 24, abbia indicato una soglia oltre la quale i licenziamenti per motivi economici acquistano rilevanza sociale, richiedendo pertanto l'applicazione della complessa disciplina procedurale descritta nell'art. 4.

Nel caso di licenziamenti da intimarsi nel corso o al termine di un periodo di Cigs viene in gioco «uno specifico interesse pubblico alla conservazione dell'occupazione aziendale, materializzatosi proprio nella conces-

(4) Del Punta R., *op. cit.*, p. 260.

(5) Napoli M., voce *Licenziamenti*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, vol. IX, Torino, Utet, 1993, p. 96; Carabelli U., *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, pp. 225 ss., qui p. 270; nello stesso senso Ventura L., voce *Licenziamenti collettivi*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, p. 12 dell'estratto, in riferimento alla distinzione, fondata dalla giurisprudenza precedente alla legge n. 223/1991 sui medesimi motivi, tra licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo.

(6) Del Punta R., *op. cit.*, p. 271.

sione dell'intervento straordinario» (7), interesse che fonda la rilevanza sociale anche di un solo licenziamento e che impone, di conseguenza, l'osservanza di una disciplina specifica.

In altre parole, si deve ritenere che l'ipotesi prevista dall'art. 4 deroghi alla fattispecie generale dell'art. 24 per quel che riguarda i limiti numerici e temporali (8), ma non per quanto attiene al requisito causale. Tale conclusione trova la sua giustificazione nel fatto che, con la richiesta di Cigs, l'impresa ha manifestato la propria convinzione che la situazione di crisi in cui versava potesse essere risolta senza ricorrere a licenziamenti – che senso avrebbe altrimenti la disposizione secondo la quale «al termine del periodo di integrazione i lavoratori rientrano in azienda»? –, e tale convinzione ha ricevuto l'avallo del Cipi con l'approvazione del relativo programma e la concessione dell'integrazione salariale (9).

Con l'imposizione dell'obbligo di osservanza della procedura anche nell'ipotesi di un solo lavoratore, nonché con l'aggravio dei costi nel caso di tardiva apertura della medesima procedura, il legislatore intende con tutta evidenza segnalare che la Cigs deve riprendersi quella che era la sua configurazione originaria, di sostegno alle imprese in situazioni *reversibili* di crisi (10).

Non si può negare che la norma dell'art. 4 sia coerente con il disegno di fondo della legge n. 223/1991 (11), che riserva la Cigs a imprese per le quali si intravedono serie prospettive di ripresa e prevede l'istituto della mobilità interaziendale del lavoro, in veste rinnovata, per i casi in cui la «riduzione o trasformazione di attività o di lavoro» è effettiva ovvero la cessazione di attività definitiva.

Non è, pertanto, necessario negare che esista un'unica fattispecie di licenziamento collettivo per spiegare l'esistenza, all'interno del nostro si-

(7) D'Antona M., «Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della legge n. 223/1991, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2031.

(8) Napoli M., *op. cit.*, p. 96; Liso F., *op. cit.*, n. 22, p. 7; in termini simili Mazzotta O., *I licenziamenti. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 614; Pivetti M., *Alcune osservazioni su licenziamenti collettivi e mobilità nella legge n. 223 del 1991*, in *q. Riv.*, 1993, I, p. 52.

(9) In tal senso Magnani M., *Cassa integrazione, licenziamenti collettivi, mobilità: il quadro generale della riforma*, in *Lav. dir.*, 1992, pp. 691 ss., qui p. 698; Liso F., *La nuova legge sul mercato del lavoro: un primo commento*, in *Lav. inf.*, 1991, nn. 17-24, qui n. 22, p. 7.

(10) L'osservazione è comune a tutti i commentatori della legge n. 223/1991. V., ad esempio, Ferraro G., *Le integrazioni salariali*, in Ferraro G., Mazziotti F., Santoni F. (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro. Commento sistematico alla legge n. 223/1991*, Napoli, Jovene, 1992, pp. 3 ss.; Liso F., *op. cit.*, n. 17, p. 10; recentemente Carabelli U., *op. cit.*, p. 225.

(11) Almeno con quello originario, poi via via snaturato dal succedersi di innumerevoli decreti «correttivi»: sul punto v. Miscione M., *Cassa integrazione guadagni e mobilità*, in *Dir. prat. lav.*, Inserto al n. 44/1993, p. III; Zoli C., *Licenziamenti collettivi e strutture alternative*, *ibidem*, p. XIII, sottolinea tuttavia che non vi è stata «un'autentica controriforma», perché è rimasto inalterato l'impianto strutturale della legge e perché i correttivi sono caratterizzati dalla provvisorietà.

stema, di un'ipotesi come quella delineata dall'art. 4, legge n. 223/1991 (12). Se si ricostruisce la fattispecie «licenziamento collettivo» come presupposto di applicabilità di una speciale disciplina procedurale (13), e non come autonoma fattispecie di giustificazione del licenziamento (14), allora ben si comprende come la stessa disciplina possa essere applicata anche in altre ipotesi delle quali il legislatore riconosce la particolare rilevanza sociale. Una situazione del tutto analoga è prevista dall'art. legge n. 321-2, al. 4, del *Code du travail* francese: nel caso in cui nell'arco di tre mesi l'impresa con più di 50 dipendenti abbia intimato più di dieci licenziamenti per motivi economici, senza che sia mai stata superata la soglia di 10 licenziamenti in 30 giorni necessaria per l'applicabilità della disciplina procedurale propria del *grand licenciement collectif*, ogni nuovo licenziamento per motivi economici previsto nei tre mesi successivi richiederà lo svolgimento della procedura sopraddetta. Secondo la dottrina, in tale ipotesi si verifica una riqualificazione del licenziamento (15): quello che in sé è un licenziamento individuale diviene collettivo, in ragione di una preesistente situazione di cui il legislatore ha valutato a priori la rilevanza sociale, ai fini dell'applicabilità della disciplina speciale prevista per i *grands licenciements collectifs*.

Al di là della differenza dei presupposti, sembra che lo stesso discorso possa valere anche per l'ipotesi di riduzione di personale intervenuta nell'ambito di un periodo di Cigs. D'altra parte, anche quella dottrina che si preoccupa di trovare qualche elemento distintivo delle due ipotesi deve poi concludere che, agli effetti della disciplina applicabile, tale distinzione è pressoché inutile (16), non conducendo ad alcuna rilevante differenza sostanziale.

2. — *Licenziamento collettivo e licenziamento per giustificato motivo oggettivo.* — L'introduzione di una definizione legale di licenziamento per riduzione di personale non ha affatto sopito l'ormai antica questione rela-

(12) Parla di «ipotesi di carattere speciale» Carabelli U., *op. cit.*, p. 238.

(13) In tal senso Pessi R., *Commento all'art. 4*, in *Commentario alla legge n. 223/1991* diretto da M. Persiani, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 914.

(14) Individuano nelle previsioni degli artt. 4, comma 1, e 24 due «diverse fattispecie di giustificazione del recesso» Spagnuolo Vigorita L., Guaglione L., Scarpelli F., *Commento all'art. 24*, in *Commentario alla legge n. 223/1991* diretto da M. Persiani, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 1098, sia pure sulla base di un *iter* argomentativo simile a quello seguito *supra*.

(15) Si v. Jeammaud A., *Le licenciement*, Paris, Dalloz, 1993, p. 100.

(16) D'Antona M., *I licenziamenti per riduzione di personale nella legge n. 223/1991*, in *D&L*, 1992, p. 319; Montuschi L., *Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla legge n. 223 del 23 luglio 1991*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, p. 430; Mora A.L., *Commento all'art. 11, legge n. 604/1966*, in Galantino L. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 196, ammette l'«omogeneità sostanziale tra le due tipologie di recesso» ma sostiene che «sul piano classificatorio vanno però distinti i licenziamenti «per eccedenza» da quelli «collettivi».

tiva alla distinzione fra quest'ultimo e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, anzi, è servita a ridarle nuova linfa. Detta questione si è posta in termini già noti, poiché la legge n. 223/1991 ha codificato la dizione dell'accordo interconfederale del 1965, ma con obbiettivi opposti: se infatti lo scopo (dichiarato o meno) della giurisprudenza precedente era quello di attrarre il maggior numero possibile di licenziamenti sotto le ali protettrici della legge n. 604/1966, oggi la distinzione serve a escludere l'applicazione della particolare disciplina procedurale prevista dalla legge n. 223/1991 (17) pur quando ricorrano i presupposti numerico-temporali previsti dall'art. 24.

La dottrina, sia pure con alcune sfumature, pare ormai orientata a ritenere che vi sia perfetta identità tra il giustificato motivo oggettivo e il presupposto causale del licenziamento collettivo (18), cosa che in realtà veniva sostenuta anche nel vigore della precedente disciplina (19).

Com'è noto, stante la pilatesca dizione dell'art. 11, cpv., della legge n. 604/1966, la giurisprudenza si era ingegnata a costruire un'autonoma nozione di licenziamento collettivo, ricavandola di volta in volta dallo svolgimento della procedura sindacale (20), dalla necessità di un effettivo ridimensionamento strutturale dell'impresa (21), nonché dalla non immediata identificabilità dei lavoratori licenziandi (22).

In tempi recenti, la stessa giurisprudenza aveva incluso nella nozione di licenziamenti cd. tecnologici, ovvero quelli per i quali manca un ridimensionamento strutturale o una riduzione di attività (23), nei quali sono da ricomprendersi anche i licenziamenti dovuti alla necessità di sostituire la manodopera impiegata con altra dotata di diversa professionalità (24).

Del tutto consolidato, inoltre, era l'orientamento secondo il quale nel ca-

(17) V., ad esempio Trib. Milano 16 marzo 1994, in *Orient. giur. lav.*, 1994, pp. 98 ss. Si avrà modo di tornare in seguito su tale pronuncia, in particolare circa l'utilizzazione del criterio dell'unicità causale.

(18) V., in particolare, Carabelli U., *op. cit.*, pp. 259 ss.; Napoli M., *op. cit.*, p. 95; Del Punta R., *op. cit.*, p. 287 parla di «larga affinità di contenuto»; ammette l'identità causale, ma conclude per l'irrilevanza dei motivi nel caso di licenziamento collettivo per riduzione di personale D'Antona M., *Commento all'art. 5*, in *Commentario alla legge n. 223/1991* diretto da M. Persiani, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, pp. 923 ss., spec. p. 927; nello stesso senso Lunardon F., *op. cit.*, p. 15.

(19) Si v. Napoli M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, Angeli, 1980, pp. 273 ss.; Vergari S., *Licenziamenti per riduzione di personale e licenziamenti per motivi oggettivi: due nozioni da riunificare*, in *Lav. dir.*, 1991, p. 57 ss.

(20) Cass., Ss.Uu., 18 ottobre 1982, n. 5396, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, p. 483.

(21) Cass. 18 dicembre 1984, n. 6618, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, pp. 701 ss.

(22) Cass. 18 dicembre 1984, n. 6618, *cit.*; per un'accurata rassegna delle diverse posizioni giurisprudenziali si veda la raccolta di Brollo M., *Repertorio di giurisprudenza e materiali*, vol. II del commentario a cura di F. Carinci, *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, Jovene, 1991, pp. 1993 ss.

(23) V., ad esempio, Cass. 24 aprile 1991, n. 4556, in *Mass. giust. civ.*, 1991, voce *Lavoro (rapporto di)*, fasc. 4.

(24) Si v. Cass. 7 settembre 1993, n. 9386, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, pp. 373 ss., con nota di Manganiello E., *Dequalificazione consensuale e interessi prevalenti*, e il com-

so di cessazione dell'attività dell'impresa non si trattava di licenziamento collettivo, ma di licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo (25).

La ricostruzione giurisprudenziale secondo la quale il licenziamento collettivo doveva considerarsi autonoma fattispecie di recesso qualificata dal motivo (26) ha finito ben presto per mostrare tutti i suoi limiti, proprio perché non riusciva a essere, a ben vedere, coerente con se stessa. Infatti, di fronte ad un licenziamento collettivo ingiustificato, oppure per il quale non era stata seguita l'apposita procedura, i giudici non hanno saputo trovare sanzioni adeguate (27), inventando così l'ibrida figura dei licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo nei quali detto licenziamento, come per magia, veniva «convertito», e finendo per applicare proprio quella legge n. 604/1966 il cui art. 11 proclamava solennemente l'esclusione della materia dei licenziamenti per riduzione di personale.

L'abbaglio era evidente: ammettere che una sola causa giustificativa potesse sorreggere più licenziamenti significava, al di là delle distinzioni invocate, che il licenziamento collettivo era la stessa cosa dei licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo. L'utilizzazione (distorta) dell'istituto della conversione serviva in definitiva alla giurisprudenza per far rientrare dalla finestra quello che era uscito dalla porta: l'applicabilità della legge n. 604/1966 e dell'art. 18 Stat. lav. al caso di carenza dei presupposti sostanziali. Intento, tutto sommato, lodevole, ma che scontava il difetto di lasciare pur sempre la cd. fattispecie autonoma fuori dal sistema di stabilità del posto di lavoro disegnato dal legislatore, in nome di una pretesa insindacabilità delle scelte imprenditoriali relative alle dimensioni ottimali dell'organizzazione produttiva.

Si vedrà più avanti come una siffatta posizione non trovi alcun riscontro in ordinamenti, quali la Francia e la Germania, che hanno una disciplina dei licenziamenti per motivi economici del tutto simile a quella italiana, sia precedente che successiva alla legge n. 223/1991. Per il momento è

mento di Alessi C., *Modifica delle mansioni e ristrutturazione aziendale*, in *Dir. prat. lav.*, 1994, pp. 464 ss.

(25) V., ad esempio, Cass. 18 agosto 1982, n. 4637, in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 467; Cass. 24 ottobre 1986, n. 6236, in *Rep. foro It.*, 1986, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 2213; Cass. 29 gennaio 1988, n. 796, in *Foro it.*, 1989, I, c. 3184.

(26) Secondo la ben nota definizione della Cass., Ss.Uu., 27 febbraio 1979, n. 1270, in *Riv. giur. lav.*, 1979, II, p. 27.

(27) Salvo in quei casi in cui si è fatta applicazione delle regole di diritto comune, e in particolare della disciplina del recesso unilaterale dal contratto ex art. 1373 cod. civ., nonché degli artt. 1256 e 1343 cod. civ.: si veda Trib. Firenze 18 luglio 1991, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, pp. 477 ss., con nota di Marino V., *Licenziamento collettivo «falso» e sanzioni applicabili*; la sentenza, qui non condivisa quanto alle conclusioni, è interessante per la critica rivolta alla cd. conversione del licenziamento, là dove esattamente osserva che «non si pone mai un problema di conversione tra licenziamento collettivo e licenziamento individuale, ma unicamente un problema di esatta individuazione della (asserita esistente) facoltà effettivamente esercitata tra le due ipotizzabili ma contrapposte» in quanto si verificherebbe una «strana conversione (sottintesa) di un negozio nullo in un altro negozio invalido (solo affermandosi la validità del licenziamento individuale si può dire applicato al licenziamento collettivo nullo il disposto dell'art. 1423 cod. civ.)».

sufficiente osservare come la strenua difesa della autonomia della fattispecie abbia condotto la giurisprudenza a risultati a dir poco sorprendenti. Uno degli elementi distintivi più utilizzati è stato infatti quello secondo cui nel caso del licenziamento collettivo il potere del datore di lavoro si indirizza verso un certo numero di lavoratori non immediatamente identificabili, mentre nel caso di licenziamento (anche plurimo) per giustificato motivo oggettivo le esigenze aziendali individuerebbero immediatamente il posto (o i posti) di lavoro da sopprimere (28). La distinzione è, in realtà, priva di ogni fondamento logico (29): anche nel caso del licenziamento collettivo le esigenze dell'impresa servono a individuare i lavoratori in esubero, sia pure non nominativamente, ma in relazione alle posizioni professionali investite dalla ristrutturazione aziendale (30).

Solo che, in questo caso, la selezione del datore di lavoro è filtrata attraverso i criteri di scelta che impongono di considerare, accanto alle esigenze suddette, altri elementi che inevitabilmente ampliano lo spettro delle soluzioni possibili. D'altra parte, che nell'ipotesi di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo non necessariamente sia identificabile immediatamente il lavoratore da licenziare è evidente qualora si tratti di una posizione lavorativa fungibile (31), e si desume altresì dal fatto che, comunque, la giurisprudenza richiede che la scelta avvenga in base ai consueti canoni di buona fede e di correttezza ex artt. 1175 e 1375 cod. civ., essendo espressione di detti canoni la richiesta congruità tra la decisione imprenditoriale e il licenziamento del singolo lavoratore (32).

La scarsa idoneità qualificatoria del criterio qui criticato è dunque di

(28) Cass. 18 dicembre 1984, n. 6618, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 701.

(29) Parla di distinzione «del tutto evanescente» Garofalo M.G., *Eccedenze di personale e conflitto: profili giuridici*, in Aidlass, *Licenziamenti collettivi e mobilità*, cit., p. 44.

(30) *Contra* Vallebona A., *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale*, in *Mass. giur. lav.*, 1992, p. 429.

