

Due recenti pronunce della Cassazione fanno il punto sui criteri di scelta dei lavoratori da assoggettare alle procedure di licenziamento collettivo: un viaggio tra dottrina e giurisprudenza

di A. Ripepi - 6 Agosto 2024

Le due ordinanze in commento della Corte di Cassazione (n. 18093 del 2 luglio 2024 e n. 18215 del 3 luglio 2024), qui oggetto di analisi unitaria, vertono sui criteri di scelta dei lavoratori da assoggettare alle procedure di licenziamento collettivo.

L'individuazione in concreto dei lavoratori da licenziare costituisce il momento nevralgico e più delicato dell'intera procedura, anche a causa delle tensioni individuali e sociali che può generare (per i profili patologici, che possono rendere illegittimo il licenziamento collettivo, si rinvia all'analisi di V. A. Poso, *Il Jobs Act e i licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta nuovamente all'attenzione della Consulta*, in *Labor*, www.rivistalabor.it, 28 maggio 2023).

Infatti, la scelta di licenziare l'uno o l'altro lavoratore implica non solo un possibile contrasto tra la proprietà aziendale e i dipendenti, ma anche la contrapposizione tra colleghi di lavoro, in particolare tra coloro che mantengono il posto di lavoro e coloro che sono destinati a perderlo (L. Ventura, *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XIX, 25).

La tensione rischia di acuirsi in caso di prestazioni lavorative fungibili, quali quelle che non richiedono un'elevata specializzazione; proprio l'interscambiabilità dei lavoratori potrebbe nascondere intenti discriminatori del datore di lavoro, con gravi ripercussioni per la vita personale e familiare dei prestatori (R. Del Punta, *Sui criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, *Nota a Pret. Livorno 2 agosto 1993*, in *RIDL*, 1994, fasc. 3, pt. 2, 575).

Per questo motivo, è fondamentale che in tale delicata fase si garantisca il rispetto dei principi costituzionali, con particolare riferimento all'art. 41, secondo comma, Cost., laddove prevede che l'iniziativa economica non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o la dignità umana, evitando discriminazione o eccessi di discrezionalità nella selezione dei lavoratori da licenziare (C. Ogriseg, *Licenziamenti collettivi e criteri di scelta concordati sindacalmente: discrezionalità fa rima con arbitrarietà*, in *Labor*, www.rivistalabor.it, 9 gennaio 2023).

Occorre osservare anche l'art. 2 Cost., che tutela l'uomo nelle *formazioni sociali*, tra cui l'ambiente lavorativo, e il principio di eguaglianza formale e sostanziale di cui all'art. 3 Cost. (V. Di Cerbo – D. Simeoli, *Commento agli artt. 4, 5 e 24*, in G. Amoroso – V. Di Cerbo – A. Maresca, *Diritto del lavoro*, Vol. II, *Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, 2017, 1986).

In questo sfondo si colloca l'art. 5 L. n. 223/1991, il quale individua le esigenze da rispettare in fase di selezione dei lavoratori ("esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale"), impone il rispetto della contrattazione collettiva e, in carenza di essa, individua criteri suppletivi di individuazione ("carichi di famiglia; anzianità; esigenze tecnico-produttive ed organizzative").

Infine, al comma 2, vengono individuate regole puntuali di protezione di categorie ritenute maggiormente a rischio, quali i portatori di disabilità e la manodopera femminile.

La funzione di tale disposizione, in generale, è quella di «obiettivare, e rendere trasparente, l'atto datoriale di amministrazione del rapporto» (G. Natullo, *La selezione dei lavoratori da licenziare*, in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da M. Persiani – F. Carinci), vol. V, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, E. Gragnoli, (a cura di), 1319), secondo una *ratio* che lo accomuna ai licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo, in cui si pone la medesima esigenza di garantire la chiarezza e la non pretestuosità delle ragioni che inducono il datore a recedere dal rapporto.

La fase di selezione dei lavoratori da licenziare, infatti, si colloca a valle rispetto all'espletamento delle procedure di mobilità ed è connotata dal bilanciamento tra l'interesse dell'imprenditore a licenziare in virtù della ristrutturazione aziendale e le esigenze di tutela del lavoratore, il quale dev'essere protetto contro eventuali comportamenti del datore di lavoro contrari a buona fede e correttezza (G. Riganò, *L'accordo sindacale sui criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in *ADL*, 1999, fasc. 1, 191).

Anche per questo motivo, la giurisprudenza di legittimità ritiene che il potere di scelta sia senz'altro di competenza esclusiva del datore di lavoro, a differenza delle fasi procedurali precedenti, scandite dall'intervento dei sindacati; tuttavia, tale potere non è libero e non può tradursi in una scelta "personalizzata" dei lavoratori interessati (Cass., 4 novembre 1997, n. 10832). I criteri, infatti, devono essere oggettivi e non possono tradursi nella volontà di eliminare un lavoratore piuttosto che un altro (V. Di Cerbo – D. Simeoli, *op. cit.*, 1986).

