

# Determinazione dei criteri di scelta dei lavoratori da sospendere in cassa e conseguenze (risarcitorie) della loro genericità o violazione

di M. Palla - 7 Febbraio 2023

Com'è noto l'obbligazione principale che il datore di lavoro contrae con l'assunzione è quella di consentire al lavoratore di eseguire la prestazione, prodromica a quella retributiva, corrispettivo della prestazione resa e dunque dell'attuazione dinamica del sinallagma contrattuale. D'altra parte, il dipendente adempie all'impegno negoziale contratto con il datore ponendosi a sua disposizione, pronto ad eseguire la prestazione come del resto emerge dalla definizione di orario di lavoro tratteggiata dall'art. 1, D. Lgs. n. 66/2003 a detta del quale esso si identifica con qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a *disposizione* del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni che d'altro canto debbono essere conformate, organizzate e dirette dalla controparte negoziale. L'inerzia del datore nell'assegnare al dipendente a disposizione le attività concordate in contratto non lo esonerano dunque dall'obbligo retributivo.

In via di davvero estrema sintesi occorre ricordare che il diritto del lavoro prevede una disciplina speciale della impossibilità parziale sopravvenuta nella sfera del lavoratore rappresentata, com'è noto, dall'art. 2110 c.c. che è norma speciale derogatoria rispetto alla regola risolutoria "temperata" (dall'interesse della controparte negoziale alla prestazione parziale, residua) di cui alla norma dell'art. 1464 c.c. (che trasla, modificandola, nei contratti a prestazione corrispettive, la disciplina del combinato disposto degli artt. 1281 e 1258 c.c. in punto di adempimento parziale dell'obbligazione) e che codifica, con riferimento al periodo di comportamento, le condizioni del venir meno dell'interesse del creditore di lavoro all'adempimento del lavoratore. Analoga disciplina, però, non è prevista in relazione alla posizione del prestatore di lavoro sul quale grava il rischio di impresa e dunque delle difficoltà o delle scelte che in vario modo incidono sull'assetto dell'organizzazione ed esecuzione del lavoro (qui non potendo addentrarci nella disquisizione dell'alternativa *diritto o interesse legittimo al lavoro* che scaturirebbe in capo al lavoratore dall'art. 4 Cost.).

Nel caso in cui le difficoltà o le modifiche impediscano momentaneamente al datore di accettare la prestazione del lavoratore (che viene offerta risultando l'adempimento astrattamente possibile), egli non usufruisce comunque dell'esonero della responsabilità del debitore contenuto nell'art. 1218 c.c., né può appellarsi alla impossibilità della propria prestazione primaria atteso che, comunque, nel caso delle modifiche di assetto, l'effetto di impossibilità si ricollega comunque ad una sua scelta come del resto disponeva, con principio di portata generale, l'art. 6, RDL n. 1825/1924: "*In caso di sospensione di lavoro per fatto dipendente dal principale, l'impiegato ha diritto alla retribuzione normale*".

Dopo di che, per le ipotesi di difficoltà non imputabile, secondo autorevole dottrina, la posizione in cui si viene a trovare il datore di lavoro che non può ricevere la prestazione pur disponendo dell'organizzazione produttiva che quella potrebbe accogliere e far eseguire è quella di una *mora accipiendi inculpata* (Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965), che inibisce l'effetto liberatorio della controprestazione retributiva ogniqualvolta che, indipendentemente dalla culpa che qualifica la posizione del creditore di lavoro, l'impossibilità della sua collaborazione all'adempimento non trovi giustificazione in altra norma giuridica o nel precedente inadempimento del lavoratore (si pensi al tema della c.d. serrata difensiva) o, come si dirà dappresso, nel venir meno del substrato organizzativo e produttivo in cui la prestazione si attua.

