

CONDOTTA ANTISINDACALE PER
OMISSIONE DELLA PROCEDURA DI
CONSULTAZIONE E TUTELE APPLICABILI
NELL'AMBITO DEL CONTRATTO DI
LAVORO A TUTELE CRESCENTI

di **DOMENICO DE FEO**

Approfondimento del 14 giugno 2016

ISSN 2420-9651

GIUSTIZIA CIVILE.com

Utente: GIUSTIZIA CIVILE UTENZA EDITOR
giustiziacivile.com - n. 6/2016

© Copyright Giuffrè 2016. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Il provvedimento che si annota (Tribunale di Roma, sez. lav, 11 febbraio 2016) affronta la assai interessante questione della individuazione, nel quadro della sfera applicativa del d.lgs. n. 23 del 2015, della tutela applicabile ai licenziamenti collettivi viziati da condotta antisindacale per omesso esperimento della procedura di informazione e consultazione.

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. I distinti profili di indagine ed approfondimento. - 3. I confini del potere decisorio del Giudice. - 4. La questione della compatibilità tra ricorso ex art. 28 St. lav. e tutela indennitaria. - 5. La procedimentalizzazione dei poteri datoriali e la centralità della consultazione sindacale nel licenziamento collettivo. - 6. Omissione della consultazione sindacale quale mero vizio procedurale? - 7. L'ipotesi di una carenza motivazionale del recesso.

1. Il caso.

Il provvedimento che si annota [1] affronta la assai interessante questione della individuazione, nel quadro della sfera applicativa del d.lgs. n. 23 del 2015, della tutela applicabile ai licenziamenti collettivi viziati da condotta antisindacale per omesso esperimento della procedura di informazione e consultazione.

Nel caso di specie, il datore di lavoro aveva licenziato tutto il personale in forza senza dar corso a quanto prescritto dall'art. 4 l. n. 223 del 1991 ed il sindacato ricorrente aveva pertanto adito il Tribunale per sentire dichiarare l'antisindacalità della condotta e, per l'effetto, ottenere la revoca degli intimati recessi, l'adozione di ogni provvedimento idoneo a far cessare il comportamento, nonché la pubblicazione del decreto.

Il Tribunale, pur dando atto della mancata attivazione della procedura di consultazione sindacale e della conseguente illegittimità della condotta datoriale, ha ritenuto di non poter procedere alla revoca dei licenziamenti in quanto, essendo tutti i lavoratori stati assunti nel mese di luglio 2015, doveva trovare applicazione la tutela di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015 che, nel richiamare l'art. 3, comma 1, dello stesso decreto, stabilisce che il Giudice debba dichiarare l'estinzione del rapporto e riconoscere solo una tutela di natura indennitaria. Aggiungeva il Giudicante di non poter dar corso nemmeno a tale forma di tutela in quanto il sindacato non aveva formulato alcuna domanda finalizzata al riconoscimento dell'indennità *de qua* ed in ogni caso non aveva un interesse giuridicamente rilevante ad azionare detta tipologia di tutela, riservata invece solo ai singoli lavoratori interessati.

2. I distinti profili di indagine ed approfondimento.

La decisione in commento pone tre distinti ed assai delicati profili di riflessione.

Il primo riguarda, a monte, l'individuazione dei confini del potere decisorio del Giudice e, più in particolare, tenuto conto del combinato disposto degli artt. 99 e 112 c.p.c., il difficile rapporto tra condizioni dell'azione ed applicazione degli strumenti legislativi approntati dall'ordinamento, anche al di là delle espresse richieste di parte.

Il secondo attiene invece alla compatibilità tra il ricorso ex art. 28 St. lav. ed una tutela indennitaria.

Il terzo riguarda infine la individuazione, nell'ambito della disciplina del c.d. contratto a tutele crescenti, dell'apparato sanzionatorio applicabile alle ipotesi di antisindacalità della condotta quali quella in esame.

3. I confini del potere decisorio del Giudice.

Andando per ordine, le prime riflessioni devono riguardare l'affermazione che si legge nel provvedimento in commento secondo la quale il Giudice, pur avendo accertato che il comportamento datoriale denunciato è antisindacale, non potrebbe riconoscere la tutela indennitaria di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015 in quanto non espressamente richiesta dalla parte istante.

