

**CONCORRENZA
LAVORO
DIRITTI**

fare sintesi è un'impresa

con il patrocinio



CITTA' DI TORINO

CONVEGNO NAZIONALE
WWW.CONVEGNOAGI2017.IT



***LA SCELTA DEI LAVORATORI
NEI LICENZIAMENTI E NELLA CASSA INTEGRAZIONE***

Concorrenza tra lavoratori sul diritto all'occupazione

Prof. avv. Luigi Fiorillo
Torino, 15 settembre 2017

INTRODUZIONE

- Sfavorevoli contingenze economiche e/o di mercato possono comportare per il datore di lavoro situazioni in cui lo stesso non è più in grado (in via definitiva o temporanea) di sostenere i costi di gestione della forza lavoro o, più semplicemente, non ha più bisogno di avvalersi di tutto il personale dipendente. In tali casi si profila per l'azienda una condizione di esubero di personale e, conseguentemente, la necessità di sacrificare posti di lavoro ovvero di ridurre l'orario lavorativo degli occupati.
- Nasce così la questione che, parafrasando il titolo del convegno, si potrebbe definire come una ipotesi di «**concorrenza tra lavoratori sul diritto all'occupazione**» che concerne la scelta dei dipendenti da licenziare o da sospendere in cassa integrazione.



- In ambito di **licenziamenti collettivi** e di **cassa integrazione**, la scelta avviene secondo criteri di selezione che il legislatore e le parti sociali non lasciano alla libera discrezionalità del datore di lavoro, onde evitare che l'esubero del personale si riduca a pretesto per l'eliminazione e/o la discriminazione di lavoratori ritenuti «scomodi» dall'azienda.
- La **disciplina legale** in materia di **licenziamento collettivo** tende a risolvere il conflitto di interessi tra lavoratori privilegiando l'accordo collettivo e, in mancanza, fissa specifici criteri di selezione. Nella **cassa integrazione** la problematica della concorrenza tra lavoratori si caratterizza per l'assenza di norme legali e per l'invito del legislatore rivolto alle parti ad individuare criteri di scelta nella fase procedurale.



- La disciplina sul **licenziamento per giustificato motivo oggettivo** è estranea alla problematica sopra richiamata, avendo quale finalità la garanzia del diritto dell'impresa alla risoluzione del rapporto di lavoro per ragioni organizzative/economiche, a discapito dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto.
- L'elemento della possibile comparazione nelle fattispecie di licenziamento individuale è tuttavia rinvenibile nel dato giurisprudenziale, nei casi in cui il giustificato motivo oggettivo si identifichi nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile.

CRITERI DI SCELTA NEL LICENZIAMENTO COLLETTIVO

I criteri di scelta dei lavoratori da licenziare sono disciplinati dall'art. 5, comma 1, della l. n. 223/1991, secondo il quale:

L'individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2, ovvero in mancanza di questi contratti nel rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro;

a) carichi di famiglia;

b) anzianità;

c) esigenze tecnico produttive ed organizzative.

- L'art. 5, comma 1, l. n. 223/1991 - **unica disposizione legislativa** del nostro ordinamento che regola i criteri di selezione dei lavoratori riproduce sostanzialmente quanto già era stato previsto nell'**accordo interconfederale del 5 maggio 1965**.
- La norma pone un sistema in cui i **criteri di scelta sono fissati innanzitutto dalla contrattazione collettiva** mentre quelli stabiliti dalla legge si applicano in via residuale, con funzione meramente suppletiva.
- Gli accordi collettivi in questione hanno **efficacia generalizzata** e sono inquadrati fra i contratti di carattere gestionale. Detti accordi procedimentalizzano un potere del datore di lavoro che riguarda tutti i lavoratori, a prescindere dalla loro iscrizione ad uno dei sindacati stipulanti (Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268).
- Qualora i contratti collettivi dispongano, anziché del catalogo dei criteri, direttamente la scelta dei licenziati, si dovranno applicare i criteri legali *“perché la norma collettiva verrebbe a regolare una materia non disponibile (la scelta dei licenziati) lasciando contemporaneamente scoperta la materia disponibile (i criteri idonei a consentire una scelta imparziale)”* (M. D'ANTONA).



- La norma individua anche l'**ambito di applicazione dei criteri di scelta**, riferendosi a tutti quei lavoratori che, in base alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale, si possono ritenere obiettivamente coinvolti.
- Qui si giustifica il **duplice richiamo** alle *esigenze tecnico-produttive ed organizzative* operato dall'art. 5, comma 1, l. n. 223/91:
 - con il primo si garantisce che la selezione dei lavoratori licenziandi non venga ristretta a piacere dal datore di lavoro ad un solo reparto dell'impresa (se la comparazione vuole essere operata all'interno di un particolare settore l'individuazione dello stesso deve essere motivata da esigenze tecnico-produttive ed organizzative);
 - con il secondo viene posto un criterio legale a cui fare riferimento, in concorso con gli altri due (carichi di famiglia e anzianità), in mancanza di parametri di natura contrattuale.