(31) Nell'ordinamento francese è la stessa legge a richiedere l'applicazione dei criteri di scelta anche al caso di licenziamento individuale per motivi economici (art. L. 321-1-1, al. 3, *Code du Travail*); in Italia, l'esigenza del rispetto dei criteri di scelta anche nel caso di licenziamento individuale è sostenuta da chi riconosce che a essi è sotteso «un principio comune alle due discipline» (D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, p. 928) e da chi sottolinea che i suddetti criteri «trovano la loro ragion d'essere nella particolare natura della decisione imprenditoriale, comune ai due casi - la quale è all'origine del licenziamento di una parte del personale, ma è di per sé insensibile alla specifica dimensione soggettiva del problema, cioè l'individuazione concreta dei lavoratori da licenziare - e non certo negli altri requisiti che tipizzano la fattispecie del licenziamento per riduzione di personale rispetto a quella del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» (Carabelli U., *op. cit.*, p. 264). Nello stesso senso si v. anche Del Punta R., *op. cit.*, p. 382. Pur non condividendosi le conclusioni circa l'applicabilità analogica dei criteri di scelta anche nel caso del licenziamento individuale, per le ragioni che saranno compiutamente esaminate *infra*, non si può non notare come le opinioni suesposte colgano nel segno quando sottolineano la perfetta uniformità, sotto questo profilo, tra le due situazioni.

(32) Cass. 21 giugno 1985, n. 3752, in *Giust. civ.*, 1986, II, p. 467; Cass. 6 dicembre 1985, n. 6158, in *q. Riv.* 1987, II, p. 80; da ultimo Cass. 22 gennaio 1994, n. 599, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1300 ss. con nota di Chiacchieroni A., *Licenziamenti collettivi: Vecchie problematiche alla luce della nuova disciplina*.

tutta evidenza, e se in un primo momento la giurisprudenza si è vista costretta ad abbandonare le armi e ad affermare che spetta al datore di lavoro decidere se procedere ad un licenziamento collettivo ovvero a più licenziamenti per giustificato motivo oggettivo (33), più recentemente sembra orientarsi verso una revisione dello stesso criterio nel senso sostenuto in queste pagine (34).

È bene però avvertire che in giurisprudenza e, in forme più o meno sfumate, anche in dottrina, si sta riaffacciando, sia pure sotto le mentite spoglie dell'unicità causale, il medesimo criterio, e ciò sempre allo scopo di trovare un elemento distintivo purchessia tra licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo, quando di quest'ultimo ricorrono i presupposti numerico-temporali.

Una recente sentenza del Tribunale di Milano, in un caso in cui erano stati intimati 6 licenziamenti per giustificato motivo oggettivo in meno di 120 giorni, ha ritenuto infatti insussistente la fattispecie «licenziamento collettivo per riduzione di personale» per difetto del requisito dell'unicità causale (35). Secondo il Tribunale, la diminuzione del numero dei cavalli affidati alle cure del Centro, prevista espressamente dal contratto collettivo quale giustificato motivo oggettivo di licenziamento, non integrava un'ipotesi di «ridimensionamento unitario, dovuto nella sua interezza e nel suo divenire ad una causa unica», talché «ogni ritiro o gruppo di ritiri ha proprie autonome motivazioni, proprie autonome cause, del tutto distinte dagli altri». Il che equivale a dire che una riduzione di attività, perché di questo si tratta (36), purchè si verifichi gradualmente, consente una gestione individualizzata delle eccedenze di personale, in relazione a ogni singola diminuzione, poiché «diversamente argomentando [...] si arriverebbe al paradosso per cui la legittimità di un licenziamento andrebbe affermata in base a circostanze non conosciute e non conoscibili da parte dell'imprenditore». Se ci si è dilungati nella descrizione del ragionamento seguito dalla Corte in questo caso particolare è perché i principi ivi affermati costituiscono un pericoloso ritorno verso la tesi della libertà dell'im-

(33) La stupefacente conclusione si trova in Cass. 2 settembre 1986, n. 5384, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, p. 593.

(34) Si v. in particolare Cass. 4 marzo 1993, n. 2595, in *Repertorio di Giurisprudenza del Lavoro*, a cura di Pacifico M. e Pacifico E., luglio 1992-giugno 1993, Milano, Giuffrè, p. 303, in particolare dove precisa che «il nesso può configurarsi non tra il motivo e la soppressione di un determinato posto di lavoro, ma tra il motivo e la soppressione dell'uno o dell'altro, indifferentemente, tra più posti di lavoro».

(35) V. Trib. Milano, 16 marzo 1994, *cit.* Il caso all'esame dei giudici riguardava un centro di addestramento per cavalli da corsa che, a seguito del ritiro di un certo numero di cavalli da parte dei proprietari, aveva intimato il licenziamento ad alcuni artieri, secondo la proporzione 3 cavalli per 1 artiere fissata dal contratto collettivo applicabile. Uno dei lavoratori (per srongia della sorte tale Galloppo) ha impugnato il licenziamento lamentando il mancato svolgimento della procedura sindacale e il conseguente mancato rispetto dei criteri di scelta.

(36) Non si vede infatti la differenza con la riduzione di attività di qualunque altra impresa avente un diverso oggetto.

prenditore di scegliere la via dei licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo ovvero quella del licenziamento collettivo.

Infatti, liberare il datore di lavoro dall'obbligo di osservanza della procedura sul presupposto che, all'epoca del primo licenziamento, non intendeva effettuarne altri significa dare una valorizzazione estrema all'elemento psicologico-volitivo che la legge n. 223/1991 ha senz'altro escluso (37). Se vi sono stati 5 licenziamenti per motivi oggettivi nell'arco temporale di cui all'art. 24, a nulla vale sostenere che non si era prevista tale evenienza (38), specie quando al datore di lavoro viene addossato un ben preciso onere previsionale (39).

Quanto poi alla pretesa autonomia della causa di ogni singolo licenziamento, occorre sottolineare che è l'operazione di riduzione nel suo complesso che va valutata (40), operazione all'interno della quale si iscrive il recesso intimato. Appare infatti di tutta evidenza che qualunque riduzione o trasformazione di attività o di lavoro è in astratto scomponibile in segmenti ai quali sono riconducibili uno o più licenziamenti (si pensi alla perdita di più commesse, o alla soppressione di alcuni impianti ecc.). La legge, tuttavia, impone di considerare quale causa giustificatrice dei licenziamenti la complessiva riduzione di attività che unifica i diversi segmenti. In caso contrario si rischia di ricadere nell'equivoco della giurisprudenza più sopra criticata di lasciare, ancora una volta, alla ricostruzione della volontà del datore di lavoro il compito di individuare la fattispecie applicabile. Ma si rischia anche, e soprattutto, di far coincidere la soppressione del posto di lavoro con la causa giustificatrice del licenziamento, confondendo così due profili che sono da tenere nettamente distinti. L'elemento causale della fattispecie «licenziamento per riduzione di personale» è la riduzione o trasformazione di attività o di lavoro: la soppressione del posto di lavoro è effetto del licenziamento, e mai causa dello stesso (41). Ragionando diversamente si finirebbe per dire che il licenziamento è giustificato dal fatto che il posto di lavoro è stato eliminato, seguendo un *iter* logico degno di Monsieur de La Palisse ma, purtroppo, non del tutto sconosciuto alla nostra giurisprudenza (42).

Una conferma della correttezza dell'impostazione delineata viene dall'analisi dell'ordinamento francese: l'art. L. 321-1 *Code du travail* contie-

(37) Del Punta R., *op. cit.*, p. 283.

(38) Cosa che in realtà fa la sentenza in esame, trascurando del tutto il dato, già di per sé decisivo, che all'epoca in cui è stato intimato il primo licenziamento erano già presenti i presupposti, a voler seguire la previsione del contratto collettivo, per il licenziamento di 5 lavoratori.

(39) V. la ricostruzione di Spagnuolo Vigorita L., Guaglione L., Scarpelli F., *op. cit.*, pp. 1103 ss.

(40) Si v. D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, p. 923.

(41) Sul punto si v. Napoli M., *La stabilità...*, *cit.*, pp. 312 ss.

(42) Parla di «identificazione quasi tautologica del presupposto del licenziamento collettivo in una riduzione stabile ed effettiva dell'attività produttiva» Del Punta R., *I licenziamenti per riduzione di personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, in *Lav. dir.*, 1994, p. 120 e *ivi* ulteriori riferimenti.

ne infatti una definizione di licenziamento per motivi economici che chiarisce perfettamente il rapporto soppressione del posto di lavoro/motivo del licenziamento. Secondo la norma citata il licenziamento è per motivi economici quando viene intimato «per uno o più motivi non inerenti alla persona del lavoratore e risulta da una soppressione o trasformazione di impiego o da una modifica sostanziale del contratto di lavoro *consequenti*, in particolare, a difficoltà economiche o a trasformazioni tecnologiche». In dottrina è stato immediatamente rilevato come una simile dizione individui nelle difficoltà economiche o nelle trasformazioni tecnologiche la *cause initiale* del licenziamento (43), cui consegue la *suppression ou transformation d'emploi* (44).

La giurisprudenza ha inoltre sottolineato come il licenziamento possa non essere giustificato, anche se il posto di lavoro è stato effettivamente soppresso, quando manchino i presupposti fissati dalla legge, cioè le difficoltà economiche o le trasformazioni tecnologiche (45), con ciò ponendo in rilievo la differenza che intercorre tra l'accertamento della *réalité* del motivo e quello del *sérieux* dello stesso (46). In definitiva, secondo questa impostazione, il giudice può trarre dall'effettiva soppressione del posto di lavoro solo un indizio circa la sussistenza del motivo economico invocato dal datore di lavoro (47), dovendo prima di tutto verificare se le ragioni addotte per giustificare il licenziamento sono fondate, sono cioè tanto gravi da far prevalere l'interesse dell'imprenditore ad una corretta gestione dell'impresa rispetto all'interesse, parimenti meritevole di tutela, del lavoratore alla stabilità del proprio posto di lavoro (48).

L'impossibilità di trovare all'interno dei motivi del licenziamento un valido criterio qualificatorio al quale legare l'autonomia della fattispecie «licenziamento collettivo» ha condotto la giurisprudenza a battere altre strade, svalutando del tutto l'elemento causale e assumendo a elemento costitutivo della fattispecie lo svolgimento della procedura sindacale (49),

(43) Si v. Verdier M., *Droit du travail*, 9^a ed., Parigi, Dalloz, 1990, p. 288.

(44) Laborde J.P., *La cause économique du licenciement*, in *Dr. Soc.*, 1992, p. 774.

(45) Cass., Chambre Sociale, 5 maggio 1993 e 7 aprile 1993, entrambe in *Dr. Soc.*, 1993, pp. 601 ss.

(46) Per una corretta analisi dei due profili si v. Laborde J.P., *op. cit.*, p. 778; Jeammaud A., *Le licenciement*, *cit.*, pp. 122 ss.

(47) Così, ad esempio, Carre S., *Le contrôle prud'homale de la légitimité des licenciements économiques*, in *Dr. Soc.*, 1993, pp. 859 ss., qui p. 860.

(48) Sottolineano l'esigenza che il giudice compia un bilanciamento dei due interessi Mallet L., Teyssier F., *Sureffectif et licenciement économique*, in *Dr. Soc.*, 1992, pp. 348 ss., qui p. 355.

(49) Cass. 24 aprile 1991, n. 4556, in *Mass. giust. civ.*, 1991, voce *Lavoro (rapporto di)*, fasc. 4, nella quale si può leggere un'affermazione che merita di essere segnalata: «in ipotesi di più licenziamenti di singoli lavoratori, riconducibili ad un ridimensionamento dell'attività economica d'impresa, tali recessi, ove non si riscontrino gli elementi (presupposti e procedure) legittimanti il ricorso a un licenziamento collettivo, devono essere trattati alla stregua della *residuale disciplina di cui alla legge n. 604 del 1966*» (corsivo di chi scrive); Cass., Ss.Uu. 18 ottobre 1982, n. 5396, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, p. 482, secondo la quale «l'esclusione degli estremi del licenziamento collettivo per riduzione di

confortata in tale orientamento anche da una parte della dottrina (50).

In quella prospettiva il datore di lavoro, a fronte di una ristrutturazione o riorganizzazione dell'impresa, poteva scegliere se ricorrere a licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo o al licenziamento collettivo; nel secondo caso «la tutela della conservazione del posto di lavoro si colloca ad un livello superindividuale, e resta affidata interamente ad un meccanismo di mediazione sindacale e/o politica istituzionalmente alternativo e ininterferente rispetto a quello della conservazione del posto di lavoro in un regime di stabilità».

Anche secondo questa ricostruzione, la mancata osservanza della procedura conduceva alla conversione del licenziamento collettivo in licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo, con il conseguente assoggettamento degli stessi alla disciplina della legge n. 604/1966 e, quindi, al pieno controllo del giudice sulla sussistenza dei presupposti sostanziali.

La tesi in esame presta il fianco a più di una critica: anzitutto, ancora una volta, il verificarsi della fattispecie dipende da una scelta del datore di lavoro, il quale può così affrancarsi dall'obbligo di osservanza della procedura semplicemente sostenendo di aver intimato i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo (51). Quel che è difficile da comprendere è la svalutazione del ruolo dell'accordo interconfederale, ridotto ad una sorta di amichevole consiglio circa la via, assolutamente facoltativa, da seguire per evitare il controllo giudiziale e le relative sanzioni (52). Per non dire, inoltre, che non è dato sapere quando la procedura possa considerarsi osservata: occorre un accordo, basta la comunicazione, è sufficiente il mero adempimento degli oneri di consultazione anche se svuotati di contenuto? La questione non è di poco conto, se si considera che, in quest'ottica, alla procedura sindacale viene attribuito il ruolo di precludere il controllo giudiziale.

La facoltatività di cui si è detto si traduce poi nell'inesistenza di sanzioni adeguate, salvo in alcuni casi sporadici in cui la giurisprudenza ha ritenuto che dall'inosservanza della procedura discendesse l'illegittimità del licenziamento, ma in quel caso al lavoratore spettava solo il risarcimento

personale deve essere in primo luogo ravvisata nel caso in cui – intimato il licenziamento dal datore di lavoro in base all'enunciazione secondo cui viene dato corso, per l'appunto, ad una riduzione di personale – non siano state osservate le regole sullo svolgimento (quale ne sia stato l'esito) delle procedure conciliative previste dagli accordi collettivi (o ne sia decorso inutilmente il relativo termine)».

(50) Magrini S., *Licenziamenti individuali e collettivi: separatezza e convergenza delle tutele*, in Aidlass, *Licenziamenti collettivi e mobilità*, *cit.*, pp. 1993 ss., spec. pp. 112 ss., per il quale «la sequenza procedimentale del licenziamento per riduzione di personale non è un mero requisito formale di una fattispecie che attinga altrove nozione e disciplina, ma identifica ed esaurisce la fattispecie in funzione costitutiva».

(51) V. le osservazioni di Vergari S., *op. cit.*, p. 74.

(52) Secondo Garofalo M.G., *op. cit.*, p. 45, «a questo punto il rispetto dell'accordo del 1965 è esplicitamente un mero *optional*: l'imprenditore è libero di non adempiere e, dunque, non è obbligato».

del danno «costituendo la suddetta violazione un inadempimento contrattuale» (53).

In secondo luogo, la funzione costitutiva della procedura non riusciva a spiegare la configurabilità della fattispecie del licenziamento collettivo anche nei settori non coperti dagli accordi interconfederali (54), configurabilità peraltro più volte asserita dalla giurisprudenza (55).

Probabilmente il maggior difetto dell'opinione criticata risiede nella confusione tra profili formali e sostanziali, nel disconoscere cioè che la procedura attiene alla forma di intimazione del licenziamento, e nel trascurare che la qualificazione della fattispecie deve necessariamente precedere l'individuazione della forma richiesta per la stessa. In caso contrario si può arrivare a dire che per stabilire, ad esempio, se un dato contratto sia unà vendita o una donazione occorre controllare quale forma è stata usata, o ancora che il licenziamento non è disciplinare se non è stata seguita la procedura ex art. 7 Stat. lav. (56).

Ma quel che convince meno è proprio il tipo di sanzione individuato per il caso di inosservanza della procedura, la faticosa conversione del licenziamento collettivo in licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo. Infatti, delle due l'una: o si ammette che la mancanza di un presupposto sostanziale conduce all'annullabilità dell'atto, come è nel diritto comune, oppure si deve concludere che licenziamento per giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo si differenziano solo per la procedura sindacale (come potrebbe altrimenti l'uno convertirsi nell'altro?) con le dovute conseguenze in relazione all'estensione del controllo giudiziale.

Oggi la funzione costitutiva della procedura sindacale non può essere sostenuta, data la chiarezza della legge n. 223/1991 sul punto: occorre senza dubbio individuare la fattispecie per verificare la necessità dell'osservanza della procedura sindacale, e ciò a maggior ragione anche a posteriori, essendo finalmente previste sanzioni adeguate in caso di inosservanza.

Ma poiché «accade spesso che una tradizione si mostri tanto più resi-

(53) Così Cass. 21 luglio 1983, n. 5042, in *Rep. foro it.*, 1983, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2610; in senso contrario, per l'applicazione dell'art. 18 Stat. lav., si v. Trib. Milano 15 dicembre 1982, in *Lav. prev. oggi*, 1983, p. 1410.