L'assunto non appare condivisibile poiché l'individuazione del *nomen iuris* delle fattispecie azionate, la loro esatta qualificazione, le conseguenze che si producono sul piano delle tutele dalle dedotte ed accertate violazioni di legge, sono pacificamente affidate al Giudice e rientrano nel suo potere-dovere decisionale in base al principio di cui all'art. 113, comma 1, c.p.c.; il contenuto di tale disposizione è efficacemente sintetizzato dal noto brocardo *iura novit curia*, che non sta solo a significare "il giudice conosce le leggi" ma anche che le "applica", con ciò dovendosi intendere che il magistrato ben può fare riferimento ad una norma diversa da quella invocata senza per ciò stesso incorrere nel vizio di ultrapetizione di cui all'art. 112 c.p.c.

Del resto, nel caso di specie, la norma di riferimento è l'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, in forza de quale «*in caso di violazione delle procedure richiamate all'art. 4, comma 12, [...] della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all'articolo 3, comma 1*». Tale ultima disposizione prevede che il rapporto di lavoro dev'essere dichiarato estinto alla data del licenziamento e che il datore di lavoro va condannato al pagamento di una indennità di importo pari a due mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità. Dunque, al Giudice non è nemmeno richiesta una attività valutativa e/o discrezionale in ordine alla individuazione della misura dell'indennità, essendo la stessa commisurata a parametri obiettivi direttamente indicati dal Legislatore. La decisione non si basa su elementi materiali diversi da quelli prospettati e tali da inverare il fatto costitutivo della pretesa, ma sugli stessi, e la sanzione applicata è "contenuta" in quella, più ampia, oggetto di espressa rivendicazione.

Il che ulteriormente conferma che possa ragionevolmente escludersi il vizio di ultrapetizione nel caso in cui il Giudice, a fronte dell'accertata illegittimità del recesso, proceda all'applicazione della tutela indennitaria pur a fronte di mancata espressa richiesta in tal senso [2].

4. La questione della compatibilità tra ricorso ex art. 28 St. lav. e tutela

indennitaria.

Il secondo e terzo profilo, che verranno affrontati congiuntamente per le reciproche interazioni che ne comporta la trattazione, appaiono introdurre una pluralità di questioni di più difficile soluzione.

Il ricorso *ex art. 28 St. lav.*, per la natura, i contenuti e le finalità che connotano lo speciale procedimento introdotto dal Legislatore del 1970, mira all’emissione di una pronuncia di adempimento in forma specifica, di contenuto pienamente soddisfacente dell’interesse leso, intesa a condannare il datore di lavoro a rimuovere gli effetti che derivano dal comportamento violativo dei diritti sindacali.

Ed infatti, con il decreto *ex art. 28 St. lav.* viene disposta la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione dei suoi effetti: in buona sostanza, il Giudice ordina al datore di lavoro di ripristinare lo *status quo ante*, e cioè la situazione di pieno godimento dei diritti e delle libertà sindacali.

Il decreto ha i caratteri della tipicità, dell’eccezionalità e, soprattutto (per quello che qui interessa), dell’efficacia reale.

Nel caso di licenziamento collettivo viziato dal mancato esperimento della procedura di informazione e consultazione sindacale, la rimozione degli effetti della condotta antisindacale dovrebbe comportare che i rapporti di lavoro illegittimamente risolti debbano essere in concreto ripristinati.

Dalla natura inibitoria e ripristinatoria della tutela in esame e dalla classificazione del relativo procedimento tra quelli sommari non cautelari (avendo funzione di anticipazione soddisfacente della pretesa, in quanto finalizzati alla formazione il prima possibile di un titolo sul quale si possa poggiare l’esecuzione) deriva dunque la difficile compatibilità tra lo strumento di cui si discute ed una tutela meramente indennitaria.

5. La procedimentalizzazione dei poteri datoriali e la centralità della consultazione sindacale nel licenziamento collettivo.

L’indagine si deve spostare allora sulla esatta individuazione della corretta sanzione applicabile a fronte del vizio appena indicato.

Si ricorderà che la Legge Fornero ha ridimensionato il valore ed il rilievo delle forme procedimentali, accordando alla loro violazione una tutela di natura solo indennitaria, sia pure nella versione – per così dire – “forte”.

Il d.lgs. n. 23 del 2015 si è spinto addirittura oltre, accordando alla tipologia di vizi anzi detta la sola tutela indennitaria “affievolita”.