- Il duplice richiamo alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative «*si spiega rilevando che mentre per la disposizione della prima parte tali esigenze delimitano l'ambito di selezione del personale interessato, le stesse concorrono poi nel momento successivo, con gli altri criteri dell'età e del carico di famiglia, alla individuazione del singolo lavoratore*» (Cass. 30 settembre 2015, n. 19457).
- In questo doppio passaggio “*il criterio delle esigenze tecnico produttive e organizzative gioca, nei due contesti, in modo del tutto diverso. Nel primo, prova l'**oggettiva ragionevolezza della delimitazione dell'ambito**. Nel secondo, in concorso con gli altri criteri, prova l'**oggettiva ragionevolezza della scelta del singolo**” (M. D'ANTONA).*
- “*L'individuazione dell'ambito di applicazione è l'antecedente logico della scelta vera e proprio, è il momento in cui si apre il ventaglio all'ombra del quale avverrà la selezione*”. La prima operazione è affidata alla **determinazione unilaterale del datore di lavoro**; la seconda appartiene alla **determinazione pattizia**, salvo l'intervento dei criteri di selezione legali in assenza di questa (R. DEL PUNTA).

CORTE COSTITUZIONALE n. 268/1994

- La Corte Costituzionale ha affermato che la determinazione negoziale dei parametri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità deve rispettare non solo il **principio di non discriminazione**, ma anche il **principio di razionalità**, *“alla stregua del quale i criteri concordati devono avere i caratteri dell’**obbiettività** e della **generalità** e devono essere **coerenti col fine dell’istituto della mobilità**”*.
- La Consulta ha anche precisato che *“come parametro del giudizio di razionalità o di ragionevolezza possono venire in considerazione anche i criteri legali, non come tali, ma in quanto riproducono criteri tradizionalmente praticati nei rapporti collettivi connessi ai licenziamenti per riduzione del personale nel settore dell’industria, sicché lo scostamento da essi deve essere giustificato”*.

IL CRITERIO DEL PREPENSIONAMENTO

- È il **più diffuso** negli accordi fra sindacati e datori di lavoro. Presuppone la scelta delle persone da avviare in mobilità fra quelle che hanno un'anzianità sufficiente per accedere alla pensione.
- È **illegittimo** in tutti quei casi in cui, applicato in via esclusiva, risulti **insufficiente** a individuare i dipendenti da licenziare (Cass. 22 giugno 2012, n. 10424; Cass. 27 gennaio 2011, n. 1938).
- In alcuni casi il parametro del prepensionamento è stato sottoposto a sindacato giudiziale non tanto sotto il profilo della legittimità del criterio adottato quanto sotto quello della **mancata specificità** delle ragioni per cui solo alcuni dei dipendenti in possesso di tale requisito siano stati destinatari del licenziamento collettivo (Cass. 23 luglio 2012, n. 12767) e delle **modalità di concreta applicazione** che devono sempre rispettare il principio generale di correttezza o buona fede (Cass. 13 settembre 2002, n. 13393).
- È **applicabile a tutti i dipendenti dell'impresa** a prescindere dal settore al quale gli stessi siano assegnati, essendo irrilevante il riferimento operato dal datore di lavoro ai singoli settori aziendali nella comunicazione di avvio della procedura (Cass. 7 novembre 2016, n. 22543; Cass. 30 settembre 2015, n. 19457).

I CRITERI LEGALI

Carichi di famiglia

- Il parametro dei carichi di famiglia privilegia la conservazione del posto di lavoro in capo a chi ha a carico una famiglia (devono ritenersi ricomprese anche le convivenze *more uxorio*) e, tra questi, chi ha la famiglia più numerosa.
- La giurisprudenza ha affermato la possibilità che l'accordo sindacale riconosca al requisito in parola un rilievo prioritario trattandosi di un **criterio di scelta equo e ragionevole**, anche in relazione all'art. 36 Cost. che come noto è posto a tutela del diritto ad una retribuzione, oltre che proporzionata alla quantità e qualità del lavoro, sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa (Cass. 7 novembre 2016, n. 22542).

Anzianità

- Il testo dell'art. 5, comma 1, adotta il termine «*anzianità*» senza ulteriori specificazioni, per univoca interpretazione giurisprudenziale il criterio in questione deve intendersi come ***anzianità di servizio*** (Cass. 23 gennaio 2015, n. 88; Cass. 19 maggio 2006, n. 11886; Cass. 15 febbraio 2001, n. 2188).
- Il canone dell' **anzianità senza soluzione di continuità** adottato con accordo sindacale **risponde a criteri oggettivi**, perché applicabile all'intera platea di lavoratori con esclusione in radice del carattere discriminatorio; risponde altresì all'esigenza di **prediligere i lavoratori che hanno acquisito un bagaglio culturale più importante** (Cass. 23 agosto 2016, n. 17249).

Esigenze tecnico-produttive ed organizzative

- Il criterio impone di verificare quali siano le esigenze aziendali venute meno e, conseguentemente, di **conservare il personale adibito alle mansioni che sono ancora indispensabili all'azienda.**
- La giurisprudenza ha più volte affermato il principio secondo il quale, se da un lato i criteri legali devono essere osservati in concorso tra loro per una valutazione globale, dall'altro non può ritenersi illegittima l'attribuzione di prevalenza ad uno solo di essi e, in particolare, alle esigenze tecnico-produttive, dal momento che tale canone di selezione risulta essere più **coerente con le finalità perseguite mediante la riduzione del personale** (Cass. 13 dicembre 2016, n. 25553; Cass. 28 ottobre 2009, n. 22824).

