

# I licenziamenti in Italia e Germania

Prime riflessioni post-riforma Fornero

a cura di  
Rosita Zucaro

**ADAPT**  
LABOUR STUDIES  
e-Book series  
n. 17

**ADAPT**  
www.adapt.it  
UNIVERSITY PRESS

# ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

---

**ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro**

## DIREZIONE

**Michele Tiraboschi** (*direttore responsabile*)

**Roberta Caragnano**

**Lilli Casano**

**Maria Giovannone**

**Pietro Manzella** (*revisore linguistico*)

**Emmanuele Massagli**

**Flavia Pasquini**

**Pierluigi Rausei**

**Silvia Spattini**

**Davide Venturi**

## SEGRETERIA DI REDAZIONE

**Gabriele Gamberini**

**Andrea Gatti Casati**

**Francesca Fazio**

**Laura Magni** (*coordinatore di redazione*)

**Maddalena Magni**

**Martina Ori**

**Giada Salta**

**Francesca Sperotti**

# I licenziamenti in Italia e Germania

Prime riflessioni post-riforma Fornero

a cura di  
Rosita Zucaro

ISBN 978-88-98652-16-7

© 2013 ADAPT University Press – Pubblicazione on line della Collana ADAPT

---

Registrazione n. 1609, 11 novembre 2001, Tribunale di Modena

## INDICE

<i>Premessa di Rosita Zucaro</i> .....	VII
<i>Rosita Zucaro, I licenziamenti “cogestiti” nel modello tedesco</i> .....	1
<i>Alessandro Veltri, Il nuovo articolo 18 nella giurisprudenza italiana</i> .....	7
<i>Roberto Cosio, Il licenziamento individuale per motivi economici nella riforma del mercato del lavoro in Italia</i> .....	29
<i>Raffaello Santagata, I licenziamenti in Germania: presupposti di legittimità</i> .....	39
<i>Golo Weidmann, Il licenziamento nel quadro normativo e giurisprudenziale tedesco</i> .....	55
<i>Notizie sugli autori</i> .....	65

## ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

---

### ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

1. Pierluigi Rausei, Michele Tiraboschi (eds.), **Lavoro: una riforma a metà del guado**, 2012
2. Pierluigi Rausei, Michele Tiraboschi (eds.), **Lavoro: una riforma sbagliata**, 2012
3. Michele Tiraboschi, **Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times**, 2012
4. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2012**, 2012
5. Buratti, Catalfamo, Correale, Cortesi, Covini, De Virgilio, Di Stani, Fionda, Innessi, Magni, Mariani, Marrazzo, Massagli, Mazzini, Milito, Morello, Neri, Oddo, Ori, Perletti, Petruzzo, Pignatti Morano, Salta, Seghezzi, Simoncini, Tolve, Tomassetti, Valcavi, Vari, Zucaro, **I programmi alla prova**, 2013
6. Umberto Buratti, Lilli Casano, Lidia Petruzzo, **Certificazione delle competenze**, 2013
7. Lilli Casano (a cura di), **La riforma francese del lavoro: dalla sécurisation alla flexicurity europea?**, 2013
8. Francesca Fazio, Emmanuele Massagli, Michele Tiraboschi, **Indice IPCA e contrattazione collettiva**, 2013
9. Gaetano Zilio Grandi, Mauro Sferrazza, **In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine**, 2013
10. Michele Tiraboschi (a cura di), **Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale**, 2013
11. Umberto Buratti, **Proposte per un lavoro pubblico non burocratico**, 2013
12. A. Sánchez-Castañeda, C. Reynoso Castillo, B. Palli, **Il subappalto: un fenomeno globale**, 2013
13. Arturo Maresca, Valerio Berti, Elena Giorgi, Lorenzo Lama, Roberto Lama, Alberto Lepore, Domenico Mezzacapo, Flavia Schiavetti, **La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231**, 2013
14. F. Carinci, **Il diritto del lavoro in Italia: a proposito del rapporto tra Scuole, Maestri e Allievi**, 2013
15. Gaetano Zilio Grandi, Emmanuele Massagli (a cura di), **Dal decreto-legge n. 76/2013 alla legge n. 99/2013 e circolari "correttive": schede di sintesi**, 2013
16. G. Bertagna, U. Buratti, F. Fazio, M. Tiraboschi (a cura di), **La regolazione dei tirocini formativi in Italia dopo la legge Fornero**, 2013

## Premessa

di Rosita Zucaro

La legge n. 92/2012 ha compiuto un intervento di “ingegneria manipolativa” sull’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, presentato, da più parti, come ispirato alla disciplina tedesca. La *ratio* sottesa, come noto, era ridurre la rigidità in uscita per rispondere alle istanze provenienti dall’Unione europea rendendo, per tale via, più dinamico il mercato del lavoro italiano. In realtà, secondo i dati Ocse, la Germania è tra i Paesi europei in cui è più difficile licenziare tanto che, all’inizio della crisi economica, si era ipotizzato anche lì un intervento di modifica, per allentare le maglie. Il progetto, però, fu sin da subito abbandonato e significativo, per tale “cambio di rotta”, è stato uno studio della Fondazione Hans Böckler della Confederazione dei sindacati tedeschi (DGB) che ha dimostrato come la *deregulation* in materia non avrebbe comportato effetti sui livelli occupazionali e che non era, tra l’altro, un intervento necessario per deflazionare il contenzioso, atteso che solo nel 12% dei casi si aveva l’impugnazione del licenziamento, di cui i 3/4 si concludevano con un accordo transattivo di carattere pecuniario. La descritta comunicazione virtuosa, tra quanto espresso dalle parti sociali e le conseguenti scelte governative, è caratteristica di un modello di mercato del lavoro in cui le relazioni industriali sono asse portante. I sistemi di licenziamento in Italia e Germania, di conseguenza, sembrano essere orientati da leitmotiv profondamente diversi.

Il presente lavoro si colloca in tale scenario per offrire chiavi di lettura utili ad individuare quali siano, in effetti, i punti di contatto tra i due modelli. Una panoramica della disciplina italiana dei licenziamenti alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali si affianca, pertanto, alla

presentazione di un dettagliato quadro del sistema tedesco, nel quale viene evidenziato il ruolo peculiare che hanno le relazioni industriali in quel contesto.

# I licenziamenti “cogestiti” nel modello tedesco

di Rosita Zucaro

## 1. Quadro di riferimento

All'interno di ogni ordinamento giuridico, gli istituti non sono monadi isolate, ma strettamente interconnessi, oltre che influenzati dal tessuto socio-economico di appartenenza. In virtù di ciò, non è possibile comprendere pienamente il modello tedesco di mercato del lavoro, senza considerare il peculiare sistema di relazioni industriali vigente in quel contesto. Quest'ultimo è retto da dinamiche che si richiamano ai paradigmi della partecipazione e della collaborazione, e costituisce uno dei pilastri portanti dell'economia tedesca: la maggior parte delle performance produttive, della crescita costante e dei buoni livelli occupazionali di questo paese sono riconducibili ad esso.

Il sistema di relazioni industriali tedesco e, in particolare, la cogestione, ha di conseguenza un ruolo strategico ed imprescindibile in ordine alla configurazione delle dinamiche interne alle politiche del lavoro e agli istituti giuslavoristici. In tale ottica la disciplina dei licenziamenti, vigente in Germania, nella sua rigidità <sup>(1)</sup> e con le sue positive ricadute pratiche, non può ritenersi esente.

---

<sup>(1)</sup> La Germania è, infatti, ai vertici della classifica degli indici Ocse relativi alla rigidità nella tutela dell'occupazione, con un dato che si attesta, nel 2013, al 2,87.

## 2. Il modello di relazioni industriali tedesco: ragioni storiche e caratteristiche

In Germania i sindacati, se pur forti ed efficienti, presentano un basso tasso di conflittualità. Nella loro attuale configurazione sono nati a seguito del secondo conflitto mondiale. Al contrario, durante la Repubblica di Weimar la conflittualità tra i sindacati era particolarmente elevata, al punto tale da essere ritenuta tra le principali cause dell'avvento del Nazismo. Al fine di evitare una nuova scissione del Movimento operaio post-hitleriano, furono quindi costituiti sindacati unitari di categoria, nonché una fitta rete di partecipazione e coinvolgimento paritetico tra essi e le imprese. L'obiettivo era la totale cooperazione all'insegna della ricostruzione e del rilancio economico, in ragione dei quali qualsiasi forma di contrasto e conflitto sociale doveva essere sopita. Pertanto, diversamente dal resto dell'Europa, il sistema sindacale tedesco si caratterizza per una sola grande realtà confederale, il Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB), composta dai sindacati di categoria, ai quali aderiscono la maggioranza dei lavoratori. Il DGB si occupa di coordinare i vari settori produttivi e formulare proposte di politica economica.

La distinzione tra rappresentanza sindacale e rappresentanza dei lavoratori all'interno delle organizzazioni produttive in cui sono inseriti (stabilimenti, società, gruppi, ecc.) è netta: la prima è associativa e volontaria; la seconda è invece affidata interamente ad organismi elettivi (in particolare i consigli di fabbrica o comitati d'azienda, *Betriebsräte*, che possono essere eletti in tutti i luoghi di lavoro con più di 5 dipendenti). In virtù di ciò ai sindacati inerte la funzione di contrattazione collettiva, mentre ai consigli di fabbrica spettano compiti riconducibili alla partecipazione. Il punto di equilibrio tra i due organismi risiede nel principio della prevalenza della contrattazione sulla partecipazione (*Tarifvorrang*), poiché la libertà di associazione sindacale, che comprende organizzazione, contrattazione e sciopero, è riconosciuta come diritto fondamentale nella Costituzione tedesca (*Grundgesetz – GG*)<sup>(2)</sup>, garanzia costituzionale di cui la partecipazione è invece priva<sup>(3)</sup>. Di

---

<sup>(2)</sup> L'art. 9 (*Libertà di associazione*) del GG stabilisce al comma 3, primo periodo, che «il diritto di formare associazioni per la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni lavorative ed economiche è garantito ad ognuno e ad ogni professione».

conseguenza sia la legge sulla contrattazione collettiva (*Tarifvertragsgesetz*), che quella sulla cogestione (*Mitbestimmungsgesetz*) stabiliscono il primato dell'autonomia contrattuale collettiva del Sindacato, in quanto libera organizzazione di iscritti <sup>(4)</sup>. La contrattazione collettiva (*Tarifpolitik*) è quindi di stretta competenza delle associazioni sindacali di categoria, con esclusione della confederazione per disposizione statutaria; mentre l'attività di partecipazione che prende in generale il nome di *Mitbestimmung* o quello più specifico di *Betriebspolitik* (quando si riferisca alla presenza sindacale nei consigli di sorveglianza), è riservata ad organismi elettivi improntati sul principio della rappresentanza politica. Il coordinamento fra i due livelli di azione dipende dalla capacità delle organizzazioni di far eleggere propri rappresentanti e di controllarne l'azione all'interno dei consigli. In Germania la rappresentanza sindacale non è quindi dipendente da quella elettiva, che anzi le resta subordinata anche giuridicamente (la contrattazione può dettare regole alla *Mitbestimmung*, l'inverso non è possibile).

Il ruolo della cogestione, soprattutto negli aspetti direttamente attinenti alla forza lavoro, è stato fondamentale nel consentire di reagire in modo rapido ed efficace alle variazioni del ciclo economico. La cogestione è, quindi, fortemente sostenuta dalla legislazione tedesca la quale, oltre ad auspicare la cooperazione costruttiva, da una parte vieta esplicitamente di iniziare gli scioperi per singoli impianti, dall'altra però evita in generale l'intromissione nelle materie che riguardano le condizioni di lavoro. Il sistema tedesco basato sulla partecipazione cogestita è, però, innanzitutto una conseguenza della forza organizzativa e dell'autorevolezza delle parti sociali non avendo, come detto, un espresso ancoraggio costituzionale.

---

<sup>(3)</sup> Su questo punto sembra dire di più la Costituzione italiana che all'art. 46 riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare «alla gestione delle aziende».

<sup>(4)</sup> Il *Mitbestimmungsgesetz* afferma, all'art. 77, comma 3, che gli accordi aziendali sottoscritti dal consiglio eletto dai lavoratori non possono avere ad oggetto la retribuzione o altre condizioni di lavoro regolate, di fatto o normalmente, nei contratti collettivi, a meno che ciò non sia permesso dal contratto stesso. In termini più generali, la legge sul contratto collettivo afferma che, quando il rapporto di lavoro è regolato dal contratto collettivo, accordi di diverso contenuto sono possibili solo se permessi dal contratto o se più favorevoli al lavoratore.

### 3. La “partecipazione” nei licenziamenti

Il legame tra tale modello di relazioni industriali e quello della flessibilità in uscita non è solo di riflesso, ma legislativamente sancito. La cogestione ha, infatti, un’influenza diretta in materia di licenziamenti, che si esplica attraverso il citato Consiglio di fabbrica, il quale viene eletto a scrutinio segreto e dura in carica 4 anni, rappresentando tutti i lavoratori e non solo gli iscritti al sindacato. Pur essendo, quindi, formalmente un organismo indipendente dal sindacato, in concreto ha, comunque, uno stretto legame con esso: tradizionalmente, come accennato, gli organismi di rappresentanza aziendale sono la piattaforma di reclutamento e di proselitismo sindacale. Tale organo aziendale ha diversi diritti d’informazione, di cogestione e codeterminazione all’interno dell’azienda e, in ossequio all’articolo 102 della legge sull’ordinamento aziendale (*Betriebsverfassungsgesetz – BetrVG*), deve essere consultato dal datore di lavoro, prima di intimare un licenziamento, in ordine a: lavoratore interessato, tipologia (ordinario o straordinario), motivi, criteri di scelta dei lavoratori e ogni altra informazione ragionevole che gli venga richiesta. In caso di opposizione del Consiglio, il licenziamento non è illegittimo ma se il lavoratore lo richiede ed ha provveduto ad impugnare il licenziamento, dovrà essere mantenuto al proprio posto fino al passaggio in giudicato della sentenza. Va però precisato che il datore di lavoro può comunque chiedere di essere esonerato da quest’obbligo, se tale impiego comporta un insostenibile aggravio economico o se l’opposizione del comitato aziendale oppure l’impugnazione del lavoratore appaiono infondate.