Pertanto, altra parte della dottrina ha discusso di "potere procedimentalizzato" in capo all'imprenditore, nel quale non viene più in rilievo l'atto organizzativo aziendale, bensì la sua «traduzione nell'atto (nei singoli atti) di amministrazione del rapporto» (G. Natullo, *op. cit.*, 1320).

Altra *ratio* sottesa all'art. 5 in esame è stata individuata non tanto nell'esercizio imparziale del potere datoriale di risoluzione del rapporto, bensì sull'opportunità di «far cadere la scelta sul lavoratore più forte sul mercato del lavoro, affinché i licenziamenti abbiano il minor costo sociale possibile» (Cass., 3 aprile 2002, n. 4736), o, comunque sul lavoratore che, in una logica comparativa, risulti avere un «minor grado di dipendenza dal posto di lavoro» (L. Ventura, *op. cit.*, 29), raggiungendo un contemperamento tra libertà di impresa e utilità sociale (R. Del Punta, *op. cit.*, 576).

Prima di esaminare i limiti *esterni* al potere datoriale di selezione dei lavoratori da licenziare, fissati dalla legge e dalla contrattazione collettiva, occorre evidenziare che il suddetto potere non è libero, ma assoggettato al vincolo *interno* del rispetto del principio di buona fede (art. 1375 c.c.) e correttezza (art. 1175 c.c.).

Esso, infatti, costituisce clausola generale di chiusura, trasparenza e garanzia che incide sulla valutazione dei comportamenti imprenditoriali ed è funzionale a valutare il rispetto sostanziale, e non meramente formale, dei criteri legali e contrattuali (V. Di Cerbo – D. Simeoli, *op. cit.*, 2000).

In concreto, non basta l'osservanza di astratti livelli o classificazioni contrattuali, ma occorre valutare le reali fasce di professionalità e il contenuto effettivo delle mansioni concretamente svolte (Cass., 1° settembre 2004, n. 17556).

In particolare, ciò che dev'essere connotato dal rispetto della buona fede e correttezza è il potere di comparazione delle diverse posizioni dei lavoratori, nell'ambito di una equilibrata conciliazione delle contrapposte posizioni (V. Di Cerbo – D. Simeoli, *op. cit.*, 2001), al fine di individuare «il più razionale ed equo contemperamento degli interessi in gioco» (G. Natullo, *op. cit.*, 1322).

Pertanto, sul piano applicativo, l'imprenditore che abbia attribuito ad ogni dipendente un identico punteggio di professionalità non può successivamente effettuare la comparazione in modo da sottrarre alla scelta i lavoratori di un reparto piuttosto che un altro senza *venire contra factum proprium* e, quindi, violare la clausola generale di buona fede e correttezza (Cass., 20 novembre 2007, n. 24044).

Più in generale, infatti, la clausola di buona fede esprime «un principio fondamentale dell'ordinamento, che racchiude un criterio di valutazione della condotta delle parti» (M. Fratini, *Il sistema del diritto civile. Le obbligazioni*, Dike giuridica editrice, 2018, 53).

Essa è ritenuta espressione del principio di solidarietà sociale enunciato nell'art. 2 Cost. (Cass. Sezioni Unite, 18 dicembre 2007, n. 26617) e permea trasversalmente l'intera regolamentazione codicistica del contratto, ivi incluso quello di lavoro subordinato, con particolare riferimento alla fase dell'esecuzione (M. Fratini, *op. cit.*, 53).

Ai sensi dell'art. 1375 c.c., infatti, «il contratto dev'essere eseguito in buona fede», e il potere di selezione dei lavoratori da coinvolgere nel licenziamento collettivo rientra nella fase dell'esecuzione contrattuale, esattamente come il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, anch'esso necessariamente presidiato dal rispetto della buona fede e correttezza (A. Carbone, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e repêchage. Profili in punto di onere della prova e spunti critici*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 16 maggio 2019. Si v. anche AA.VV., *Memento pratico. Licenziamento*, Giuffrè, 2021, 1486).

In particolare, nel caso di specie la buona fede si traduce in un principio simile, ma non del tutto sovrapponibile, consistente nel divieto dell'abuso del diritto (ritiene che si tratti di aspetti distinti G. D'Amico, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I contratti*, 2011, fasc. 7, 654). L'imprenditore, infatti, è formalmente titolare del diritto di selezionare i lavoratori da licenziare, ma lo esercita per finalità diverse da quelle per il perseguimento delle quali il diritto è stato attribuito dall'ordinamento.

Ciò è conforme all'insegnamento della Suprema Corte, alla luce del quale «si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti» (Cass., 15 ottobre 2012, n. 17642).

Tanto precisato sui limiti interni, si può osservare che le limitazioni esterne sono compendiate dalla legge, innanzitutto, nelle «esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale».