ONERE DI SPECIFICAZIONE DELLE MODALITÀ APPLICATIVE

Sul datore di lavoro grava l'onere di specificare non solo i criteri di scelta adottati, ma anche le modalità applicative degli stessi (anche se il criterio è uno solo), sì da garantire al singolo lavoratore la possibilità di sapere perché lui, e non altri, sia stato destinatario del licenziamento collettivo (Cass. 13 dicembre 2016, n. 25554; Cass. 25 febbraio 2013, n. 4667; Cass. 8 novembre 2007, n. 23275).

AMBITO DI APPLICAZIONE DEI CRITERI DI SCELTA

- La comparazione tra i lavoratori avviene con riferimento all'**intero complesso aziendale**, salvo che le esigenze invocate a motivo dell'avvio della procedura di riduzione del personale riguardino in via esclusiva **specifici settori e determinati rami aziendali**, nel qual caso la comparazione può essere limitata a quei soli ambiti (Cass. 6 novembre 2013, n. 24999; Cass. 2 dicembre 2009, n. 25353; Cass. 24 gennaio 2002, n. 809).
- L'azienda, in ogni caso, non può restringere la scelta dei lavoratori da licenziare alle sole figure professionali dell'unità produttiva in cui sono stati ravvisati gli esuberi **ove i lavoratori stessi siano idonei a occupare le posizioni lavorative di altri colleghi addetti presso altre unità produttive**. In tal caso, il datore di lavoro è tenuto ad effettuare la comparazione anche tra i lavoratori impiegati presso queste ulteriori unità non interessate dall'esubero (Cass. 16 settembre 2016, n. 18190; Cass. 17 marzo 2014, n. 6112).
- **L'onere della prova ricade sul datore di lavoro** il quale, in caso di contestazione, deve provare il fatto che giustifica il più ristretto ambito in cui la scelta è stata operata (Cass. 23 giugno 2006, n. 14612).

LIMITI NELLA SCELTA DEI LAVORATORI DA LICENZIARE

- La comparazione trova il limite del rispetto dei **divieti di non discriminazione** (viene in rilievo l'art. 15 dello Statuto che vieta il licenziamento dovuto a motivi discriminatori).
- L'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991, inoltre, prevede specifici limiti in relazione ai licenziamenti collettivi che coinvolgono **lavoratori disabili** ovvero **manodopera femminile**:
 - all'esito del licenziamento non deve risultare scoperta la quota degli invalidi soggetti alla disciplina del collocamento obbligatorio;
 - la riduzione del personale dovrà riguardare sia uomini che donne in misura corrispondente alla proporzione esistente tra i lavoratori occupati in azienda o nella singola unità produttiva coinvolta dall'esubero.
- È fatto divieto di coinvolgere nel licenziamento collettivo la **lavoratrice madre**, salvo il caso di cessazione dell'attività dell'azienda (art. 54, comma 4, d.lgs. n. 151/2001).

CONSEGUENZE SANZIONATORIE DELLA VIOLAZIONE DEI CRITERI DI SCELTA

- Prima della riforma Fornero, l'art. 5, comma 3, l. n. 223/91 prevedeva l'inefficacia del recesso qualora fosse stato intimato senza l'osservanza della forma scritta ovvero in violazione delle procedure richiamate all'art. 4, comma 12, mentre era annullabile il licenziamento collettivo disposto in violazione dei criteri di scelta. In ogni caso, **il rimedio sanzionatorio era sempre quello della reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro.**
- Dopo la riforma del 2012 si è stabilito che la violazione delle singole disposizioni della procedura di mobilità non rende più inefficace l'intera procedura, ma solamente i licenziamenti individuali dei singoli lavoratori, e che gli eventuali vizi della comunicazione di avvio della procedura di mobilità possono essere sanati nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura stessa. In caso di violazione dei criteri di scelta **il rimedio sanzionatorio è rimasto quello di natura reintegratoria, seppure nella misura attenuata** prevista dall'art. 18, comma 4, St. lav. (v. art. 5, comma 3, l. n. 223/1991).



A seguito della Riforma Fornero si profilano **tre distinti regimi sanzionatori** in ipotesi di licenziamento collettivo illegittimo:

- tutela reale piena, ex art. 18, comma 1, in caso di mancanza della forma scritta;
- tutela reale attenuata, ex art. 18, comma 3, per violazione dei criteri di scelta;
- tutela indennitaria forte, ex art. 18, comma 5, per violazione della procedura.