Inoltre, accanto al dovere d’informazione, l’imprenditore è obbligato a cercare di raggiungere un c.d. “compromesso d’interessi” con il Comitato d’azienda, ossia un accordo sulle materie in cui deve essere consultato e sulle modalità attraverso cui le specifiche misure ipotizzate dall’imprenditore debbano essere concretamente messe in pratica. Nell’ipotesi in cui non venga raggiunto, ciascuna delle due parti può rivolgersi al Presidente dell’Ufficio Statale del Lavoro in qualità di mediatore. Qualora anche la mediazione abbia esiti negativi, o nessuna delle due parti voglia ricorrere ad un mediatore, entrambe possono ricorrere ad un’istanza di arbitrato. In questa ipotesi, però, la

Commissione arbitrale non ha il potere di imporre alle parti decisioni di carattere vincolante: può soltanto indicare delle possibili soluzioni.

Inoltre il datore di lavoro è tenuto a predisporre un piano sociale a sostegno del licenziamento, e precisamente deve cercare di addivenire ad un accordo con il Consiglio di fabbrica sulle compensazioni che vanno attribuite ai lavoratori interessati, quest'ultime non sono solo di carattere strettamente finanziario, in quanto possono consistere anche in programmi di riqualificazione del personale e/o ipotesi di trasferimento dei lavoratori in altri impianti dell'impresa. Anche in questo caso, se non si sigla un accordo sul piano sociale da perseguire, ciascuna delle parti ha la facoltà di ricorrere a una Commissione d'arbitrato, la cui decisioni, in tali ipotesi, è vincolante.

La profonda interrelazione tra sistema di relazioni industriali e modello di flessibilità in uscita si ha inoltre nel carattere vincolante della procedura, in quanto se il datore di lavoro non procede al coinvolgimento del Consiglio di fabbrica così come sancito, la sanzione è l'invalidità del licenziamento ed anche se il parere del Consiglio non è vincolante, la sua posizione potrà costituire un valido punto di partenza per il lavoratore che introduca un contenzioso.

Nelle aziende con più di venti dipendenti, il Consiglio ha ulteriori diritti di partecipazione inerenti le seguenti decisioni: riduzione di attività, chiusura totale o parziale dell'impresa, trasferimento materiale di uno stabilimento o di una sua parte essenziale, fusione materiale dell'impresa con altre imprese, cambiamenti fondamentali nella struttura organizzativa, nello scopo o nelle attrezzature dell'impresa, introduzione di nuove metodologie lavorative o di processi di produzione completamente nuovi, qualsiasi cambiamento che possa comportare svantaggi sostanziali per i lavoratori o per una loro parte consistente.

La cogestione determina, inoltre, che nelle aziende con più di 500 dipendenti 1/3 del Consiglio di vigilanza sia composto dai rappresentanti dei lavoratori; mentre nelle imprese con più di 2 mila dipendenti i rappresentanti dei lavoratori e gli azionisti devono essere presenti in modo addirittura paritetico anche se, in caso di parità dei voti, quello decisivo spetta agli azionisti.

Il modello tedesco di partecipazione si riverbera sulla reintegra nel posto di lavoro, in caso di illegittimità del licenziamento. Infatti in Germania essa non assume i caratteri enfatici di asse portante della disciplina, che ha o comunque gli si vuole attribuire altrove, poiché quando in un

contesto aziendale tedesco si è logorato un rapporto di fiducia tra azienda e lavoratore, in virtù delle facoltà partecipative dei lavoratori, è difficile che ci sia interesse a ripristinarlo ed è più frequente che la conclusione sia un mero indennizzo risarcitorio. Infatti il giudice ordina in circa l'84% dei casi un risarcimento economico e non la reintegra nel posto di lavoro che di solito avviene solo nei casi più "gravi" di licenziamento discriminatorio <sup>(5)</sup>.

Ad ogni buon conto va nuovamente evidenziato che, se pur favorita dalla legge, la cogestione non è obbligatoria, ma è una libera scelta dei lavoratori, quindi trattasi di un sistema che non è il frutto di una imposizione autoritaria, ma di una libera scelta di relazioni industriali, coadiuvata dalla loro autorevolezza e spirito collaborativo.

È evidente che le potenzialità del sistema di flessibilità in uscita tedesco, a basso tasso di contenzioso e con più contenuti livelli di disoccupazione, è alquanto dubbio possano esplicarsi in un substrato caratterizzato da un diverso sistema di relazioni industriali, rispetto a quello cui è profondamente connesso e influenzato.

---

<sup>(5)</sup> T. MASTROBUONI, *Come funziona il "modello tedesco"*, e A. ALVIANI, *Il caso*, in *La Stampa*, 16 marzo 2012, Dossier *La soluzione in esame*.

# Il nuovo articolo 18 nella giurisprudenza italiana

di Alessandro Veltri

## 1. Premessa

La legge n. 92/2012 incide sul regime di tutela per licenziamento illegittimo nelle imprese di dimensioni medie e grandi, al fine di rendere il recesso dal rapporto di lavoro più rapido, con oneri, a carico delle imprese, maggiormente predeterminabili <sup>(1)</sup>. Questo obiettivo viene realizzato mediante il passaggio ad un sistema di tutele connotato da quattro diversi regimi, funzionalizzati a diverse causali, e con l'applicazione – nell'ottica del legislatore – del regime reintegratorio solo in alcune e circoscritte ipotesi.

Il sistema di tutela reale stesso si connota per la presenza di due distinti modelli: quello accompagnato da un risarcimento dei danni pieno (articolo 18, primo comma), nei casi di licenziamento nullo, e quello accompagnato da un risarcimento limitato (articolo 18, quarto e settimo comma), nelle ipotesi di ingiustificatezza qualificata, in cui cioè l'illegittimità stessa risulti maggiormente conclamata, consistente e, quindi, grave <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *ADL*, 2012, n. 3, 613.

<sup>(2)</sup> C. CESTER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012) Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, suppl. a *DPL*, 2012, n. 33, 30; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 56; A.

Si realizza una graduazione del sistema sanzionatorio <sup>(3)</sup> che vede presidiati da tutele più forti i licenziamenti discriminatori e nulli. Per ciò che concerne invece il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e soggettivo, nelle aziende che occupano più di 15 dipendenti nell'unità produttiva ove è stato intimato il licenziamento (ovvero più di 15 dipendenti nell'ambito dello stesso Comune e in ogni caso per le imprese con più di 60 dipendenti), ancora oggi sussiste un livello di tutela reale c.d. depotenziata <sup>(4)</sup> o attenuata <sup>(5)</sup>. In questi casi, a fianco della reintegrazione del lavoratore, gli effetti risarcitori sono invece limitati, in quanto il risarcimento dei danni viene garantito solo in misura ridotta.

Nelle altre fattispecie di illegittimità del licenziamento, viene applicata una tutela meramente indennitaria, anch'essa nelle due diverse tipologie: la tutela indennitaria nella misura piena, regolata dall'articolo 18, quinto comma, che si applica alle ipotesi di ingiustificatezza "non grave" del licenziamento, e la tutela indennitaria in misura ridotta, regolata dal sesto comma, relativa, invece, ai vizi formali e procedurali.

In sostanza, come rilevato da autorevole dottrina, siamo di fronte ad un sistema di tutele c.d. a cerchi concentrici, con al centro un sistema di tutela reale pieno, in cui il licenziamento è nullo per violazione di espressi divieti legislativi, e via via muovendosi verso l'esterno tutele sempre meno forti, reali, depotenziate o solo indennitarie, fino all'ipotesi di recesso libero <sup>(6)</sup>.

La giurisprudenza sta recependo gli indirizzi del legislatore, seppur con una serie di incertezze e difficoltà interpretative, che ci appresteremo ad esaminare.

---

MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in RIDL, 2012, n. 2, I, 415.

<sup>(3)</sup> G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in RIDL, 2012, n. 4, I, 624.

<sup>(4)</sup> Così A. MARESCA, *op. cit.*, 429.

<sup>(5)</sup> M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav.*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *op. cit.*, 49. *Contra*, C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in ADL, 2012, n. 3, 569 ss.

<sup>(6)</sup> A. MARESCA, *op. cit.*, 428-433.

## 2. Il licenziamento discriminatorio e nullo

L'articolo 18 della legge n. 300/1970 anche a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 92/2012 attribuisce ancora al licenziamento discriminatorio e ad altre ipotesi di licenziamento affette da nullità assoluta la tutela più forte costituita dalle reintegrazioni.

Il nuovo testo dell'articolo 18, peraltro, non definisce la fattispecie del licenziamento discriminatorio, dato che l'intervento si è limitato al piano sanzionatorio – per licenziamento illegittimo – e non a quello applicativo.

Ne consegue che il licenziamento sia viziato qualora incida su una delle ragioni tassativamente individuate dalla legge e stratificatesi nel tempo, quali in primo luogo quelle politiche, sindacali, religiose, di razza, di lingua, di sesso, di handicap, di età, di orientamento sessuale, convinzioni personali (articolo 15 della legge n. 300/1970, come riformato dall'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo n. 216/2003). Altre discriminazioni, tali da determinare l'illegittimità del licenziamento sono quelle inerenti la razza e l'origine etnica (decreto legislativo n. 215/2003), nonché lo stato di sieropositività (articolo 5, legge n. 135/1990) <sup>(7)</sup>.

Accanto a tali ragioni, vi sono alcune fattispecie che vietano il licenziamento e che proteggono il lavoratore e la lavoratrice con la sanzione della nullità, quali quelle legate alla tutela della donna in occasione del matrimonio e della maternità; quali il divieto di licenziamento per causa di matrimonio <sup>(8)</sup> – regolato dall'articolo 35, comma 2, del decreto legislativo n. 198/2006 – e il divieto di licenziamento per la lavoratrice madre in gravidanza, che opera dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione dal lavoro previsti dalla materia sui congedi di maternità disciplinata dal Capo III dello stesso decreto legislativo n. 151/2001, nonché fino al compimento un anno di età del bambino (articolo 54,

---

<sup>(7)</sup> P. BELLOCCHI, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Ipsoa, 2009, 545.

<sup>(8)</sup> Che opera, con presunzione di carattere relativo di illegittimità, dal momento della richiesta di pubblicazioni del matrimonio sino ad un anno dopo la celebrazione dello stesso, ai sensi dell'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 198/2006. O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, 2011, 234 ss.

comma 1, decreto legislativo n. 151/2001). Tale divieto sussiste oggettivamente, «in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza», a prescindere dalla circostanza che la lavoratrice sia consapevole della propria condizione <sup>(9)</sup>.

Analogamente, è nullo il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale per la malattia del bambino da parte della lavoratrice e del lavoratore (articolo 54, comma 6, decreto legislativo n. 151/2001), oltre al licenziamento intimato in forma totalmente orale.

Infine, è nullo anche il licenziamento per motivo illecito determinante, inteso come motivo prevalente, ma non esclusivo, invocabile come tale da parte del lavoratore anche in presenza di un'altra ragione per il licenziamento stesso addotta dal datore di lavoro.

Da tale interpretazione consegue che molti casi di licenziamento pretestuoso o arbitrario potrebbero rientrare nella tutela ex articolo 18, primo comma, Stat. lav., anche in presenza di diverse motivazioni, economiche o attinenti alla condotta del lavoratore <sup>(10)</sup>, con evidente riduzione del campo di applicazione delle sanzioni per le altre patologie del provvedimento espulsivo <sup>(11)</sup>.

Solo la giurisprudenza, in sostanza, ci indicherà i limiti di applicazione della nuova disciplina in materia, se cioè, il motivo illecito determinante sia solo quello per rappresaglia sindacale <sup>(12)</sup>; oppure la nuova fattispecie abbraccerà molte altre ipotesi non coperte da tutela reintegratoria piena.

Si segnala la recente sentenza che attribuisce il motivo illecito determinante al licenziamento del dirigente avvenuto, in una società partecipata, per assenza di "protezione politica" <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Salvo i casi di esclusione del divieto, quali la colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro, la cessazione dell'attività dell'azienda, la realizzazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta, o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine.

<sup>(10)</sup> F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del lavoro*, in *LG*, 2012, n. 6, 546.

<sup>(11)</sup> C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 566, ritiene che l'analisi sull'esistenza del motivo illecito determinante sia residuale e da compiersi solo all'esito della valutazione della sussistenza delle altre ragioni di illegittimità del licenziamento.

<sup>(12)</sup> Ritorsivo, per lo svolgimento di attività sindacale: cfr. Cass. 14 luglio 2005, n. 14816, in *GC*, 2006, I, 2215.

<sup>(13)</sup> Trib. Roma 18 luglio 2013.

Interessante è anche il rilievo secondo il quale sia applicabile la disciplina del licenziamento discriminatorio anche al licenziamento determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c. intimato da un gruppo parlamentare <sup>(14)</sup>.

Diversa è la fattispecie del licenziamento in frode alla legge, in cui l'atto di recesso non è di per sé illegittimo ma si inserisce in una vicenda negoziale elusiva della disciplina dei licenziamenti o comunque di legislazione di protezione dei lavoratori <sup>(15)</sup>.

In tutte queste ipotesi, il licenziamento determina il diritto alla reintegrazione senza limiti numerici <sup>(16)</sup>.

Si segnala la precisazione, formulata dal legislatore, circa la deducibilità dall'indennità risarcitoria di quanto percepito (e quindi solo *dell'aliunde perceptum*) per lo svolgimento di altre attività lavorative intraprese dopo il licenziamento.

Il riferimento da parte della legge n. 92/2012 unicamente alla deducibilità dell'*aliunde perceptum* e non anche del *percipiendum* non dovrebbe, a mio avviso, avere un preciso significato precettivo e dovrebbe trattarsi unicamente di una imprecisione del legislatore.

L'omissione, infatti, sarebbe ascrivibile ad una tecnica normativa imperfetta, in quanto la deroga ai principi generali in tema di

---

<sup>(14)</sup> Trib. Roma 28 novembre 2012, in *RIDL*, 2013, n. 2, II, 305. Ciò in quanto «sia l'inapplicabilità nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio dell'esenzione dall'applicazione dell'art. 18 st. lav. prevista dall'art. 4 della l. 108/90 per le cd. organizzazioni di tendenza, sia l'uniformazione delle tutele ad opera del riformato art. 18 l. 300/1970, comportano l'applicabilità della tutela della reintegra a tutti i licenziamenti nulli».

<sup>(15)</sup> Sul punto, G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, 2011, 221.

<sup>(16)</sup> Ma l'interpretazione prevalente, in vigenza dell'art. 18 vecchio testo, riconosceva il diritto alla reintegrazione. Sul punto, G. VIDIRI, *op. cit.*, 626. Più precisamente: la tutela reale ex art. 18 si applicava ai licenziamenti discriminatori, quale che fosse il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro ed anche se intimati a danno di lavoratori soggetti al regime della libera recedibilità (ovverosia dirigenti, lavoratori domestici, lavoratori ultrasessantenni pensionabili). La più recente giurisprudenza di legittimità, peraltro, interpretando estensivamente il concetto di licenziamento discriminatorio fino a farvi rientrare anche quello per ritorsione o rappresaglia, aveva, di fatto, esteso anche al licenziamento nullo per motivo illecito la tutela reale di tipo speciale; la tutela reale di diritto comune, diversamente, si applicava nei restanti casi di nullità del licenziamento. La novità, dunque, consiste nell'aver esteso a tutti i citati casi di nullità del licenziamento la tutela reale speciale di cui all'art. 18.

risarcimento avrebbe richiesto una previsione espressa in tal senso. Per cui sarebbero tuttora deducibili sia *l'aliunde perceptum* che il *percipiendum* <sup>(17)</sup>.