(54) Della mancanza dà atto lo stesso Magrini S., *op. cit.*, p. 114, il quale denuncia la relativa, e fino a quel momento non correggibile, zoppia del sistema con riguardo ai settori non industriali; per una critica a detta impostazione si v. Vergari S., *op. cit.*, pp. 70 ss.

(55) V., per tutte, Cass. 20 novembre 1986, n. 6832, in *Dir. prat. lav.*, 1987, p. 1214.

(56) È noto infatti che la qualificazione del licenziamento come disciplinare è il punto di partenza per stabilire se a un recesso vada applicata la procedura prevista dall'art. 7 Stat. lav., sicché una volta riconosciuto che «il datore di lavoro ha esercitato il suo potere di recedere dal rapporto in relazione ad una presunta mancanza del lavoratore, egli ha l'onere di esternare tale determinazione nelle forme previste dalla legge»: così Alessi C., *Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, n. 9, p. 125; in dottrina si v. inoltre Alleva P. G., Ballestro M. V., Vallebona A., *La Corte costituzionale e i licenziamenti disciplinari*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, pp. 133 ss.

stente e tenace quanto meno giustificabile essa risulta» (57), ecco che l'interpretazione sopra criticata tende a ripresentarsi, sia pure in forma riveduta e corretta, nell'opinione di una parte della dottrina che ritiene che la procedura esaurisca *in toto* la disciplina della fattispecie, e che di conseguenza i motivi dei licenziamenti siano irrilevanti ai fini della giustificazione degli stessi (58). In questa prospettiva, l'insussistenza delle ragioni giustificative addotte dal datore di lavoro verrebbe valutata alla stregua di qualunque altro onere procedurale, rendendo «ingiustificato il ricorso da parte dell'imprenditore alla procedura per riduzione di personale prevista dalla legge n. 223/1991» e risolvendosi nell'inefficacia dei licenziamenti intimati. Anche in questo caso non si può non notare qualche incongruenza della soluzione proposta: a ben vedere l'irrilevanza dei motivi è solo dichiarata, poiché si escogita un sistema per consentire il controllo da parte del giudice sulla fondatezza del licenziamento. Pare infatti che, se il requisito causale diviene elemento della procedura, il giudice dovrà verificarne l'esistenza per poter considerare la procedura stessa correttamente svolta, cosa che contrasta con l'affermazione dell'assoluta insindacabilità delle scelte imprenditoriali. A meno di ritenere, anche se solo per il caso in cui la procedura si concluda con l'accordo, che una volta esaurito positivamente il confronto sindacale il licenziamento collettivo goda di una sorta di presunzione *turis et de iure* di legittimità (59), peraltro costantemente esclusa dalla nostra giurisprudenza (60).

Ancora una volta, in definitiva, il problema nasce dalla riconosciuta mancanza di sanzioni adeguate per il caso di insussistenza dei presupposti sostanziali, profilo del quale la legge n. 223/1991 si disinteressa completamente (ma che non può considerarsi decisivo: si v. *infra*). Si conclude allora per l'irrilevanza dei motivi; ma poiché una tale ricostruzione significherebbe che, una volta esaurita la procedura, il licenziamento è *ad nutum*, ecco che il controllo della motivazione viene forzatamente fatto rientrare nella verifica della regolarità della procedura. Ciò equivale a smentire la premessa, perché i motivi diventano rilevanti proprio sul piano della giustificazione dei licenziamenti.

Neppure sembra corretta la riconduzione dell'invalidità derivante dall'accertata insussistenza dei presupposti sostanziali all'inefficacia, anche

(57) Twain M., *Le avventure di Tom Sawyer*, Torino, Einaudi, 1994, p. 38.

(58) Miscione M., *I licenziamenti...*, cit., pp. 341 ss.; D'Antona M., «Riduzione di personale...», cit., c. 2031; Lunardon F., *op. cit.*, pp. 14 ss.

(59) Così Marino V., *Licenziamento collettivo «falso» e sanzioni applicabili*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, pp. 487 ss., qui p. 491, il quale conclude per l'inammissibilità di «azioni individuali volte a rovesciare l'assetto acquisito in tale sede».

(60) La giurisprudenza prevalente ritiene infatti che il riconoscimento da parte del sindacato dell'esistenza delle obiettive esigenze aziendali che caratterizzano la fattispecie del licenziamento collettivo per riduzione di personale non esoneri il datore di lavoro dall'assolvimento del relativo onere probatorio, anche se «può essere utilizzato dal giudice per ritenere detto onere assolto in via di presunzione a norma dell'art. 2729 cod. civ.». Si v., per tutte, Cass. 8 aprile 1991, n. 3686, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 244; in dottrina, ad esempio, v. Ventura L., *Voce: Licenziamenti collettivi*, cit., p. 24.

solo per il fatto che ci si troverebbe di fronte ad un caso di inefficacia insanabile sconosciuto al nostro ordinamento: qualunque nuova procedura verrebbe infatti invalidata dalla mancanza dei presupposti già rilevata (61).

La segnalata incongruenza deriva dunque dalla non corretta assimilazione dei vizi sostanziali ai vizi formali: la violazione della procedura prescinde totalmente dall'esistenza o meno dei presupposti, esistenza che va valutata dopo aver accertato la regolarità formale dei licenziamenti intimati. Una simile ricostruzione è, fra l'altro, coerente con il sistema generale di tutela contro i licenziamenti illegittimi predisposto dal legislatore, nel quale la medesima sanzione (inefficacia) è comminata per il licenziamento individuale non intimato per iscritto (62). Ciò significa che la procedura può essere stata regolarmente seguita senza che il licenziamento collettivo debba considerarsi automaticamente giustificato. La distinzione tra i due profili era chiara a quella giurisprudenza che ammetteva l'impugnazione del licenziamento da parte del singolo lavoratore «anche quando sia stata osservata la procedura conciliativa di cui all'accordo 5 maggio 1965 [...] e pur se la stessa abbia avuto esito positivo» (63).

Si è cercato di chiarire in precedenza che addurre un motivo economico al fine di giustificare il licenziamento non significa ancora che il motivo sia fondato; si può ora aggiungere che la comunicazione di detto motivo alle rappresentanze sindacali può essere corretta, anche nel caso in cui il licenziamento collettivo non è giustificato. Si pensi, ad esempio, al caso in cui i licenziamenti vengano intimati in seguito ad una temporanea fluttuazione del mercato: qui il motivo economico esiste, ed è effettivo, ma la giurisprudenza non lo ha ritenuto sufficiente ai fini della giustificazione del licenziamento collettivo (64). In una simile ipotesi, l'eventuale comunicazione del motivo alle rsa non può affatto considerarsi viziata, e la procedura che ad essa consegue è senza dubbio regolarmente svolta. La distinzione tra controllo sulla regolarità procedurale e controllo sulla fondatezza dei motivi di licenziamento è peraltro chiara nell'ordinamento francese, nel quale sono anche previste sanzioni diverse a seconda che si incorra in un vizio formale o sostanziale (65), in base all'esatto presupposto che sia necessario procedere in primo luogo alla qualificazione del licenziamento come economico, al fine di individuare la disciplina particolare a esso applicabile, e in secondo luogo alla verifica del carattere *réel* e *sérieux* del motivo invocato (66). È proprio la distinzione tra i due profili che permette, nel sistema francese, di cumulare le sanzioni (pecuniarie)

(61) Del Punta R., *I licenziamenti per riduzione di personale...*, cit., p. 145, segnala la stranezza della figura del licenziamento inefficace «per osservanza» della procedura.

(62) Così Marino V., *op. cit.*, p. 489; Napoli M., voce *Licenziamenti*, cit., p. 99.

(63) Cass. 22 dicembre 1977, n. 4723, in q. *Riv.*, 1977, II, p. 79.

(64) V. Cass. 9 giugno 1989, n. 2814, in q. *Riv.*, 1989, II, p. 231.

(65) Per un'esauriente ricostruzione dell'oggetto del controllo del giudice si v. Normand J., *Le contentieux, nouvelles perspectives*, in *Dr. Soc.*, 1987, pp. 259 ss.

(66) Così Verdier J. M., *op. cit.*, p. 300, il quale precisa che il giudice «doit vérifier la réalité du motif invoqué, sans laquelle il est impossible d'opérer la qualification de li-

nel caso di concorso di vizi formali e sostanziali (67), cosa che, evidentemente, non sarebbe possibile qualora i secondi si risolvessero nei primi. Tale possibilità di cumulo non trova riscontro nel nostro ordinamento per la particolarità della sanzione dell'inefficacia: una volta accertata un'irregolarità procedurale non vi è spazio per la verifica della fondatezza del motivo addotto, perché l'inefficacia inibisce la produzione di effetti del licenziamento intimato (68). Ciò non toglie, tuttavia, che l'indagine volta all'accertamento della ricorrenza dei presupposti sostanziali ha ragion d'essere sia quando la procedura è stata correttamente seguita *ab origine*, sia quando eventuali irregolarità formali siano state successivamente sanate.

3. — *Una proposta interpretativa* — Come si è visto, non pare possibile trovare validi elementi qualificatori che servano a distinguere il presupposto sostanziale del licenziamento collettivo dal giustificato motivo oggettivo descritto dall'art. 3, legge n. 604/1966, né si è ritenuto coerente con il sistema di stabilità del posto di lavoro affidare alla sola procedura l'intera disciplina della fattispecie. Resta ora da chiedersi quali conseguenze possano trarsi dalle considerazioni svolte e cioè, in particolare, quale significato abbia la previsione dell'art. 24, legge n. 223/1991, quali poteri abbia il giudice nell'accertamento della sussistenza dei presupposti sostanziali e, infine, quali siano le conseguenze della carenza dei citati presupposti.

È dato per scontato, in dottrina, che la definizione dell'art. 24, legge n. 223/1991, del presupposto sostanziale del licenziamento collettivo (riduzione o trasformazione di attività o di lavoro) copra ogni possibile ragione inerente «all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», e pertanto coincida perfettamente con l'area del giustificato motivo oggettivo di licenziamento (69). Non osta a una simile conclusione il fatto che, in realtà, il giustificato motivo oggettivo comprende anche evenienze quali l'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a eccessiva morbilità, alla carcerazione preventiva ecc., solo che si tenga conto che la definizione richiamata è figlia della direttiva Cee n. 75/129, la quale precisa che è licenziamento collettivo quello intimato per «motivi non *inerenti* alla persona del lavoratore». A ben guardare, infatti, le evenienze integranti l'impossibilità sopravvenuta identificano

cenciement économique et de déterminer si les règles qui lui sont particulières (procédure) doivent être respectées. Donc vérifier qu'il existe (réorganisation, baisse d'activité, etc.) et qu'il est exact (véritable cause des licenciements)».

(67) Jeammaud A., *Le licenciement*, cit., p. 120.

(68) V. la ricostruzione di Napoli M., *La stabilità...*, cit., pp. 20 ss.

(69) Napoli M., voce *Licenziamenti*, cit., p. 96; Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 287; Carabelli U., *op. cit.*, p. 260; Mazziotti F., *Riduzione di personale e messa in mobilità*, in Ferraro G., Mazziotti F., Santoni F., *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, Jovene, 1991, pp. 95 ss., qui p. 108; Pivetti M., *op. cit.*, p. 52; De Marchis C., *I licenziamenti collettivi (vecchi e nuovi)*, in q. *Riv.*, 1993, II, p. 47.

motivi inerenti alla persona del lavoratore, per i quali il giustificato motivo oggettivo funziona esclusivamente quale criterio di valutazione della permanenza dell'interesse del creditore alla prestazione lavorativa (70). Ma quand'anche si volesse continuare a dire che vi sono casi, come quelli citati, di giustificato motivo oggettivo che non possono essere assunti a presupposti causali del licenziamento collettivo, ciò non significherebbe affatto che la riduzione di personale possa considerarsi un'autonoma causa di giustificazione, rimanendo comunque «l'ipotesi socialmente più rilevante di giustificato motivo oggettivo» (71). La definizione più corretta, da questo punto di vista, sembra essere quella dell'art. 4, legge n. 236/1993, che prevede l'iscrizione nelle liste di mobilità per i lavoratori licenziati da imprese occupanti anche meno di 15 dipendenti per *giustificato motivo oggettivo connesso a riduzione, trasformazione o cessazione di attività o di lavoro* (72), definizione che esattamente individua l'area, all'interno del giustificato motivo oggettivo, che può indifferentemente fornire la ragione giustificativa al licenziamento individuale o a quello collettivo.

La perfetta coincidenza del presupposto causale del licenziamento collettivo con il giustificato motivo oggettivo riconosciuta dalla dottrina maggioritaria avrebbe dovuto imporre una rimeditazione circa i rapporti intercorrenti tra licenziamento individuale e collettivo ovvero, più precisamente, tra la disciplina della legge n. 604/1966 e quella della legge n. 223/1991. L'approfondimento, tuttavia, non pare essere andato oltre la segnalazione dell'impossibilità di coordinamento tra le due normative, arenandosi ancora una volta nelle secche dell'art. 11, legge n. 604/1966, al quale il legislatore ha pensato bene di aggiungere il comma 5 dell'art. 24 con una lettera esattamente speculare (è il caso di dire che l'assassino ha voluto tornare sul luogo del delitto!).

Ancora una volta, dunque, la proclamata coincidenza (73) o la «larga affinità di contenuto» (74) con il giustificato motivo oggettivo non appare fiera di conseguenze sul piano della disciplina della fattispecie, affermandosi dai più la totale separatezza, l'ininterferenza delle due normative, e andando a cercare nel ricorso all'analogia (75) o al diritto comune (76) la soluzione ai problemi che la legge pare non voler risolvere espressamen-

(70) V. la puntuale ricostruzione di Napoli M., *La stabilità...*, cit., pp. 349 ss.; nello stesso senso Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 293.

(71) Così Napoli M., voce *Licenziamenti*, p. 96.

(72) Sulla portata della previsione v. Vergari S., *Licenziamenti per motivi oggettivi: nuovi spunti dal D.L. 10 marzo 1993*, n. 57, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, III, pp. 133 ss.; Napoli M., *Le nuove disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e mobilità*, in *q. Riv.*, 1994, I, pp. 181 ss.

(73) Carabelli U., *op. cit.*, pp. 260 ss.

(74) Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 287.

(75) Per l'analogia con la violazione dei criteri di scelta propendono Spagnuolo Vigorita L., Guaglione L., Scarpelli F., *op. cit.*, p. 1113; Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 378, auspica invece l'applicazione analogica dell'art. 18 Stat. lav. per l'analogia funzionale con l'art. 3, legge n. 604/1966.

(76) Carabelli U., *op. cit.*, p. 276.

te. Una simile resistenza ad ammettere la possibilità di coordinamento appare poco giustificata, quando dalla legge e, più precisamente, dalla sua derivazione comunitaria, nonché dall'esperienza internazionale è dato trarre qualche spunto che permetta di giungere a conclusioni diverse.

Si può infatti fondatamente ritenere che la legge n. 223/1991 si occupi esclusivamente dei profili procedurali della fattispecie, mentre i profili sostanziali del licenziamento quale atto risolutivo del singolo rapporto di lavoro debbano essere ricercati altrove, in quella che sembra essere la loro «sede naturale»: la legge n. 604/1966. La direttiva Cee sul punto è infatti chiarissima: essa risulta essere motivata da un lato dall'esigenza di «rafforzare la tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi» e dall'altro dalla constatazione che «sussistono differenze tra le disposizioni in vigore negli Stati membri per quanto riguarda le modalità e la procedura dei licenziamenti collettivi e le misure che possono attenuare per i lavoratori le conseguenze di tali licenziamenti». Una tutela, dunque, che va ad aggiungersi a quelle già esistenti negli Stati membri, e che è tutta giocata sulla procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali, disinteressandosi completamente dei limiti sostanziali di detti poteri (77). L'obiettivo, dichiarato esplicitamente nella successiva direttiva n. 92/56 (78), è semplicemente quello di «sviluppare l'informazione, la consultazione e la partecipazione dei lavoratori», secondo quanto previsto dalla Carta di Strasburgo del 1989 (art. 18).

In quella prospettiva, il licenziamento per motivi non inerenti alla persona del lavoratore che coinvolga un certo numero di lavoratori impone l'osservanza di una disciplina procedimentale particolare in ragione della rilevanza sociale degli effetti del provvedimento datoriale, fornendosi così una tutela ulteriore, aggiuntiva rispetto a quella ordinaria contro i licenziamenti illegittimi. Ora, se tale è la genesi, non si vede perché la legge n. 223/1991 dovrebbe essere letta diversamente, a maggior ragione quando il legislatore nulla ha aggiunto rispetto a quanto richiesto dalla direttiva. Si può, in altre parole, concludere che la fattispecie descritta dall'art. 24, legge n. 223/1991, non è che presupposto di applicazione della procedura di cui all'art. 4, comma 2-12.

La tecnica normativa utilizzata non è nuova all'esperienza internazionale: si pensi alla convenzione Oil n. 158 del 1982 relativa alla risoluzione del rapporto da parte del datore di lavoro, la quale, dopo aver previsto per i licenziamenti motivati da ragioni «di natura economica, tecnologica, strutturale o simile» una procedura di informazione e consultazione delle

(77) V. in proposito, Roccella M., Treu T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, Cedam, 1992, pp. 297 ss.