Giurisprudenza in fattispecie successive alla l. n. 92/2012 (e antecedenti al d.lgs. n. 23/2015)

- *«In materia di licenziamenti collettivi, occorre distinguere tra l'ipotesi della **violazione delle procedure** e quella della **violazione dei criteri di scelta**: nel primo caso, il giudice dichiara **risolto** il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'**indennità risarcitoria onnicomprensiva**; nel secondo caso, il giudice **annulla il licenziamento** e condanna il datore di lavoro alla **reintegrazione** nel posto di lavoro»* (Cass. 13 giugno 2016, n. 12095).
- *«L'incompletezza della **comunicazione** di cui al comma 9, costituisce "**violazione delle procedure**" previste dalla L. n. 223 del 1991, art. 4, dando luogo al "regime di cui al terzo periodo del predetto art. 18, comma 7", e, quindi, alla **tutela indennitaria tra 12 e 24 mensilità**. Diversi sono i presupposti del vizio attinente la "**violazione dei criteri di scelta**", legittimante la **reintegrazione** nel posto di lavoro ed il pagamento di una indennità risarcitoria. Tale ipotesi si ha non nell'ipotesi di incompletezza formale della comunicazione di cui all'art. 4, comma 9, bensì **allorquando i criteri di scelta siano, ad esempio, illegittimi, perché in violazione di legge, o illegittimamente applicati, perché attuati in difformità dalle previsioni legali o collettive**»* (Cass. 29 settembre 2016, n. 19320).

- Con il *Jobs Act* (d.lgs. n. 23/2015) per il licenziamento economico scompare ogni possibilità di ricorrere alla tutela reale, l'unica tutela possibile è quella indennitaria.
- L'art. 10, d.lgs. n. 23/2015, in particolare, ha riformato il regime sanzionatorio in caso di illegittimità della procedura di mobilità disponendo, in caso di violazione dei criteri di scelta, la **sola tutela economica** prevista dall'art. 3, comma 1, del medesimo decreto (due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità).



- La disciplina introdotta dal Jobs Act, in ogni caso, **si applica ai soli lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015**. Tale scelta legislativa fa emergere **alcune criticità** che possono verificarsi in caso di licenziamento collettivo da parte di un'impresa che occupa lavoratori assunti prima di quella data e altri assunti dopo:
 - nello stesso procedimento di riduzione del personale, in caso di violazione di criteri di scelta, alcuni lavoratori possono usufruire della tutela reintegratoria e altri soltanto di quella indennitaria;
 - sul piano del rito processuale, per i vecchi assunti trova applicazione il c.d. rito Fornero, per quelli occupati successivamente alla data del 7 marzo 2015 il rito ordinario.



- Le criticità appena esaminate sono ritenute da parte della dottrina a **rischio di tenuta costituzionale**, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost., in considerazione del fatto che la diversità di regime è dovuta esclusivamente al dato accidentale di essere stati assunti prima o dopo l'entrata in vigore del decreto attuativo del *Jobs Act* (**G. FERRARO; A. PERULLI**).
- Di contro, l'incostituzionalità del nuovo sistema è esclusa da chi sostiene che **la diversità di trattamento sia giustificata dalla necessità di favorire l'occupazione**. Il nuovo modello normativo costruito con il jobs act tutto rivolto ad incrementare il tasso di occupazione, favorendo le opportunità di lavoro per i disoccupati, non è comparabile con quello precedente incentrato quasi esclusivamente sulla tutela degli occupati e ciò giustifica "situazioni differenti disciplinate in modo ragionevolmente differente" (**C. PISANI**).

CRITERI DI SCELTA NEL LICENZIAMENTO PER G.M.O.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è costituito da «***ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa***» (art. 3, legge n. 604/1966).

- Ipotesi tipiche di licenziamento per ragioni attinenti all'impresa sono la **soppressione del posto di lavoro** e la **riduzione del personale**.
- La dottrina maggioritaria ritiene che **non vi sia differenza qualitativa** tra le ragioni di licenziamento di cui all'art. 3, l. n. 604/1966 e quelle di cui agli artt. 4 e 24, l. n. 223/1991 («*riduzione o trasformazione di attività o lavoro*») in ambito di licenziamento collettivo (**M. D'ANTONA; E. GRAGNOLI; G. NATULLO; C. ZOLI**). Le due fattispecie, in definitiva, si distinguono unicamente per il dato numerico e temporale, mentre vi è una sostanziale coincidenza delle causali.
- In questo senso depone anche la legge delega n. 183/2014 (Jobs Act) la quale, all'art. 1, comma 7, lett. c., dettando obbiettivi e criteri della delega, si riferisce indistintamente ai «**licenziamenti economici**».

DISCREZIONALITÀ DEL DATORE DI LAVORO IN ORDINE ALLA GESTIONE DELL'IMPRESA

L'orientamento predominante della Cassazione ritiene che la decisione in ordine al riassetto organizzativo aziendale e alle sue modalità è rimessa alla **libera valutazione del datore di lavoro**, senza che il giudice possa entrare nel merito della scelta dei criteri di gestione dell'impresa, costituente espressione della **libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.**, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato (Cass. 19 aprile 2017, n. 9869; Cass. 30 novembre 2016, n. 24458; Cass. 13 marzo 2015, n. 5090; Cass. 11 gennaio 2013, n. 579) e che il datore di lavoro rispetti l'obbligo di *repêchage* ovvero provi l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse da quelle precedentemente svolte (Cass. 22 marzo 2016, n. 5592; Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040)



Una lettura ancor più rigorosa del principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali è dettata dalla recente **Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201** secondo la quale:

«Ai fini della legittimità del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, comprese quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività, determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di un'individuata posizione lavorativa»