L'unico limite alla *mora inculpata*, infatti, è l'ipotesi di perimento dell'azienda per fatto non imputabile al datore di lavoro (si pensi all'ipotesi del terremoto che distrugge la fabbrica) atteso che, in quel caso, viene meno il substrato del sinallagma contrattuale, ovvero il contesto economico produttivo in cui si colloca e si attua la prestazione di lavoro che a quel punto non può essere eseguita per l'insussistenza oggettiva degli strumenti che consentono l'adempimento del lavoratore e la correlata collaborazione del datore di lavoro, visto che, in altre parole, non sussistendo la possibilità dell'offerta della prestazione lavorativa (anch'essa divenuta oggettivamente impossibile) non può integrarsi una situazione di *mora accipiendi* in capo al datore di lavoro.

Per temperare gli effetti che tutto ciò potrebbe avere nei confronti dei lavoratori (esposti al rischio del g.m.o. di licenziamento), il legislatore ha introdotto una serie di strumenti, cc.dd. ammortizzatori sociali, che hanno lo scopo di garantire la persistenza dei rapporti di lavoro allorquando si realizzano condizioni transitorie che impediscano al datore di accettare la prestazione di lavoro. Non è questa la sede per ricordare l'evoluzione della disciplina in punto di cassa integrazione (ordinaria o straordinaria) e dei ripetuti interventi del legislatore (l'ennesimo già si preannuncia) che, nel tempo ed in varia guisa, ha cercato di coniugare gestione e scopo di questi strumenti sempre più utilizzati in chiave di salvaguardia del consenso ai vari governi che non per il fine di anestetico delle contrazioni di lavoro temporanee al quale erano destinati.

In questa sede, l'analisi di sintesi, si concentrerà sull'applicazione di uno dei principi cardine della disciplina della cassa integrazione (straordinaria ma estendibile ex art. 1375 c.c. anche a quella ordinaria come si dirà) ovvero di quello per cui, in caso di eventi che determinano la impossibilità del datore di ricevere la prestazione, eventi considerati dal legislatore degni di tutela in un equo temperamento tra diritto al lavoro e libertà di impresa (ex art. 41 Cost.), la sospensione dei rapporti di lavoro protetti dall'intervento della Cassa deve avvenire secondo criteri di rotazione o, se la rotazione non risulta praticabile, in virtù di criteri di buona fede avuto riguardo ai contrapposti interessi delle parti (con prevalenza tuttavia delle ragioni tecniche, organizzative e produttive) indicati dal datore di lavoro ed oggetto di confronto con le OO.SS. che svolgono un ruolo centrale nella "amministrazione" della Cassa integrazione la quale, com'è noto, deve essere autorizzata dall'amministrazione pubblica.

L'autorizzazione del ricorso alla Cassa trova dunque dimora in un atto amministrativo che presuppone una consultazione ed un accordo sindacale dovendosi tuttavia fare una precisa-

zione: l'atto amministrativo abilitante non garantisce al datore l'esonero da responsabilità nell'ipotesi in cui l'attuazione del programma concordato con le OO.SS. ed autorizzato dall'amministrazione pubblica finisca per violare i diritti soggettivi dei dipendenti: di questo, ma soprattutto delle caratteristiche di trasparenza e verificabilità che debbono presentare i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere, si è interessata l'ordinanza in commento, Cass., 16 dicembre 2022, n. 37021, nuovo arresto dello scrutinio di una vicenda già ripetutamente scansionata – con esiti conformi – dalla S.C. ( si richiamano, tra le tante, le pronunce, tutte del 2022: nn. 28416,28415, 33343, 31927, 31923, 31866, 31856 n. 31855, 31854, 31843, 31841, 31840, 31839,28421).

Intanto, proprio muovendo dall'atto di concessione della cassa, rifacendosi a precedente in termini (Cass. 29/09/2011, n. 19618, F.I., 2011, I, 3324) la S.C. ha ricordato che in materia di cassa integrazione guadagni straordinaria (CIGS), l'illegittimità del provvedimento concessorio dell'intervento per la mancata indicazione e comunicazione alle OO.SS. dei criteri di scelta dei lavoratori da sospendere – di rotazione ovvero, ove tale meccanismo non sia stato adottato per ragioni di ordine tecnico e organizzativo ritenute meritevoli di accoglimento, dei criteri alternativi determinati ai sensi dell'art. 1, co. 8, L. n. 223 del 1991, comporta l'illegittimità della sospensione operata dal datore di lavoro dei lavoratori stessi, i quali, vantando una posizione di diritto soggettivo, possono chiedere al giudice ordinario l'accertamento, previa disapplicazione "*incidenter tantum*" del provvedimento amministrativo di concessione della CIGS, dell'inadempimento del datore di lavoro in ordine all'obbligazione retributiva alla stregua dell'ordinario regime previsto dall'art. 1218 c.c., essendo venuta meno, quale ragione d'esonero dalle conseguenze dell'inadempimento, l'elevazione al livello dell'impossibilità della prestazione delle situazioni di ristrutturazione, riorganizzazione e riconversione industriale.