Occorre, dunque, interrogarsi circa il contesto spaziale nel quale l'eccedenza di personale dev'essere assorbita. La legge si riferisce al «complesso aziendale», la cui delimitazione è in rapporto di priorità logica rispetto all'analisi delle suddette esigenze. Essa è resa problematica del fatto che «l'allargamento del numero dei lavoratori, tra i quali deve essere operata la

scelta rende ancora più difficile la comparazione e quindi (...) finisce per favorire l'esercizio di un potere discrezionale da parte del datore di lavoro" (L. Ventura, *op. cit.*, 28).

Il compito dell'interprete è complicato da una pluralità eterogenea di fonti: l'art. 1 della Direttiva 98/59/CE si riferisce allo "stabilimento", laddove la L. n. 223/1991 menziona, da un lato, l'unità produttiva e il territorio provinciale (art. 24) e, dall'altro, il complesso aziendale (art. 5).

La giurisprudenza, a sua volta, appare oscillante, stanti i riferimenti all'unità produttiva piuttosto che al singolo reparto o settore (L. Galantino, *I licenziamenti collettivi*, Milano, 1984, 155 ss.). In particolare, la Corte di Cassazione ha statuito che la comparazione dei lavoratori da avviare alla mobilità "deve avvenire nell'ambito dell'intero complesso organizzativo e produttivo", nel quale "concorrono lavoratori di analoghe professionalità (...) e di simile livello di specializzazione" (Cass., 4 novembre 1997, n. 10832). Tuttavia, può venire in rilievo anche il singolo settore allorquando sia varato "un progetto di ristrutturazione che si riferisca, in modo esclusivo ed esaustivo, a uno dei settori dell'azienda" (Cass., 2 dicembre 2009, n. 25353) e non sia espressione di una determinazione unilaterale del datore di lavoro (Cass. 3 novembre 2008, n. 26376).

Da tali osservazioni, la dottrina ha desunto che il riferimento al complesso aziendale sia solo "tendenziale" (G. Natullo, *op. cit.*, 1326) e che esso non possa essere "definito in maniera aprioristica" (*ivi*, 1327), ma discenda «logicamente dalle ragioni poste a fondamento dell'eccedenza, che l'impresa ha l'onere di evidenziare» (*ibidem*).

Sul punto, risulta illuminante un riferimento a una delle due sentenze in commento.

Si legge in Cass., 2 luglio 2024, n. 18093, che «in tema di licenziamento collettivo per riduzione di personale, la comparazione tra lavoratori di professionalità equivalente addetti a diverse unità produttive deve tener conto non solo delle mansioni concretamente svolte in quel momento, ma anche della capacità professionale degli addetti ai settori da sopprimere, mettendo quindi a confronto tutti coloro che siano in grado di svolgere le mansioni proprie dei settori che sopravvivono, indipendentemente dal fatto che in concreto non le esercitino al momento del licenziamento collettivo. Ciò in quanto in quanto la fungibilità, nella comparazione dei lavoratori da licenziare, implica la necessità di ricostruzione del complessivo bagaglio di esperienza e conoscenza del lavoratore onde verificare la effettiva sussistenza di professionalità omogenee da mettere a confronto; la relativa esclusione non può, pertanto, essere ancorata solo all'esclusivo riferimento ai compiti svolti in concreto dalla lavoratrice, occorrendo una più complessiva valutazione della sua professionalità che tenga conto delle esperienze pregresse, della formazione, del bagaglio di conoscenze acquisito (Cass. n. 24882/2019)».

Inoltre, è stato affermato, sempre in sede di legittimità, che «ove la ristrutturazione della azienda interessi una specifica unità produttiva o un settore, la comparazione dei lavoratori per l'individuazione di coloro da avviare a mobilità può essere limitata al personale addetto a quella unità o a quel settore, salvo l'idoneità dei dipendenti del reparto, per il pregresso impiego in altri reparti della azienda, ad occupare le posizioni lavorative dei colleghi a questi ultimi addetti, spettando ai lavoratori l'onere della deduzione e della prova della fungibilità nelle diverse mansioni (Cass. n. 6296/2022)» (Cass., 2 luglio 2024, n. 18093).

Sul piano processuale, quindi, è onere del datore provare il fatto che determina l'oggettiva limitazione dell'ambito di riferimento, salvo il limite rappresentato dalla presenza di situa-

zioni oggettive che rendano impraticabile qualunque comparazione tra dipendenti (Cass. 11 luglio 2013, n. 17177).

Secondo altra parte della dottrina, tuttavia, eventuali deroghe restrittive alla dimensione del complesso aziendale dovrebbero essere valutate con attenzione, in quanto la fungibilità spesso insita nell'omogeneo livello di specializzazione dei lavoratori (operai, per esempio) potrebbe suggerire di estendere il bacino di selezione all'intera organizzazione imprenditoriale e non limitarlo a singoli settori (E. Gagnoli, *La riduzione del personale. Fra licenziamenti individuali e collettivi*, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, diretto da F. Galgano, 2006, 205), anche per evitare il rischio di facili elusioni da parte dell'imprenditore.