In linea con i principi di insindacabilità delle scelte organizzative del datore di lavoro la Cassazione ha affermato che:

- *«Diversamente dal licenziamento collettivo, in caso di licenziamento individuale, anche plurimo, per giustificato motivo oggettivo, consistente nella necessità di ristrutturare reparti o servizi dell'azienda, comportante la soppressione di determinati posti di lavoro, i lavoratori da licenziare devono essere individuati sulla base delle mansioni da essi svolte in quanto correlate all'esigenza di ristrutturazione, ma **non possono essi invocare (diversamente dalla prima ipotesi) situazioni personali per ottenere che la scelta del licenziamento cada su altro soggetto**» (Cass. 7 agosto 2015, n. 16571):*
- ***Nel licenziamento individuale, la scelta della persona da licenziare corrisponde all'esercizio di una discrezionalità imprenditoriale che va ricondotta alla libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) (Cass. 29 aprile 2015, n. 8686).***



- Nel licenziamento per g.m.o., il contemperamento tra l'interesse dell'impresa (art. 41 Cost.) e quello alla salvaguardia dell'occupazione (desumibile dall'art. 4 Cost.) è affidato alla verifica della sussistenza delle ragioni organizzative aziendali
- Il sindacato giudiziale sul g.m.o., in particolare, si compone di **tre fasi**:
 - verifica dell'effettiva sussistenza della ragione posta a fondamento del recesso;
 - verifica dell'esistenza di un nesso eziologico fra il singolo licenziamento ed il motivo oggettivo addotto;
 - verifica del rispetto dell'obbligo di *repêchage*.

**NECESSITÀ DI COMPARAZIONE IN IPOTESI DI LICENZIAMENTO PER G.M.O.
CHE RIGUARDI UN BACINO DI LAVORATORI TRA LORO FUNGIBILI**

Nelle ipotesi di licenziamento per g.m.o. che consegua ad un mero ridimensionamento dell'attività aziendale e che investa una molteplicità di lavoratori professionalmente equivalenti, orientamento consolidato e prevalente ritiene che **la scelta del lavoratore da licenziare non può avvenire secondo il libero apprezzamento del datore di lavoro** (Cass. 21 dicembre 2016, n. 26467; Cass. 21 marzo 2016, n. 5525; Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144).



- Deve dunque distinguersi il licenziamento per g.m.o. che consegua ad una riorganizzazione aziendale che preveda la **soppressione di una specifica funzione** (e quindi del singolo posto di lavoro a quella funzione collegato), dal licenziamento per g.m.o. che consegua ad un **mero ridimensionamento dell'attività** e che investa una molteplicità di lavoratori tra loro fungibili:
 - nel primo caso, il datore di lavoro dovrà avere cura di dimostrare l'impossibilità di riutilizzare il lavoratore eccedente nell'ambito di diverse attività aziendali;
 - nel secondo caso dovrà **anche** attenersi a determinati criteri per l'individuazione dei lavoratori da licenziare.

PRINCIPI DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA

- In presenza di una situazione di totale fungibilità tra dipendenti, la legittimità del licenziamento individuale dipende dal rispetto, nella scelta del lavoratore da estromettere, delle regole di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c. (tra le molte v. Cass. 8 luglio 2016, n. 14021; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046).
- La S.C. ha recentemente considerato ragionevoli i criteri del **maggiore costo della retribuzione**, del **minore rendimento lavorativo** e delle **condizioni economiche complessive di ciascun lavoratore** *«in quanto oggettivamente enucleabili tra fatti riferibili alla comune esperienza con riguardo alle qualità e alle condizioni personali del lavoratore; inoltre, tali criteri si prestano, ciascuno di essi ed anche in concorso tra loro, alla elaborazione di una graduatoria e dunque consentono, su basi oggettive, una comparazione tra tutti i lavoratori interessati dalla riduzione dell'organico in quanto assegnati a posizioni di lavoro fungibili»* (Cass. 7 dicembre 2016, n. 25192).
- Nella giurisprudenza di merito si è ritenuto che il **criterio della maggiore capacità produttiva** non si ispira ai principi di correttezza e buona fede in quanto parametro *«evanescente»* che si traduce *«in una mera preferenza soggettiva del datore di lavoro, del tutto estranea all'ambito della funzionalità dell'azienda»* (C.A. Firenze 20 ottobre 2016).

ESTENSIONE DEI CRITERI LEGALI DI SCELTA PREVISTI PER I LICENZIAMENTI COLLETTIVI

- Quale **standard idoneo** ad assicurare una scelta dei lavoratori da licenziare conforme ai requisiti della correttezza e buona fede, la giurisprudenza individua l'osservanza dei **criteri di scelta stabiliti dall'art. 5 l. n. 223/1991** (Cass. 10 agosto 2016, n. 16897; Cass. 21 marzo 2016, n. 5525; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046).
- Già tra i primi commentatori della legge del 1991 si era osservato come l'art. 5, comma 1, laddove fissa i criteri di scelta, sottende un **principio comune alle due discipline del licenziamento per motivi economici** (licenziamento per g.m.o. e licenziamento collettivo), con la conseguenza che *«nei licenziamenti plurimi per motivi obbiettivi dev'essere dimostrata la ragionevolezza della scelta dei licenziati; potendo il giudice, in mancanza di indicazioni diverse, integrare la nozione di giustificato motivo obbiettivo con i criteri di scelta dell'art. 5»* (M. D'ANTONA).
- Tale soluzione, oltre a garantire un metodo di selezione improntato a criteri oggettivi e, quindi, rispettosi dei principi di buona fede e correttezza, ha il pregio di **ridurre la distanza normativa tra le due fattispecie di licenziamento** che, pur mostrando una sovrapposibilità delle causali poste alla base del recesso, sono rette da discipline differenti.