(78) Sulla direttiva n. 92/56 v. Roccella M., *Licenziamenti collettivi e normativa comunitaria*, in *Dir. prat. lav.*, 1992, pp. 2972 ss.; Biagi M., *Dalla Cee nuove regole in tema di licenziamenti collettivi*, *ibidem*, 1992, pp. 1664 ss.; De Marco C., *La nozione di licenziamento collettivo negli ordinamenti interno e comunitario*, in *q. Riv.*, 1994, I, pp. 107 ss.; Favennec-Hery F., *La directive 92/56 du 24 juin 1992 ou les espoirs déçus*, in *Dr. Soc.*, 1993, pp. 29 ss.

rappresentanze dei lavoratori, permette agli Stati membri di limitarne l'applicazione ai casi in cui «il numero dei lavoratori per i quali è previsto il licenziamento raggiunga almeno una cifra determinata o una percentuale determinata di tutto il personale». In tale ipotesi la procedura, tendenzialmente applicabile a tutti i licenziamenti per motivi oggettivi, viene circoscritta alle situazioni in cui, secondo la discrezionalità degli Stati membri, il numero dei licenziamenti supera una certa soglia di rilevanza sociale. Ciò non toglie, tuttavia, che la fattispecie giustificatrice del licenziamento sia la medesima: la convenzione prevede infatti che la rilevanza del presupposto causale, e quindi le sanzioni per l'accertata insussistenza del presupposto medesimo, non muti a seconda della dimensione individuale o collettiva del fenomeno di riduzione del personale.

Perfettamente in linea con una simile impostazione risultano essere sia l'ordinamento francese che quello tedesco. In Francia, com'è noto, l'art. L. 321-1 dà una definizione generale di licenziamento per motivi economici, mentre l'art. L. 321-2 detta una disciplina specifica relativa all'informazione e alla consultazione del *comité d'entreprise* o dei *délegués du personnel* per le ipotesi di *grand o petit licenciement collectif*, ipotesi determinate in base sia alle dimensioni dell'impresa che al numero dei lavoratori coinvolti. Si tratta, in ogni caso, di una previsione aggiuntiva, e non derogatoria, rispetto al diritto comune dei licenziamenti, tant'è vero che non è affatto posto in dubbio che il giudice abbia gli stessi poteri in ordine all'accertamento della *réalité* e del *sérieux* del motivo invocato dal datore di lavoro, tanto nell'ipotesi del licenziamento individuale, quanto in quella del licenziamento collettivo (79).

Lo stesso vale per l'ordinamento tedesco, dove a una disciplina generale, che prescrive la necessaria giustificatezza sociale per ogni fattispecie di licenziamento, sia esso per motivi personali o economici, si affianca una speciale procedura di informazione e consultazione per i licenziamenti determinati da ragioni economiche, che diviene obbligatoria al raggiungimento di una soglia numerica determinata (80). Anche qui, i poteri del giudice in ordine all'accertamento della fondatezza dei motivi economici

(79) V. Jeammaud A., *Le licenciement*, cit., pp. 91 ss., il quale, nel commentare gli artt. L. 321-1 ss. C.Tr. sottolinea che: «il paraît cependant excessif de parler d'un «régime autonome». Ces art. L. 321-1 et suiv. [...] introduisent assez peu de règles dérogatoires à celle du droit commun et ne se substituent pas à ces dernières pour régir les licenciements économiques. [...] Les art. L. 321-1 et suiv. se combinent avec ces normes de droit commun pour organiser une concertation au sein de l'entreprise, une certaine intervention de l'administration, la recherche d'alternatives aux pertes d'emploi ou de compensations, et le choix des personnes licenciées. [...] Ce corps de règles traite moins d'un acte rompant le contrat de travail que d'une opération dans laquelle s'inscrit cet acte».

(80) V. Weiss M., *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale in Germania*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, n. 2, pp. 157 ss.: «in Germania i licenziamenti collettivi non sono considerati un fenomeno "alternativo" rispetto ai licenziamenti individuali. [...] Tutte le norme relative ai licenziamenti individuali si applicano anche ai licenziamenti collettivi. La differenza sta semplicemente nel fatto che nel caso dei licenziamenti collettivi deve essere rispettata una serie di norme aggiuntive».

non dipendono dalla natura collettiva o individuale del licenziamento (81), dovendosi sempre verificare l'impossibilità di reimpiego del/i lavoratore/i all'interno dell'organizzazione produttiva.

La normativa italiana non presenta, in realtà, nessuna rilevante differenza con le regolamentazioni straniere ora descritte. Esiste infatti una disciplina generale circa i requisiti di forma e di sostanza del licenziamento, la legge n. 604/1966, e una disciplina procedurale specifica per i licenziamenti per motivi economici il cui numero raggiunga una data soglia, la legge n. 223/1991. Senonché la dottrina, dopo aver dato atto della similitudine, conclude sbrigativamente per la non proponibilità, nel nostro sistema, di un'interpretazione conforme ai risultati raggiunti altrove (82), dimostrando una sorta di «sindrome nazionalista del diritto» per la quale la comparazione risulta «fortemente condizionata dall'assunto della "specificità" delle regole e indirettamente dei sistemi da regolare» (83).

A ben vedere, infatti, l'unico elemento di specificità del nostro ordinamento rimane, ancora, l'art. 11, legge n. 604/1966, al quale viene così attribuito il ruolo di chiave di volta del sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi. Ma, se solo si legge la norma citata senza gli occhiali di un ontologismo aprioristico, appare oggi più che mai chiaro che la materia esclusa dalla legge n. 604/1966 è la procedura sindacale, nulla più e nulla meno. Come si è accennato, infatti, è solo forzando la lettera della legge che si rinviene nell'art. 24, legge n. 223/1991 la disciplina dei presupposti sostanziali del licenziamento. La norma si limita a indicare nella riduzione o trasformazione di attività o di lavoro che coinvolga un certo numero di soggetti il presupposto per l'applicazione della procedura, escludendo così dalla possibilità di qualificare come collettivi a tali fini i licenziamenti dettati da motivi inerenti la persona del lavoratore. La pretesa di rintracciare nello stesso precetto la sanzione per l'insussistenza dei presupposti sostanziali si scontra, inevitabilmente, contro l'indifferenza del legislatore per il problema, tant'è che si è costretti a ricorrere all'analogia, interna (84) o esterna (85). Certo, si potrebbe obiettare alla ricostruzione proposta che la legge n. 223/1991 disciplina anche la forma del licenziamento, imponendo l'atto scritto e il rispetto dei termini di preavviso. Tuttavia, pare potersi fondatamente ritenere che al legislatore premesse soprattutto chiarire che l'inserzione nel circuito di mobilità presuppone oggi, a differenza di quanto avveniva nel vigore della legge n. 675/1977, la risoluzione del rapporto di lavoro (86). Così, la legge colloca

(81) In senso contrario Gaeta L., *L'esperienza della disciplina dei licenziamenti nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1984, pp. 571 ss., spec. p. 597.

(82) Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, op. cit., p. 286.

(83) Così Treu T., *Il diritto del lavoro e le armonizzazioni difficili*, in *Lav. dir.*, 1993, pp. 7 ss., qui p. 8.

(84) Spagnuolo Vigorita L., Guaglione L., Scarpelli F., op. cit., p. 1113; Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 378.

(85) Carabelli U., op. cit., p. 276.

(86) Magnani M., op. cit., p. 697.

correttamente il licenziamento al momento terminale della procedura medesima, prima dell'iscrizione nella lista di mobilità. Semmai è interessante notare come il carattere individuale dell'atto sia confermato dalla necessità di comunicazione a ciascun lavoratore, cosa di cui peraltro non si era dubitato neppure in precedenza. Come, d'altronde, non era stato posto in dubbio dalla giurisprudenza e dalla dottrina il necessario rispetto della forma scritta e del preavviso, anche se, a voler portare alle estreme conseguenze la tesi dell'autonomia ontologica, avrebbe potuto discutersi dell'applicazione dell'art. 2, legge n. 604/1966, stante la proclamata «esclusione» (87). I risultati interpretativi raggiunti nel precedente assetto normativo confermano pertanto la sostanziale permeabilità della disciplina del licenziamento individuale rispetto a quella del licenziamento collettivo, denunciando così l'incongruenza della tanto difesa autonomia ontologica. Tuttavia, quell'esclusione veniva mantenuta ferma da dottrina e giurisprudenza sulla base di una lettura dell'art. 11, legge n. 604/1966 come norma volta a sancire il principio della assoluta insindacabilità delle scelte imprenditoriali relative alla dimensione ottimale dell'organizzazione produttiva, principio che trova la propria consacrazione nell'art. 41 Cost. (88). La dottrina, supportata da una sovrabbondante giurisprudenza, ha per lo più sostenuto che, in base ai principi suesposti, doveva ritenersi precluso al giudice il controllo sul merito della scelta imprenditoriale, potendosi solo verificare l'effettività della decisione medesima (e cioè la soppressione di un certo numero di posti di lavoro), ovvero, in termini più eleganti, la congruità tra la scelta dimensionale e il licenziamento di *tot* lavoratori. Anche oggi parte della dottrina sembra attestarsi sulle medesime posizioni, là dove esclude il controllo di merito del giudice, negando che il licenziamento collettivo debba considerarsi *extrema ratio* rispetto alla scelta imprenditoriale (89), a differenza del licenziamento individuale per giustificato motivo obbiettivo (90).

Quanto al primo profilo, è bene precisare che quando si parla di scelte insindacabili ci si riferisce a quelle che stanno, per così dire, «a monte» del licenziamento, quali la riorganizzazione produttiva, la riduzione dei costi, e così via. È chiaro che simili decisioni rientrano nelle prerogative

(87) V. Ventura L., voce: *Licenziamenti collettivi*, cit., p. 18; in giurisprudenza Cass., Ss.Uu., 27 febbraio 1979, cit. La necessaria osservanza della forma scritta è data per scontata dalla giurisprudenza prevalente, pur se non viene fatto espresso richiamo all'art. 2, legge n. 604/1966. Il dibattito risultava in realtà incentrato sull'applicabilità del termine di 60 gg. per l'impugnazione del licenziamento, applicabilità costantemente esclusa: v., per tutte, Cass. 28 marzo 1983, n. 2186, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 3308.

(88) Secondo la ben nota ricostruzione di Pera G., *Relazione*, in *Aidlass*, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit.

(89) Carabelli U., *op. cit.*, pp. 277 ss.; *contra* Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., pp. 374 ss.; Mazziotti F., *op. cit.*, p. 112.

(90) Secondo giurisprudenza costante, infatti, nel caso di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo il datore di lavoro è tenuto a dimostrare l'impossibilità di reimpiego del lavoratore licenziato: per tutte, Cass. 8 marzo 1990, n. 1875, in *Dir. prat. pav.*, 1990, p. 1890.

dell'imprenditore e ricadono senz'altro nella previsione dell'art. 41 Cost. Tuttavia, ciò non significa affatto che la scelta «a valle», ovvero il licenziamento di uno o più lavoratori, non sia sindacabile sotto il profilo della congruità e dell'opportunità rispetto alla decisione organizzativa (91).

La nostra giurisprudenza sembra orientata a una riconsiderazione del problema proprio in questi termini, sulla base del riconoscimento che il dettato essenziale della legge n. 604/1966 («la cui intensità è da valutare nell'ambito dei valori fondamentali, anche costituzionali, che il lavoro coinvolge») è quello della stabilità del rapporto di lavoro, rispetto al quale il recesso datoriale dev'essere pertanto l'*extrema ratio*» (92).

La legge n. 223/1991 si pone decisamente in questa prospettiva, là dove impone al datore di lavoro di dichiarare all'inizio della procedura le ragioni per le quali ritiene di non poter ricorrere a misure alternative e individua gli strumenti utilizzabili per far fronte alla situazione di eccedenza.

Ritenere che dette indicazioni abbiano un valore solo programmatico (93) è infatti fuorviante: può forse ammettersi che il giudice non sia legittimato a sostituirsi all'imprenditore nella scelta tra diverse soluzioni, ma si deve richiedere almeno che l'opzione per la riduzione di personale sia ragionevole e coerente rispetto al motivo organizzativo addotto.

Secondo la dottrina francese, ad esempio, il giudice, pur non potendo sostituirsi al datore di lavoro, deve tuttavia verificare la serietà del motivo invocato, e cioè che «l'orientation prise est l'une des orientations concevables, l'une des solutions raisonnables que pouvaient être envisagées» (94).

In altre parole, il giudice dovrà adottare il metro dell'imprenditore prudente e diligente per stabilire se il ricorso al licenziamento è giustificato dalle difficoltà economiche o dalle esigenze di riorganizzazione dell'impresa invocate (95), nonché dal necessario contenimento di dette esigenze con l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro.

Coerente con queste premesse è la conclusione secondo cui un licenziamento per motivi economici non può considerarsi giustificato se vi è, all'interno dell'organizzazione produttiva, la possibilità di reimpiego del/i lavoratore/i interessato/i dal provvedimento di riduzione del perso-

(91) In questo senso, sia pure in relazione al licenziamento per giustificato motivo obbiettivo, Cass. 2 febbraio 1988, n. 986, in *Dir. prat. lav.*, 1988, p. 1846.

(92) Cass. 7 settembre 1993, n. 9386, cit. La pronuncia in esame ha inolte precisato che, qualora la ristrutturazione non conduca alla soppressione secca di posti di lavoro, eventuali corsi di addestramento ai fini del recupero dei dipendenti nei nuovi posti di lavoro esito della ristrutturazione stessa «sono doverosi per l'imprenditore a tutela della evidenziata essenzialità della tutela dei posti di lavoro» quando rientrino nei normali costi dell'operazione. La conclusione si avvicina molto a quel criterio del bilanciamento degli interessi segnalato dalla dottrina e dalla giurisprudenza francesi (v. *supra*).

(93) Miscione M., *op. cit.*, p. 330.

(94) Gaudy F., *Commentaire de la loi n. 89-549 du 2 août 1989*, in *Actualité Législative Dalloz*, 1990, 1er cahier, pp. 16; v. anche Mallet L., Teyssier F., *op. cit.*, p. 355.

(95) Così Laborde J.P., *op. cit.*, p. 778.

nale (96). È quindi certo che la scelta del datore di lavoro di ricorrere al licenziamento collettivo quando vi sia la possibilità di un diverso impiego dei lavoratori coinvolti non possa considerarsi giustificata. E, per la verità, è piuttosto stupefacente che continui a mantenersi distinto, in dottrina e in giurisprudenza, il caso del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo da quello del licenziamento collettivo, ritenendosi solo nella seconda ipotesi precluso al giudice il controllo sul cd. *repêchage*, in nome della presunta insindacabilità delle scelte imprenditoriali. Non sembra infatti possibile non riconoscere che anche al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo è sottesa una ben precisa scelta, dimensionale od organizzativa, del datore di lavoro: ciò che non si comprende è perché in questo caso la sindacabilità da parte del giudice sia totale e non lo sia, al contrario, nel licenziamento collettivo (97). L'equivoco è dovuto senza dubbio alla lettura dell'art. 11, legge n. 604/1966, segnalata *supra*, che vede nella norma *de qua* una consacrazione del principio della libertà dell'iniziativa economica privata ex art. 41 Cost. Ma se fosse vero che dal principio richiamato può farsi discendere il dogma della assoluta insindacabilità delle scelte imprenditoriali relative alle dimensioni della propria attività produttiva, allora tale dogma dovrebbe valere anche nel caso di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, essendo l'art. 3, legge n. 604/1966, una norma ordinaria, gerarchicamente subordinata ai precetti costituzionali. È del tutto illogico dedurre da una norma costituzionale un precetto che valga solo in un caso particolare, e per di più in virtù di un rinvio inespresso di una norma di legge ordinaria (appunto, l'art. 11, legge n. 604/1966). L'art. 11, legge n. 604/1966, non ha dunque la funzione di sancire l'assoluta insindacabilità delle scelte imprenditoriali (98), bensì quella di precisare che vi è una parte di disciplina della fattispecie «licenziamento collettivo per riduzione di personale» che non è regolata dalla stessa legge, ma dagli accordi interconfederali prima e dalla legge n. 223/1991 poi. Detto questo, rimane ancora da stabilire quale sia la portata dell'art. 41 Cost., se cioè da tale disposizione sia possibile ricavare un generale principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali relative alla dimensione ottimale dell'organizzazione produttiva, che impedisca al giudice di spingere il suo controllo oltre la mera verifica dell'effettività della riduzione o trasformazione di attività o di lavoro.

(96) V. gli Autori citati alle due precedenti note. Inoltre Lyon-Caen A., *Adapter et reclasser: quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation*, in *Sem. Soc. Lamy*, 1992, n. 596, pp. 3 ss.; Jemmaud A., *op. cit.*, pp. 121 ss. In giurisprudenza Cass., Ch. Soc., 1 avril 1992, in *Dr. Soc.*, 1992, p. 480; è interessante notare come la giurisprudenza francese richieda la verifica dell'impossibilità di reimpiego del lavoratore non solo nell'impresa, ma anche all'interno del gruppo al quale appartiene il datore di lavoro: v. Cass., Ch. Soc., 25 juin 1992, in *Dr. Soc.*, 1992, p. 826, e il commento di Urban Q., *Le licenciement pour motif économique et le groupe*, *ibidem*, 1993, pp. 273 ss.; v. altresì Picca G., *Le droit du travail à l'épreuve de l'économie. A propos des licenciements pour motif économique dans les groupes de sociétés*, *ibidem*, 1994, pp. 26 ss.