A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro 30 giorni dall'invito del datore di lavoro.

L'articolo 18, infine, attribuisce al lavoratore licenziato la possibilità di ottenere un'ulteriore indennità, alternativa alla reintegrazione, pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (terzo comma).

Tale indennità deve essere richiesta entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione e si cumula con l'indennità risarcitoria di cui sopra (stante le diverse finalità delle due corrisposizioni di denaro, l'una di natura risarcitoria, l'altra volta a monetizzare il diritto alla reintegrazione).

Se la richiesta dell'indennità sostitutiva, al pari di un atto di dimissioni, risolve il rapporto di lavoro, un eventuale ritardo nella corrisposizione dell'indennità dovrà essere risarcito in applicazione del generico rimedio sul danno da ritardo nel pagamento di crediti di lavoro ex articolo 429 c.p.c. ovvero sia mediante rivalutazione automatica del credito unitamente al versamento degli interessi legali.

Quanto alla prova della discriminatorietà, questa può essere fornita anche per presunzioni. Infatti la disciplina sull'onere della prova è stata riscritta dall'articolo 28 del decreto legislativo n. 150/2011, secondo cui: «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione». Secondo la stessa norma: «I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti,

---

<sup>(17)</sup> In quest'ottica, M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Cedam, 2012, 445 ss. *Contra*, A. VALLEBONA, *op. cit.*, 57 ss., ritiene volontaria la lacuna legislativa, ponendo anche mente al fatto che, in tema di licenziamento disciplinare e per giustificato motivo oggettivo, il nuovo testo dell'art. 18 afferma la deducibilità sia dell'uno che dell'altro.

alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata»<sup>(18)</sup>.

Con la riforma del 2012 si è anche statuito, infine, che l'indennità sostitutiva non è assoggettata a contribuzione previdenziale<sup>(19)</sup>.

Si noti il tentativo, da parte di alcuni interpreti, di utilizzare la fattispecie del motivo illecito determinante o di ampliare le ipotesi di discriminatorietà del licenziamento, al fine di estendere, di conseguenza, il regime della reintegrazione piena previsto nel caso di licenziamenti nulli<sup>(20)</sup>, anche estendendo a dismisura la nozione le fattispecie di provvedimento espulsivo discriminatorio in base all'articolo 15 dello Statuto<sup>(21)</sup>.

Soluzione, quest'ultima tutt'affatto accoglibile, attesa la tassatività delle ipotesi di discriminazione previste dall'ordinamento, tutte peraltro riconducibili a casi attinenti alla persona del lavoratore<sup>(22)</sup>.

In più, lo stesso rinnovato articolo 18 non incide sull'ambito di applicazione della normativa sui licenziamenti, ma solo sull'apparato

---

<sup>(18)</sup> Cfr. Trib. Varese 28 maggio 2013, secondo cui «Nelle controversie di cui all'art. 4 d.lg. 9 luglio 2003 n. 216, pur essendo consentito a colui che sostenga di essere stato vittima di una condotta lesiva discriminatoria (nel caso di specie, un licenziamento orale discriminatorio per motivi di carattere religioso) di fare riferimento, ai sensi del comma 4 dell'art. 28 d.lg. 1 settembre 2011 n. 150, anche a dati di carattere statistico dai quali risulti possibile presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, è indiscutibile che colui che agisca in giudizio perché venga riconosciuta l'esistenza di una condotta discriminatoria nei propri confronti, debba comunque fornire elementi di fatto dai quali sia possibile desumere la discriminazione».

<sup>(19)</sup> Recependo una soluzione peraltro già sostenuta in giurisprudenza, sul punto, si veda Cass. 7 marzo 2003, n. 3487, in *MGL*, 2003, n. 5, 379 e 568.

<sup>(20)</sup> M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 554 e 555.

<sup>(21)</sup> Sul punto, si veda Trib. Ravenna 18 marzo 2013, che, confondendo il caso di licenziamento per ritorsione con quello discriminatorio, arriva, *per tabulas*, a ritenere che il lavoratore, licenziato per furto in azienda, sia stato in realtà espulso anche perché in procinto di candidarsi alle elezioni delle RSU aziendali per una organizzazione con la quale le relazioni sindacali erano divenute tese.

<sup>(22)</sup> Diversamente argomentando, qualsiasi licenziamento sarebbe opponibile per discriminazione, con la conseguenza del limite ingiustificato alla libertà di recedere a carico del datore di lavoro. In dottrina M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, n. 1, spec. 6-7; G. SANTORO PASSARELLI, *La parità di trattamento retributivo nell'ordinamento italiano e nella prospettiva dell'ordinamento comunitario*, in *GI*, 1994, n. 1, I, c. 913 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. un., 29 maggio 1993, n. 6031, in *FI*, 1993, I, c. 1794; Cass., sez. un., 29 maggio 1993, n. 6030, in *GI*, 1994, n. 1, I, c. 913 ss.

sanzionatorio, per cui l'equiparazione dei diversi regimi di nullità non può determinare una estensione della disciplina sanzionatoria per discriminazione.

Ancora, anche l'espressa estensione delle ipotesi di nullità per i casi di licenziamento per motivo illecito determinante non equivale ad una estensione generalizzata della reintegrazione.

Infatti, solo una interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione della fattispecie consente di garantire la formula legislativa della gradualità delle tutele operate da parte del legislatore e dovrà essere premura della giurisprudenza successiva interpretare in maniera corretta la nuova disciplina <sup>(23)</sup>.

### **3. Il licenziamento disciplinare, per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo**

Le tutele accordate al lavoratore ingiustamente licenziato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo sono disciplinate ai commi 4 e 5 del nuovo testo dell'articolo 18.

La disciplina in commento prevede due regimi di tutela: una tutela reale (quarto comma); una tutela meramente indennitaria (quinto comma).

Va premesso che la riforma estende l'intero articolo 7 Stat. lav. a tutte le ipotesi di licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo.

Infatti, l'articolo 7, primo comma, legge n. 604/1966, nella nuova formulazione determinata dal comma 40 dell'articolo 1 della legge n. 92/2012, estende il procedimento disciplinare di cui all'articolo 7 Stat. lav. «al licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo».

Inoltre, l'articolo 18, sesto comma, Stat. lav., così come modificato dal comma 42 dell'articolo 1 della legge n. 92/2012, richiama le violazioni nella procedura tutela reale qualora il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato, ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti di intimazione del licenziamento per

---

<sup>(23)</sup> M. MARAZZA, *op. cit.*, 616.

giusta causa e giustificato motivo soggettivo, per «violazione della procedura di cui all'art. 7 della presente legge».

Infine, l'articolo 18, settimo comma, Stat. lav., novellato dal comma 42 dell'articolo 1 della legge n. 92/2012, fa riferimento al licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo definendoli come licenziamenti determinati da "ragioni disciplinari".

Il lavoratore ingiustamente licenziato è garantito dalle prescrizioni dei collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili <sup>(24)</sup>.

A detta di una parte della dottrina, per insussistenza del fatto si dovrebbe unicamente intendere che il fatto materiale non è mai accaduto o non è stato il lavoratore a commetterlo.

Ricorre un'ipotesi di insussistenza del fatto contestato ove l'addebito mosso al lavoratore non risulti vero in punto di fatto, essendo la condotta contestata, nel suo nucleo essenziale, non corrispondente alla realtà dei fatti <sup>(25)</sup>.

Sicuramente questa tesi è quella che maggiormente aderisce al dato letterale della norma, anche perché diversa è l'ipotesi in cui il fatto contestato sia vero in quanto riscontrato sulla base delle allegazioni di parte, ma ritenuto di gravità insufficiente a giustificare la misura risolutiva del licenziamento. In tale caso trova infatti applicazione la tutela meramente indennitaria di cui al quinto comma.

Senonché tale interpretazione è stata sostanzialmente disconosciuta da coloro che, per ragioni di giustizia sostanziale, obiettano che con questa ricostruzione, aderente al solo dato materiale, sarebbero escluse dalla tutela reale le ipotesi di lievissimo inadempimento imputabile (ad esempio, il lavoratore giunto in ritardo di pochi minuti), e anche i casi in cui manchi un inadempimento imputabile o, addirittura, vi sia adempimento, come quelli del lavoratore che non abbia salutato il datore al momento dell'ingresso in azienda o l'arrivo in anticipo sul posto di lavoro <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> L'elencazione è tassativa secondo A. MARESCA, *op. cit.*, 437.

<sup>(25)</sup> Cfr. A. VALLEBONA, *op. cit.*, 57, secondo il quale si dovrebbe avere riguardo unicamente al fatto contestato considerato nel suo nucleo essenziale e senza considerazione delle circostanze marginali, confermativa o di contorno. Ad analoghe conclusioni pervengono M. MARAZZA, *op. cit.*, 622 e 623, A. MARESCA, *op. cit.*, 436, e M. TREMOLADA, *op. cit.*, 54. In giurisprudenza, Trib. Milano ord. 22 gennaio 2013.

<sup>(26)</sup> Ipotesi peraltro di licenziamento pretestuoso, come tale inquadrabile nei casi di frode alla legge od abuso del diritto o motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c. Cfr.

In quest'ottica, la manifesta insussistenza del fatto dovrebbe essere intesa come inesistenza di un inadempimento giuridicamente rilevante, che, è quanto affermato dal Trib. Bologna, in un'ordinanza.

In presenza del fatto materiale, il giudice ha annullato il licenziamento ritenendo che la formula insussistenza del fatto «faccia necessariamente riferimento al c.d. fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo» <sup>(27)</sup>.

Così, almeno per le ipotesi di inesistenza di inadempimento giuridicamente rilevante, in cui il fatto materiale non sussista perché il fatto non si è mai verificato o perché il lavoratore non lo ha commesso, o non configuri inadempimento o non sia imputabile al lavoratore (ma anche, secondo alcuni autori quando il fatto, pur materialmente esistente, non configuri un comportamento disciplinarmente rilevante o per l'assenza di colpa o per la mancanza di un minimo di gravità del comportamento), dovrebbe essere consentita la reintegrazione <sup>(28)</sup>.

La seconda ipotesi di ingiustificatezza qualificata ricorre, invece, qualora l'insufficiente gravità del fatto, comunque vero ed accertato, sia sancita dalla contrattazione collettiva o da codici disciplinari, i quali prevedano

---

A. VALLEBONA, *op. cit.*, 57; A. MARESCA, *op. cit.*, 58. Correttamente è stato ritenuto che lo stesso senso letterale del riformato art. 18 induce a ritenere che il "fatto contestato" altro non può essere che il fatto oggetto della contestazione disciplinare e, cioè, il fatto materiale inteso come condotta od omissione posta in essere dal lavoratore e fatta oggetto della contestazione che apre il procedimento disciplinare. Sul punto M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL* 2013, n. 1, 11. *Contra*, A. CATAUDELLA, *Le risposte*, in A. VALLEBONA (a cura di), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, n. 1, 18, che ritiene non configurabile l'abuso o la frode alla legge, ma che non rileva la questione concernente il licenziamento per motivo illecito.

<sup>(27)</sup> [Trib. Bologna ord. 15 ottobre 2012](#), in [www.lavoroediritto.it](http://www.lavoroediritto.it), secondo il quale, se si ritenesse che la formula "insussistenza del fatto" facesse riferimento al solo fatto materiale, vi sarebbe una «violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo ma privi dell'elemento psicologico o, addirittura, privi della coscienza o volontà dell'azione». In questi termini anche Trib. Ravenna 18 marzo 2013, cit.

<sup>(28)</sup> Si vedano *Le risposte* di E. GHERA, A. PERULLI e F. LISO in in A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 569; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al convegno AIDLASS, Pisa, 5-7 giugno 2012, dattiloscritto, 30.

per il fatto specifico unicamente l'irrogazione di una sanzione conservativa <sup>(29)</sup>.

Peraltro, ove si tratti di contratti collettivi nazionali, la violazione o falsa applicazione delle clausole contenenti la tipizzazione dell'insufficiente gravità del fatto possono essere conosciute dalla Corte di Cassazione ai sensi dell'articolo 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

Già con legge n. 183/2010 il legislatore aveva dato rilievo, in sede di vaglio giurisdizionale della legittimità del licenziamento, alle tipizzazioni contenute nei contratti collettivi.

Con l'articolo 30, comma 3, del c.d. collegato lavoro è stato, infatti, sancito che nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, nonché nei contratti individuali certificati <sup>(30)</sup>.

Vi è, tuttavia, una differenza. In caso di tipizzazione di insufficiente gravità del fatto, il giudice è tenuto ad annullare il licenziamento disciplinare e ad applicare la tutela reale: in altri termini, le tipizzazioni favorevoli al lavoratore sono per il giudice vincolanti.

Si ritiene, invece, che la disposizione di cui al collegato lavoro non abbia limitato la discrezionalità del giudice nell'accertamento della sussistenza dei presupposti del licenziamento, dal momento che a questi è richiesto unicamente di tener conto delle tipizzazioni contrattuali (non anche di adeguarvisi).

Ove, tuttavia, il giudice non si adegui al parametro fornito dalla contrattazione (collettiva ed individuale), dovrà motivare tale scostamento.

Le tipizzazioni di insufficiente gravità del fatto rilevanti – si ripete – sono solo quelle contenute in contratti collettivi o codici disciplinari, che comunque, per ciò che concerne le sanzioni conservative, già in precedenza vincolavano il giudice per la definizione della ingiustificatezza o meno del licenziamento ed oggi hanno una importanza decisiva per la definizione del tipo di tutela applicabile.

---

<sup>(29)</sup> C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 572.

<sup>(30)</sup> Si tratta in questo caso di tipizzazioni favorevoli al datore di lavoro. Si veda E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2011, 199.

In sostanza, la libertà del giudice di discostarsi dalle tipizzazioni collettive viene fortemente ridimensionata dalla riforma sul piano delle conseguenze pratiche <sup>(31)</sup>, poiché se la tipizzazione del contratto collettivo, da una parte, continua a non vincolare il giudice nella valutazione della legittimità del licenziamento, dall'altra parte, ora gli impone, automaticamente, di applicare la tutela meramente indennitaria di cui al quinto comma <sup>(32)</sup>.