- **Il richiamo ai criteri di scelta di cui all'art. 5 cit. non può che essere parziale**, non potendo assumere rilievo il criterio delle esigenze tecnico-produttive e organizzative in tutti quei casi in cui il g.m.o. si identifica nella generica esigenza di riduzione di personale assolutamente omogeneo e fungibile (Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144).
- Con particolare riferimento al canone dell'**anzianità**, si rinvencono pronunce di merito in cui il criterio è inteso come *anzianità di servizio* (Trib. Ivrea, 5 febbraio 2015, n. 29 e Trib. Firenze, 23 gennaio 2015, n. 88) e pronunce in cui si fa riferimento all'*anzianità anagrafica* (Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144).



- La giurisprudenza prevalente afferma che **i lavoratori non hanno il diritto all'adozione dei criteri di scelta previsti per i licenziamenti collettivi** (Cass. 7 agosto 2015, n. 16571), **né il datore di lavoro è obbligato ad applicarli**, potendo anche fare ricorso a criteri diversi purché improntati ai principi di buona fede e correttezza (tra le ultime v. Cass. 7 dicembre 2016, n. 25192; Cass. 3 ottobre 2016, n. 19703).
- Si segnala, tuttavia, un pronuncia in cui la S.C. ha affermato che nel caso in cui sussista una generica esigenza di riduzione del personale, *«sicché il nesso di causalità tra detta necessità e il licenziamento non può rappresentare una sufficiente funzione individualizzante del lavoratore licenziabile, la selezione non può essere compiuta liberamente ma con applicazione analogica di criteri obbiettivi, quali quello dei carichi di famiglia e dell'anzianità previsti dall'articolo 5 della legge n. 223/1991, escludenti l'arbitrarietà nella scelta»* (Cass. 11 giugno 2004, n. 11124).

CONSEGUENZE SANZIONATORIE DELLA VIOLAZIONE DEI CRITERI DI SCELTA

- Prima della Riforma Fornero (legge n. 92/2012), la violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare aveva quale conseguenza la **tutela reale** del dipendente.
- Dopo la Riforma del 2012, l'inosservanza dei predetti canoni di selezione dà luogo alla sola **tutela indennitaria**, dovendosi escludere la ricorrenza, in tal caso, delle fattispecie tipiche in cui la legge sanziona con la reintegrazione il licenziamento per g.m.o. illegittimo (licenziamento giustificato dalla inidoneità fisica o psichica del lavoratore; licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c.; manifesta insussistenza del g.m.o.).



Cass. 8 luglio 2016, n. 14021

*«Il caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo accertato come illegittimo per violazione dei criteri di correttezza e buona fede nella scelta del lavoratore da licenziare nell'ambito di posizioni lavorative omogenee e fungibili, **non rientra nell'alveo delle ipotesi residuali che per legge possono dare ingresso alla tutela reintegratoria**. In tale ipotesi non possono dirsi manifestamente insussistenti le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, di cui all'articolo 3 della legge 604/1966; anzi, posta come effettiva questa esigenza, **tale ipotesi è riconducibile non a quella peculiare che postula un connotato di particolare evidenza nell'insussistenza del fatto posto a fondamento del recesso, bensì a quella di portata generale per la quale è sufficiente che non ricorrano gli estremi del predetto giustificato motivo oggettivo, con conseguente applicazione della tutela indennitaria di cui al comma 5 dell'articolo 18 modificato**».*

- È evidente la **differenza del suddetto sistema sanzionatorio con quello previsto in caso di violazione dei criteri di scelta in ambito di licenziamento collettivo** ove, a seguito della riforma del 2012, si è stabilito che il rimedio sanzionatorio per i casi di violazione dei criteri di scelta sia quello di natura reintegratoria, seppure nella misura attenuata prevista dall'art. 18, comma 4, St. lav. (v. art. 5, comma 3, l n. 223/1991).
- Il differente rimedio sanzionatorio si giustifica con il fatto che, nei licenziamenti collettivi, la violazione dei criteri di scelta non deriva soltanto dalla inosservanza dei doveri di buona fede e correttezza, bensì dal mancato rispetto di specifici parametri espressamente posti dalla contrattazione collettiva o, in via residuale, dalla legge.



- La suddetta contrapposizione viene meno in ambito di contratti di lavoro a tutele crescenti, ovvero nei rapporti di lavoro instaurati successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 il quale, per quanto concerne il licenziamento economico, ha posto la regola della tutela esclusivamente indennitaria.
- Per i lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 (7 marzo 2015), nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per g.m.o., è prevista la sola **tutela indennitaria** parametrata a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015). La **medesima sanzione** è prevista in caso di licenziamento collettivo intimato in violazione dei criteri di scelta (art. 10, d.lgs. n. 23/2015).