Come invece si ricorderà, la l. n. 223 del 1991, pur avendo formalmente distinto i vizi della procedura di collocazione in mobilità, che ne causavano l'inefficacia, dalla violazione dei criteri di scelta, che producevano invece l'annullabilità del recesso, aveva stabilito in entrambi i casi l'applicazione della tutela reale (nella sua "monolitica" impostazione dell'epoca).

Ed allora, se la tutela di tipo indennitario-risarcitorio è senz'altro coerente con la linea di «*svalutazione dei vizi di carattere formale (licenziamento orale a parte) o procedurale rispetto a quelli di carattere sostanziale*» [3] che connota nel suo complesso la legge n. 92 del 2012 (poi ripresa dal d.lgs. n. 23 del 2015), occorrerà a questo punto chiedersi se la completa omissione della procedura di informazione e consultazione sindacale nei licenziamenti collettivi sia riconducibile ad un "mero" vizio di natura formale [4].

È noto che la legge n. 223 del 1991, in materia di eccedenze di personale, nulla dice in relazione alle conseguenze derivanti dall'insufficienza dei presupposti causali della riduzione di personale, né tantomeno in merito alla sindacabilità giudiziale di tali presupposti. La normativa in parola incentra l'attenzione unicamente sulla fase anteriore all'emanazione del provvedimento di recesso, introducendo una sorta di "procedimentalizzazione" dell'esercizio dei poteri imprenditoriali. Questa procedimentalizzazione, che coinvolge sindacato e datore di lavoro in un esame congiunto in ordine alle cause che hanno determinato l'eccedenza di personale ed agli eventuali rimedi da porre in essere, diventa, quindi, lo strumento di garanzia della legittimità del provvedimento di recesso. Perde qualsiasi rilevanza, specie in sede di controllo giudiziale, la causale giustificatrice originaria dell'intimato licenziamento collettivo, assumendo l'articolata procedura imposta dalla l. 223 del 1991 il ruolo di asseveratore della legittimità della suddetta causale [5].

Come è stato evidenziato da più parti, nell'ampliare i poteri del sindacato nella fase procedurale antecedente al recesso, la nuova disciplina ha dato attuazione all'art. 41, commi 2 e 3, Cost., con l'effetto che la decisione dell'imprenditore di ridurre il personale (per trasformare, o ridurre o, persino, far cessare l'impresa) resta insindacabile nell'*an* ma vincolata nel *quomodo*, sicché ai fini della giustificazione del licenziamento non rilevano gli specifici motivi della riduzione del personale ma la correttezza procedurale dell'operazione [6].

La sostanziale "acausalità" dei licenziamenti collettivi e la conseguente impossibilità

del giudice di prendere in considerazione quelle contestazioni che finiscano per investirlo di un'indagine sulla presenza delle cause che giustificano la procedura relega i residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa alla verifica della correttezza procedurale dell'operazione [7].

L'orientamento giurisprudenziale consolidato, come descritto, trova anche l'avallo di autorevole dottrina, che individua nella fase procedurale obbligatoria l'unico momento di tutela apprestata ai lavoratori in caso di licenziamento collettivo [8].

6. Omissione della consultazione sindacale quale mero vizio procedurale?

In tale quadro, i vincoli procedimentali, tenuto anche conto dei limiti del sindacato giudiziale di cui si è dianzi detto, vengono a rivestire un rilievo essenziale ed assorbente, che trascende il profilo della mera "formalità procedurale" per assumere invece un ruolo di carattere sostanziale. Ne consegue che la violazione degli obblighi di procedura nel licenziamento collettivo non può essere equiparata, sul piano sanzionatorio, a quella riservata ai licenziamenti individuali, per i quali il sindacato giudiziale investe anche il profilo causale.

La inadeguatezza della tutela obbligatorio-indennitaria emerge vieppiù evidente a fronte di casi, quale quello esaminato nella decisione in commento, di totale pretermissione della fase di informazione e consultazione sindacale.

Occorre dunque individuare la corretta sanzione, nell'ambito – ovviamente – di quelle già apprestate dall'ordinamento, che consenta di ripristinare l'effettività del modello regolativo disegnato dal Legislatore del 1991 [9].