Le norme evocate dalla sentenza che si annota sono ormai abrogate ma meritano comunque di essere ricordate perché in gran parte replicate dalla nuova disposizione dell'art. 24, D. Lgs. n. 148/2015.

Ebbene, per l'art. 1, co. 7, L. 223/1991: "*I criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere nonché le modalità della rotazione prevista nel co. 8 devono formare oggetto delle comunicazioni e dell'esame congiunto previsti dall'art. 5, L. n. 164/1975*".

Il successivo comma 8, prevedeva poi che, se per ragioni di ordine tecnico-organizzativo connesse al mantenimento dei normali livelli di efficienza, l'impresa riteneva di non adottare meccanismi di rotazione tra i lavoratori che espletano le medesime mansioni e sono occupati nell'unità produttiva interessata dalle sospensioni, doveva indicarne i motivi nel programma di cui al co. 2 (ovvero nel programma che l'impresa intende attuare con riferimento anche alle eventuali misure previste per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale da formularsi sulla base di un modello stabilito con decreto del Ministro del lavoro e della P.S., sentito il Comitato interministeriale per il coordinamento della politica industriale – CIPI).

La previsione del comma 8 disponeva poi che laddove il CIPI pur approvando il programma, avesse ritenuto non giustificati i motivi adottati dall'azienda per la mancata adozione della rotazione, il Ministro del lavoro promuoveva: "*l'accordo fra le parti sulla materia e, qualora tale accordo non sia stato raggiunto entro tre mesi dalla data del decreto di concessione*

*del trattamento straordinario di integrazione salariale, stabilisce con proprio decreto l'adozione di meccanismi di rotazione, sulla base delle specifiche proposte formulate dalle parti". Laddove l'azienda non si fosse adeguata alle previsioni del decreto subiva una sanzione calibrata sul numero dei lavoratori sospesi.*

L'art. 1, L. 223 del 1991 è stato abrogato dal D. Lgs. n. 148/2015 che, all'art. 24 (modif. dall'art. 23, co. 1, lett. g), D.L. n. 4/2022, conv. modif. L. n. 25/2022), in relazione alla *quaestio* qui analizzata, stabilisce che oggetto dell'esame congiunto con le OO.SS. della situazione aziendale e dunque delle ragioni che hanno determinato la domanda di intervento della CIGS è: *"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 selezione dei lavoratori da sospendere, dunque, nella previsione dell'art. 24, debbono essere oggetto di confronto con le OO.SS. che valuteranno se essi sono *coerenti con le ragioni per le quali è richiesto l'intervento*.

Il criterio principale in tema di selezione dei lavoratori da sospendere rimane comunque quello della rotazione al quale tuttavia l'imprenditore può derogare in presenza di *ragioni tecnico-organizzative* che giustificano l'adozione di criteri alternativi i quali, tuttavia, debbono poter essere oggetto di verifica *ex ante* e non *ex post* ovvero nel momento della loro applicazione che non può mai essere arbitraria e comunque lasciata alla totale discrezione – che trasla nell'arbitrio – del datore di lavoro.