Quanto alla posizione della giurisprudenza, occorre evidenziare come, con indirizzo confermato da una delle pronunce oggi in commento, al fine di restringere il campo in cui è delimitata la platea dei licenziandi, il datore di lavoro dovrà indicare nella comunicazione *ex art. 4*, comma 3, l. n. 223 del 1991, le ragioni che limitino i licenziamenti ai dipendenti di una determinata unità produttiva o settore aziendale; inoltre, dovrà esplicitare le ragioni per le quali gli addetti alla unità o settore soppresso o ridimensionato non possano essere utilizzati e comparati con dipendenti del restante complesso aziendale, perché, ad esempio, non svolgano mansioni fungibili con quelle di coloro che lavorano nel resto dell'azienda (Cass., 3 luglio 2024, n. 18215).

Tanto anche allo scopo di consentire gli opportuni controlli da parte delle organizzazioni sindacali coinvolte.

Una volta definito, quale priorità logica, l'ambito aziendale di riferimento, occorre evidenziare la distinzione, nell'ambito dei criteri legali, tra le esigenze tecnico-produttive e organizzative, che indicano un parametro interno al rapporto, riferito alla specifica professionalità che il singolo lavoratore esprime nello svolgimento delle mansioni assegnate, e i criteri "sociali", ossia carichi di famiglia e anzianità, riguardanti parametri esterni rispetto al rapporto oppure legati al mero decorso del tempo (V. Di Cerbo – D. Simeoli, *op. cit.*, 2008).

Muovendo dalle esigenze tecnico-produttive e organizzative, esse, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, possono essere riferite all'economicità di un reparto o di un servizio (Cass., 13 febbraio 1990, n. 1039) e possono consistere in una mera specificazione delle stesse ragioni generali della ristrutturazione aziendale che legittimano il licenziamento collettivo (Cass., 16 dicembre 1985, n. 6401).

Anche su questo punto prende posizione una delle pronunce in commento osservando che la comparazione dei lavoratori, al fine di individuare quelli da avviare alla mobilità, non deve necessariamente interessare l'intero complesso aziendale, ma può avvenire nell'ambito della singola unità produttiva, purché la predeterminazione del limitato campo di selezione sia giustificata dalle suddette esigenze tecnico-produttive ed organizzative che hanno dato luogo alla riduzione del personale (Cass., 3 luglio 2024, n. 18215 cit.).

Tuttavia, si è esclusa la sussistenza di dette esigenze ove i lavoratori da licenziare siano idonei – per acquisite esperienze e per pregresso svolgimento della propria attività in altri reparti dell'azienda – ad occupare le posizioni lavorative di colleghi addetti ad altri reparti o sedi (Cass., ord. 5 ottobre 2020, n. 21306).

È possibile, altresì, riferirsi al parametro del maggiore o minore rendimento dei singoli dipendenti (Cass. 3 luglio 1990, n. 6804), mentre non si può attribuire rilevanza a pregresse in-

frazioni disciplinari del lavoratore, stante il rischio di abuso della procedura per liberarsi di elementi non graditi (R. Del Punta, *Motivi di scelta nel licenziamento per riduzione di personale*, GC, 1984, I, 463). Le infrazioni disciplinari, infatti, potrebbero rilevare ai fini della giusta causa di licenziamento, ma non hanno quella connotazione *oggettiva* che sembra richiedere la formula “esigenze tecnico-produttive e organizzative”.

La dottrina, a tal proposito, si è interrogata circa la possibilità, in capo al datore di lavoro, di valorizzare gli elementi inerenti alla persona del lavoratore (es. titoli di studio, esperienze, incarichi svolti) nel diverso contesto delle “esigenze tecnico-produttive e organizzative”, con l’effetto di includere quest’ultimo nel novero dei licenziandi.

Una prima posizione, minoritaria, ammetteva tale possibilità invocando l’art. 8 dello Statuto dei lavoratori: se tale disposizione sancisse il divieto di indagare su fatti non inerenti all’attitudine professionale dei lavoratori all’atto della selezione, non sarebbe, invece, utilizzabile al fine di delimitare il criterio delle esigenze aziendali nella fase terminale del rapporto. Questo non significa che il datore possa strumentalmente valorizzare elementi quali l’obbedienza, la diligenza, le generiche propensioni e attitudini, poiché tali elementi lascerebbero residuare un pericoloso margine di discrezionalità, se non di arbitrio; l’imprenditore potrà solo includere nelle esigenze aziendali valutazioni di tipo oggettivo, che siano idonee «a esprimere l’attività svolta e/o da svolgere e non il modo in cui essa è stata e/o sarà (prognosticamente) svolta» (P. Chieco, voce *Licenziamenti*: III) *Licenziamenti collettivi – Nuova disciplina*, in Enc. Giur. Treccani, Aggiornamento, vol. VII, 1998, 18-19), quali abilitazioni, funzioni svolte e *curriculum* professionale.