In ogni caso, la valutazione del giudice di merito deve risolversi in un giudizio di fatto che, rispettando il principio di proporzionalità della sanzione di cui all'articolo 2106 c.c., coinvolge nel caso concreto, la gravità dell'inadempimento del lavoratore avendo riguardo alla natura e alla qualità del rapporto, al grado di affidamento richiesto dalle mansioni del dipendente e alle complessive circostanze oggettive e soggettive che lo connotano <sup>(33)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> L. TREMOLADA, *op. cit.*, 55; A. VALLEBONA, *op. cit.*, 57.

<sup>(32)</sup> M. MARAZZA, *op. cit.*, 622.

<sup>(33)</sup> Il giudizio è peraltro insindacabile in sede di legittimità se sorretta da una motivazione logicamente congrua e giuridicamente immune da vizi. Si veda, ad esempio, Cass. 29 settembre 2011, n. 19912, in *RFI*, 2011, voce *Lavoro*, n. 1211; Cass. 13 dicembre 2010, n. 25144, in *OGL*, 2010, n. 4, 1003; Cass. 30 marzo 2010, n. 7645, in *ADL*, 2010, n. 6, 1277; Cass. 7 luglio 2004, n. 12508, in *RFI*, 2004, voce *Lavoro*, n. 1620. Trib. Voghera ord. 14 marzo 2013 ha affermato che il licenziamento sproporzionato rispetto alla mancanza commessa è illegittimo, ma la conseguenza non è la reintegra bensì soltanto un risarcimento del danno, se il fatto contestato è sussistente ma non si rinvenga rinvenga una norma contrattuale che preveda per tale mancanza una sanzione di natura conservativa. La questione ha riguardato il licenziamento adottato nei confronti di un dipendente addetto alla vigilanza anti taccheggio che era intervenuto nei confronti di un cliente, fermato fuori dal punto vendita, in maniera brusca con l'intimazione di aprire la borsa. Tutto questo era avvenuto senza avvisare il responsabile del negozio (avvertito soltanto successivamente), in ciò contravvenendo alla procedura prevista. Il giudice ha rilevato la mancanza ma ha ritenuto che la stessa non fosse di gravità tale da determinare il venir meno del vincolo fiduciario (licenziamento illegittimo e privo della proporzionalità). Non avendo rinvenuto nella contrattazione collettiva alcuna sanzione di natura conservativa, il giudice ha escluso la reintegra non individuando alcun elemento discriminatorio ed ha ritenuto applicabile il comma 5 dell'art. 18 (risarcimento compreso tra 12 e 24 mensilità) che disciplina le "altre ipotesi" di insussistenza della giusta causa. Va presa in considerazione, in materia di licenziamento disciplinare, App. 24 aprile 2013, n. 2022, secondo cui, con riguardo al giustificato motivo soggettivo, la valutazione deve essere effettuata tenuto conto del notevole inadempimento contrattuale ma non può prescindere – stante la natura

Anche dopo la riforma sembra possibile far rientrare nella nozione di giusta causa, intesa come «causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto», i comportamenti del lavoratore che, pur estranei alla sfera del contratto e, pertanto, non integranti inadempimento, abbiano definitivamente alterato il vincolo fiduciario ed il legittimo affidamento del datore di lavoro nell'esattezza degli adempimenti successivi <sup>(34)</sup>.

In ogni caso, dovrebbero poter rientrare fra le ipotesi di giusta causa di licenziamento, oltre che i casi di violazione degli obblighi di diligenza e di fedeltà ex articolo 2104 <sup>(35)</sup> e 2105 <sup>(36)</sup> c.c., le condotte del lavoratore che, pur non integrando inadempimento, alterato il vincolo fiduciario ed il legittimo affidamento del datore di lavoro nell'esattezza degli adempimenti successivi e quindi anche le condotte al di fuori della

---

disciplinare del recesso – dalla necessaria verifica della proporzionalità della irrogata sanzione.

<sup>(34)</sup> Da intendersi quindi come riferibile ai comportamenti del lavoratore e, in special modo, da gravi inadempimenti, imputabili e colpevoli, che determinano una rilevante negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro e che incidono irrimediabilmente sul vincolo fiduciario. *Ex multis*, Cass. 19 settembre 2011, n. 19074, in *OGL*, 2011, n. 3, 713; Cass. 18 febbraio 2011, n. 4060, in *RFI*, 2011, voce *Lavoro*, n. 1241. A conferma di tale considerazione, Trib. Varese 4 aprile 2013 secondo cui, «Per stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, che deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro ed in particolare di quello fiduciario, occorre valutare da un lato la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altro la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta».

<sup>(35)</sup> Fra questi rientrano le ipotesi di grave insubordinazione, di abbandono da parte del prestatore del posto di lavoro, di rifiuto ingiustificato da parte del lavoratore di eseguire la prestazione legittimamente assegnatagli. Cfr. Cass. 12 maggio 2005, n. 9954; Cass. 6 luglio 2002, n. 9840; Cass. 8 gennaio 2000, n. 143.

<sup>(36)</sup> Fra questi rientrano le fattispecie di contemporaneo svolgimento da parte del lavoratore di altra attività lavorativa presso un'impresa concorrente del datore di lavoro, di sottrazione di documenti aziendali anche non riservati, l'appropriazione di beni aziendali e l'illegittima critica nei confronti del datore di lavoro. Cfr. Cass. 10 dicembre 2008, n. 29008; Cass. 15 maggio 2005, n. 12837; Cass. 29 settembre 2003, n. 14507; Cass. 26 ottobre 2001, n. 13329; Cass. 11 novembre 1998, n. 11392, in *OGL*, 1998, n. 4, 985.

prestazione lavorativa ma che incidano sulla prosecuzione del rapporto<sup>(37)</sup>.

Ciò soprattutto in vista del fatto che la riforma Fornero non incide sulla nozione di giusta causa, ma solo sul piano delle tutele e delle sanzioni.

Né, allo stesso tempo, viene modificata la nozione di giustificato motivo soggettivo, inteso come «notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore», consistente negli inadempimenti contrattuali derivanti dalle violazioni dei doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro, quali i doveri di diligenza, osservanza e fedeltà posti dagli articoli 2104<sup>(38)</sup> e 2105 c.c. Come tale la nozione in esame è differenziata solo da un punto di vista quantitativo – circa la diversa intensità dell'inadempimento – rispetto alla giusta causa<sup>(39)</sup>.

---

<sup>(37)</sup> Cass. 2 agosto 2010, n. 17969, in *MGL*, 2011, n. 3, 158; Cass. 19 dicembre 2000, n. 15919, in *OGL*, 2000, n. 4, 1055 e in *RFI*, 2000, voce *Lavoro*, n. 1628. *Contra*, M. TREMOLADA, *op. cit.*, 49. *Contra*, C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 569, che argomenta tale opinione della coincidenza, in base alla riforma Fornero, del concetto di giusta causa con il licenziamento disciplinare. Fra le ipotesi di condotte estranee alla sfera del rapporto di lavoro, ricordiamo i comportamenti che coinvolgono i rapporti, anche personali, fra il datore ed il lavoratore fuori dall'azienda, i comportamenti che non sono direttamente lesivi della sfera giuridica del datore, ma che possono avere un riflesso sulle mansioni affidate e sulla considerazione della persona del lavoratore, ed, infine, i comportamenti del lavorare che contribuiscono a ingenerare nel datore un particolare giudizio sulla persona nel suo complesso, che induce, pertanto, ad attuare la misura sanzionatoria del licenziamento. Sul punto, C. PISANI, *I licenziamenti individuali*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Giappichelli, 2007, 124.

<sup>(38)</sup> Cass. 23 febbraio 1996, n. 1421, in *NGL*, 1996, 405; Cass. 10 novembre 2000, n. 14605, in *NGL*, 2001, 207; Cass. 22 gennaio 2009, n. 1632, in *RIDL*, 2009, n. 4, II, 862, secondo la quale il datore può assolvere l'onere della prova anche mediante il ricorso a presunzioni.

<sup>(39)</sup> Ad es. lo svolgimento di una prestazione lavorativa da parte del lavoratore assente per malattia, la disattenzione e l'inaccortezza del prestatore di lavoro, l'aperta contestazione delle direttive aziendali, le assenze del prestatore di lavoro ingiustificate o insufficientemente giustificate. Cfr. Cass. 16 febbraio 2000, n. 1752, in *RFI*, 2000, voce *Lavoro*, n. 1672; Cass. 1° aprile 1992, n. 3945. Viola tale principio anche il licenziamento per scarso rendimento, inteso come lesione del principio di diligenza, con onere della prova a carico del datore, sia dello scarso rendimento e alla esigibilità di un rendimento maggiore, sia del nesso di consequenzialità con la notevole violazione degli obblighi di diligenza e osservanza. Cfr. Cass. 22 marzo 2010, n. 6848; Cass. 10 dicembre 2007, n. 25743; Cass., sez. un., 1° giugno 1987, n. 4823, in *OGL*, 1987, 710.

La diversificazione delle tutele può, in definitiva, essere così schematizzata ove il fatto contestato risulti insussistente, si ha tutela reale, con annullamento del licenziamento, detratto *l'aliunde perceptum* o *l'aliunde percipiendum*, con onere della prova – circa la insussistenza del fatto o della sua previsione fra le sanzioni conservative – a carico, a mio avviso, del lavoratore <sup>(40)</sup>.

Va tenuto conto del fatto che «la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto», che prescinde, ovviamente, dal diritto a percepire la retribuzione, dal momento della pronuncia del giudice.

La reintegrazione è sostituibile con una indennità sostitutiva, non assoggetta a contribuzione previdenziale, pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Tale indennità si aggiunge a quella risarcitoria e la sua richiesta deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza ovvero entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se antecedente. La richiesta determina automaticamente la risoluzione del rapporto di lavoro.

Ove il fatto, invece, sia accertato, ma di gravità non sufficiente a fondare il licenziamento, occorre distinguere: se l'insufficienza è riconosciuta dalla contrattazione collettiva o da codici disciplinari, con contestuale previsione dell'irrogazione di una sanzione solo conservativa, si applica la tutela reale; ove l'insufficienza sia semplice (ovvero desunta dalla sola violazione della regola della necessaria proporzionalità di cui all'articolo 2106 c.c.), la tutela sarà meramente indennitaria.

La tutela indennitaria per il licenziamento disciplinare illegittimo è disciplinata al quinto comma del nuovo testo dell'articolo 18.

Qui si afferma che il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

---

<sup>(40)</sup> C. PISANI, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *MGL*, 2012, n. 10, 742 e 743; A. VALLEBONA, *op. cit.*, 59. *Contra*, M. MARAZZA, *op. cit.*, 622; A. MARESCA, *op. cit.*, 441.

La quantificazione dell'indennità tiene conto: dell'anzianità del lavoratore (criterio prevalente, presumibilmente riferito alla anzianità di servizio), del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo. L'indennità assorbirebbe ogni risarcimento di eventuali danni, anche non patrimoniali, cagionati dal licenziamento (al pari dell'indennità accordata al lavoratore nell'ambito della tutela obbligatoria ex legge n. 604/1966 e per termine nullo ai sensi dell'articolo 32 della legge n. 183/2010), ma non coprirebbe i danni causati da fatti diversi dal licenziamento in sé considerato (ad esempio, non sarebbe assorbito nell'indennità il risarcimento del danno da licenziamento ingiurioso, rinvenendosi il fatto lesivo non tanto nel licenziamento quanto, piuttosto, nella condotta tenuta dal datore di lavoro nel manifestare la propria volontà) <sup>(41)</sup>.

L'indennità – per la cui corresponsione non è necessaria la prova di alcun danno – è, per espressa previsione normativa, onnicomprensiva.

Qualora, infine, il fatto sia accertato e di gravità sufficiente a fondare la risoluzione del rapporto di lavoro, il licenziamento è efficace, valido e lecito.

Giova precisare, che, mentre nelle ipotesi attratte alla tutela reale il licenziamento è invalido (più precisamente annullabile), ove si applichi la tutela indennitaria (come già per quella obbligatoria) il recesso datoriale è ritenuto valido (ovverosia pienamente efficace e non caducabile) ma al contempo illecito.

#### **4. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo**

La disciplina dei rimedi avverso i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo illegittimi si rinviene nel settimo comma del nuovo testo dell'articolo 18.

Giova evidenziare che con la riforma del 2012 è stata introdotta un'apposita procedura preventiva ed obbligatoria di conciliazione da esperire nel caso in cui il datore di lavoro, in possesso dei requisiti dimensionali di cui all'ottavo comma dell'articolo 18, intenda procedere a licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

---

<sup>(41)</sup> A. VALLEBONA, *op. cit.*, 58 ss.

Come per i licenziamenti disciplinari, anche per i recessi datoriali per giustificato motivo oggettivo sono previste due diverse tutele, reale e indennitaria, a seconda del tipo di ingiustificatezza di cui sia affetto il licenziamento.

Nel dettaglio, è riconosciuto il diritto alla conservazione del posto di lavoro ove il licenziamento sia illegittimo per asserita ma insussistente inidoneità fisica o psichica del lavoratore; per mancata assegnazione del lavoratore, divenuto inabile allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia, a mansioni equivalenti o inferiori (e dunque in violazione dell'articolo 4, comma 4, della legge n. 68/1999); perché intimato a lavoratore disabile obbligatoriamente assunto, nonostante al momento della cessazione del rapporto il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente fosse inferiore alla quota di riserva (pertanto in violazione dell'articolo 10, comma 4, della legge n. 68/1999).

La prima ipotesi di applicazione della tutela reale concerne i licenziamenti illegittimi per errata rilevazione dell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore o, comunque, per violazione della normativa sulla tutela dei disabili.

La tutela reale è riservata anche al lavoratore illegittimamente licenziato per asserito (ma insussistente o comunque non dimostrato in giudizio) superamento del periodo di comporto.

Nel silenzio della legge, in caso di licenziamento per asserito (ma insussistente) superamento del periodo di comporto: secondo un primo orientamento giurisprudenziale, il recesso sarebbe stato nullo, per violazione di norma imperativa (ovvero l'articolo 2110 c.c.), con conseguente applicazione della tutela reale di diritto comune in caso di piccolo datore di lavoro e, nel vigore del precedente testo dell'articolo 18, della tutela reale speciale ivi disciplinata in caso di medio-grande datore di lavoro <sup>(42)</sup>.

Stando, invece, ad un secondo percorso interpretativo, il licenziamento si sarebbe dovuto considerare ingiustificato, con conseguente applicazione della tutela reale o obbligatoria a seconda delle dimensioni occupazionali dell'azienda <sup>(43)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Si vedano Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, e Cass. 21 settembre 1991, n. 9869.