Nel caso scrutinato dalla S.C., in relazione ai lavoratori da sospendere, gli accordi intercorsi con le OO.SS., facevano un generico riferimento a esigenze tecnico-organizzative connesse al piano di riorganizzazione ma senza alcuna indicazione dei criteri in base ai quali individuare i singoli soggetti che, in ragione di quelle esigenze, andavano, di volta in volta, sospesi. In quel modo, i criteri di selezione finivano per essere del tutto indeterminati, rimessi alla piena ed incontrollabile discrezionalità del datore di lavoro (e dunque al suo arbitrio), non previamente discussi e concordati con le OO.SS., non risultando desumibili o ricostruibili dal generico richiamo al criterio delle esigenze tecnico-produttive che a quel punto, con la sua indeterminatezza, finiva per consegnare al datore una totale discrezionalità a nulla valendo la concorrente operatività dei criteri dei carichi e dell'anzianità mutuati, con il primo, dall'art. 5, L. 223/1991.

I giudici di merito (con una doppia conforme) e da ultimo la S.C. dichiaravano pertanto l'illegittimità degli accordi e della successiva sospensione dei rapporti di lavoro contestando in sostanza all'impresa di aver autonomamente individuato i lavoratori da sospendere senza aver dovuto rispettare predeterminati criteri che stabilissero le priorità tra i vari parametri considerati – anzianità, carichi, esigenze produttive (l'azienda aveva invocato la legittimità dei parametri, mutuati direttamente dall'art. 5, L. 223/1991), le modalità applicative dei criteri medesimi, la platea dei soggetti interessati in riferimento alle qualifiche possedute e alle

concrete mansioni esercitate in funzione degli obiettivi aziendali di risanamento e riorganizzazione.

I punteggi assegnati ai tre criteri, ad esempio, osserva la Corte, erano stati determinati unilateralmente dal datore di lavoro che pure unilateralmente aveva quantificato i punteggi in relazione alla qualifica dei dipendenti: *“Con riferimento al criterio delle esigenze tecnico organizzative, veniva assegnato il punteggio 11,11 se in caso di operaio generico ovvero di 33,33 se polivalente ovvero se specializzato di 22,22”*. Dunque, il datore di lavoro ha adottato un criterio totalmente discrezionale, non concordato, non desumibile dal generico richiamo alle esigenze tecnico-produttive e, per certi aspetti, anche arbitrario (La qualifica di polivalente, ad esempio, come e da chi è stata accertata? Con quali criteri è stata attribuita tale qualifica? Perché l’operaio polivalente andava preferito rispetto all’operaio generico o specializzato, avuto riguardo alle esigenze riorganizzative?); sicché la illegittimità è stata ravvisata, in primo luogo, nell’attribuzione assolutamente discrezionale dei predetti punteggi che ha inevitabilmente alterato l’applicazione in maniera concorrente dei tre richiamati criteri”.

In giurisprudenza è assolutamente consolidato l’orientamento secondo il quale in tema di procedimento per la concessione della CIGS la verifica della specificità dei criteri di individuazione dei lavoratori da spostare e delle modalità della rotazione (anche ai fini dell’adeguatezza della comunicazione L. n. 223 del 1991, ex art. 1, comma 7) deve essere condotta con valutazione in astratto ed ex ante, e non in concreto ed ex post, dovendo assolvere sia alla funzione di porre le OO.SS. in condizione di contrattare i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere sia a quella di assicurare al lavoratore la previa individuazione di tali criteri e la verificabilità dell’esercizio del potere del datore di lavoro (Cass. 15-10-2018, n. 25737; Cass. 26-09-2011, n. 19618, FI, 2011, I, 3324; Cass. 28-11-2008, n. 28464, GC 2009, I, 1605; Cass. civ., sez. lav., 28-11-2008, n. 28464, GC 2009, I, 1605; Cass. 23-04-2004, n. 7720, OGL, 2004, I, 458; Cass. Sez. U., 11-05-2000, n. 302, GC, 2000, I, 2917, n. PAPA-LEONI e in RCDL, 2000, 692, n. MUGGIA S., *Cassa integrazione e licenziamenti collettivi tra obblighi di informazione e confronto sindacale – Va proprio tutto bene?*).