In senso contrario, invece, sono stati addotti diversi argomenti a sostegno dell’opinione maggioritaria. In primo luogo, il testo della Direttiva 98/59/CE, che si riferisce a motivi non inerenti alla persona del lavoratore (M. Napoli, Voce *Licenziamenti*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, UTET, 1993, 99); inoltre, l’art. 8 St. lav. potrebbe essere interpretato anche in senso contrario, perché, se il datore non potesse indagare sulle attitudini personali del lavoratore all’atto della costituzione del rapporto, a maggior ragione non potrebbe utilizzare tali dati per addurre presunte esigenze tecniche riguardanti l’azienda in fase di licenziamento (M. G. Garofalo – P. Chieco, *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, 2001, 174).

I criteri “sociali”, invece, consistono in carichi di famiglia e anzianità, i quali hanno generato minori questioni interpretative.

Con riferimento ai primi, la giurisprudenza si riferisce usualmente alla composizione della famiglia del lavoratore, alla quale lo stesso deve fornire i mezzi di sostentamento, e non alla situazione economica globale del lavoratore stesso (Cass., 18 gennaio 1986, n. 324); altro indirizzo dottrinale valorizza la condizione di bisogno e non la mera composizione numerica della famiglia, poiché gli altri membri ben potrebbero essere portatori di redditi autonomi (R. Del Punta, *I licenziamenti collettivi*, in M. Papaleoni – R. Del Punta – M. Mariani, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, 1993, 344-345).

Quanto all’anzianità, la giurisprudenza privilegia il riferimento all’anzianità di servizio e non all’età anagrafica (ancora Cass., 18 gennaio 1986, n. 324); l’opinione maggioritaria esclude, però, che l’eventuale riferimento all’età anagrafica possa essere inteso “al contrario”, in modo da operare in favore di un ringiovanimento generazionale del personale, considerato che

il criterio in questione è previsto in funzione della *conservazione*, non della perdita del posto di lavoro (M. D'Antona, *Commento all'art. 5 della legge*, in *NLCC*, 1994, 933).

Occorre ricordare anche la tesi di quanti ritengono che la valorizzazione dell'"anzianità aziendale", intesa quale "sinonimo di maggiori capacità professionali, bagaglio di esperienza, conoscenza dell'organizzazione produttiva" (P. Chieco, *voce cit.*, 18), possa valere quale variante delle "esigenze tecnico-produttive e organizzative", in quanto i lavoratori più esperti necessitano di maggiore protezione in ragione della minore appetibilità nel mercato del lavoro (M. G. Garofalo – P. Chieco, *op. cit.*, 176).

Circa il rapporto tra "esigenze tecnico-produttive e organizzative" e criteri "sociali", sono stati ritenuti equiordinati, in quanto «non si comprendono affatto le ragioni per cui dovrebbe affermarsi un'automatica prevalenza del criterio delle esigenze aziendali rispetto a quelli sociali dell'anzianità e dei carichi di famiglia» (*ivi*, p. 172).

E' pur vero che, nonostante l'imprenditore sia vincolato all'impiego di tutti i criteri senza gerarchie, nel caso concreto potrà ricorrere un diverso peso specifico dei medesimi, in quanto rileva come e in quale ordine essi vengano combinati nell'applicazione (L. Montuschi, *Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla L. n. 223 del 23 luglio 1991*, in *RDL*, 1991, I, 424-425), fermo restando il necessario rispetto della clausola di buona fede (M. Miscione, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in F. Carinci, *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/91*, vol. I, 1991, 478).

Per quanto concerne la ripartizione e il contenuto dell'onere probatorio, la Suprema Corte ha statuito che gravi sul datore di lavoro l'onere di dimostrare di avere applicato i criteri di scelta dei lavoratori legalmente previsti, mentre incombe sul lavoratore l'onere di provare l'illegittimità della scelta per violazione dei criteri stessi (Cass., 6 luglio 1990, n. 7105).

L'oggetto del sindacato giurisdizionale, invece, si estende al presupposto di fatto della ristrutturazione aziendale con riduzione di personale nonché all'osservanza dei criteri legali da parte del datore di lavoro (Cass., 3 luglio 1990, n. 6804), ferma restando la non sindacabilità nel merito delle scelte imprenditoriali e l'esigenza di arrestarsi a un controllo estrinseco, volto a individuare eventuali intenti discriminatori sottesi all'apparente rispetto della L. n. 223/1991 (A. Chiacchieroni, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale. Nota a Cass. sez. lav. 29 settembre 1988, n. 5301, GI*, 1989, fasc. 7, pt. 1A, 1159 ss.).

La conseguenza di eventuali comportamenti datoriali contraddistinti da malafede consiste nell'obbligo di risarcimento del danno subito dai lavoratori illegittimamente selezionati (V. Di Cerbo – D. Simeoli, *op. cit.*, 1995).