<sup>(43)</sup> A. VALLEBONA, *op. cit.*, 60 ss. Trib. Milano ord. 5 marzo 2013 ha affermato che il licenziamento per superamento del periodo di comporto non rientra fra le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo per il quale la l. n. 92/2012, innovando

Il legislatore del 2012, implicitamente, aderisce a questo secondo orientamento, applicando al licenziamento illegittimo per mancato superamento del periodo di comporta la medesima disciplina dettata per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo di maggior gravità.

Infine, il lavoratore può essere garantito dalla tutela reale in caso di licenziamento illegittimo per manifesta insussistenza del fatto che vi è posto alla base.

Il fatto di cui si discute è il motivo oggettivo od economico indicato nella motivazione del licenziamento. A mente dell'articolo 3 della legge n. 604/1966, tale motivo è integrato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

Per ciò che concerne i fatti integranti giustificato motivo oggettivo, va innanzi tutto evidenziato come, vista l'incidenza dell'articolo 18, settimo comma, unicamente sull'aspetto sanzionatorio, i requisiti posti dalla giurisprudenza per la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sembrano destinati a rimanere gli stessi.

In effetti, questi continuano a comprendere i fatti strettamente connessi alla gestione dell'organizzazione produttiva e quelli attinenti alla persona del lavoratore, ma con ricadute sulla sua utilizzabilità da parte del datore di lavoro, come nel caso di inidoneità fisica sopravvenuta o perdita di requisiti soggettivi (si pensi, ad esempio, al permesso di soggiorno per il lavoratore extracomunitario; al porto d'armi per la guardia giurata o all'ipotesi di carcerazione preventiva).

---

l'art. 7 della l. n. 604/1966, ha previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione da svolgersi, prima dell'effettivo recesso, avanti alla Commissione provinciale di conciliazione istituita presso la Direzione territoriale del lavoro. Le due ipotesi sono ontologicamente diverse trovando la loro disciplina, rispettivamente, nell'art. 7 della l. n. 604/1966 e nell'art. 2110 c.c. In tale ottica la previsione contenuta nella circ. Min. lav. n. 3/2013, finalizzata ad escludere il licenziamento per superamento del periodo di comporta dalla procedura conciliativa obbligatoria, appare corretta. L'ordinanza fissa, altresì, due principi fondamentali, quali l'inesistenza di un onere di informazione a carico del datore di lavoro nei confronti del lavoratore circa l'imminente superamento del periodo (a meno che non vi sia una espressa previsione discendente dalla contrattazione collettiva) ed il fatto che nel computo del comporta rientrino anche le giornate del sabato e della domenica, nonché le altre festività comprese nel periodo di malattia.

La ricorrenza del motivo oggettivo si fonda sul presupposto della effettività della scelta organizzativa <sup>(44)</sup> che comporti una riduzione della forza lavoro impiegata, come ad esempio attraverso un'esternalizzazione di uno o più segmenti produttivi o una redistribuzione delle mansioni.

Al giudice è fatto divieto di sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'articolo 41 Cost.

La violazione dei limiti al sindacato di merito costituisce, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, della legge n. 183/2010, così come modificato dalla riforma del 2012, motivo di ricorso per Cassazione per violazione di norme di diritto <sup>(45)</sup>.

Altro elemento presupposto e requisito del giustificato motivo oggettivo è quello della sussistenza del nesso causale tra scelta organizzativa e licenziamento <sup>(46)</sup>. E ciò anche alla luce dell'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni, ovverosia dell'impossibilità di *repechâge* <sup>(47)</sup>, anche con ricollocazione in un diverso segmento produttivo dei lavoratori, o addirittura all'estero (e fatti salvi i casi in cui tutte le posizioni lavorative siano equivalenti a fronte di una generica esigenza di riduzione del personale in modo omogeneo e fungibile, che prescindano dalle professionalità, dovuto a riduzione di fatturato, crisi, riassetto o

---

<sup>(44)</sup> A titolo puramente esemplificativo, si veda Cass. 14 maggio 2012, n. 7474, in *MGC*, 2012, n. 5, 608; Cass. 26 settembre 2011, n. 19616, in *MGC*, 2011, n. 9, 1345; Cass. 11 luglio 2011, n. 15157, in *GD*, 2011, n. 36, 74.

<sup>(45)</sup> Tenendo conto del fatto che i parametri giurisprudenziali di sindacato del giudice sono quelli dell'effettività della ragione addotta a giustificazione del recesso e del rispetto dei canoni di buona fede e correttezza per determinare quale sia il soggetto destinatario del provvedimento espulsivo, con applicazione analogica dei criteri dell'anzianità e dei carichi di famiglia di cui all'art. 5 della l. n. 223/1991. Sul punto, si veda Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, in *ADL*, 2011, n. 4-5, 1098 ss., con nota di VILLA.

<sup>(46)</sup> Cass. 26 marzo 2010, n. 7381, in *OGL*, 2010, n. 2, 469; Cass. 15 luglio 2010, n. 16579, in *D&L*, 2010, 857, con nota di BORDONE; Cass. 14 marzo 2006, n. 5496, in *NGL*, 2006, 289; Cass. 7 luglio 2004, n. 12514, in *RIDL*, 2004, n. 4, II, 838. Nella giurisprudenza di merito, si segnalano App. Roma 29 marzo 2007, in *D&L*, 2007, 905; Trib. Milano 16 luglio 2008, in *OGL*, 2008, n. 3, 739.

<sup>(47)</sup> *Ex multis* si veda Cass. 19 agosto 2009, n. 18387, in *OGL*, 2010, n. 2, 441 ss.; Cass. 13 agosto 2008, n. 21579, in *RIDL*, 2009, n. 1, II, 64. Stessi principi si applicano anche nel caso di provvedimento espulsivo dovuto ad impossibilità fisica sopravvenuta. Sul punto si veda Cass. 27 giugno 2003, n. 10272, in *AC*, 2004, 533.

riorganizzazione aziendale, o comunque per contrazione reale dell'attività) <sup>(48)</sup>.

Perché possa essere accordata la tutela reale è necessario che la mancanza del motivo oggettivo sia manifesta.

Si può ritenere che, ove il motivo oggettivo concerna la persona del lavoratore si avrà insussistenza manifesta nel caso in cui la dedotta perdita del requisito soggettivo non sia in realtà vera (ad esempio, mancata revoca del porto d'armi per la guardia giurata) <sup>(49)</sup>. Si avrà invece insussistenza semplice, qualora, ferma la perdita del requisito soggettivo, non si sia data la prova dell'inutilizzabilità altrimenti del lavoratore (ovverosia violazione dell'obbligo di *repechâge*).

Ove infatti il motivo oggettivo riguardi l'azienda si avrà insussistenza manifesta nell'ipotesi in cui non sia provata l'effettività della scelta organizzativa (ad esempio non risulta che il datore di lavoro abbia effettivamente esternalizzato una fase della produzione), oppure qualora difetti il nesso causale tra effettiva riorganizzazione e licenziamento (come nel caso in cui sia licenziato un lavoratore impiegato in un segmento produttivo diverso da quello esternalizzato) ed insussistenza semplice quando, infine, nonostante l'effettività della scelta organizzativa e del nesso causale, il datore di lavoro non abbia provato l'impossibilità di procedere al *repechâge* oppure non abbia applicato criteri oggettivi nella selezione del lavoratore da licenziare in caso di pluralità di persone con mansioni omogenee e fungibili <sup>(50)</sup>.

La manifesta insussistenza non è, tuttavia, sufficiente a determinare l'applicazione della tutela reale, rappresentando unicamente il presupposto per l'esercizio dell'equità integrativa del giudice, il quale "può", in tal caso, applicare la più corposa garanzia a tutela del

---

<sup>(48)</sup> A titolo puramente esemplificativo, si veda Trib. Roma 17 giugno 2011, in *LG*, 2011, n. 10, 1060.

<sup>(49)</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo, Cass. 30 ottobre 2002, n. 15366, in *FI*, 2003, n. 1, I, 142, e Cass. 19 dicembre 1998, n. 12719, in *NGL*, 1999, 212.

<sup>(50)</sup> Sul punto, già M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate in caso di licenziamento illegittimo*, in *La riforma del lavoro*, Il Sole 24 Ore-Guida Normativa, 2012, 57 ss. *Contra*, F. SCARPELLI, in *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in [M. FEZZI, F. SCARPELLI \(a cura di\), Guida alla riforma Fornero. Legge 28 giugno 2012, n. 92. Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita](#), I Quaderni di Wikilabour, 2012, n. 1, 79 ss., secondo cui anche la violazione dell'obbligo di *repêchage* determina la manifesta infondatezza del licenziamento.

lavoratore<sup>(51)</sup>. La tutela reale, in sostanza, si traduce in una *extrema ratio*, attribuita al lavoratore solo ove il giudice accerti l'insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento e, nel contempo, ritenga di dover applicare tale tutela<sup>(52)</sup>.

Va peraltro sottolineata la diversa opinione secondo cui la tutela reale in caso di «manifesta insussistenza del fatto» non dovrebbe essere soggetta a facoltà di scelta da parte del Giudice<sup>(53)</sup>.

Trova invece applicazione la tutela meramente indennitaria ove la mancanza del motivo oggettivo sussista ma non sia manifesta e la mancanza sia manifestamente sussistente, ma il giudice non ritenga di applicare la tutela reale.

La tutela indennitaria, stante il rinvio operato dal settimo comma dell'articolo 18, è la medesima accordata in caso di licenziamento disciplinare illegittimo per ingiustificatezza non qualificata ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui al quinto comma dell'articolo 18, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura obbligatoria e preventiva di conciliazione.

Ciò nonostante, alla luce della ordinanza oggetto della attuale analisi, il "fatto" è la scelta organizzativa del datore di lavoro, presupposto del provvedimento espulsivo, suffragata dalla prova delle ragioni economiche addotte ex articolo 3, legge n. 604/1966<sup>(54)</sup>.

Con la conseguenza che, in caso di violazione dell'obbligo di *repechâge*, il giudice è tenuto – come ha effettivamente fatto nel caso di specie – ad applicare la sola tutela indennitaria di cui al quinto comma.

D'altronde, limitando il fatto alle sole circostanze oggettive in base alle quali il datore di lavoro sopprima il posto di lavoro, si rischierebbe una applicazione a casi marginali della tutela reale, già di per sé facoltativa

---

<sup>(51)</sup> Ed in ogni caso l'aggettivo "manifesta" ha il solo rilievo di enfatizzare, secondo taluni, il concetto di insussistenza, di per sé determinante. Sul punto, si veda F. CARINCI, *op. cit.*

<sup>(52)</sup> A. VALLEBONA, *op. cit.*, 58 e 59; M. MARAZZA, *op. cit.*

<sup>(53)</sup> A. MARESCA, *op. cit.*, 415 ss.; Trib. Milano 28 novembre 2012.

<sup>(54)</sup> Cass. n. 7474/2012, *cit.*; Cass. n. 15157/2011, *cit.*; Trib. Cassino 3 ottobre 2011. In dottrina, V. SPEZIALE, *Il licenziamento individuale tra diritto ed economia*. Convegno; intervento al convegno *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Pescara-Montesilvano 10-12 Maggio 2012.

(<sup>55</sup>). E, altrettanto, estendendo la nozione di fatto anche alla violazione dell'obbligo di *repêchage*, in qualità di elemento volto a verificare l'assenza della ragione che giustifichi il licenziamento, renderebbe estremamente difficile individuare le «altre ipotesi» che siano suscettibili di sanzione esclusivamente risarcitoria (<sup>56</sup>). Inoltre, va rilevato come l'obbligo di ripescaggio sia proprio il caso di altra ipotesi, ulteriore rispetto all'effettività delle ragioni economiche e al rispetto del nesso di causalità (<sup>57</sup>).

Il legislatore, in ogni caso, non fornisce al giudice alcun criterio in base al quale decidere per l'una o l'altra forma di tutela. Il che rende imprevedibile ogni decisione al riguardo, con grave *vulnus* al principio della certezza del diritto.

---

(<sup>55</sup>) C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit.

(<sup>56</sup>) E cioè considerando i tre elementi (fatto, licenziamento, nesso causale) come un unicum. Sul punto, si veda Cass. 22 ottobre 2009, n. 22417, in *GI*, 2010, 357 ss.; Cass. 23 giugno 2005, n. 13468, in *OGL*, 2005, n. 3, 647; Cass. 17 luglio 2002, n. 10356, in *OGL*, 2002, n. 4, 935. *Contra*, la diversa tesi espressa in Trib. Reggio Calabria 3 giugno 2013, secondo cui il datore di lavoro deve dimostrare l'impossibilità di utilizzazione dei lavoratori licenziati in altre mansioni compatibili. Si ricorda inoltre che non è necessario che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, «nel senso della loro assoluta, definitiva eliminazione nell'ottica dei profili tecnici e degli scopi propri dell'azienda di appartenenza, atteso che le stesse ben possono essere soltanto diversamente ripartite ed attribuite nel quadro del personale già esistente, secondo insindacabili e valide, o necessitate, scelte datoriali relative ad una redistribuzione o diversa organizzazione imprenditoriale, senza che detta operazione comporti per ciò solo il venir meno della effettività di tale soppressione a meno che il reparto del lavoratore licenziato non abbia in concreto subito alcun ridimensionamento né sia stato diversamente organizzato, sia rimasto invariato il numero dei dipendenti addetti e siano state affidate le prevalenti mansioni del dipendente licenziato ad altri profili professionali, ricorrendo anche al lavoro straordinario, in quanto in tal caso non può ravvisarsi alcun giustificato motivo oggettivo di licenziamento». Cfr. Trib. Teramo 13 febbraio 2013.

(<sup>57</sup>) U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, 2001, 215.

# Il licenziamento individuale per motivi economici nella riforma del mercato del lavoro in Italia

di Roberto Cosio

## 1. Introduzione: piano d'indagine

La riforma del mercato del lavoro, almeno nelle intenzioni del legislatore dell'epoca <sup>(1)</sup>, si basava su uno scambio: ridurre la "cattiva" flessibilità in

---

<sup>(1)</sup> La letteratura in materia è ormai ampissima. Le citazioni, in questo contesto, vengono limitate alle monografie ed agli articoli strettamente legati al tema trattato. F. CARINCI, M. MISCIONE, *Presentazione*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012) Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, suppl. a *DPL*, 2012, n. 33, VII; [F. AMATO, R. SANLORENZO \(a cura di\), La legge n. 92 del 2012 \(Riforma Fornero\): un'analisi ragionata](#), in [www.magistraturademocratica.it](#); [M. FEZZI, F. SCARPELLI \(a cura di\), Guida alla riforma Fornero. Legge 28 giugno 2012, n. 92. Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita](#), I Quaderni di Wikilabour, 2012, n. 1; M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, 2012; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012; P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele di lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013; M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013; R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2013; G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, 2013; P. ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in *DPL*, 2012, n. 25, 1545 ss.; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *ADL*, 2012, n. 3, 612; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012,

entrata a fronte della sconfessione di un tabù, quello sull'immodificabilità dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori <sup>(2)</sup>.