(97) In questo senso Ventura L., voce *Licenziamenti collettivi*, *cit.*, p. 12.

(98) V. le osservazioni di Napoli M., *La stabilità...*, *cit.*, pp. 252 ss.

Che dall'art. 41 Cost. possa farsi derivare la piena libertà di iniziare o cessare l'attività produttiva è innegabile, mentre qualche dubbio sorge rispetto alla totale assenza di limiti legali rispetto alle decisioni «gestionali» dell'impresa (99). Così, il fatto che per un atto destinato a risolvere il rapporto di lavoro venga richiesta una giustificazione non sembra limitare l'iniziativa economica in maniera tale da renderne «impossibile o estremamente difficile l'esercizio» (100). Si può allora ritenere, con il conforto di una recente giurisprudenza (101), che la libertà di iniziativa economica privata possa soffrire limitazioni in vista della tutela di altri valori, pure costituzionalmente rilevanti, quali la stabilità del posto di lavoro. Il principio della necessaria giustificazione del licenziamento vale allora in ogni caso, e a maggior ragione quando, per il numero dei lavoratori coinvolti, il provvedimento datoriale acquisti una notevole rilevanza sociale. I poteri di controllo del giudice non possono pertanto ritenersi limitati alla verifica dell'effettività della riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, ma devono spingersi fino all'indagine sulla giustificazione, cioè sulla coerenza dei licenziamenti programmati con la ristrutturazione avviata dal datore di lavoro (102).

Se si legge, come proposto sopra, l'art. 11, legge n. 604/1966, al di fuori da suggestioni «costituzionalizzanti» delle quali si è cercato di dimostrare l'infondatezza, appare possibile dare alla complessa «materia» dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale un assetto razionale e, soprattutto, coerente con il sistema generale di stabilità del posto di lavoro, ritenendo che la disciplina dei profili sostanziali vada ricercata all'interno della legge n. 604/1966, mentre i profili procedurali, in virtù del disposto degli artt. 11, legge n. 604/1966 e 24, comma 5, legge n. 223/1991, trovano compiuta regolamentazione nella legge n. 223/1991.

In quest'ottica, è fuor di dubbio che l'indagine sulla sussistenza delle ragioni organizzative e produttive che legittimano il ricorso al licenziamento collettivo vada condotta alla stregua dei principi elaborati in tema di giustificato motivo oggettivo, per il semplice motivo che di giustificato motivo oggettivo si tratta (103).

Così, può richiedersi che il licenziamento sia *extrema ratio* rispetto alla decisione imprenditoriale, quanto meno nel senso che in seguito a quella (insindacabile) decisione non sussista più possibilità di reimpiego

(99) V. Barile P., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1991, pp. 686 ss.; per una condivisibile critica all'orientamento dottrinale in questione v. Barbera M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 70 ss.

(100) Barile P., *op. cit.*, p. 686, in riferimento alla sentenza della Corte Cost. n. 78 del 1970.

(101) V. ancora Cass. 7 settembre 1993, n. 9386, *cit.*, in motivazione.

(102) Nella più volte richiamata sentenza 7 settembre 1993, n. 9386, la Cassazione precisa infatti che «non può valere l'eventuale obiezione che in realtà ogni soluzione [...] si concreta in una delle libere modalità di gestione dell'impresa, nell'interesse di questa (non potendo in genere accettarsi che l'imprenditore adotti soluzioni che non siano coerenti col fine professionale di un risultato economico utile senza consapevoli rischi di crisi)».

(103) V., ad es., Mazzotta O., *op. cit.*, pp. 648 ss.

del personale nelle medesime, ovvero anche in diverse, posizioni lavorative (104).

Tutto ciò non significa che il licenziamento collettivo si risolva in una somma di licenziamenti individuali (105), o che si tratti di un fenomeno di conversione di questo in quelli, come teme la dottrina che sottolinea l'indimostrata volontà del legislatore di tenere separate le due aree (106). Il licenziamento è, e resta, collettivo, ma la sussistenza del presupposto causale va valutata alla stregua del giustificato motivo oggettivo ex art. 3, legge n. 604/1966. Non c'è nessuna duplicazione o sovrapposizione di tutele nell'analizzare la ricorrenza sia dei requisiti formali che di quelli sostanziali, come insegna l'esperienza francese (107), solo che si abbia ben chiara la distinzione tra i due profili. Così come neppure può paventarsi una conversione che non esiste, solo perché si richiede un'indagine sulle ragioni organizzative che hanno condotto al licenziamento.

La conclusione nei termini proposti è poi l'unica che riesca a dare significato alle complicate analisi dottrinali volte a dimostrare la coincidenza tra il presupposto sostanziale del licenziamento collettivo e il giustificato motivo oggettivo, analisi spesso evocanti suggestive similitudini geometriche con cerchi concentrici o intersecantisi (108), ma prive di conseguenze sul piano della disciplina concreta della fattispecie. L'interpretazione diviene così un esercizio di stile, volto sì a radere al suolo l'antica tesi giurisprudenziale dell'autonomia ontologica, ma per ricostruire sulle sue rovine l'assunto dell'autonomia formale.

Salvo poi dover ricercare proprio nella normativa «esclusa» la risposta ai problemi interpretativi non risolti dalla legge n. 223/1991, come gli astronauti della Proteo-Tien che partono per cercare nello spazio quello che hanno lasciato sulla Terra (109).

La ragione di fondo di una simile impostazione risiede probabilmente nella conseguenza dell'interpretazione proposta, cioè l'applicazione delle medesime sanzioni previste per il licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo al caso del licenziamento collettivo ingiustificato, e più precisamente della tutela obbligatoria qualora l'unità produttiva o l'impresa non raggiungano i limiti dimensionali richiesti per la tutela reale. Non a caso le diverse opzioni interpretative concludono per la necessaria applicazione della tutela reale ex art. 18 Stat. lav., ovvero per una sorta di reintegra di diritto comune, piegando così l'analisi in funzione dei risultati che si intendono raggiungere.

Ma, a voler essere coerenti, ci si dovrebbe accorgere che l'analogia

(104) In tal senso Mazziotti F., *op. cit.*, p. 110; Napoli M., voce *Licenziamenti*, *cit.*, p. 96; Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, *cit.*, p. 375; Carabelli U., *op. cit.*, p. 283; contra Miscione M., *I licenziamenti...*, *cit.*, p. 329.

(105) Come sostiene Pera G., *I licenziamenti collettivi*, in *Giust. Civ.*, 1992, II, p. 210.

(106) Liso F., *op. cit.*, nn. 23-24, p. 4; Lunardon F., *op. cit.*, p. 14.

(107) V., per tutti, Jeammaud A., *op. cit.*, pp. 119 ss.

(108) Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, *cit.*, p. 371; Carabelli U., *op. cit.*, p. 260.

(109) La citazione è tratta da Benni S., *Terra!*, Milano, Feltrinelli, 1993.

«funzionale» con l'art. 3, legge n. 604/1966 (110) non può escludere l'applicazione dell'art. 8 sulla base di un'ulteriore analogia interna con la legge n. 223/1991. Non contrasta affatto con il nostro sistema di stabilità del posto di lavoro prevedere una sanzione «minore», nel campo di applicazione della tutela obbligatoria, per il caso del licenziamento ingiustificato rispetto a quella prevista per il licenziamento inefficace o nullo. Se si ammette che la tutela procedurale è aggiuntiva rispetto alla disciplina generale del licenziamento è possibile intravedere la coerenza del sistema sanzionatorio: inefficacia per i vizi formali e/o procedurali, annullabilità per i vizi sostanziali, nullità per il licenziamento discriminatorio o dettato da motivo illecito. In altre parole, la legge n. 223/1991 non è solo coerente con se stessa, lo è anche con il sistema generale di stabilità del posto di lavoro.

L'unico elemento di novità introdotto dalla legge citata è la sanzione per la violazione dei criteri di scelta, la particolare forma di annullabilità prevista dall'art. 17, legge n. 223/1991. Anche in questo caso, tuttavia, la proposta di ricorrere all'analogia (111) non risulta soddisfacente, solo che si consideri che i criteri di scelta non attengono alla giustificazione del licenziamento (112), ma sono funzionali a risolvere un conflitto di interessi tra i lavoratori (113), mentre il giustificato motivo oggettivo risolve il conflitto tra l'interesse del datore di lavoro a una corretta gestione della propria attività e quello contrario del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro (114). Quel che risulta certo, semmai, è che dall'espressa previsione dell'annullabilità per il caso di violazione dei criteri di scelta può trarsi la conferma della correttezza dell'interpretazione qui proposta. Il legislatore ha infatti comminato la sanzione dell'annullabilità e il particolare rimedio previsto dall'art. 17 proprio per coerenza con il regime generale di stabilità del posto di lavoro (115), da un lato, e per la specifica funzione che i criteri di scelta sono deputati a svolgere, dall'altro. Il disegno complessivo viene così completato, sicché non pare necessario ricorrere all'analogia, quando la conclusione si ricava pianamente dal sistema e trova conforto proprio nella previsione esplicita relativa ai criteri di scelta. Anche prima dell'entrata in vigore della legge n. 223/1991, infatti, si sottoli-

(110) Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, *cit.*, p. 378.

(111) Spagnuolo Vigorita L., Guaglione L., Scarpelli F., *op. cit.*, p. 1113.

(112) Costituendone, tutt'al più, un'integrazione. Il nesso causale ragioni giustificative/licenziamento sarebbe diretto solo ove venisse utilizzato quale unico criterio quello dei motivi tecnico-organizzativi. Non si vede invece come sia possibile spiegare in tali termini criteri quali l'anzianità di servizio o i carichi di famiglia. Sul punto v. Napoli M., *La stabilità...*, *cit.*, p. 321, nota 166.

(113) Il che è dimostrato dalla possibilità offerta al datore di lavoro di licenziare un altro lavoratore in sostituzione di quello reintegrato. Se davvero i criteri di scelta riguardassero la giustificazione del licenziamento (intesa, come si è ribadito più volte, quale *cause initiale*), ciò non dovrebbe ritenersi possibile, poiché anche il secondo licenziamento risulterebbe ingiustificato.

(114) Napoli M., voce *Licenziamenti*, *cit.*, p. 96.

(115) Sottolinea la correttezza della previsione sotto questo profilo Napoli M., *op. ult. cit.*, p. 100.

neava che l'applicazione di conseguenze solo risarcitorie alla violazione dei criteri derivava da un formale ossequio della giurisprudenza alla tesi «ontologica» del licenziamento collettivo (116). La legge n. 223/1991, allora, conferma il definitivo abbandono di quella tesi a favore di una ricostruzione del giustificato motivo oggettivo come generale presupposto di validità del licenziamento, individuale e collettivo, intimato per motivi non inerenti alla persona del lavoratore.

Neppure risulta convincente il ricorso al diritto comune, proprio perché c'è una disciplina speciale che regola compiutamente la carenza del presupposto sostanziale del licenziamento. Quel che non si capisce è perché sia necessario rintracciare nei «generali principi del diritto civile» (117) la sanzione per l'assenza di un presupposto la cui necessità è richiesta da una legge speciale (la legge n. 604/1966), che contiene in sé gli strumenti reattivi all'inosservanza delle proprie prescrizioni. Certo, il ragionamento è condotto sul postulato che la legge n. 604/1966 sia inapplicabile direttamente al licenziamento collettivo, ma in tal modo si trascura di considerare che è solo in base a quella legge che il motivo diviene uno dei «presupposti di fatto richiesti dalla legge per la validità del negozio». In altre parole, se non ci fosse la legge n. 604/1966 potrebbe anche sostenersi che la riduzione o trasformazione di attività o di lavoro non è presupposto di validità dell'atto, bensì serve solo a indicare le evenienze a fronte delle quali è richiesto un confronto sindacale, escludendo pertanto il caso dei licenziamenti, sia pure numerosi, determinati da motivi inerenti alla persona del lavoratore (118). Non essendo infatti possibile rintracciare nella sola legge n. 223/1991 la sanzione per l'insussistenza dei presupposti, sarebbe lecito ragionare in questi termini. Se non avviene, è proprio perché, in base alla legge n. 604/1966, è certo che il licenziamento debba essere giustificato. Appare allora non logicamente corretto fare riferimento ai principi generali del diritto, quando esiste una disciplina speciale circa i presupposti dell'atto/licenziamento, alla quale è inevitabile rimandare per rintracciarvi il principio della necessaria giustificazione del licenziamento, individuale o collettivo che sia.

4. — *Licenziamento collettivo e trasferimento d'azienda* — Una conferma della sindacabilità dei presupposti sostanziali del licenziamento collettivo si ricava dalle disposizioni relative al trasferimento d'azienda, l'art.

(116) V. Del Punta R., *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e nella Cassa Integrazione Guadagni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1983, pp. 775 ss., spec. pp. 811 ss.; Napoli M., *La stabilità...*, pp. 319 ss.

(117) Carabelli U., *op. cit.*, p. 276.

(118) Così, infatti, ritiene quella dottrina, criticata *supra*, che propende per l'irrilevanza dei motivi del licenziamento. V. D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, p. 926, per il quale «il riferimento alle "riduzioni o trasformazioni di attività o di lavoro" serve unicamente a delimitare verso l'esterno la nozione di riduzione di personale, espungendo i licenziamenti plurimi comunque dovuti a ragioni in senso lato "oggettive"».

2112 cod. civ. e l'art. 47, comma 4, legge n. 428/90. L'espressa previsione della continuità del rapporto di lavoro e l'impossibilità di addurre a giustificazione del licenziamento il fatto del trasferimento in sé considerato sono indici del potere del giudice di sindacare le ragioni adottate dall'alienante ai fini della legittimità dei licenziamenti intimati.

Il legislatore, nel consentire all'alienante di «esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti» ma con la precisazione che «il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento» ha inteso, oltre che ammettere la possibilità di licenziare per motivi personali, cosa di cui non può seriamente dubitarsi, individuare all'interno del giustificato motivo oggettivo una serie di ragioni che non possono legittimare il licenziamento in caso di trasferimento d'azienda.

È bene precisare, in via preliminare, che nessuna differenza di trattamento può farsi derivare dalla natura individuale o collettiva del licenziamento medesimo (119) non solo perché vi sarebbe, in tal caso, una palese violazione del principio di uguaglianza (120), ma perché una simile lettura appare fondata, ancora una volta, sull'assunto dell'insindacabilità delle scelte dimensionali del datore di lavoro, o meglio di quelle sole scelte che conducono a un licenziamento collettivo. La sola differenza tra le due ipotesi, pertanto, è data dall'applicabilità o meno della procedura sindacale prevista dalla legge n. 223/1991 (121). Il problema principale, allora, è quello di stabilire quando un licenziamento, individuale o collettivo, intimato dall'alienante, non violi il divieto di cui all'art. 47, comma 4, legge n. 428/1990.

La dottrina maggioritaria è orientata nel senso di ritenere giustificato il licenziamento intimato prima della cessione purché sorretto da una causa autonoma rispetto al trasferimento, cioè «di natura tale da far sì che il licenziamento dovrebbe comunque considerarsi legittimo anche ove non si facesse luogo al trasferimento medesimo» (122). In quest'ottica, l'alienante che ricorra a un licenziamento collettivo è tenuto a dimostrare che si è verificata una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, mentre resta irrilevante l'eventualità che a tale riduzione il datore di lavoro abbia fatto ricorso «proprio in vista di una futura alienazione del complesso aziendale» (123). Quest'ultimo passaggio risulta meno condivisibile, là dove ammette la possibilità di invocare un ipotetico trasferimento futuro a motivo del licenziamento. L'affermazione si muove su «una linea di demarca-

(119) Come invece sostiene Liebman S., *Trasferimento d'azienda, continuità del rapporto di lavoro e trattamento applicabile*, in *Dir. rel. ind.*, 1991, n. 2, pp. 21 ss.

(120) V. Tinti A.R., *La nozione di trasferimento d'azienda e il nuovo art. 2112 cod. civ.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, n. 1, pp. 647 ss., qui p. 659, nota 73, in relazione alla disparità di trattamento che si creerebbe tra imprese con più e meno di 15 dipendenti.

(121) V. i rilievi di Romei R., *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda. Art. 2112, in Il codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger P., Milano, Giuffrè, 1993, p. 99.

(122) Romei R., *op. cit.*, p. 96; nello stesso senso Tinti A.R., *op. cit.*, p. 659.

(123) Ancora Romei R., *op. cit.*, p. 97, e dottrina *ivi* richiamata.

zione molto sottile e incerta» (124), poiché risulta chiaramente che l'alienante procederà a una ristrutturazione dell'azienda in vista di un ben preciso trasferimento, e con ogni probabilità dietro una altrettanto precisa richiesta in tal senso del futuro acquirente. A meno di voler ritenere che esista una dimensione dell'azienda che sia maggiormente idonea, e ciò prescindendo dalla capacità produttiva, di un'altra alla circolazione, fatto che presuppone la dimostrazione, ad esempio, che sul mercato si vendano più facilmente le aziende occupanti 20 piuttosto che 50 dipendenti.