La medesima soluzione si applicava ai licenziamenti collettivi per i quali fossero stati violati i criteri di scelta con esclusivo riferimento alle procedure avviate prima dell'entrata in vigore della L. n. 223/1991 (Cass., 17 marzo 1993, n. 3142); l'art. 5, c. 3, di tale legge, infatti, ha previsto l'applicazione dell'annullabilità del licenziamento e dell'art. 18, quarto comma, L. n. 300/1970 (V. Di Cerbo – D. Simeoli, *op. cit.*, p. 1995).

Infine, è necessario esaminare i limiti alla facoltà di scelta dei lavoratori da licenziare imposti, in via imperativa, dal secondo comma dell'art. 5 in esame.

Innanzitutto, occorre menzionare la tutela dei livelli occupazionali degli appartenenti alle categorie protette, individuata attraverso il rinvio a una disposizione (l'art. 9 D.L. n. 17/1983) oggi abrogata dalla L. n. 68/1999, che ha dettato una regolamentazione organica del diritto al lavoro dei disabili.

I licenziamenti collettivi, infatti, ben possono riguardare lavoratori rientranti nelle categorie di assunzioni obbligatorie, ma la quota di recessi non può essere superiore alle percentuali previste dalla legge di tutela dei medesimi (A. Pelaggi, *Lavoratori invalidi e licenziamento collettivo: una conferma dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *MGL*, 1995, 150), e la Corte costituzionale ha statuito la non irragionevolezza di tale disciplina, che realizza un adeguato contemperamento degli interessi in gioco, tra cui anche quelli dell'imprenditore (Corte cost. n. 86/1995; v. anche L. Venditti, *Scelta dell'invalido obbligatoriamente assunto e criterio della pensionabilità nelle riduzioni di personale*, nota a Cass. sez. lav. 3 febbraio 2000, n. 1201, in *GC*, 2001, fasc. 12, pt. 1, 3069 ss.).

Altra limitazione è individuata nel divieto di collocare in mobilità una percentuale di manodopera femminile superiore a quella occupata con riferimento alle mansioni considerate, allo scopo di prevenire una distribuzione diseguale delle conseguenze pregiudizievoli tra lavoratori e lavoratrici (M. D'Antona, *Commento all'art. 5 cit.*, 935).

Con particolare riguardo alle lavoratrici madri, il divieto di licenziamento previsto dall'art. 2, c. 3, lett. b), L. n. 1204/1971 è stato esteso dalla giurisprudenza all'ipotesi di soppressione di un reparto o settore dell'azienda dotato di autonomia (Cass., 8 settembre 1999, n. 9551).

Infine, anche i lavoratori da reintegrare per ordine del giudice possono essere inclusi tra i lavoratori licenziandi, in quanto non si richiede l'effettività del rapporto di lavoro ai fini dell'applicazione della L. n. 223/1991 (Cass., 24 aprile 2007, n. 9866).

L'art. 5, c. 2, L. n. 223/1991, accanto ai criteri legali, prevede un riferimento al "rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2". Se ne desume che, con accordo sindacale, possono essere determinati criteri di scelta dei lavoratori diversi da quelli stabili per legge (Cass., 7 giugno 2003, n. 9153), purché si rispettino i principi generali dell'ordinamento, quali la ragionevolezza e il divieto di discriminazioni (V. Di Cerbo – D. Simeoli, *op. cit.*, 1996).

Secondo il giudizio di autorevole dottrina, il legislatore ha inteso coinvolgere le organizzazioni sindacali nell'individuazione dei criteri di scelta in quanto esse garantiscono la tutela dell'interesse dei lavoratori anche in quest'altra fase della procedura (P. Lambertucci, *Licenziamenti collettivi e mobilità*, in *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, G. Santoro Passarelli (a cura di), Milano, 1996, 578).

Tuttavia, si è posto il quesito concernente le caratteristiche del contratto collettivo nel cui ambito possono essere definiti i criteri di scelta.

Un primo orientamento ammetteva accordi di livello aziendale, specificando l'esigenza che i criteri fossero stabiliti in via generale (c.d. contratto *normativo*) e astratta e non si riferissero a una singola procedura (Cass. 23 marzo 1998, n. 3057, con nota di S. Liebman, *Accordo sindacale sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità e legittimità del riferimento alle sole esigenze tecnico-produttive dell'impresa*, *MGL*, 1998, 456); la più recente giurisprudenza di legittimità, invece, fermo restando il livello aziendale di contrattazione, ha manifestato apertura anche nei confronti di accordi stipulati a seguito di una *determinata* procedura, purché non discriminatori e nel rispetto del principio di uguaglianza (Cass. 6 maggio 2000, n. 5735).