Dopo di che si è anche affermato che il potere dell’imprenditore di scelta dei lavoratori da porre in cassa integrazione guadagni è soggetto oltre che ai limiti esterni correlati al divieto di discriminazione di cui all’art. 15 L. n. 300 del 1970, ed ai principi di correttezza e buona fede – a limiti interni connessi all’osservanza dei criteri coerenti con la finalità dell’istituto della cassa integrazione, espressamente pattuiti con le OO.SS., in relazione ai quali il criterio della professionalità adottato nella selezione deve riferirsi alla professionalità specifica dei lavoratori, legata alla realtà aziendale, e non a livelli professionali scelti in maniera discrezionale e o maggiore o minore rendimento professionale, costituenti dati generici ed opinabili (Cass. 01-02-1993, n. 1178, in GC 1993, I, 2443, n. DEL PUNTA).

In questo contesto, pare opportuno ricordare che l’eventuale accordo sindacale intervenuto (anche) in relazione a criteri generici o che comunque lasciano al datore una libertà di selezione pressoché illimitata non ha effetto sanante del vizio che ammorba l’esercizio del potere datoriale. Come stabilito da Cass. 16-04-2014, n. 8896, *“la previa determinazione dei criteri per l’individuazione lavoratori da sospendere nonché le modalità della rotazione che come*

*tali devono formare oggetto delle comunicazioni e dell'esame congiunto ai sensi di quanto disposto dall'art. 47, co. 1, D.Lgs. n. 148/2015, è, dunque, una garanzia apprestata direttamente dalla legge anche per i lavoratori non iscritti alle OO.SS. stipulanti (e per la verifica dell'esercizio del potere privato di scelta del datore di lavoro dei dipendenti da collocare in CIGS e delle modalità di rotazione degli stessi); pertanto la mera circostanza per cui il criterio in parola sia stato condiviso in sede di accordo sindacale appare del tutto irrilevante"* (in termini Cass. civ., Sez. lav., 21-09-2011, n. 19235; Cass. 23-04-2004, n. 7720, cit.; Cass. 4-05-2009, n. 10236; Cass. 1-07-2009, n. 15393. RGL, 2009, II, 851, n. FEDERICI, *Cassa integrazione, obblighi di comunicazione e condotta antisindacale*).

L'illegittimità dei criteri di scelta e dunque della sospensione del lavoratore determina a carico del datore di lavoro l'obbligo di risarcire il danno che nel caso della sentenza in commento è stato limitato alla differenza tra quanto percepito dal dipendente a titolo di cassa e la sua retribuzione piena. In realtà come statuito da Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., 18-01-2019, n. 1378 (in <https://onelavoro.wolterskluwer.it>), l'orientamento assolutamente consolidato (Cass. 16-04-2014, n. 8896, Cass. 10-02-2003, n. 1932; Cass. 22-02-2003, n. 2760) è quello secondo il quale solo l'ente previdenziale è titolato a richiedere ai lavoratori la restituzione di quanto percepito a titolo di integrazione, non avendo alcun titolo il datore di lavoro ad operare un ipotetico conguaglio tra importi a credito e a debito dei lavoratori essendo lo stesso datore totalmente estraneo al rapporto di natura previdenziale. Quello retributivo e quello previdenziale sono dunque crediti tra loro completamente diversi, tra i quali non possono operarsi compensazioni di sorta: *"Non vi è quindi alcun titolo per limitare il diritto alla retribuzione sussistente in conseguenza della dichiarazione di illegittimità della collocazione in CIGS in relazione a quanto percepito a titolo previdenziale dai lavoratori come integrazione salariale, che semmai dovrà essere restituita all'INPS"*.

In relazione alla posizione del lavoratore indebitamente sospeso, poi, la S.C. ha ricordato più volte come la sua richiesta di risarcimento danni per l'illegittima sospensione a seguito di collocamento in CIGS ha ad oggetto un credito da inadempimento contrattuale (costituito dall'atto di gestione del rapporto non conforme alle regole), soggetto all'ordinaria prescrizione decennale (conf. Cass. n. 20-04-2021, n. 10376 in [www.foroeuropeo.it](http://www.foroeuropeo.it) e Cass. civ., sez. lav., 13-12-2010, n. 25139, OGL 2010, I, 832).