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

Sembra, al contrario, doversi dissentire da un'opinione, recentemente avanzata in dottrina, secondo la quale il trasferimento d'azienda può ben costituire il «motivo retrostante, esplicito o implicito» del licenziamento, al punto che esso debba considerarsi legittimo anche quando, alla base della riduzione o trasformazione di attività o di lavoro «vi sia una richiesta del potenziale acquirente - o anche un vero e proprio patto, più o meno formale, tra quest'ultimo e l'alienante -» (125). In questa prospettiva, l'indagine del giudice deve limitarsi alla verifica dell'effettività e veridicità della riduzione o trasformazione di attività o di lavoro e del rispetto delle regole formali e procedurali, essendo il motivo sottostante «irrelevante ai fini della valutazione della legittimità del licenziamento, costituendo comunque espressione della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.».

Il primo rilievo critico che può muoversi a una simile impostazione è relativo alle sue conseguenze: infatti, accogliere la tesi riportata significa svuotare totalmente di significato l'art. 47, comma 4, legge n. 428/1990. Letta così la norma non ha alcun senso, poiché viene preclusa la possibilità di ritenere illegittimo un licenziamento intimato proprio a causa del trasferimento di azienda, ammettendosi la rilevanza ai fini della giustificazione anche di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro preordinata alla cessione dell'attività produttiva, purché sia effettiva. Non si riesce, insomma, a capire quando un licenziamento possa dirsi ingiustificato perché motivato dal trasferimento dell'azienda «in sé considerato» se si ri-

(124) Tinti A.R., *op. cit.*, p. 659.

(125) Si v. Carabelli U., *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, p. 47.

tiene, come è avvenuto talvolta in giurisprudenza (126), che perfino le ristrutturazioni programmate dall'acquirente possano giustificare il licenziamento intimato dall'alienante (127). Sostenere che il giudice debba semplicemente verificare l'effettività della riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, oltre che non corretto per le ragioni che si sono diffusamente esaminate *supra*, non risolve il problema poiché non spiega dove risieda la differenza rispetto al controllo effettuato a fronte di qualunque licenziamento collettivo. In altre parole, non era affatto necessario introdurre l'art. 47, comma 4, per richiedere la verifica dell'effettività della soppressione dei posti di lavoro: in base all'interpretazione qui criticata la norma risulta pertanto perfettamente inutile. Se, al contrario, si ragiona in termini di motivazione del licenziamento, ci si accorge che l'art. 47, comma 4, ritaglia, all'interno del giustificato motivo oggettivo, un gruppo di motivi che, pur rientrando astrattamente in esso, non possono essere invocati a giustificazione del licenziamento stesso. Non può ravvisarsi in tale conclusione nessuna violazione della libertà di iniziativa economica privata, la quale «non risulta infatti intollerabilmente compressa: non più almeno di quanto essa non sia limitata dalla disciplina vincolistica in materia di licenziamenti» (128).

Il licenziamento collettivo intimato dall'alienante deve allora ritenersi ingiustificato quando il trasferimento ne sia stato l'unico, o il principale, motivo, espresso o inespresso, senza che alcun argomento in contrario possa trarsi dall'effettività della soppressione dei posti di lavoro investiti dal provvedimento datoriale. La conclusione risulta ancor più accettabile se si pensa che la *ratio* della norma dell'art. 47, comma 4, è di impedire che, a causa del trasferimento, i lavoratori si trovino privati della garanzia (spesso l'unica) dei propri crediti senza poter invocare la responsabilità solidale dell'acquirente, in particolare quando quest'ultimo risulti coautore della decisione del datore di lavoro. La soluzione accolta, inoltre, trova qualche riscontro nell'esperienza internazionale. La giurisprudenza e la dottrina tedesche formatesi sull'interpretazione del par. 613-a B.G.B. interpretano in maniera restrittiva la norma che permette all'alienante di procedere a licenziamenti per motivi oggettivi, escludendo la loro legittimità quando sia possibile dimostrare una connessione con il trasferimento dell'azienda (129), il che si verifica quando il trasferimento sia il motivo principale, anche se non l'unico, dei licenziamenti medesimi (130).

(126) V. Cass. 9 settembre 1991, n. 9462, in *Not. giur. lav.*, 1992, p. 269 ss.; Cass. 1 marzo 1985, n. 1754, in *Dir. prat. lav.*, 1985, p. 810.

(127) Per una critica all'impostazione richiamata v. Berti F., *Trasferimento d'azienda e licenziamento in frode all'art. 2112 cod. civ.*, in *q. Riv.*, 1994, II, pp. 455 ss.

(128) Così Romei R., *op. cit.*, p. 102; nello stesso senso Tinti A.R., *op. cit.*, p. 659.

(129) V. Weiss M., *Il trasferimento d'azienda in Germania*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, n. I, pp. 53 ss., qui p. 55.

(130) Così Zachert U., *Relazione tedesca al Seminario «Pontignano XII» sul tema Trasformazioni e trasferimento d'azienda*, Pavia, 26-30 settembre 1994, di prossima pubblicazione.

Quanto alla Francia, è interessante notare come la giurisprudenza abbia mutato indirizzo dopo l'approvazione della direttiva comunitaria sui trasferimenti, dimostrando in ciò grande attenzione alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Cee e riconoscendo la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno (131). Nel periodo precedente, infatti, il licenziamento intimato dall'alienante veniva considerato legittimo quando poteva considerarsi necessaria e urgente una riorganizzazione dell'impresa (132); la giurisprudenza estendeva l'ipotesi in parola fino a ricomprendere anche il caso in cui la riorganizzazione rispondeva a un'esigenza del cessionario (133). L'interpretazione più recente sembra dettata dalla volontà di rendere ossequio alla disposizione del par. 4.1 della direttiva Cee n. 77/187, poiché viene correttamente esclusa la legittimità del licenziamento fondato sull'esigenza di riorganizzazione dell'impresa propria dell'acquirente (134). In quest'ottica, il licenziamento precedente il trasferimento deve dunque essere giustificato dalla necessità di riorganizzazione che prescindendo dal trasferimento medesimo e che imponga la soppressione di un certo numero di posti di lavoro (135).

5. — *I criteri di scelta* — La questione relativa alla scelta dei lavoratori da licenziare è senza dubbio la più delicata tra quelle derivanti dalla disciplina dei licenziamenti collettivi, come dimostra il già considerevole numero di decisioni edite in materia (136). Non è pertanto azzardato ritenere che gran parte del dibattito interpretativo dottrinale e giurisprudenziale sarà incentrato sul significato dei criteri legali e sulla legittimità di quelli contrattuali, non meno che sulla determinazione dell'ambito entro il quale va operata la scelta e sull'efficacia dell'eventuale accordo sindacale.

Si è già accennato che i criteri di scelta non attengono alla giustificazione del licenziamento, della quale costituiscono casomai un'integrazione (137), ma servono a risolvere un conflitto di interessi tra i lavoratori

(131) Sul punto v. Lyon-Caen A., *L'influenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro francese*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, n. 10, pp. 118 ss.; nello stesso senso Mialon M. F., *Il trasferimento dell'impresa nel diritto francese: interpretazione e applicazione dell'art. L. 122-12 Code du Travail*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1992, n. 1, pp. 70 ss.

(132) Cass., Ch. Soc., 15 ottobre 1975, in *D.*, 1975, I.R., p. 230.

(133) Per una critica a tale impostazione giurisprudenziale v. Lyon-Caen A., *La loi du 3 janvier 1975: loi morte?*, in *Dr. Soc.*, 1981, pp. 287 ss.

(134) In giurisprudenza v. Cass., Ch. Soc., 17 luglio 1990, in *Rev. Jurispr. Soc.*, 1990, p. 650; in dottrina Mouly J., *Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise*, in *Dr. Soc.*, 1982, pp. 735 ss.

(135) Rodière P., *Nota a Corte di Giustizia Cee*, 10 febbraio 1988, in *Rev. Trim. Droit Eur.*, 1988, pp. 715 ss., qui p. 722.

(136) L'osservazione vale anche per l'assetto precedente alla legge n. 223/1991. Ne dà conto Focareta F., *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, pp. 319 ss., qui p. 323.

(137) Napoli M., voce *Licenziamenti*, *cit.*, p. 99; secondo D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, p. 923, «la "motivazione" dei singoli licenziamenti risiede nella obiettività della individuazione dei licenziati e si risolve nel rispetto dei criteri di scelta [...]». Sul punto si può concordare, purché il termine «motivazione» venga utilizzato in senso atecnico.

astrattamente licenziabili in base alle ragioni economiche invocate dal datore di lavoro. Detti criteri non costituiscono affatto la causa del licenziamento (138), perché la causa è esclusivamente la riduzione o trasformazione di attività o di lavoro cui sono riconducibili i singoli recessi intimati. L'applicazione dei criteri riguarda semplicemente la fase attuativa della decisione di ridurre il personale, cioè quella fase in cui, risolto positivamente il problema relativo al «se» licenziare, rimane ancora da stabilire «chi» licenziare (139). Si tratta, in definitiva, di vincoli derivanti dalla disciplina della fattispecie, non attinenti al profilo sostanziale della stessa.

Ciò significa che il licenziamento intimato in violazione dei criteri di scelta non è ingiustificato, ma illegittimo; è solo accettando questa conclusione che si comprende perché il legislatore permette al datore di lavoro di licenziare un altro lavoratore in luogo di quello reintegrato, cosa che non avrebbe alcun senso se il primo licenziamento fosse intimato in assenza di giustificato motivo oggettivo. I criteri di scelta hanno dunque la funzione di individuare i lavoratori da espellere dall'organizzazione produttiva in maniera tale che il licenziamento collettivo abbia il minor impatto sociale possibile, una volta che le ragioni addotte dal datore di lavoro sono da ritenersi giustificate. In quest'ottica, il giustificato motivo oggettivo delimita l'ambito entro il quale può essere operata la scelta, che è poi l'ambito all'interno del quale vi è un nesso di causalità tra le ragioni tecniche, organizzative e produttive e i licenziamenti (140), e il conflitto di interessi non riguarda più il datore di lavoro, ma i dipendenti i cui posti sono astrattamente investiti dal provvedimento datoriale.

Tutto ciò non significa, tuttavia, che i criteri di scelta, non rientrando nella causa del licenziamento, non incidano sulla validità dello stesso, come riteneva quella giurisprudenza che ricollegava alla violazione dei criteri conseguenze meramente risarcitorie (141): essi vanno considerati «requisiti "aggiuntivi" di validità dell'atto risolutivo» (142), l'assenza dei quali comporta l'annullabilità del licenziamento.

(138) Equipara la violazione dei criteri di scelta all'assenza di giustificazione del licenziamento Carabelli U., *I licenziamenti...*, *cit.*, p. 265, sia pure limitatamente al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo.

(139) V. Napoli M., *La stabilità reale...*, *cit.*, p. 320, il quale esattamente sottolinea che «soltanto quando viene addotto come ragione risolutiva il "notevole inadempimento degli obblighi contrattuali" i due profili sono coincidenti: il "se" implica il "chi"»; nello stesso senso Vergari S., *op. cit.*, p. 70.

(140) V. Cass. 4 marzo 1993, n. 2595, *cit.*, secondo la quale «a parte il caso limite in cui la ristrutturazione consente di individuare il singolo posto di lavoro da sopprimere, il nesso causale si arresterà necessariamente a un'area più o meno ampia di posti equivalenti, non più riferibile a tutti i dipendenti dell'impresa, ma neppure a un unico dipendente».

(141) V. ancora Cass. 4 marzo 1993, n. 2595, che giunge a tale conclusione pur dopo una corretta argomentazione sulla funzione dei criteri stessi; nello stesso senso Cass. 9 giugno 1993, n. 6418, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 484.

(142) Così Del Punta R., *I criteri di scelta...*, *cit.*, pp. 785 ss.; ma già Smuraglia C., *Licenziamenti collettivi, interesse alla conservazione del posto ed esigenze dell'impresa nell'individuazione dei lavoratori da licenziare*, in *q. Riv.*, 1968, I, pp. 150 ss.

L'osservazione, svolta nel precedente assetto normativo e del tutto coerente con l'orientamento che riconduceva il licenziamento collettivo al giustificato motivo oggettivo, è oggi confermata dalla previsione della legge n. 223/1991 relativa alla sanzione per la violazione dei criteri di scelta. Se dunque può apparire per certi versi superato il dibattito sulla natura dei criteri di scelta, proprio per l'esistenza di una disciplina legale, si aprono all'interprete nuove questioni, tra le quali quella dell'applicabilità analogica dei criteri previsti dall'art. 5, legge n. 223/1991, anche al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo. Riconosciuto infatti che la necessaria obiettività della scelta dei lavoratori da licenziare è comune ai due casi di licenziamento per motivi economici (143), la dottrina prevalente ritiene che i criteri di scelta di cui all'art. 5 siano vincolanti anche al di fuori del campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi, collegando alla violazione degli stessi le conseguenze di cui all'art. 8, legge n. 604/1966, o dell'art. 18 Stat. lav. a seconda delle dimensioni dell'impresa (144).

La conclusione, seppure fondata su una corretta equiparazione delle due situazioni quanto al profilo della scelta dei dipendenti da licenziare, non appare condivisibile perché in contrasto con il riconoscimento della specialità della disciplina della legge n. 223/1991 rispetto a quella generale del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. La disciplina richiamata, infatti, è dettata esclusivamente per i licenziamenti «economici» il cui numero superi la soglia di rilevanza sociale dalla stessa fissata, e non può quindi essere estesa analogicamente. La previsione dei criteri di scelta pone un vincolo *ulteriore* (145) alla decisione imprenditoriale, giustificato proprio dall'esigenza di ridurre al minimo l'impatto sociale del provvedimento espulsivo, ma non estensibile al di fuori del campo di applicazione degli artt. 4 e 24 legge n. 223/1991 (146).

Nell'ipotesi di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, dunque, il datore di lavoro è vincolato solo al rispetto, oltre che del divieto di discriminazione, dei principi di correttezza e buona fede (147), di cui certamente i criteri di scelta costituiscono espressione (148), ma

(143) D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, p. 928; Carabelli U., *I licenziamenti...*, cit., p. 264; Del Punta R., *I licenziamenti collettivi, cit.*, p. 282.

(144) Carabelli U., *loc. ult. cit.*

(145) In mancanza della espressa previsione di legge, non potrebbe infatti dubitarsi che il datore di lavoro sia tenuto, oltre che al rispetto del vincolo causale, anche a conformarsi, nella scelta dei lavoratori, ai più generali principi di correttezza e di buona fede, di cui si dirà *infra*.

(146) È abbastanza significativo che in un ordinamento che presenta numerose similitudini con il nostro come quello francese si sia resa necessaria la previsione espressa della legge per vincolare il datore di lavoro al rispetto dei criteri di scelta anche nel caso di licenziamento individuale per motivi economici. L'art. L. 321-1-1, al. 3 è stato infatti introdotto con la riforma del 1989. V. Carre S., *Le contrôle prud'homale...*, cit., p. 861; Verdier M., *Droit du travail, cit.*, p. 297.

(147) V. la giurisprudenza citata a nota 32.

(148) Carabelli U., *op. ult. cit.*, p. 265.

non l'unica ed esaustiva (149). Che poi l'applicazione dei criteri di scelta corrisponda a un esercizio «ragionevole» dei poteri imprenditoriali (150) è tutto da dimostrare, non essendo chiaro, almeno per quanto riguarda il licenziamento individuale, su quali parametri, diversi dal solo giustificato motivo oggettivo, possa essere fondato detto assunto (151).

La soluzione accolta deve ritenersi coerente svolgimento della ricostruzione secondo cui la disciplina della legge n. 223/1991 è da considerarsi speciale rispetto alla legge n. 604/1966, e non significa affatto che vi sia autonomia tra le due normative. È, piuttosto, curioso notare come proprio la dottrina che afferma la totale separatezza delle tutele sia poi, su singoli punti, costretta a ripensarci e a integrare, di volta in volta, l'una con l'altra (152).

Problemi interpretativi di non minor rilievo derivano dall'individuazione dell'ambito entro il quale va operata la scelta dei lavoratori da licenziare, questione che si pone sia per i criteri legali che per quelli contrattuali, e dal significato del doppio richiamo alle esigenze tecnico-produttive e organizzative all'interno dell'art. 5, legge n. 223/1996.

Quanto all'ambito di applicazione, il riferimento alle «esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale» deve intendersi riferito, anzitutto, alle ragioni giustificative del licenziamento collettivo (153). Il giustificato motivo oggettivo, infatti, non permette di individuare immediatamente il/i lavoratore/i da licenziare, ma circoscrive a un'area di posizioni lavorative tra loro fungibili il nesso causale giustificazione/licenziamento. La legge ricorda, da un lato, che al di fuori di quell'area il licenziamento non può considerarsi giustificato (154) e, dall'altro, che l'ambito di applicazione dei criteri di scelta non può essere a priori ristretto a un solo reparto o settore dell'organizzazione produttiva (155). Ciò significa che qualunque delimitazione di quell'ambito che non implichi la valutazione comparativa tra le posizioni di tutti i dipendenti dell'impresa dovrà essere

(149) Cass. 4 marzo 1993, n. 2595, *cit.*, parla di «regole di correttezza esemplificate dai criteri di scelta fissati dagli accordi interconfederali» (il corsivo è di chi scrive).