Non è ammissibile, invece, che l'accordo contenga l'indicazione dei singoli lavoratori da licenziare, poiché esso non è abilitato a incidere sui concreti rapporti di lavoro (F. Focareta, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *DLRI*, 1992, 327)

Anche autorevole dottrina ha condiviso il criterio della contrattazione di livello aziendale, in quanto più vicina alla procedura da regolare e più attenta agli interessi in gioco (F. Focareta, *op. cit.*, 327. R. Del Punta, *I licenziamenti collettivi cit.*, 337).

Tanto precisato sul livello territoriale di contrattazione, la giurisprudenza si è pronunciata a più riprese sui singoli criteri di origine pattizia, statuendo il principio generale per cui non si può prescindere dai caratteri di obiettività e generalità degli stessi (Cass., 8 marzo 2006, n. 4970).

Ne discende l'inammissibilità dei "criteri-fotografia" (M. G. Garofalo – P. Chieco, *I licenziamenti per riduzione di personale cit.*, 186), ritagliati su singoli o su gruppi di lavoratori, non consentiti per le stesse ragioni che ostano all'individuazione diretta dei dipendenti all'interno dei contratti collettivi.

Innanzitutto, in caso di pluralità di criteri di scelta di fonte contrattuale, essi devono trovare applicazione *congiunta e concorsuale*, sicché il datore di lavoro non potrà utilizzare solo uno o alcuni degli stessi nei confronti di questo o quel lavoratore, magari con intento pregiudizievole (Cass., 10 luglio 2002, n. 10058).

Quanto ai singoli criteri, si è lungamente discusso intorno all'età dei dipendenti.

Da un lato, la giurisprudenza maggioritaria ammette il ricorso a tale criterio anche in via esclusiva, purché sia suscettibile di condurre alla formazione di una graduatoria oggettiva, non modificabile dal datore di lavoro (Cass. 6 ottobre 2006, n. 21541); autorevole dottrina, invece, sostiene la necessità di ulteriori criteri accanto a quello menzionato e la combinazione tra gli stessi affinché si giunga a un risultato equo e ragionevole (M. D'Antona, *Commento all'art. 5 della legge cit.*, 933).

L'orientamento della giurisprudenza sul punto, comunque, appare consolidato ed è stato esteso anche all'analogo criterio della prossimità del lavoratore al pensionamento, che può anche essere menzionato in via esclusiva dal contratto collettivo purché, anche in questo caso, si giunga a esiti predeterminabili (Cass. 2 settembre 2003, n. 12781).

Diversamente, il dato temporale del primo anno di matrimonio della lavoratrice non potrebbe mai essere incluso tra i criteri di individuazione dei lavoratori licenziandi, come chiarito anche dalla Corte costituzionale, in quanto lesivo dell'interesse individuale della stessa *ex art. 2 Cost.* e dell'interesse sovraindividuale alla formazione di una famiglia, di cui all'art. 31 Cost. (Corte cost., 10 febbraio 1993, n. 46. In dottrina, E. Lucifredi, *Mobilità e licenziamento a causa di matrimonio*, in *MGL*, 1993, 4; Colacurto, *Divieto di licenziamento a causa di matrimonio nel rapporto con la l. n. 223/1991*, *RGL*, 1993, II, 105).

Il tema della relazione tra legge e contratto dev'essere esaminato, infine, distinguendo tra criteri legali di cui all'art. 5 e norme imperative generali.

Infatti, a giudizio di parte della dottrina, i criteri dell'art. 5 hanno «funzione meramente *suppletiva*» (M. G. Garofalo – P. Chieco, *I licenziamenti per riduzione di personale cit.*, 177) e, in quanto tali, sono destinati a operare soltanto in assenza di contrattazione collettiva.

Inoltre, la giurisprudenza non esclude che quest'ultima, laddove intervenuta, possa limitarsi a ribadire i criteri organizzativi e sociali della L. n. 223/1991 (Cass. 24 marzo 1998, n. 3133) oppure possa valorizzarne solo alcuni e non altri (es. rilievo esclusivo alle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale, escludendo i criteri sociali).

Ancora, non è revocabile in dubbio che la contrattazione possa stabilire criteri *ulteriori* rispetto a quelli dell'art. 5, purché si rispettino tutte le condizioni già esaminate al paragrafo precedente: non è, infatti, necessario “giustificare” lo scostamento dei criteri contrattuali rispetto a quelli legali (G. Natullo, *La selezione dei lavoratori da licenziare cit.*, 1342).

È bene evidenziare, poi, che l'accordo sui criteri di scelta non è valido laddove contrario a *principi costituzionali* o a *norme imperative di legge*, le quali si impongono all'autonomia privata, sia individuale che collettiva, in virtù dell'art. 1343 c.c. (M. G. Garofalo – P. Chieco, *I licenziamenti per riduzione di personale cit.*, 180). Infatti, si è già evidenziato come i contratti collettivi debbano rispettare i principi generali di obiettività, razionalità e divieto di discriminazione (V. Di Cerbo – D. Simeoli, *op. cit.*, 2010).