Da questo punto di vista il tema di questa riflessione (il licenziamento per giustificato motivo oggettivo) è emblematico. La lettura della norma che si propone è la seguente: la sanzione della reintegrazione, nell'area del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, ha, ormai, natura residuale.

La riduzione della tutela sanzionatoria trova, però, un bilanciamento nel rafforzamento della tutela del licenziamento discriminatorio.

In questo contesto, verrà esaminato, in primo luogo, il problema della qualificazione del "fatto" (materiale o giuridico) alla base del licenziamento e della sua "manifesta insussistenza" (§ 2); successivamente, nell'area del licenziamento discriminatorio, verrà esaminato il tema del carattere (esclusivo o determinante) delle ragioni discriminatorie e della distribuzione dell'onere della prova (§ 3).

## **2. Le modifiche normative introdotte dalla legge n. 92/2012. Il problema della "manifesta insussistenza del fatto"**

La seconda parte dell'articolo 18, settimo comma, Stat. lav., così come modificato dalla legge n. 92/2012, prevede due fattispecie. La prima concerne l'ipotesi in cui il giudice «accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo», ipotesi in cui scatta la reintegrazione.

---

n. 2, I, 415; F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del lavoro*, in *LG*, 2012, n. 6, 529; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, n. 3, 547 ss.; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2012, n. 159; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto e economia*, in *RIDL*, 2012, n. 3, I, 560; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, *ivi*, 2012, n. 4, I, 668; S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *ADL*, 2012, n. 3, 537; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *DRI*, 2012, n. 4, 1044.

<sup>(2)</sup> Sul tema si veda F. CARINCI, M. MISCIONE, *op. cit.*

La seconda fattispecie riguarda le «altre ipotesi in cui [il giudice] accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo» e, in tal caso, trova applicazione la tutela indennitaria prevista dal quinto comma. All'interno di questa disciplina, la questione più delicata è sorta sul significato da attribuire alla «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo», al fine di ottenere la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione.

La insussistenza del fatto appartiene essenzialmente al diritto penale («perché il fatto non sussiste»).

Ma il richiamo a tale formula, al di là delle sue suggestioni, è inutilizzabile ai nostri fini considerato che nel diritto penale, permeato dai principi di legalità e tassatività, il fatto è quello tipico <sup>(3)</sup>, mentre nel nostro caso la norma elastica dell'articolo 3 della legge n. 604/1966 non contempla alcun fatto.

Nel contesto lavoristico, la categoria della "manifesta insussistenza" è, certamente, declinabile in molti modi <sup>(4)</sup>, con la possibilità, quindi, di valutazioni eminentemente soggettive.

«Quello che per me è manifestamente insussistente, per il mio vicino di stanza non lo sarà. Una lotteria che scarica sulla giurisprudenza quella che dovrebbe essere una responsabilità politica» <sup>(5)</sup>.

Queste (legittime) difficoltà nell'interpretazione della norma non possono, peraltro, esimere dal cercare un ragionevole significato al testo normativo.

Il punto di partenza del ragionamento, come evidenziato in dottrina <sup>(6)</sup>, è, infatti, la distinzione sul piano funzionale (non su quello applicativo) del percorso mirato all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento da quello che conduce a selezionare la sanzione. Nel primo caso il giudice dovrà stabilire se il fatto (la ragione aziendale) integra o meno il

---

<sup>(3)</sup> C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, 2013, n. 1, 75.

<sup>(4)</sup> [M. MAGNANI, \*La riforma del mercato del lavoro\*](#), in [Boll. ADAPT, 2012, n. 14](#). Per un giudizio fortemente critico si veda [P. ALLEVA, \*Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita. Interventi indispensabili\*](#), in [Boll. spec. ADAPT, 2012, n. 12](#). Si veda anche F. LISO, *Le ombre prevalgono nettamente sulle luci*, in [Newsletter Nuovi Lavori, 2012, n. 86](#), [www.nuovi-lavori.it](#).

<sup>(5)</sup> Così Rita Sanlorenzo in L. SALVIA, *I dubbi dei magistrati: norme ambigue. Il rischio è la lotteria delle sentenze*, in *Corriere della Sera*, 7 aprile 2012.

<sup>(6)</sup> A. MARESCA, *op. cit.*, 438. Condivide l'impostazione R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *RIDL*, 2012, n. 4, II, 1064 ss.

giustificato motivo oggettivo. Una volta accertata l'illegittimità del licenziamento, il giudice dovrà, poi, individuare la sanzione da applicare nel caso concreto, utilizzando i criteri selettivi stabiliti nel nuovo articolo 18.

Ma qual è il fatto posto a base del licenziamento? Secondo una prima tesi è il fatto materiale in sé considerato <sup>(7)</sup> e, cioè, come fenomeno della realtà materiale. Altri Autori hanno inteso il fatto come comprensivo del nesso eziologico tra le scelte organizzative datoriali e la individuazione del singolo lavoratore da licenziare <sup>(8)</sup>.

Altri ancora hanno ricondotto alla prima parte della formula adoperata dal settimo comma tutti i requisiti del giustificato motivo oggettivo come elaborato dalla giurisprudenza ed alla seconda parte la valutazione di idoneità degli stessi ad integrare il giustificato motivo oggettivo <sup>(9)</sup>. Nessuna di tali tesi convince del tutto <sup>(10)</sup>. La tesi che identifica l'elemento posto a base del licenziamento in un fatto materiale deve fare i conti con la considerazione che "fatto" e "valutazione giuridica del fatto" sono – necessariamente – intimamente connessi nella determinazione del giustificato motivo oggettivo, così come accade in ogni sistema giuridico in cui "fatto" e "valore" sono elementi inscindibili dell'ipotesi normativa dai quali non si può prescindere <sup>(11)</sup>. Peraltro, l'obbligo di *repêchage* continua a rappresentare un elemento costitutivo della fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo sul quale il legislatore non è intervenuto <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> A. MARESCA, *op. cit.*, 438.

<sup>(8)</sup> C. CESTER, *op. cit.*

<sup>(9)</sup> M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *op. cit.*, 87.

<sup>(10)</sup> Per un riepilogo delle tesi sul campo si veda F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2013, n. 2, 331 ss.

<sup>(11)</sup> «Il fatto fenomenologicamente concepito (ossia la situazione produttiva o organizzativa che sta alla base del licenziamento) viene valutato ed apprezzato dall'ordinamento – grazie al *medium* dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale – per verificare se esso assuma o meno i caratteri tipici indicati dalla legge, ed assurgere quindi a *ragione* legittimante il recesso», cfr. A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, n. 4-5, 794.

<sup>(12)</sup> M. MARAZZA, *op. cit.*, 629. Per una diversa impostazione si veda Trib. Milano ord. 28 novembre 2012, in *DRI*, 2013, n. 1, con nota, adesiva, di G. SANTORO-PASSARELLI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ambito della tutela risarcitoria*.

Dalla riaffermazione dell'obbligo di *repêchage* e dalla configurazione del fatto in senso giuridico non discende però l'automatica applicazione della sanzione reintegratoria.

Per applicare (o meno) la sanzione della reintegrazione occorre, infatti, passare dalla valutazione della manifesta (o meno) insussistenza del fatto. Nel linguaggio giuridico l'aggettivo "manifesto" è solitamente usato per calcare la evidente infondatezza di questioni o pretese<sup>(13)</sup>.

In questo contesto, utili sono i riferimenti ai criteri che sovrintendono alla liquidazione dei danni ex articolo 96 c.p.c.<sup>(14)</sup> o quelli che fondano la responsabilità comunitaria dello Stato per «violazione manifesta del diritto», che coniugati con il generale canone della diligenza di cui all'articolo 1176 c.c.<sup>(15)</sup> forniscono all'interprete una valida guida nell'accertamento dei fatti di natura complessa<sup>(16)</sup>.

In presenza di un accertamento che non comporta particolari difficoltà, ad esempio la necessità di una particolare patente di guida richiesta ad un lavoratore, la conseguenza (sul piano dell'applicazione della sanzione) sarà immediata: il rigetto del ricorso ove si tratti di un lavoratore stabilmente adibito all'uso di un mezzo che richiede (per la guida) una particolare patente; ovvero, trattandosi, ad esempio, di un addetto ad un lavoro sedentario, l'applicazione della reintegrazione (e delle altre conseguenze previste dalla legge).

In presenza, viceversa, di un accertamento complesso, ad esempio la riduzione dell'attività per la perdita di commesse, occorre distinguere due momenti.

L'accertamento, sul piano oggettivo, del fatto (la ragione aziendale) anche attraverso, se del caso, la c.d. consulenza percipiente (in cui si sommano gli elementi acquisitivi con quelli valutativi) in presenza di ristrutturazioni complesse (ove sia necessario disporre di specifiche competenze tecniche), ove la parte abbia dedotto e allegato detti fatti e il nesso di causalità tra questi e il licenziamento.

---

<sup>(13)</sup> C. PONTERIO, *op. cit.*, 81.

<sup>(14)</sup> Sul tema si veda G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, n. 4, I, 648.

<sup>(15)</sup> Sul tema si veda R. COSIO, *Licenziamento individuale per motivi economici e controllo giudiziario nella riforma del lavoro*, in *LG*, 2013, n. 3, 255.

<sup>(16)</sup> R. COSIO, *Licenziamento per ragioni economiche*, in *DPL*, 2012, n. 21, 1326.

A tale accertamento seguirà la valutazione giudiziale in ordine alla scusabilità, o meno, degli eventuali errori in cui è incorso il datore di lavoro nell'intimare il licenziamento.

Scusabilità dell'errore che potrà essere valutata alla luce dei principi generali che reggono il sistema civilistico.

Nei rapporti obbligatori (come nella vita di relazione), infatti, l'obbligo della diligenza rileva rispetto all'interesse tutelato da un diritto relativo o assoluto; per soddisfare o rispettare tale interesse il soggetto deve pertanto emettere tutto lo sforzo appropriato secondo criteri di normalità, impiegando mezzi materiali, osservando norme tecniche e giuridiche, adottando cautele adeguate, e così via <sup>(17)</sup>.

La sanzione della reintegrazione, in questa ipotesi, avrà, comunque, carattere residuale (nell'ipotesi di "torto marcio" del datore di lavoro) <sup>(18)</sup> considerato che in base alla norma "può" essere disposta esclusivamente quando sia "manifesta" l'insussistenza del fatto <sup>(19)</sup>.

Si è, peraltro, opportunamente segnalato che, qualora nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie, l'onere della prova della diversa ragione che ha determinato il licenziamento grava sul lavoratore che, quindi, non solo dovrà formulare una specifica domanda nell'atto introduttivo del giudizio, ma dovrà anche offrire la prova di ciò che afferma <sup>(20)</sup>.

In sostanza, la residualità della sanzione "forte" trova un bilanciamento (all'interno del licenziamento per giustificato motivo oggettivo) nel caso in cui lo stesso celi un licenziamento per ragioni discriminatorie (con tutte le relative problematiche, specie in ordine all'onere della prova, che esamineremo nel prossimo paragrafo).

In questo contesto, una tollerabile incertezza <sup>(21)</sup> sull'applicazione della sanzione (derivante dall'ormai famoso "può") non è un male, in quanto fa

---

<sup>(17)</sup> M.C. BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto*, Giuffrè, 1984, 478.

<sup>(18)</sup> L'espressione è di A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *DRI*, 2012, n. 3, 624.

<sup>(19)</sup> Per una delle prime applicazioni giurisprudenziali si veda Trib. Milano ord. 20 novembre 2012.

<sup>(20)</sup> A. MARESCA, *op. cit.*, 441 e 442.

<sup>(21)</sup> Sul tema si veda L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 3-40.

ponderare (al giudice) comportamenti di cruciale rilievo per la vita delle persone <sup>(22)</sup>.

### **3. Segue: il rafforzamento della tutela in caso di licenziamento discriminatorio**

A fronte del depotenziamento della sanzione reintegratoria si è, però, rafforzata la tutela contro i licenziamenti discriminatori.

Nel comma 42 dell'articolo 1 della legge n. 92/2012 si legge, infatti, che «Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie [...] trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo». In questi casi, la sanzione della reintegrazione rappresenta una regola che non conosce eccezioni <sup>(23)</sup>.

Sul tema occorre segnalare una serie di questioni.

In primo luogo, occorre rilevare la struttura unitaria che assume la normativa antidiscriminatoria nel comma 42 dell'articolo 1 che si fonda sulla nullità dell'atto e sulle tutele risarcitoria e specifica, di cui all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, e che conferma quanto evidenziato, da tempo, da quella dottrina che proponeva di parlare, sul piano degli effetti, al singolare dell'illecito di discriminazione <sup>(24)</sup>.

La norma spazia, infatti, dal divieto di licenziamenti «dettati a fini di discriminazione [...] sindacale, politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali» di cui all'articolo 3 della legge n. 108/1990, a quelli intimati in concomitanza del matrimonio, da quelli in violazione dei divieti di licenziamento in materia di maternità e paternità alla, più generale, categoria delle altre ipotesi di licenziamento discriminatorio «riconducibili ad altri casi di nullità previsti dalla legge» (come, ad

---

<sup>(22)</sup> L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziale*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, 2008, 48.

<sup>(23)</sup> Sul tema si veda Trib. Bologna ord. 19 novembre 2012.

<sup>(24)</sup> R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, n. 110, § 6; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, 2005, 351.

esempio, quelli previsti dall'articolo 5 della legge n. 135/1990 sulle infezioni da HIV)<sup>(25)</sup>.

Viene meno, quindi, la possibilità di applicare la c.d. tutela di diritto comune alle ipotesi di licenziamento legato causalmente al matrimonio e di quello connesso alla maternità.

In secondo luogo, occorre evidenziare che si tratta di una elencazione non tassativa (per il carattere aperto della norma ovvero «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge»).

Carattere esemplificativo che deve essere riaffermato anche nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio<sup>(26)</sup> posta la necessità di interpretare la norma interna alla luce dell'ordinamento dell'Unione europea.

Il riferimento è (non solo) all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei trattati, ma (anche) a quei principi fondamentali inespressi (che si traggono dalle tradizioni comuni agli Stati membri) che forniscono sempre nuova linfa all'ordinamento europeo.

La discriminazione per ragioni di età (la cenerentola delle discriminazioni) potrà assumere, in questo contesto, sempre maggiore importanza.