(150) Del Punta R., *I licenziamenti collettivi, cit.*, p. 382.

(151) Per un'analisi del problema della giustificazione razionale dei poteri imprenditoriali v. Barbera M., *Poteri datoriali e problema della giustificazione della normativa antidiscriminatoria*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, n. 7, pp. 35 ss.

(152) D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, dopo aver sottolineato la «nitida distinzione tra le due figure» (p. 929), ritiene applicabile l'art. 2, legge n. 604/1966 con riguardo alla comunicazione dei motivi del licenziamento (p. 935); Del Punta R., *I licenziamenti collettivi, cit.*, p. 382, propende, come lo stesso D'Antona, per l'applicabilità analogica dei criteri di scelta; Carabelli U., *I licenziamenti collettivi, cit.*, p. 265, aderisce a tale impostazione, ma non ritiene applicabile la sanzione per la violazione dei criteri «in quanto specificamente dettata in tema di licenziamento per riduzione di personale».

(153) Liso F., *La nuova legge...*, cit., n. 18, p. 14.

(154) In tal senso Carabelli U., *I licenziamenti...*, cit., p. 245; Focareta F., *op. cit.*, p. 332, sia pure con riferimento ai soli criteri contrattuali; Del Punta R., *I licenziamenti collettivi, cit.*, p. 334.

(155) In termini simili Cass. 9 giugno 1993, n. 6418, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 484.

adeguatamente motivata, anche se non può escludersi che, in taluni casi, sia necessario restringere la scelta a una determinata unità produttiva, piuttosto che a un solo settore o reparto (156). La valutazione andrà dunque effettuata caso per caso (157), tenendo conto delle circostanze concrete e, comunque, non potrà mai essere superata «la soglia oltre la quale vi sia una qualche intercambiabilità tra diversi lavoratori» (158), pena la disapplicazione dei criteri stessi, che si verifica, peraltro, nel caso di cessazione totale dell'impresa (159).

Se la prima indicazione delle esigenze tecnico-produttive e organizzative va intesa quale rinvio alle ragioni giustificative dei licenziamenti, e vale pertanto sia per i criteri legali che per quelli contrattuali (160), la seconda ha la funzione di far valere dette esigenze nel momento della scelta dei licenziandi per «salvare» determinate professionalità particolarmente utili per l'impresa (161). La conclusione, oltre che dalla «costruzione sintattica del precetto» (162), si ricava dalla considerazione secondo cui le ragioni giustificative del licenziamento non permettono di escludere a priori dall'ambito di applicazione dei criteri questa o quella professionalità, in ipotesi equivalente ad altre coinvolte nella ristrutturazione aziendale (163), non potendo essere fatte valere, sia pure al fine di interrompere la relazione causale motivi/licenziamento, ragioni «inerenti alla persona del lavoratore».

6. — *I criteri contrattuali* — L'art. 5, legge n. 223/1991 prevede che la scelta dei lavoratori da licenziare debba avvenire, anzitutto, «nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'art. 4, comma 2», ovvero, in mancanza di detti contratti, nel rispetto dei criteri previsti dallo stesso art. 5. La laconica norma ha aperto problemi interpretativi di enorme rilievo in merito sia all'individuazione dei soggetti legittimati a contrattare e all'efficacia dell'accordo, sia ai limiti che l'autonomia collettiva incontra nell'individuazione dei criteri di scelta medesimi.

Quanto al livello contrattuale «abilitato», non sembra possa essere

(156) Così Focareta F., *op. cit.*, p. 340; nel senso che per «complesso aziendale» debba intendersi, con un'interpretazione correttiva, lo stabilimento, v. Liso F., *op. cit.*, n. 18, pp. 14-15.

(157) Lunardon F., *op. cit.*, p. 31; Focareta F., *op. cit.*, p. 340; Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 333; D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, p. 934.

(158) Focareta F., *op. cit.*, p. 341.

(159) A parte l'ipotesi, sottolineata da Montuschi L., *op. cit.*, p. 437, in cui «alcuni prestatori rimangono "in forza" per curare la "liquidazione"».

(160) *Contra* Focareta F., *op. cit.*, p. 331, che ritiene il primo richiamo riferito ai soli criteri contrattuali. V. anche Miscione M., *I licenziamenti...*, cit., p. 355.

(161) Liso F., *op. cit.*, n. 18, p. 14.

(162) Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 334 e nota 160.

(163) Non la pensa così Focareta F., *op. cit.*, p. 346, per il quale «le professionalità dei lavoratori vengono già in rilievo nel momento in cui si delimita l'area, intesa quindi non in senso solo topografico, nell'ambito della quale effettuare la scelta».

messo in dubbio che il legislatore intendeva riferirsi a qualunque livello contrattuale, ivi compreso quello aziendale (164). La norma rinvia infatti ai sindacati di cui all'art. 4, comma 2, cioè le rsa e le associazioni di categoria, e ha senz'altro quale obiettivo primario quello di attribuire il potere di determinare i criteri all'accordo che chiude la procedura (165), ma né dalla lettera (166), né dalla *ratio* della disposizione può ricavarsi una sorta di preclusione rispetto alla gestione della materia in altri livelli contrattuali (167).

Se sulla questione dei soggetti legittimati a contrattare si registra ormai un'ampia convergenza, non altrettanto univoca è la soluzione al problema dell'efficacia degli accordi in materia. La dottrina è infatti divisa tra chi propende per il riconoscimento della natura gestionale degli accordi, da cui discende l'efficacia generalizzata degli stessi (168), e chi decisamente nega siffatta natura, concludendo per l'efficacia limitata agli iscritti delle associazioni stipulanti (169).

A favore della prima soluzione, tuttavia, militano diverse considerazioni. In primo luogo, non risulta condivisibile l'affermazione secondo la quale la natura gestionale dell'accordo deve essere esclusa per il fatto che il potere del datore di lavoro non sarebbe comunque libero, essendo vincolato all'osservanza dei criteri legali (170). La conclusione deriva da una corretta ricostruzione della natura della norma attributiva del potere di determinare i criteri di scelta quale norma che «sostituisce alla determinazione unilaterale dei criteri di scelta, originariamente spettante all'imprenditore nell'esercizio del suo potere organizzativo, una determinazione concordata con i sindacati maggiormente rappresentativi» e che, pertanto, «tende a proceduralizzare l'esercizio di un potere imprenditoriale» (171). In quest'ottica, la previsione legale interviene esclusivamente

(164) Sul punto la dottrina è pressoché unanime. V. ad es. Liso F., *La nuova legge...*, cit., n. 18, p. 12; Lunardon F., *op. cit.*, p. 33; Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 337; D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, p. 930; Focareta F., *op. cit.*, p. 319. In giurisprudenza v. Pret. Bergamo 8 ottobre 1992, in *Dir. prat. lav.*, 1993, p. 888.

(165) *Contra* Pivetti M., *op. cit.*, p. 66.

(166) Per la valorizzazione del tenore letterale della disposizione v. D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, p. 930.

(167) Secondo Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 337, l'esclusione delle confederazioni andrebbe interpretata «non certo nel senso che un accordo da esse stipulato non sia improvvisamente e misteriosamente più valido, ma in quello che non è idoneo a escludere il subentro della fonte legale». *Contra* Mazzotti F., *Riduzione di personale...*, cit., p. 123, che richiama «la lunga tradizione applicativa di criteri fissati da accordi interconfederali».

(168) Lunardon F., *op. cit.*, p. 33; Focareta F., *op. cit.*, pp. 328 ss.; Persiani M., *Commento all'art. 4, commi 2-16*, in *Commentario alla legge n. 223/1991*, diretto da M. Persiani, cit., p. 921.

(169) Chiusolo S., *Alcune riflessioni sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità*, in *D&L*, 1994, pp. 12 ss., spec. p. 16 ss.; De Marchis C., *Cronaca di una sentenza annunciata (chi sceglie chi nei licenziamenti collettivi)*, in *q. Riv.*, 1994, II, pp. 667 ss.

(170) De Marchis C., *op. cit.*, p. 668.

(171) Così Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *q. Riv.*, 1994, II, p. 661 ss.

in funzione suppletiva, in mancanza di un accordo (172), e non ha natura di norma imperativa, cui la legge consente a particolari soggetti di derogare (173).

In secondo luogo, gli accordi in parola non dispongono affatto di diritti dei lavoratori «inerenti la risoluzione del rapporto di lavoro» (174), ma sono volti a regolamentare l'esercizio di poteri propri del datore di lavoro, e pertanto hanno effetti solo indiretti sul singolo rapporto (175). Il diritto alla conservazione del posto di lavoro, infatti, «non preesiste all'accordo sindacale, ma dipende da questo e si identifica con il diritto all'applicazione dei criteri di scelta in esso previsti» (176), poiché il riconoscimento dell'esistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento ha già fatto prevalere l'interesse del datore di lavoro alla risoluzione del rapporto rispetto all'interesse del lavoratore alla sua conservazione (177). In altre parole, quando una determinata posizione lavorativa rientra nell'area in cui può ravvisarsi la sussistenza del nesso causale (si vedano le osservazioni svolte *supra*), il lavoratore ha diritto unicamente a un equo procedimento di selezione (178) che consiste nell'applicazione dei criteri contrattati ovvero, ma solo in mancanza di questi ultimi, dei criteri legali. L'accordo sindacale vincola il datore di lavoro a esercitare il suo potere di recesso nel rispetto dei criteri in esso stabiliti, e ha efficacia generalizzata perché detto potere non può che esercitarsi nei confronti di tutti i lavoratori (179). La conclusione, oltre che da una corretta ricostruzione della natura del-

(172) Per il riconoscimento della natura suppletiva dei criteri legali v. Focareta F., *op. cit.*, p. 324, il quale sottolinea come in questa ipotesi si configuri «un originale rapporto tra autonomia collettiva e legge»; nello stesso senso Del Punta R., *op. cit.*, p. 338; Liso F., *Mercato del Lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, in *q. Riv.*, 1993, I, pp. 3 ss., qui p. 40; Napoli M., voce *Licenziamenti*, *cit.*, p. 99.

(173) Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268, *cit.*

(174) Come sostiene, nel rimettere la questione alla Corte Costituzionale, Pret. Torino, 27 maggio 1993, in *Mass. giur. lav.*, 1993, pp. 311 ss., con nota dissidente di Figurati S., *Osservazioni sulla legittimità degli accordi di cui all'art. 5 della legge 23 luglio 1993, n. 223*; in senso adesivo v. invece Chiusolo S., *op. cit.*, p. 19.

(175) V. le condivisibili osservazioni di Liso F., *Mercato del lavoro...*, *cit.*, p. 42, nota 69, spec. punto 2; nello stesso senso Figurati S., *op. cit.*, p. 315; in giurisprudenza v. Cass. 17 febbraio 1993, n. 1963, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 490, secondo la quale «la contrattazione collettiva non ha sempre ed esclusivamente contenuto normativo dei rapporti individuali, potendo anche avere efficacia obbligatoria o compositiva di contrasti sociali; nell'esercizio di tale funzione compositiva [...] i sindacati non agiscono in rappresentanza dei singoli lavoratori (in capo ai quali pertanto non nascono diritti soggettivi), ma quali soggetti esponenziali di meri interessi collettivi».

(176) Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 268, *cit.*

(177) La Corte Costituzionale osserva correttamente che «il diritto alla stabilità del posto non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient'altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall'invalidità dell'atto non conforme, e quindi si risolve interamente nel diritto (potestativo) di impugnare il licenziamento illegittimo». Sul punto v. Napoli M., Voce: *Licenziamenti*, *cit.*, p. 64 e, più diffusamente, *La stabilità reale...*, *cit.*, pp. 15 ss.

(178) D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, p. 928.

(179) Liso F., *Mercato del lavoro...*, *cit.*, p. 42, nota 69.

l'accordo e dei rapporti tra questo e la legge, discende anche dalla necessità di una soluzione unitaria al problema della gestione delle eccedenze di personale, necessità che era senz'altro presente al legislatore (180) e il cui disconoscimento può sortire davvero «effetti destabilizzanti» (181).

La vera questione riguarda allora i requisiti che l'accordo sindacale deve avere per vincolare il datore di lavoro ed escludere, pertanto, l'applicazione dei criteri legali: ci si chiede insomma se sia o meno richiesta la sottoscrizione da parte di tutti i soggetti legittimati alla trattativa. In dottrina sembra prevalere l'orientamento secondo il quale non è necessaria l'unanimità ai fini della validità dell'accordo (182), bastando la partecipazione allo stesso dei sindacati che rappresentino la maggior parte dei dipendenti interessati dalla procedura di riduzione di personale (183). È stato infatti giustamente osservato che l'adozione rigida della regola dell'unanimità «in molte situazioni potrebbe implicare la pratica ingestibilità delle vertenze» (184). La delicatezza della materia, in effetti, consiglia un approccio ragionevole, nel senso di escludere la legittimità di accordi «separati» qualora siano stipulati con sindacati di nessuna o scarsa rilevanza nell'ambito aziendale e siano perciò tali da ingenerare il sospetto di manovre fraudolente o collusive.

Quanto al contenuto degli accordi in esame, qualche considerazione merita il limite rappresentato dal divieto di discriminazione, diretta o indiretta, e il particolare vincolo previsto dall'art. 6, comma 5-*bis* legge n. 236/1993. Se infatti non può essere messo in dubbio che i criteri di scelta contrattati non possano avere effetti discriminatori (185) e pertanto a tale divieto non sia in nessun caso consentito derogare, una soluzione di segno diverso potrebbe essere data al problema relativo al necessario rispetto della quota di manodopera femminile precedentemente occupata. È infatti vero che tale norma va più in là del divieto di discriminazione (186), perché non necessariamente la mancata osservanza della quota implica una discriminazione, diretta o indiretta, a carico delle donne (187). Si po-

(180) Focareta F., *op. cit.*, p. 328; Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, *cit.*, p. 338.

(181) Così Lunardon F., *op. cit.*, p. 33; *contra* Chiusolo S., *op. cit.*, p. 18, che ritiene che il problema non sia neppure «di difficile gestione pratica» e propone di applicare i criteri contrattuali nei confronti dei soli iscritti, mentre per gli altri andrebbero utilizzati i criteri legali. Sul punto v. le considerazioni di segno opposto di Mazzioni F., *Riduzione di personale...*, *cit.*, p. 122.

(182) Persiani M., *Commento all'art. 4, cit.*, p. 921; Focareta F., *op. cit.*, p. 328, segnala che l'eventuale intenzione contraria alla validità di accordi «separati» «avrebbe dovuto essere sorretta da esplicite indicazioni testuali».

(183) Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, *cit.*, p. 338.

(184) Liso F., *Mercato del lavoro...*, *cit.*, p. 44.

(185) Tanto che la norma dell'art. 8, comma n. 2, legge n. 236/1993 è stata giudicata «giuridicamente inutile, ma politicamente opportuna»: v. Napoli M., *Le nuove disposizioni...*, *cit.*, p. 186.

(186) Napoli M., *Le nuove disposizioni...*, *cit.*, p. 187.

(187) Sulle problematiche connesse all'accertamento della discriminazione v., per tutti, Barbera M., *Discriminazioni e eguaglianza...*, *cit.*, spec. pp. 189 ss.

trebbe allora ritenere che all'accordo sindacale sia consentito derogare alla rigida previsione della norma in esame, fermo restando, ovviamente, il divieto di discriminazione, anche sulla base della considerazione per cui «il sistema delle quote presenta cospicue controindicazioni, soprattutto se utilizzato come norma puramente proibitiva» (188). Una simile interpretazione può trovare un ostacolo nella lettera della norma, secondo la quale «l'impresa non può altresì collocare in mobilità [...]», che sembra voler imporre un vincolo generale, valevole per l'applicazione sia dei criteri legali che di quelli contrattuali. Tuttavia, può ritenersi che il legislatore abbia inteso conferire al sindacato un potere ampio, proprio in ragione della natura meramente suppletiva dei vincoli legali alla scelta dei lavoratori, e pertanto che anche il limite relativo alla quota possa essere superato purché ciò non avvenga in violazione del divieto di discriminazione.

Una volta rispettati i limiti derivanti dalle ragioni giustificatrici del licenziamento collettivo e dal divieto di discriminazione, l'accordo sindacale può individuare i criteri di scelta prescindendo totalmente dai criteri legali, ovvero integrandoli o modificandoli solo parzialmente (189). La determinazione contrattuale non incontra ulteriori vincoli, salvo la necessità che detti criteri siano astratti – e quindi prescindano dall'individuazione in concreto dei lavoratori da licenziare (190) – e che sia esclusa la previsione di «motivi inerenti alla persona del lavoratore» (191). In base a tale ultima considerazione, in particolare, deve ritenersi illegittima la predisposizione di criteri che siano fondati sul rendimento del lavoratore (192) o sull'eccessiva morbilità dello stesso (193).

Un discorso più articolato merita il criterio della vicinanza al raggiungimento dell'età pensionabile, criterio che è stato utilizzato dalla stragrande maggioranza degli accordi sindacali stipulati in materia, cosa che d'altroonde era da prevedersi. La dottrina prevalente sembra cautamente propendere per la legittimità del criterio in parola, purché non sia l'unico utilizzato, ma concorra con altri «in una combinazione che risulti ragionevole»

(188) D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, p. 936. L'Autore, pur ritenendo obbligatoria l'osservanza della quota anche nel caso di accordo sindacale, osserva che «soprattutto dove la percentuale femminile è bassa e le mansioni omogenee, lavoratrici con minore anzianità e carichi di famiglia di lavoratori con mansioni uguali, potranno risultare di molto preferite, stante la necessità di salvaguardare l'equilibrio della quota».