Orbene, sembra potersi ragionevolmente affermare che dall'essenzialità del controllo sindacale sull'esercizio del potere di recesso derivi che la pretermissione della fase di informazione e consultazione infici insanabilmente i recessi, che, essendo intimati in contrasto con una norma imperativa di legge (quella dell'art. 4, l. n. 223 del 1991, appunto), sono viziati da nullità.

Per altro verso, il licenziamento collettivo cui sia dato corso in assenza di procedura sindacale potrebbe comunque ritenersi illecito nei motivi, o addirittura nella causa (art. 1418, comma 2, c.c.).

Ne consegue, in forza del disposto dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, che estende la nullità del licenziamento agli «*altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*», l'applicazione della sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro ed il

risarcimento del danno nella forma “piena” [10].

Tale interpretazione consente non solo di valorizzare con coerente efficacia la centrale funzione rivestita dalla procedura sindacale *in subiecta materia*, ma anche di recuperare la concreta strumentalità del ricorso ex art. 28 St. lav. in casi davvero eclatanti quali quello esaminato nella decisione in commento.

7. L’ipotesi di una carenza motivazionale del recesso.

Alle stesse conclusioni, e cioè all’applicazione della sanzione della reintegrazione “piena” in caso di licenziamento collettivo intimato senza il previo esperimento della procedura di informazione e consultazione sindacale, può pervenirsi anche seguendo una diversa logica interpretativa.

Come si è detto, il sindacato giudiziale non investe la verifica dei presupposti della riduzione o trasformazione di attività o lavoro e, dunque, il c.d. profilo causale, in quanto detta verifica è oggetto della disamina affidata alle parti collettive. Ne deriva che l’assenza della procedura viene ad incidere sull’apparato giustificazionale dei recessi, rendendoli – per così dire – privi di motivazione.

Ed allora, potrebbe utilmente essere richiamato l’art. 2, comma 2, l. n. 604 del 1966 (come novellato dall’art. 1, comma 37, l. n. 92 del 2012), in base al quale la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato. Tale disposizione, pur ritenuta inapplicabile – invero in altro contesto normativo – al licenziamento collettivo [11], appare invece, nel nuovo quadro legislativo di riferimento, logicamente estensibile alla fattispecie di recesso attuato senza l’adozione della procedura sindacale.

Riferimenti bibliografici

[1] Tribunale di Roma, sez. lav., 11 febbraio 2016.

[2] Si veda sulla questione Cass. civ., sez. lav., 24 luglio 2012, n. 12944, in *Mass. Foro it.*, 2012, 707, secondo la quale «*Anche nel processo del lavoro, l'interpretazione della domanda rientra nella valutazione del giudice di merito e non è censurabile in sede di legittimità ove motivata in modo sufficiente e non contraddittorio (nella specie, il lavoratore aveva impugnato il licenziamento chiedendo la condanna al risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, senza precisare se era richiesta anche la reintegrazione o l'indennità sostitutiva della reintegra; la suprema corte, in applicazione del principio su esposto, ha confermato la sentenza della corte d'appello che, valutando la reale portata della domanda, aveva valorizzato l'effetto tipico dell'impugnazione del licenziamento in regime di tutela reale che è la reintegrazione nel posto di lavoro).*».

[3] C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 584.

[4] Va invero detto che i vizi procedurali del licenziamento collettivo vengono dalla Legge Fornero sanzionati con maggiore severità rispetto a quelli che inficiano i licenziamenti individuali, e ciò proprio in considerazione del superiore rango degli interessi protetti; la sanzione del vizio procedimentale del licenziamento collettivo corrisponde a quella del vizio di ingiustificatezza "semplice" del licenziamento individuale.

[5] Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. lav., 28 ottobre 2009, n. 22824, in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, 767: «*Non è consentito un controllo giudiziale sulla causale del licenziamento collettivo in quanto la sua verifica è rimessa, ex ante, al confronto sindacale*»; nello stesso senso, Cass. civ., sez. lav., 3 marzo 2009, n. 5089, in *Mass. Foro it.*, 2009, 496, e 10 febbraio 2009, n. 3261, *Mass. Foro it.*, 2009, 187.