CRITERI DI SCELTA NELLA CASSA INTEGRAZIONE GUADAGNI

Con **d.lgs. n. 148/2015** il legislatore ha riscritto le norme che disciplinano gli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, **riordinando anche la disciplina dei trattamenti di integrazione salariale.**

La legge non indica i criteri per la selezione dei lavoratori da collocare in cassa integrazione: si limita ad annoverare i “criteri di scelta dei lavoratori da sospendere” tra i vari aspetti oggetto dell’esame congiunto nella procedura per la concessione della CIGS.

Art. 24, comma 3, d.lgs. n. 148/2015

*«**Costituiscono oggetto dell'esame congiunto** il programma che l'impresa intende attuare, comprensivo della durata e del numero dei lavoratori interessati alla sospensione o riduzione di orario e delle ragioni che rendono non praticabili forme alternative di riduzioni di orario, nonché delle misure previste per la gestione delle eventuali eccedenze di personale, **i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere**, che devono essere coerenti con le ragioni per le quali è richiesto l'intervento, e le modalità della rotazione tra i lavoratori o le ragioni tecnico-organizzative della mancata adozione di meccanismi di rotazione».*

I CRITERI DI SCELTA NON SONO PIÙ OGGETTO DELLE COMUNICAZIONE INIZIALI

- I criteri di individuazione dei lavoratori da collocare in cassa integrazione (così come le modalità della rotazione) devono formare **oggetto solo dell'esame congiunto e non anche delle comunicazioni di apertura della procedura per la concessione della CIGS**, come prevedeva la precedente disciplina (art. 1, comma 7, d.lgs. n. 223/1991).
- Viene così superata la giurisprudenza che ha costantemente censurato l'omessa e/o generica indicazione dei suddetti criteri nelle comunicazioni preventive alle OO.SS., non ritenendola sanabile neppure con successivi accordi sindacali (v. *infra*).

ASSENZA DI CRITERI DI SCELTA LEGALI

- Contrariamente a quanto previsto in ambito di licenziamenti collettivi la legge non indica i criteri per l'individuazione dei lavoratori da porre in cassa integrazione.
- L'assenza di una previsione legislativa dei criteri di scelta può essere giustificata dal fatto che **la selezione dei lavoratori da sospendere non ha nessuna ricaduta sull'occupazione**, attesa la possibilità di reimpiego del personale sospeso all'atto della cessazione del trattamento di integrazione salariale e la fungibilità tra lavoratori sospesi e quelli mantenuti in servizio in caso di riduzione di personale.
- La Cassazione ha affermato che la prospettiva di mobilità, rimettendo in discussione gli equilibri complessivi dell'azienda, **chiama in causa tutte le posizioni lavorative**, senza che perciò sia configurabile una necessaria coincidenza tra collocandi in mobilità e lavoratori sospesi in cassa integrazione (Cass. 19 maggio 2005, n. 10591; Cass. 20 settembre 2003, n. 13968).

L'ADOZIONE DEI CRITERI DI SCELTA È RIMESSA ALL'ESAME CONGIUNTO

- Il d.lgs. n. 148/2015, dopo aver eliminato dalla comunicazione iniziale ai sindacati l'indicazione dei parametri per la selezione dei lavoratori dal sospendere, rinvia alla consultazione congiunta l'individuazione dei criteri di scelta.
- Le parti, nell'individuare i lavoratori oggetto del trattamento di integrazione salariale, devono attenersi alle indicazioni di massima fornite dal legislatore che si ispirano a criteri di tipo organizzativo: coerenza con le ragioni per le quali è richiesto l'intervento; sussistenza di ragioni tecnico-organizzative in caso di mancata adozione di meccanismi di rotazione.

RICOGNIZIONE GIURISPRUDENZIALE

Obbligo di specificazione dei criteri di scelta nella comunicazione preventiva

- Con l'introduzione del d.lgs. n. 148/2015, il quale non prevede più la preventiva comunicazione dei criteri di selezione dei lavoratori da sospendere, viene superata la giurisprudenza che fino ad oggi ha censurato l'omessa e/o generica comunicazione di tali criteri .
- Con riferimento a fattispecie antecedenti al d.lgs. n. 148/2015, la S.C. ha più volte affermato che **il provvedimento di sospensione dall'attività lavorativa è illegittimo qualora il datore di lavoro abbia omesso di specificare alle organizzazioni sindacali, fin dall'inizio della procedura, i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere, precisando che tale violazione non può essere sanata neanche da successivi accordi sindacali** (Cass. 11 gennaio 2016, n. 193; Cass. 14 maggio 2012, n. 7459; Cass. 12 dicembre 2011, n. 26587; Cass. 9 giugno 2009, n. 13240).