D'altro canto, riprendendo la questione della mora credendi Cass. civ., sez. lav., 04-05-2009, n. 10236. Ha stabilito che *"In caso di intervento straordinario di integrazione salariale per l'attuazione di un programma di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale che implichi una temporanea eccedenza di personale, ove il provvedimento di sospensione dall'attività lavorativa sia illegittimo, è questo stesso atto negoziale unilaterale, con il rifiuto di accettare la prestazione lavorativa, a determinare la "mora credendi" del datore di lavoro; ne consegue che il lavoratore non è tenuto ad offrire la propria prestazione ed il datore medesimo è tenuto a sopportare il rischio dell'estinzione dell'obbligo di esecuzione della prestazione"*.

Al contempo per Cass. 21-09-2011, n. 19235: *"In materia di cassa integrazione guadagni straordinaria, la mancata iniziativa del lavoratore diretta a sollecitare l'attuazione della clausola di rotazione non preclude il diritto del medesimo di far valere la responsabilità ri-*

*sarcitoria del datore di lavoro per l' inadempimento di detta clausola (non riconducibile alla figura del contratto a favore di terzo), poiché la mera inerzia ad esercitare un proprio diritto non prova di per sé una volontà abdicativa, dovendo ogni rinuncia essere espressa o ricavarsi da condotte univoche. Nè può ritenersi che la non immediata proposizione dell'azione risarcitoria integri una concausa del verificarsi del fatto generatore del danno e, quindi, giustifichi una riduzione del risarcimento a norma dell'art. 1227 c.c.“.*

A fonte di una illegittima sospensione, dunque, il lavoratore non è onerato dall'obbligo di una costituzione in mora ed il datore di lavoro è in condizione di inadempimento per il solo fatto dell'indebita sospensione, ovvero della mancata accettazione di una prestazione potenzialmente eseguibile.

Sia perdonata un'ultima annotazione: nella disciplina della cassa integrazione ordinaria – CIGO non è previsto un obbligo di comunicazione e condivisione con le OO.SS. dei criteri di scelta dei lavoratori da sospendere. L'art. 14, D. Lgs. n. 128/2015, infatti si limita a stabilire che nei casi di sospensione o riduzione dell'attività produttiva, l'impresa è tenuta a comunicare preventivamente alle rappresentanze sindacali aziendali o alla rappresentanza sindacale unitaria, ove esistenti, nonché alle articolazioni territoriali delle OO.SS. comparativamente più rappresentative a livello nazionale, le cause di sospensione o di riduzione dell'orario di lavoro, l'entità e la durata prevedibile, il numero dei lavoratori interessati. La norma stabilisce poi che quando la sospensione o riduzione dell'orario di lavoro sia superiore a sedici ore settimanali si procede, a richiesta dell'impresa o delle OO.SS.: *“a un esame congiunto in ordine alla ripresa della normale attività produttiva e ai criteri di distribuzione degli orari di lavoro”*.

Il successivo art. 15, infine, prevede che laddove dalla omessa o tardiva presentazione della domanda di CIGO all'INPS derivi a danno dei lavoratori: *“la perdita parziale o totale del diritto all'integrazione salariale, l'impresa è tenuta a corrispondere ai lavoratori stessi una somma di importo equivalente all'integrazione salariale non percepita”*.

In realtà, per le considerazioni spese all'inizio del presente scritto, visto che anche nella sospensione in cassa ordinaria il datore di lavoro si esonera temporaneamente dal ricevimento della prestazione, non v'è dubbio che tale esonero debba comunque avvenire con il minor danno per i lavoratori e, soprattutto, adottando criteri di buona fede e correttezza (e di pari trattamento) nella selezione dei dipendenti da sospendere (o il cui orario sia ridotto) che all'occorrenza, in caso cioè di contestazione da parte dei sospesi, in difetto di una rotazione tra tutti gli interessati (criterio comunque principe), dovranno essere oggetto di verifica da parte del giudice con il rischio, ancora una volta, di un obbligo risarcitorio del danno subito dai lavoratori laddove quei criteri risultano arbitrari o illogici in relazione alle motivazioni della sospensione secondo un parametro di buona fede e correttezza.

Michele Palla, avvocato in Pisa

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 16 dicembre 2022, n. 37021](#)