[6] Cass. civ., sez. lav., 12 ottobre 1999, n. 11455, *Mass. giur. lav.*, 2000, 100, con nota di S. LIEBMAN, *Licenziamento collettivo, procedure sindacali e garanzie del dipendente*; nello stesso senso, *ex plurimis*, Cass. Civ., sez. lav., 1 settembre 2004, n. 17556, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 970, con nota di S. BERTOCCO, *Esigenze tecnico-produttive e contenimento dei costi nei licenziamenti collettivi*; Cass. civ., sez. lav., 13 novembre 2000, n. 14679, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, 583, con nota di G. M. CASAMENTO, *I licenziamenti collettivi: violazione degli obblighi procedimentali ed*

efficacia sanante degli accordi collettivi; Cass. civ., sez. lav., 6 luglio 2000, n. 9045, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 573; Cass. civ., sez. lav., 23 settembre 1999, n. 10368, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 100, con nota di S. LIEBMAN, *Licenziamento collettivo*, cit..

[7] Cfr., *ex plurimis*, oltre alla giurisprudenza già citata, Cass. civ., sez. lav., 26 agosto 2013, n. 19576, in *Mass. Foro it.*, 2013, 723; Cass. civ., sez. lav., 7 dicembre 2012, n. 22219, in *Not. giur. lav.*, 2013, 533; Cass. civ., sez. lav., 21 febbraio 2011, n. 4150, in *Not. giur. lav.*, 2011, 641.

[8] Alcuni autori, in particolare, escludono che la giustificazione causale abbia rilevanza qualificatoria nella fattispecie licenziamento collettivo (e, di conseguenza, escludono che sia sindacabile), sostenendo che l'obbligo di giustificazione sostanziale del recesso sia già soggetto al controllo procedurale preventivo imposto dalla legge 223; si vedano, *ex plurimis*, R. FOGLIA, *Riduzione di personale e licenziamenti "economici"*, in *Dir. lav.*, 1997, I, 3 ss., e R. PESSI, *Commento all'art. 4*, in M. PERSIANI (a cura di), *Commentario della l. 23 luglio 1991, n. 223*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 909 ss. Cfr., inoltre, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale nella recente l. 223/1991: la fattispecie*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1992, n. 2, 201 ss., il quale attribuisce al giudice esclusivamente il compito di verificare il rispetto delle procedure previste dalla l. n. 223 del 1991. In definitiva, «i motivi economici per i quali l'imprenditore decide la modifica dell'organizzazione del lavoro sono di principio irrilevanti, per quanto attiene alla giustificazione dei licenziamenti (e dunque non entrano in essa)». Pertanto, appare «del tutto irrilevante che la riduzione del personale sia decisa per far fronte a una situazione di crisi, per l'introduzione di innovazioni tecnologiche, per il decentramento di fasi produttive, ecc., poiché i motivi che inducono alla riduzione o trasformazione di attività o di lavoro attengono alla sfera imprenditoriale, sono espressione dell'iniziativa economica e sono come tali insindacabili» (F. SCARPELLI, *La nozione e il controllo del giudice*, in *I licenziamenti collettivi*, *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, fasc. 19, 9).

[9] A. MINERVINI, *I controlli nei licenziamenti economici dopo la Riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2014, 757, evidenzia come il potere datoriale di licenziare sia previsto, nella legge n. 223 del 1991, solo a seguito del puntuale adempimento delle procedure, cosicché, sul piano tecnico, in assenza di procedura, non può verificarsi un effetto estintivo del rapporto di lavoro, in quanto sarebbe in contraddizione con l'applicabilità della tutela indennitaria a fronte di un licenziamento invalido. L'Autore critica la

Riforma, in quanto, con il mettere in discussione la centralità della procedura sindacale, conduce di fatto ad una privazione della tutela dei diritti dei lavoratori.

[10] Come condivisibilmente affermato da M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, n. 2, 335-336, l'applicazione della reintegrazione ad effetti risarcitori pieni di cui all'art. 2 a tutti «*i casi di nullità espressamente previsti dalla legge*» non va delimitata ai soli casi di nullità del licenziamento tipizzati, poiché altrimenti si porrebbe il problema di dover individuare la sanzione applicabile al licenziamento nullo per contrasto con norme imperative di legge (art. 1418 c.c.; art. 2110 c.c.), per motivo illecito esclusivo e determinante (art. 1345 c.c.), perché disposto in frode alla legge (art. 1344 c.c.), etc.

[11] Cass. Civ., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 2929, con nota di M. Papaleoni, *Le conseguenze dell'inosservanza degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, ed in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, 651, con nota di L. Montuschi, *Procedure e forme: comunicare è bello?*