La riconduzione del divieto di discriminazione per età nel novero dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea risale alla fondamentale sentenza *Mangold* e trova consacrazione nella sentenza *Kücükdeveci* del 2010, che confermando il "messaggio costituzionale", contenuto nella *Mangold*, ha confermato la natura di principio generale del divieto di discriminazioni per ragioni di età facendo riferimento, per la prima volta, alla Carta di Nizza dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che le ha conferito carattere vincolante<sup>(27)</sup>.

In questo contesto, il richiamo all'articolo 1345 c.c. non ha certo una funzione di chiusura rispetto alla legislazione antidiscriminatoria, posti i noti limiti che ne accompagnano l'applicazione (il richiamo alla sfera

---

<sup>(25)</sup> E. PASQUALETTO, *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *op. cit.*, 39 ss.

<sup>(26)</sup> In questi termini M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *DLRI*, 2012, n. 136.

<sup>(27)</sup> Sul tema si veda R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, 2013.

soggettiva dei contraenti, l'efficacia determinativa illecita esclusiva, l'accollo dell'onere della prova al lavoratore) <sup>(28)</sup>.

È, poi, opportuno precisare che il carattere di esclusività del motivo illecito non risulta necessario con riferimento alle altre ipotesi di licenziamento discriminatorio, dove è sufficiente il carattere "determinante" della discriminazione (come si desume dall'esegesi della legge), in armonia con quegli orientamenti dottrinali che definivano una "forzatura" l'estensione del requisito dell'esclusività ai licenziamenti discriminatori <sup>(29)</sup>.

Ovviamente, non sarà sufficiente che il motivo discriminatorio sia uno dei motivi che hanno indotto al licenziamento.

Occorre, viceversa, che sia il motivo prevalente nella comminazione del licenziamento.

Resta da esaminare il problema dell'onere della prova. In questo caso «siamo di fronte non a tipizzazioni di licenziamento (o causali in senso proprio) ma a divieti, ond'è che solo la dimostrazione positiva della violazione del divieto porterà all'applicazione della tutela reale» <sup>(30)</sup>. È noto tuttavia che nel sistema sono previsti meccanismi di tipo presuntivo, che possono notevolmente agevolare il lavoratore nella dimostrazione della discriminazione <sup>(31)</sup>.

Infatti, la prova presuntiva (o indiziaria) <sup>(32)</sup> consente, attraverso la complessiva valutazione di precisi elementi dedotti, di poter risalire

---

<sup>(28)</sup> Cass. 14 luglio 2005, n. 14186.

<sup>(29)</sup> In questo senso si veda C. CESTER, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in G. SUPPIEJ, M. DE CRISTOFARO, C. CESTER, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Cedam, 2008, 396. Contesta la correttezza della soluzione prevalente in giurisprudenza (ad es. Cass. 9 marzo 2011, n. 5555) G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, 2011, 117. Più di recente, si veda M. MARAZZA, *op. cit.*, 616; M.T. CROTTI, M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 221 ss.

<sup>(30)</sup> C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, *cit.*, 565.

<sup>(31)</sup> A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, *cit.*, 52.

<sup>(32)</sup> Che esige che il giudice prenda in esame tutti i fatti noti emersi nel corso dell'istruttoria, valutandoli tutti insieme e gli uni per mezzo degli altri, e quindi esclude che il giudice, avendo a disposizione una pluralità di indizi, li prenda in esame e li valuti singolarmente, per poi giungere alla conclusione che nessuno di essi assurge a dignità di prova. Cfr. Cass. 9 marzo 2012, n. 3703.

coerentemente, con un prudente apprezzamento, al fatto ignoto (il comportamento discriminatorio) <sup>(33)</sup>.

Non solo. L'articolo 28 del decreto legislativo n. 150/2011, nel prevedere che le controversie relative alla discriminazione sono regolate unitariamente dal rito sommario di cognizione, stabilisce che «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata».

Non si tratta tecnicamente di una inversione dell'onere della prova, bensì di una semplificazione dell'onere medesimo gravante sul soggetto che lamenta di essere vittima di una discriminazione.

Peraltro, la distribuzione dell'onere della prova è suscettibile di gradazione diversa in base alla discriminazione di cui si prospetta l'esistenza.

In presenza di discriminazioni fondate su tendenze sessuali, ad esempio, si può affermare che la dimostrazione di fatti sulla base dei quali si può ipotizzare che sussiste discriminazione determini una presunzione semplice superabile (da parte del datore di lavoro) attraverso la prova di una serie di indizi, concordanti, in senso contrario <sup>(34)</sup>.

Una corretta applicazione della norma dovrebbe costituire un efficace deterrente a licenziamenti discriminatori mascherati da ragioni economiche.

---

<sup>(33)</sup> Cfr. Cass. 5 novembre 2012, n. 18927.

<sup>(34)</sup> Cfr. C. giust. 25 aprile 2013, causa C-81/12, punti 54-59.

# I licenziamenti in Germania: presupposti di legittimità

di Raffaello Santagata

## 1. Il licenziamento nel quadro dei principi costituzionali

Come accade in altri ordinamenti giuslavoristici dell'UE, nel sistema tedesco la giurisprudenza costituzionale ha svolto un ruolo di particolare rilievo nel chiarire e definire la portata dei principi costituzionali che vengono in considerazione in materia di licenziamenti, giungendo anche a dedurre dagli stessi la doverosità di una tutela minima contro i licenziamenti (*Mindestbestandsschutz*) e la necessità di sottoporre il potere di recesso del datore di lavoro ad un controllo giudiziale sulle ragioni di volta in volta addotte.

La Costituzione tedesca non garantisce direttamente un diritto del lavoratore alla conservazione del posto ed, anzi, a differenza di quanto prevedono le Costituzioni italiana (articolo 41, primo comma), spagnola (articolo 38) e portoghese (articolo 61, comma 1), ma anche la Carta di Nizza (articolo 16), non riconosce esplicitamente neppure la libertà d'impresa del datore di lavoro. Eppure, la Corte costituzionale tedesca (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) con il tempo ha rafforzato la portata garantistica della libertà occupazionale (*Berufsfreiheit*) di cui all'articolo 12 del *Grundgesetz* (GG), chiarendo che il diritto previsto da tale norma dal lato del lavoratore comprende il diritto di *mantenere* il posto di lavoro liberamente scelto o di *rinunciarvi* <sup>(1)</sup>, mentre dal lato del datore di lavoro include il diritto di costituire un'impresa. Chi sceglie una determinata

---

(<sup>1</sup>) BVerfG 24 aprile 1991; BVerfG 27 gennaio 1998, 1 BvL 15/87.

occupazione imprenditoriale deve fondamentalemente anche avere la libertà di decidere come organizzarla al suo interno e, soprattutto, deve poter valutare la forza-lavoro necessaria, scegliendo i collaboratori che soddisfino maggiormente le sue aspettative <sup>(2)</sup>.

Il diritto fondamentale a cui si fa riferimento, analogamente a quanto accade in Italia, risulta sprovvisto di opponibilità (*Drittwirkung*), da ciò derivando che nessuna delle due parti è legittimata ad agire in giudizio per farlo valere direttamente; tuttavia, in giurisprudenza e in dottrina esiste ampio consenso sul fatto che i giudici, nell'applicare ed interpretare la normativa sui licenziamenti alla luce della Costituzione, debbano garantire di volta in volta «il bilanciamento migliore possibile» ed impedire che il diritto fondamentale di una parte venga del tutto sacrificato a favore di un'altra <sup>(3)</sup>. La più recente giurisprudenza del BVerfG pone in evidenza che l'articolo 12, comma 1, GG contiene non soltanto un diritto di natura difensiva (*Abwehrrecht*), ma anche un dovere di protezione a carico dello Stato (*Schutzpflicht*), il quale è chiamato a preservare la posizione giuridica costituzionalmente tutelata (del lavoratore) da qualsiasi indebita intromissione.

Prendendo le mosse dal riconoscimento di tali principi fondamentali, la giurisprudenza costituzionale ritiene, ormai da tempo, che una tutela minima contro i licenziamenti esista entro certi limiti anche al di fuori del campo di applicazione della normativa contenuta nella legge di tutela contro i licenziamenti (*Kündigungsschutzgesetz – KSchG*). In una celebre sentenza del 1998 la Corte costituzionale, richiamando a tal fine le clausole generali del diritto civile (*Generalklauseln*), e in particolare quelle che vietano gli atti *contra bonos mores* (articolo 138 del *Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) e gli atti compiuti in violazione della buona fede (articolo 242 BGB), ha statuito che il datore di lavoro, indipendentemente dall'applicabilità della disciplina legale in materia di licenziamenti, non può licenziare nessuno in modo arbitrario o sulla base di motivi non appropriati, né può, in sede di selezione dei lavoratori da licenziare, sottrarsi all'applicazione di un criterio che consenta la

---

<sup>(2)</sup> BVerfG 27 gennaio 1998, cit.; BAG 2 giugno 2005, 2 AZR 480/04. Il *Grundgesetz* non conosce una norma specifica posta a garanzia della libertà d'impresa, anche se la Corte costituzionale tedesca ne rinviene il fondamento nella libertà professionale (*Berufsfreiheit*) sancita nell'art. 12, comma 1, GG.

<sup>(3)</sup> BVerfG 21 giugno 2006. Si veda per tutti, T. DIETERICH, *Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat*, in *Arbeit und Recht*, 2007, 65-67.

considerazione della situazione sociale o, ancora, omettere di considerare l'aspettativa alla prosecuzione del rapporto acquisita dopo un lungo periodo di tempo <sup>(4)</sup>.

In una più recente decisione <sup>(5)</sup> il BVerfG ha confermato la possibilità di estrapolare dall'articolo 12, comma 1, GG un divieto di esercitare in modo arbitrario la libertà di licenziare ed ha ritenuto che la tutela minimale contro i licenziamenti, derivante dall'articolo 12, comma 1, GG, valga non solo nel caso delle piccole imprese, ma anche in caso di recesso dal rapporto di lavoro nel c.d. periodo di attesa (*Wartezeit*), e cioè nel periodo di prova di 6 mesi previsto per legge (*gesetzliche Probezeit*), durante il quale il datore di lavoro può licenziare, senza dover addurre una giustificazione, ai sensi dell'articolo 1, comma 4, KSchG. In tale periodo l'affidamento del lavoratore nella prosecuzione del rapporto è limitato in quanto il datore di lavoro di regola ha un legittimo interesse a controllare se il nuovo lavoratore appena assunto soddisfi le sue aspettative e disponga dell'idoneità, competenza e professionalità necessarie, e dunque deve poter prendere in considerazione un licenziamento senza doverne documentare i motivi, soprattutto se le parti hanno concordato un periodo di prova.

## 2. Il licenziamento per motivi legati alla persona

Se il sistema italiano non prevede espressamente motivi di licenziamento diversi dalle ragioni soggettive ed oggettive, in base al KSchG, il datore di lavoro può addurre tre tipi di causali per giustificare "socialmente" la legittimità del licenziamento (*sozial gerechtfertigte Kündigung*) e, cioè, rispettivamente, una causa attinente al comportamento del lavoratore, alla sua persona ed, infine, ad «urgenti necessità aziendali» (articolo 1, comma 2, KSchG).

In relazione al licenziamento per motivi legati alla persona (*personenbedingte Kündigung*) la giurisprudenza si è assunta il compito di riempire di contenuto la formulazione pressoché indeterminata contenuta nella legge. Questa forma di licenziamento – il cui esempio paradigmatico è costituito dal licenziamento per malattia – presuppone

---

<sup>(4)</sup> BVerfG 27 gennaio 1998, cit.

<sup>(5)</sup> BVerfG 21 giugno 2006, cit.

che il dipendente, per ragioni personali, non sia più nella condizione di poter adempiere esattamente agli obblighi contrattuali, causando, per questa ragione, una lesione degli interessi aziendali ed economici del datore di lavoro <sup>(6)</sup>.

A differenza del licenziamento per ragioni aziendali (*betriebsbedingte Kündigung*) che, com'è noto, si riferisce a circostanze attinenti alla sfera di influenza del datore di lavoro, la giustificazione in esame si caratterizza per la connessione ad elementi della persona del lavoratore, anche se non riguarda inadempimenti, colpe, mancanze a lui attribuibili. Il dipendente non ha alcuna capacità di incidere sul fatto posto alla base del licenziamento <sup>(7)</sup>: «un motivo legato alla persona sussiste quando il prestatore di lavoro vuole ma non può; viceversa, un motivo afferente al comportamento del lavoratore, quando egli può, ma non vuole» <sup>(8)</sup>.

In caso di licenziamento per motivi legati alla persona devono ricorrere circostanze che interferiscono in modo significativo e durevole con la causa del rapporto di lavoro, facendo venir meno l'equivalenza tra le prestazioni (*Äquivalenzstörung*) <sup>(9)</sup>. A differenza del caso di licenziamento determinato dalla condotta del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*), il licenziamento per ragioni legate alla persona non presuppone alcun comportamento inadempiente e colposo del dipendente, per cui, in linea di principio, in tale ipotesi non è necessario, né è ammissibile, alcun previo ammonimento (*Abmahnung*). Piuttosto, si pone il problema di valutare in che misura l'impossibilità di adempiere la prestazione da parte del dipendente valga a menomare il rapporto di equivalenza tra le prestazioni del contratto di lavoro <sup>(10)</sup>. Si ritiene che il controllo sulla giustificazione sociale (*Sozialwidrigkeit*) di un *personenbedingte Kündigung* debba essere svolto sulla base di uno

---

<sup>(6)</sup> BAG 28 febbraio 1990; W. BERKOWSKY, *Die Betriebsbedingte Kündigung*, in AA.VV., *Münchener Handbuch. Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht II*, Beck, 2002; E. STAHLHACKE, U. PREIS, R. VOSSEN, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, Beck, 2010.

<sup>(7)</sup> BAG 11 dicembre 2003, 2 AZR 667/02.

<sup>(8)</sup> Da ultimo T. JESGARZEWKI, T. HOLZENDORF, *Personenbedingte Kündigung – Aktuelle Rechtsprechung zur krankheitsbedingten Kündigung*, in *Arbeit und Recht*, 2011, 386 e 387.

<sup>(9)</sup> W. BERKOWSKY, *op. cit.*; BAG 11 dicembre 2003, cit.