Pertanto, mentre i criteri dell'art. 5 intervengono, in via sussidiaria e residuale, qualora il contratto collettivo non disponga diversamente, le norme imperative prevalgono sulle contrastanti clausole contrattuali, sostituendole automaticamente in virtù del combinato disposto dell'art. 1339 e del secondo comma dell'art. 1419 c.c. (V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica – P. Zatti (a cura di), Giuffrè, 2011, 815).

Tuttavia, criteri legali, norme imperative e autonomia contrattuale, nonostante le differenze, presentano un profilo comune: devono essere applicati dall'imprenditore e dalle organizzazioni sindacali secondo *correttezza e buona fede*, in ossequio a una clausola generale che innerva l'intero ordinamento e, in particolare, un settore delicato quale quello dei licenziamenti collettivi.

Infine, una delle pronunce in commento si sofferma su un ultimo aspetto.

Nel caso di omissione della comunicazione *iniziale*, che è fondamentale ai fini del controllo sindacale sull'intera procedura, la sanzione predisposta dall'ordinamento non ha carattere reale e non prevede la reintegrazione del lavoratore in caso di licenziamento, in quanto l'art. 1, c. 45, L. n. 92/2012 ha introdotto la c.d. efficacia “sanante” degli accordi collettivi.

Essa si risolve in ciò, che l'avvenuta stipulazione degli stessi impedisce la configurazione di qualsiasi forma di invalidità, in quanto, nonostante sia stato omesso il primo contatto con i sindacati, lo scopo della comunicazione iniziale è stato comunque raggiunto, giacché gli stessi hanno partecipato attivamente alla procedura e hanno stipulato il contratto aziendale.

Nel caso esaminato dall'ordinanza 3 luglio 2024, n. 18215, la Suprema Corte osserva che «si tratta di un elemento del tutto innovativo nell'ambito della procedura che assicura il controllo sindacale sulla riduzione del personale, privo di efficacia retroattiva».

La Cassazione soggiunge, altresì, che la sottoscrizione dell'accordo sindacale in cui viene dato atto dell'espletamento positivo dell'esame congiunto mediante il raggiungimento di un accordo non ha, di per sé sola, efficacia sanante, occorrendo, invece, interpretare la volontà negoziale delle parti per verificare se abbiano inteso sanare i vizi formali della comunicazione di cui al comma 2 dell'art. 4 della L. n. 223 del 1991.

Nella fattispecie, i giudici del merito, nel doppio grado, hanno escluso l'efficacia “sanante” dell'accordo sindacale raggiunto in corso di procedura, anche perché – come ricordato nello storico della lite – dall'accordo del 1° luglio 2020 «non emerge che siano state comunicate dalla società e verificate consapevolmente e compiutamente dalle organizzazioni sindacali le ragioni per le quali la platea dei lavoratori soggetti al licenziamento sia stata limitata al sito

di Vi. nonché le ragioni per le quali le mansioni dei lavoratori di Vi. debbano considerarsi non fungibili rispetto a quelle dei lavoratori degli altri siti della società».

Peraltro, nel caso all'attenzione del Collegio, la mancata indicazione delle ragioni che limitassero i licenziamenti ai dipendenti di una determinata unità produttiva o settore aziendale non rappresentava un mero vizio formale della comunicazione ex art. 4, comma 3, L. n. 223/91, ma attendeva ad un presupposto sostanziale che poteva consentire la delimitazione della platea dei licenziandi in deroga alla regola generale stabilita dal comma 1 dell'art. 5 della stessa legge.

Diversamente, in caso di omissione della comunicazione *finale*, la nuova versione dell'art. 4, c. 9, L. n. 223/1991 prevede che tutti i licenziamenti debbano essere irrogati entro il termine di centoventi giorni dalla data del contratto collettivo; inoltre, contempla un ulteriore termine di sette giorni tra l'irrogazione dei licenziamenti e la trasmissione della comunicazione finale all'Ufficio regionale competente.

In caso di violazione, dato che la comunicazione finale «assolve alla duplice funzione, individuale e collettivo-pubblicistica» (Cass., 7 settembre 2018, n. 21907), sia il sindacato che il singolo lavoratore possono far valere in giudizio l'inefficacia del licenziamento intimato oltre i termini perentori di legge.

In tutte le ipotesi esaminate, comunque, resta salva la facoltà, in capo al sindacato, di esperire la procedura ex art. 28 St. lav. laddove ne sussistano i presupposti (R. Del Punta, *I licenziamenti cit.*, 330 ss.), e cioè nel caso in cui le violazioni procedurali commesse dall'imprenditore non pregiudichino soltanto i dipendenti, ma esprimano la volontà di ostacolare l'operato delle associazioni sindacali nel loro complesso.

Antonino Ripepi, procuratore dello Stato in Reggio Calabria

Visualizza i documenti: [Cass., ordinanza 2 luglio 2024, n. 18093](#); [Cass., ordinanza 3 luglio 2024, n. 18315](#)