- Non mancano sentenze in cui la S.C. ha affermato che **l'intervenuto accordo tra datore di lavoro e sindacato supera ogni eventuale anomalia formale delle comunicazioni** prescritte dall'art. 1, comma 7, l. n. 223/1991, essendo stata comunque raggiunta la finalità dalle stesse perseguite (Cass. 21 agosto 2003, n. 12307; Cass. 3 maggio 2004, n. 8353).
- La valutazione circa l'adeguata specificazione dei criteri di scelta nelle comunicazioni iniziali è nella **competenza esclusiva del giudice di merito** e, come tale, insindacabile nel giudizio di legittimità (Cass. 11 maggio 2017, n. 11601; Cass. 11 marzo 2015, n. 4886; Cass. 2 ottobre 2013, n. 22540).
- La comunicazione alle OO.SS. dei criteri di selezione dei lavoratori da sospendere (nonché delle modalità dell'eventuale rotazione) risponde alla **duplice funzione di garantire le prerogative sindacali**, ponendo le relative rappresentanze in condizioni di contrattare i canoni di scelta, e assicurare ai lavoratori la **previa individuazione dei criteri di selezione e la verifica dell'effettiva necessità dell'impresa di ricorrere alla sospensione** (Cass. 11 maggio 2017, n. 11601; Cass. 13 marzo 2014, n. 5888; Cass. 7 febbraio 2006, n. 2555; Cass. 19 agosto 2003, n. 12137).

Impossibilità di mutare i criteri di scelta nel corso della durata della CIGS

- Nel corso della durata del trattamento di integrazione salariale non è consentito mutare i criteri di scelta con l'abbandono di quelli inizialmente previsti, **neanche attraverso la copertura negoziale fornita da sopravvenuti accordi collettivi** (Cass. 13 dicembre 2010, n. 25140; Cass. 9 febbraio 2009, n. 3177).

Limiti interni ed esterni del potere di collocare i lavoratori in cassa integrazione

- Il potere datoriale di sospendere i lavoratori in cassa integrazione è connotato da **limiti interni** (coerenza con le finalità tipiche dell'istituto della cassa integrazione e osservanza dei doveri di correttezza e buona fede) e **limiti esterni** (divieto di atti discriminatori) (Cass. 25 giugno 2015, n. 172; Cass. 5 agosto 2005, n. 16537; Cass. 5 giugno 2003, n. 8998).
- All'uopo preme richiamare anche l'orientamento secondo il quale, in ambito di cassa integrazione **non sono applicabili i criteri di selezione stabiliti per i licenziamenti collettivi**, attesa l'ontologica diversità tra i due istituti, sicché la scelta dei lavoratori da sospendere soggiace soltanto all'osservanza dei richiamati limiti interni ed esterni (Cass. 5 agosto 2005, n. 16537; Cass. Sez. Unite, 13 ottobre 1993, n. 10112).

Distribuzione dell'onere probatorio in materia di scelta dei lavoratori da sospendere

- Grava sul datore di lavoro il compito di dimostrare il nesso causale tra la scelta organizzativa e la posizione del dipendente sospeso, mentre sul lavoratore grava l'onere di dimostrare la violazione da parte del datore di lavoro dei criteri di correttezza e buona fede (Cass. 24 agosto 2004, n. 16680; Cass. 5 giugno 2003, n. 8998).
- Il lavoratore non deve provare soltanto l'esistenza di altri criteri di selezione, ma deve anche dimostrare che la loro applicazione avrebbe condotto alla sospensione di un altro lavoratore ovvero che la sospensione è sorretta da motivi discriminatori (Cass. 4 ottobre 2011, n. 20267; Cass. 5 agosto 2005, n. 16537).

CONSEGUENZE SANZIONATORIE DELLA MANCATA E/O GENERICA INDICAZIONE DEI CRITERI DI SCELTA

- Con riferimento a fattispecie disciplinate dalla precedente normativa, in cui era prescritta la preventiva comunicazione alle OO.SS. dei criteri di scelta, la Cassazione è unanime nel ritenere che i vizi della procedura per la concessione della cassa integrazione determinano la disapplicazione del provvedimento concessorio (relativamente al singolo lavoratore) con conseguente obbligo risarcitorio in capo al datore di lavoro nella misura corrispondente alla **differenza fra la retribuzione piena ed il trattamento di integrazione salariale** (Cass. 13 giugno 2016, n. 12089; Cass. 27 marzo 2009, n. 7524; Cass. Sez. Un. 11 maggio 2000, n. 302). La relativa domanda è soggetta alla **prescrizione ordinaria decennale** (Cass. 13 dicembre 2010, n. 25139; Cass. 27 marzo 2009, n. 7524).
- In alcune pronunce la S.C. ha affermato che il lavoratore, a seguito della dichiarata illegittimità della sospensione, acquisisce il diritto non solo al differenziale fra la retribuzione piena ed il trattamento corrisposto, ma anche al **ripristino del rapporto di lavoro** (Cass. 10 maggio 2010, n. 11254; Cass. 4 maggio 2009, n. 10236).

CONSEGUENZE SANZIONATORIE DELLA VIOLAZIONE DEI CRITERI DI SCELTA

Anche in ipotesi di violazione dei criteri di scelta adottati in sede collettiva, la giurisprudenza riconosce al lavoratore illegittimamente sospeso il diritto al risarcimento del danno nella misura corrispondente alla **differenza fra la retribuzione piena ed il trattamento corrisposto dalla cassa integrazione** (Cass. 4 dicembre 2015, n. 24738; Cass. 18 marzo 1993, n. 3228).