(189) Liso F., *La nuova legge...*, cit., n. 18, p. 12.

(190) V. le chiare osservazioni in proposito di D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, pp. 929 ss.

(191) D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, p. 932; Napoli M., *Voce: Licenziamenti*, cit., p. 99.

(192) Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., pp. 339 ss., assume un «atteggiamento di moderata apertura verso la previsione di questo criterio», derivandone la possibile validità «anche dalla rilevanza data dalla legge attuale, come valido criterio di scelta, a esigenze meramente "organizzative"». V. anche Id., *I criteri di scelta...*, cit., pp. 800 ss.

(193) Mazziotti F., *Riduzione di personale...*, cit., p. 122, precisa che l'eccessiva morbilità, come l'inefficienza del lavoratore, «può essere un criterio selettivo se si riferisce alla perdita della capacità lavorativa».

le» (194). L'affermazione è stata recentemente condivisa dalla stessa Corte Costituzionale che ha precisato, proprio in relazione al criterio dell'anzianità, che occorre giustificare, con i parametri della razionalità e della ragionevolezza, lo scostamento dal «privilegio tradizionale dell'anzianità di servizio»; in quest'ottica, l'adozione di un criterio quale la prossimità al raggiungimento dei requisiti richiesti per il trattamento di quiescenza può ritenersi legittimo quando la situazione del mercato del lavoro «sia tale da escludere per i lavoratori più giovani la possibilità di trovare a breve termine un altro posto di lavoro» ovvero quando si tratti di «ristrutturazioni industriali caratterizzate da elevati livelli di innovazione tecnologica» (195). La soluzione accolta dalla Corte tende in altre parole a escludere che il licenziamento collettivo possa essere ridotto al ruolo di strumento rivolto al mero «svecchiamento» del personale, per di più tramite l'utilizzazione di strumenti – la lista di mobilità e la relativa indennità – che sono stati pensati dal legislatore per fini del tutto diversi.

Se il richiamo alla volontà del legislatore appare condivisibile, non si può, tuttavia, non considerare come la legge n. 223/1991 presenti alcune indicazioni di segno contrario proprio riguardo alla pretesa «preferenza» per l'espulsione dal processo produttivo dei lavoratori più giovani. Da un lato, infatti, vi è la fissazione dell'anzianità di servizio (196) quale criterio di scelta, dall'altro la stessa legge disciplina istituti come il prepensionamento e la mobilità lunga che indirizzano nel senso diametralmente opposto. Che entrambi gli strumenti citati intendano «invogliare» i lavoratori anziani a usufruire dell'opportunità di uscire anticipatamente dall'impresa, in particolare in situazioni di esuberanza di personale, è infatti indubitabile (197). Non si può allora ritenere illegittimo, sulla base di un'interpretazione «settoriale» della volontà della legge, il criterio contrattuale della vicinanza al pensionamento, o quello relativo al possesso dei requisiti richiesti dalla legge per il prepensionamento (198), proprio perché dalla legge non è dato ricavare un esplicito divieto all'utilizzazione della mobilità nei confronti dei lavoratori più anziani, né tantomeno una preferenza verso l'espulsione dei lavoratori più giovani. Piuttosto è interessante notare come il legislatore non abbia voluto permettere al datore di la-

(194) Così D'Antona M., *Commento all'art. 5, cit.*, p. 933; v. anche Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 341.

(195) Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit.

(196) Si esamineranno *infra* le ragioni per le quali il termine anzianità deve essere interpretato come anzianità di servizio.

(197) V. con riguardo all'istituto della mobilità lunga, le osservazioni di Miscione M., *Cassa integrazione...*, cit., p. VII; sui prepensionamenti Papaleoni M., *La Cassa integrazione guadagni*, in Papaleoni M., Del Punta R., Mariani M., *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, Cedam, 1993, pp. 154 ss.; non a caso la legge prevede espressamente che i requisiti pensionistici per i lavoratori che usufruiscono della mobilità lunga siano quelli anteriori al 1992: v. l'art. 5, comma 7, legge n. 451/1994. Sul punto Ferraro G., *Il d.l. n. 185/94: un ponte verso l'ignoto*, in *q. Riv.*, 1994, I, p. 171.

(198) In tal senso Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 343.

vorò di decidere unilateralmente, vincolandolo all'osservanza del requisito dell'anzianità quando non vi sia l'accordo sindacale ovvero, nel caso del prepensionamento, la richiesta espressa dei lavoratori. Solo in questo limitato senso si può sostenere che la legge preclude al datore di lavoro la possibilità di utilizzare il licenziamento collettivo per compiere operazioni di «svecchiamento» del personale. Si deve invece ritenere che sia affidata all'autonomia collettiva la valutazione circa l'opportunità di ricorrere a criteri che sostituiscano alla regola della minore anzianità di servizio quella del possesso dei requisiti di età e contributivi per accedere al pensionamento (199). La totale illegittimità di detti criteri non spiegherebbe, infatti, la presenza all'interno della legge n. 223/1991 e delle successive modifiche di svariate disposizioni miranti a incentivare l'utilizzazione degli strumenti in parola.

7. — *I criteri legali* — In mancanza di accordo, il datore di lavoro è tenuto a rispettare i tradizionali criteri dell'anzianità, dei carichi di famiglia e delle esigenze tecnico-produttive e organizzative, previsti dall'art. 5 legge n. 223/1991 e direttamente mutuati dall'accordo interconfederale del 1965.

Quanto al significato da attribuire ai singoli criteri, non pare, in primo luogo, che possa essere messo in dubbio che con il termine anzianità il legislatore abbia inteso riferirsi all'anzianità di servizio (200), sia perché è in tale significato che detto termine viene utilizzato all'interno di tutta la legge (201), sia perché detto criterio trae la sua origine dalla contrattazione collettiva, che ha costantemente privilegiato, ai fini della conservazione del posto di lavoro, il requisito del possesso di un'elevata anzianità di servizio (202). L'opinione contraria, secondo la quale il termine dovrebbe intendersi riferito all'anzianità anagrafica (203), sottolinea che dal complesso della disciplina si può desumere «un evidente interesse pubblico [...] a che siano licenziati i lavoratori più giovani» che renderebbe coerente la soluzione proposta con il disegno del legislatore. In realtà, come si è detto, non è possibile intravedere nella legge n. 223/1991 un orientamento univoco che induca a preferire un'opzione piuttosto che un'altra. Il fatto che l'indennità di mobilità, ad esempio, venga corrisposta per periodi variabili

(199) Secondo Pret. Genova 29 novembre 1993, in *Mass. giur. lav.*, 1993, pp. 676 ss., detto criterio è «certamente uno dei più ragionevoli perché riduce in limiti accettabili l'impatto sociale conseguente ai licenziamenti collettivi»; in senso analogo Pret. Bergamo 8 ottobre 1992, in *Dir. prat. pav.*, 1993, pp. 888 ss. (in motivazione).

(200) Cfr. Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 344; Mazziotti F., *Riduzione di personale...*, cit., p. 124; D'Antona M., *Commento all'art. 5*, cit., p. 933; Mora A.L., *op. cit.*, p. 215; Guaglione L., *Criteri di scelta dei lavoratori da licenziare e art. 5, legge n. 223/1991*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, pp. 1012 ss., qui p. 1019.

(201) V., ad es., l'art. 7, commi 4, 5, e 6.

(202) V. D'Antona M., *Commento all'art. 5*, cit., p. 933.

(203) Focareta F., *op. cit.*, p. 335.

li a seconda dell'anzianità anagrafica del lavoratore (204) può essere letto anche come conferma del fatto che il legislatore ha espressamente considerato l'ipotesi che il lavoratore licenziato possa avere un'età elevata, ma una bassa anzianità di servizio.

In mancanza di precise indicazioni di segno diverso, dunque, è preferibile un'interpretazione conforme al significato correntemente utilizzato, e che impedisca di ritenere che il legislatore ami le «capriole semantiche» (205). Anche riguardo al criterio dei carichi di famiglia non si rilevano contrasti. Può ritenersi del tutto prevalente l'interpretazione che privilegia il riferimento al complessivo stato di bisogno del lavoratore, desumibile sia dai carichi di famiglia in senso proprio (206), sia dalla presenza di altri familiari titolari di un reddito (207). La preoccupazione che l'interpretazione sopraddetta possa avere «esiti involontariamente discriminatori» (208) può considerarsi agevolmente superabile, poiché il datore di lavoro è tenuto, nell'applicazione dei criteri legali, a rispettare, oltre al divieto di discriminazione diretta e indiretta, anche la «quota di manodopera femminile precedentemente occupata nelle mansioni prese in considerazione», fatto questo che può ritenersi sufficiente garanzia di tutela nei confronti delle donne.

Sul significato da attribuire alle esigenze tecnico-produttive e organizzative si registrano invece le maggiori divergenze. Si è in precedenza escluso che il criterio in esame possa considerarsi una mera delimitazione dell'ambito entro il quale andrà effettuata la scelta, perché detto ambito è identificato dalla ragioni giustificatrici del licenziamento collettivo. In quest'ottica, il criterio delle esigenze tecnico-produttive e organizzative serve a individuare le posizioni lavorative che devono essere «salvate» dal licenziamento (209).

Occorre ora precisare che, nell'operare la scelta, deve tenersi conto non di qualità «personali» del lavoratore, quali il rendimento o il tasso di assenteismo (210), ma esclusivamente della professionalità, in certo qual

(204) Ancora Focareta F., *op. cit.*, p. 336.

(205) D'Antona M., *Commento all'art. 5*, cit., p. 933.

(206) Che devono essere intesi «non nel significato ristretto del coniuge e dei figli, rilevante per gli assegni al nucleo, ma in quello più ampio di ogni familiare a carico, compreso il convivente *more uxorio*»: così Mazziotti F., *Riduzione di personale...*, cit., p. 124. L'equiparazione della convivenza *more uxorio* alla relazione coniugale pare infatti essere cautamente riconosciuta dalla giurisprudenza in alcuni casi. V. Cass. 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1849, in relazione al diritto al risarcimento del danno da fatto illecito; Cass. 27 marzo 1993, n. 3720, in *Mass. giust. civ.*, 1993, p. 566 che afferma il rilievo di detta convivenza «in ordine alla esistenza del diritto all'assegno di mantenimento o divorziale, e alla sua concreta determinazione».

(207) Focareta F., *op. cit.*, p. 338; Del Punta R., *I criteri di scelta...*, cit., p. 787; Mora A.L., *op. cit.*, p. 215.

(208) Così Focareta F., *op. cit.*, p. 338.

(209) Liso F., *La nuova legge...*, *op. cit.*, n. 18, p. 14; Ventura L., voce: *Licenziamenti collettivi*, cit., p. 28; Guaglione L., *op. cit.*, p. 1017.

(210) Liso F., *loc. ult. cit.*; Ventura L., *op. ult. cit.*, p. 29.

modo, oggettiva, dello stesso, cioè del possesso di competenze tecniche che risultino essere particolarmente utili per l'impresa, anche in vista della successiva riorganizzazione. Naturalmente, ove i lavoratori aventi le qualità richieste siano in numero superiore rispetto ai posti da «salvare», sarà necessario utilizzare, nell'ambito di tale ristretto gruppo, i criteri sociali sopradescritti. È solo per questo profilo, in definitiva, che le diverse soluzioni analizzate non possono considerarsi equivalenti. Se le professionalità «utili» all'impresa possono essere escluse già al momento della delimitazione dell'ambito nel quale incideranno i criteri di scelta, il datore di lavoro ha maggiore discrezionalità nel determinare, tra posizioni analoghe, quelle da salvare, dovendo giustificare la scelta solo in base alle «esigenze tecnico-organizzative e produttive».

Non si può trascurare, infatti, che la legge richiede l'applicazione dei criteri di scelta «in concorso tra loro», dando così una solenne smentita alla giurisprudenza che riteneva che il datore di lavoro potesse dare prevalenza alle esigenze tecniche e produttive (211), sul presupposto che quest'ultimo mantenesse pur sempre nella selezione dei lavoratori un certo margine di discrezionalità.

La regola del concorso impone, al contrario, che l'applicazione dei criteri di scelta avvenga in maniera «paritaria», senza che possa essere data prevalenza all'uno o all'altro degli stessi (212). Una volta individuato, insomma, l'ambito di applicazione, si dovrà procedere alla selezione anzitutto con i criteri relativi ai carichi di famiglia e all'anzianità di servizio, per poi verificare se, alla stregua dell'interpretazione accolta, siano ricomprese nell'insieme dei licenziandi anche quelle professionalità che sono invece necessarie all'impresa.

Anche la giurisprudenza sembra indirizzarsi in questo senso, là dove attribuisce rilevanza non solo alla regola del concorso, ma all'ordine di elencazione dei criteri di cui all'art. 5, primo comma (213). Detto principio, tuttavia, non può interpretarsi nel senso che i primi due criteri debbano prevalere in ogni caso sull'ultimo, per la ragione che non verrebbe lasciato «alcuno spazio alle esigenze tecniche» (214): può invece ritenersi che abbia significato quanto all'ordine logico in cui i criteri di scelta devono essere applicati.

Aprile 1995

(211) Cass. 17 aprile 1990, n. 3166, in *Dir. prat. lav.*, 1990, p. 2225; Cass. 16 dicembre 1985, in *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 241; *contra* Cass. 29 ottobre 1988, n. 5886, in *Lav. prev. oggi*, 1989, p. 1741, secondo la quale il datore di lavoro «pur potendo in alcuni casi dare a esse prevalenza, rispetto agli altri due criteri, è tenuto a dimostrare quali siano in concreto le esigenze tecniche e produttive che impongono la scelta dei lavoratori licenziati ed a spiegare le ragioni della ritenuta prevalenza di tali esigenze sulla anzianità e sui carichi di famiglia».

(212) V. Pret. Busto Arsizio, 18 ottobre 1993, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 493.

(213) Pret. Bologna 6 aprile 1992, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 1012.

(214) Guaglione L., *op. cit.*, p. 1019.

Letizia Nani

LICENZIAMENTI COLLETTIVI E PARITÀ FRA GENERI: IMPATTO DELLA «QUOTA» A TUTELA DELL'OCCUPAZIONE FEMMINILE

SOMMARIO: 1. Premessa — 2. Qualificazione della quota come criterio «correttivo» di scelta dei lavoratori da licenziare — 3. Impatto del divieto di discriminazione sulla delimitazione dell'ambito aziendale di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità — 4. Quota a tutela dell'occupazione femminile e principio di solidarietà sociale: dubbi sulla costituzionalità della quota — 5. Ragioni e condizioni per escludere l'incostituzionalità della quota — 5.1. Segue: divieto di discriminazione indiretta e limiti al potere datoriale di recesso — 6. Proceduralizzazione della tutela dell'occupazione femminile — 7. Profili processuali sanzionatori della disciplina di tutela dell'occupazione femminile — 7.1. Sanzioni conseguenti alla violazione della quota — 7.2. Discriminazione ed inefficacia dei recessi per violazione della procedura — 8. Considerazioni conclusive

1. — *Premessa* — All'ampiezza della riflessione dedicata dalla dottrina giuslavoristica (e non solo) al principio di parità uomo-donna nel lavoro e alla interpretazione della legge n.125/91, fa da contrappunto l'esiguità delle decisioni giudiziali concernenti la sua applicazione (1).

Questo dato peraltro non indica che la legislazione ricordata gode di una piena *effettività*, infatti, dai dati relativi alla condizione delle donne nel lavoro emerge che la disciplina sull'uguaglianza fra lavoratori e lavoratrici è costantemente disapplicata e che la parità uomo-donna stenta a realizzarsi.

Basti osservare che sebbene siano trascorsi più di quattro anni dall'entrata in vigore della legge n. 125/1991 sull'uguaglianza sostanziale uomo-donna nel lavoro, le donne costituiscono ancora la maggioranza degli iscritti nelle liste di mobilità (2). I licenziamenti collettivi, dunque, conti-

(1) Vedi De Simone, *I giudici e la discriminazione sessuale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 7, 1990, p. 136; Treu, *Commento all'art. 15, legge 903/77, in Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 830; Bortone, *Discriminazione (divieto di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. v, pp. 16-25. Tra le ancora isolate sentenze pronunciate in tema di discriminazione indiretta v.: Tribunale di Torino 31 marzo 1995, in *Lav. giur.*, 1995, p. 671; Pret. di Milano 22 novembre 1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 703, con nota di Poso; Pret. di Roma 24 novembre 1992, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 262 con nota di Manassero; Pret. di Milano 10 luglio 1992, in *Not. giur. lav.*, 5/1994, p. 607; Pret. di Milano 12 giugno 1992, in *Riv. giur. lav.*, 1993, II, p. 79, con nota di Chiacchieroni; Pret. di Modugno 27 aprile 1992, in *Giurispr. mer.*, 1993, p. 338, con nota di Belfiore.

(2) È questo il dato più evidente emerso da un'indagine condotta dall'Isfol volta a conoscere le caratteristiche dei lavoratori (*rectius* disoccupati) che compongono le liste di