<sup>(10)</sup> Art. 1 KSchG. E. FROMM, *Die arbeitnehmerbedingte Kündigungsgründe*, Dunckler & Humblot, 1995, 68.

schema articolato in quattro fasi (anche se la giurisprudenza ne individua soltanto tre):

- 1) prognosi negativa. Occorre anzitutto valutare se il prestatore di lavoro in tempi ragionevoli sarà nella condizione di poter adempiere in tutto o in parte la prestazione. Il datore di lavoro deve essere tutelato rispetto all'alterazione del nesso di corrispettività, che deriverebbe laddove la condizione personale che osta allo svolgimento della prestazione di lavoro non sia soltanto passeggera;
- 2) oltre la prognosi negativa deve sussistere un significativo pregiudizio degli interessi aziendali ed economici del datore di lavoro, non essendo sufficiente che questi siano semplicemente messi in pericolo <sup>(11)</sup>;
- 3) in base al principio di proporzionalità, occorre valutare se sono possibili misure più miti per evitare di licenziare e consentire un reimpiego <sup>(12)</sup>;
- 4) una giustificazione sociale sussiste se al venir meno della prestazione di lavoro si prefigura un peso insostenibile per il datore di lavoro. Di fronte ad un'interferenza intollerabile nel rapporto di lavoro occorre dare all'interesse del datore di lavoro la prevalenza sull'interesse alla stabilità <sup>(13)</sup>. Nel contemperamento di interessi vengono in considerazione le circostanze connesse al rapporto di lavoro da entrambi i lati: in particolare, dal lato del lavoratore, l'anzianità, lo svolgimento del rapporto, l'età, le chance di un reinserimento lavorativo nel mercato, gli obblighi di mantenimento; da quello del datore di lavoro, la gravità del pregiudizio all'impresa e la durata dell'inidoneità al lavoro del lavoratore.

Con riferimento al caso in cui il licenziamento è giustificato dall'incapacità al lavoro (*Arbeitsunfähigkeit*) per malattia, occorre valutare la sussistenza di una *Sozialwidrigkeit*, dovendosi anche distinguere se si tratta di malattie brevi e frequenti, di una malattia protratta a lungo oppure di un calo del rendimento, più o meno consistente, dovuto a malattia.

Nel principale caso di licenziamenti per malattia, quello dovuto a malattie brevi e frequenti, la Corte federale del lavoro

---

<sup>(11)</sup> BAG 20 luglio 1989.

<sup>(12)</sup> BAG 30 maggio 1978.

<sup>(13)</sup> BAG 12 luglio 2007, 2 AZR 716/06.

(Bundesarbeitsgericht – BAG) valuta la sussistenza di una giustificazione sociale seguendo tre passaggi (*Drei-Stufen-Theorie*). In primo luogo verifica se al momento del licenziamento ci siano circostanze oggettive da cui si possa presumere che la malattia si ripresenti in futuro nella stessa entità, potendo trarre un indizio in tal senso dalle assenze verificatesi in passato <sup>(14)</sup>. In secondo luogo, la giurisprudenza verifica se le assenze per malattia possano aver causato gravi disfunzioni nel normale svolgimento dell'attività dell'impresa (blocco degli impianti, sovraccarico di lavoro per il personale restante, ecc.) e se il datore di lavoro avrebbe potuto altrimenti evitarle (per esempio, con uno straordinario). Assume rilievo anche il pregiudizio economico che deriva dall'assunzione dei costi relativi alla corresponsione della retribuzione (*Lohnfortzahlungskosten*): il danno è insostenibile allorquando il datore di lavoro deve farsi carico in un anno dell'indennità con riferimento ad un lasso di tempo superiore a 6 settimane. Se si tratta di malattie diverse e ripetute, è sufficiente che il limite delle 6 settimane venga superato per più del 50%. In terzo luogo, occorre valutare se la malattia è riconducibile a cause connesse all'impresa (per esempio infortunio sul lavoro, lavoro usurante, mansioni dannose per la salute) poiché tale circostanza esclude la giustificazione sociale dovendo il datore di lavoro garantire la ricollocazione mediante l'esercizio del potere direttivo.

Diverso è il caso di una malattia che si protrae per un lungo periodo di tempo. Anche in questo caso, la giurisprudenza valuta la sussistenza del motivo di licenziamento alla luce delle conseguenze che l'incapacità al lavoro può avere sull'organizzazione dell'impresa, ammettendo la sussistenza di un carico economico eccessivo quando il datore di lavoro è tenuto a corrispondere la retribuzione per più di 6 settimane. Una condizione di permanente incapacità al lavoro è ravvisabile quando il prestatore di lavoro è impedito a lavorare per 6 mesi e non è prevedibile una fine <sup>(15)</sup>. Lo stesso vale quando nei successivi 24 mesi non sia prevedibile un recupero della capacità di lavoro. Il datore di lavoro ha l'onere di allegare e dimostrare nel corso del processo che la prognosi è negativa, potendosi avvalere del parere di un medico esperto <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> BAG 10 novembre 2005.

<sup>(15)</sup> BAG 21 maggio 1992.

<sup>(16)</sup> BAG 13 giugno 1996.

Una giustificazione valida per un licenziamento può ravvisarsi infine nel caso in cui il lavoratore mostri un deficit di rendimento a causa di un impedimento fisico sopravvenuto <sup>(17)</sup>, purché esso sia tale da compromettere in modo significativo gli interessi aziendali <sup>(18)</sup>. La giurisprudenza tedesca, che sul punto appare meno rigorosa di quella italiana <sup>(19)</sup>, afferma che il calo di rendimento giustifica il licenziamento se comporta una riduzione di circa 2/3 della normale capacità di lavoro sempreché non si accerti che la difficoltà della prestazione sia superabile con il ricorso ad occupazioni alternative (ad esempio, mediante part-time) nel caso in cui il lavoratore sia idoneo a svolgere tali attività <sup>(20)</sup>.

### 3. Licenziamento per ragioni economiche e aziendali

Venendo ai presupposti di legittimità del licenziamento per ragioni economiche, si deve anzitutto rilevare che il KSchG qualifica «socialmente ingiustificato» quel licenziamento che non sia connesso ad «urgenti esigenze aziendali incompatibili con la continuazione del rapporto di lavoro».

Le esigenze che il datore di lavoro può porre a fondamento del licenziamento debbono riferirsi all'impresa, al suo sviluppo ed alla sua esistenza in senso lato, importare una riduzione del fabbisogno di personale e dunque una riduzione del numero dei posti di lavoro esistenti rispetto al numero dei lavoratori occupati sino a quel momento. La legge, tuttavia, non contiene alcuna esplicitazione in ordine alle possibili cause sottese alle esigenze aziendali, lasciando dunque aperto l'interrogativo se esse possano derivare anche soltanto da decisioni assunte dal datore di lavoro con l'intento di ridurre i costi o incrementare i profitti. Unico parametro offerto al giudice è costituito dall'espressione *dringend* (urgente), con cui il legislatore tedesco ha confermato che non basta una qualsiasi esigenza aziendale a giustificare un licenziamento economico, ponendo l'accento, in tal modo, sul carattere della necessità (*Notwendigkeit*), che renderebbe indispensabile una valutazione nel

---

<sup>(17)</sup> BAG 26 settembre 1991.

<sup>(18)</sup> BAG 13 dicembre 1990.

<sup>(19)</sup> Cass. 5 marzo 2003, n. 3250.

<sup>(20)</sup> BAG 26 settembre 1991, cit.

merito delle esigenze alla luce di un contemperamento complessivo degli interessi in gioco <sup>(21)</sup>.

Nei vari scritti è anche ricorrente l'affermazione per cui il licenziamento deve essere inevitabile e configurarsi quale *extrema ratio*, dovendosi dunque verificare l'impossibilità di ricorrere a mezzi più miti per il lavoratore allo scopo di raggiungere gli obiettivi aziendali. Ciò si deduce anche dalla formulazione letterale della legge in materia di licenziamenti, secondo cui il recesso del datore di lavoro è "subordinato" (*bedingt*) alle esigenze dell'impresa; condizione, questa, che sussiste ove al datore di lavoro non è dato far fronte alla condizione in cui si trova l'impresa mediante misure in campo tecnico, organizzativo o economico diverse da un licenziamento (si pensi al ricorso ad un trasferimento) <sup>(22)</sup>.

Con riguardo all'individuazione delle esigenze aziendali il BAG, aprendo la strada ad una "soggettivizzazione" <sup>(23)</sup> delle causali del licenziamento economico, si è orientato da tempo nel senso di ritenere che la soppressione dei posti di lavoro possa essere determinata non solo da cause esterne all'impresa (ad esempio una contrazione permanente della domanda), ma anche da una qualsiasi scelta del datore di lavoro inerente alla gestione della stessa (purché essa sia seria e non pretestuosa) <sup>(24)</sup>, come la scelta di ingrandire l'impresa, di limitarla o razionalizzarla al fine di ridurre i costi, di rinunciare alla produzione di un determinato prodotto, di chiudere alcuni reparti e spostare la produzione in un Paese con costi del lavoro più bassi per aumentare gli utili o ancora di disporre della forza-lavoro e rimuovere un livello gerarchico sulla base di una valutazione di efficienza <sup>(25)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> W. DÄUBLER, *Betriebsbedingte Kündigung ohne Interessenabwägung?*, in *Arbeit und Recht*, 2013, 9.

<sup>(22)</sup> BAG 26 settembre 2002, 2 AZR 636/01; BAG 17 giugno 1999, 2 AZR 141/99, 2 AZR 522/98 e 2 AZR 456/98.

<sup>(23)</sup> Parlano di *Subjektivierung des Kündigungsgrunde* E. STAHLHACKE, U. PREIS, R. VOSSEN, *op. cit.*

<sup>(24)</sup> Si veda in tal senso BAG 26 settembre 2002, *cit.*

<sup>(25)</sup> Si veda ad esempio BAG 13 febbraio 2008, 2 AZR 1041/06, in cui il tribunale federale dà ragione ad una società di vendita al dettaglio di elettrodomestici e di attrezzature fotografiche, la quale, nel trasformare una delle sue filiali in un megastore, aveva deciso di rimuovere la posizione di direttore commerciale nella struttura gerarchica dei livelli professionali, ritenendo il lavoro dei responsabili delle vendite inefficiente e quindi obsoleto. BAG 17 giugno 1999, 2 AZR 522/98, *cit.*; BAG 27 settembre 2001, 2 AZR 176/00; BAG 10 ottobre 2002, 2 AZR 598/01.

Il tribunale federale non ha dubitato che rientrasse nella discrezionalità del datore di lavoro la scelta di modificare il profilo richiesto per ciascuna posizione professionale, e in particolare di mantenere alle proprie dipendenze esclusivamente operai specializzati in un determinato ambito<sup>(26)</sup>, ovvero quella di assumere in una scuola elementare una rappresentante del personale in sostituzione di un docente<sup>(27)</sup> o ancora di impiegare, in relazione a determinati compiti, forza-lavoro a tempo parziale anziché a tempo pieno.

In linea con questo orientamento si pone la decisione assunta in un caso recente in cui il BAG ha ritenuto giustificato il licenziamento di alcuni dipendenti addetti ad un servizio di affissione di manifesti in conseguenza della decisione dell'impresa di affidare tale attività in subappalto<sup>(28)</sup>. A giudizio della Corte federale la decisione datoriale di esternalizzare una parte delle attività produttive e, in particolare, di sostituire un rapporto di lavoro subordinato con uno di lavoro autonomo – nel cui ambito va inquadrato il contratto di subappalto – non poteva essere considerata né arbitraria, né manifestamente irrilevante.

Significativa è anche un'altra decisione, nella quale il BAG ha respinto l'impugnazione di un licenziamento intimato nei confronti di un lavoratore di origini spagnole che, nonostante le ripetute sollecitazioni del datore di lavoro, si era rifiutato di frequentare corsi per migliorare la conoscenza della lingua tedesca scritta e mettersi in condizione di comprendere le direttive impartitegli per iscritto ed eseguirle nel modo migliore possibile<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> BAG 17 giugno 1999, 2 AZR 522/98, cit.

<sup>(27)</sup> BAG 29 novembre 2007, 2 AZR 388/06, citata da W. DÄUBLER, *Rechtswidrige Unternehmerentscheidung und betriebsbedingte Kündigung*, in *Der Betrieb*, 2012, n. 37, 2100.

<sup>(28)</sup> BAG 13 marzo 2008, 2 AZR 1037/06, ma si veda anche BAG 9 maggio 1996, 2 AZR 438/95.

<sup>(29)</sup> BAG 28 gennaio 2010, 2 AZR 764/08, che ha ritenuto che nella specie non sussistesse una discriminazione diretta per ragioni di etnia ai sensi dell'art. 3, comma 1, n. 1, giacché la lingua scritta tedesca può essere padroneggiata indipendentemente dall'appartenenza ad un gruppo etnico, a nulla rilevando come il concetto di etnia venga delimitato. Peraltro, la Corte esclude che vi possa essere anche discriminazione indiretta con riferimento al medesimo fattore in quanto, quand'anche il requisito della conoscenza del tedesco scritto richiesto dal datore di lavoro penalizzasse in modo particolare i lavoratori spagnoli rispetto ai dipendenti tedeschi, la richiesta sarebbe oggettivamente giustificata da una finalità legittima, ed i mezzi per il suo conseguimento sarebbero appropriati e necessari.

In queste decisioni, il BAG, come osserva criticamente Wolfgang Däubler in un recentissimo scritto<sup>(30)</sup>, sembra manipolare (*Handhabung*) la libertà di impresa, poiché, da un lato, legittima il datore di lavoro a preconstituire autonomamente le ragioni del licenziamento, dall'altro, sacrifica in modo sproporzionato l'interesse del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro, ponendo la tutela di tale interesse al di sotto di uno standard minimo costituzionalmente imposto (*Untermaßverbot*). In tal modo, la giurisprudenza rinuncia di fatto a decidere sulla base di un contemperamento degli interessi, creando una disparità di trattamento rispetto alle ipotesi del licenziamento per ragioni personali e comportamentali che sacrifica del tutto la tutela alla stabilità del posto.

In effetti, il BAG, nel caso in cui il datore di lavoro adotti misure organizzative che importano una riduzione del fabbisogno di personale, considera la decisione dell'impresa, come tale, immune da un controllo giudiziale: il giudice non può sindacare nel merito la scelta imprenditoriale posta a monte del licenziamento sotto il profilo della necessità e congruità (*Zweckmäßigkeit*) e, a maggior ragione, non è legittimato a dare ai datori di lavoro alcun suggerimento per migliorare la politica aziendale<sup>(31)</sup>; la questione che attiene al "se" e al "come" esercitare un'attività economica (ad esempio se subappaltare un certo servizio o effettuarlo nella propria azienda) rientra nella libertà di impresa costituzionalmente tutelata dagli articoli 2, comma 1, 12 e 14 GG.

Semmai, può aver luogo un controllo sull'abuso (*Mißbrauchskontrolle*) per far sì che il diritto alla stabilità non sia eccessivamente compresso. La decisione dell'impresa può essere oggetto di un sindacato giudiziale soltanto se «manifestamente non oggettiva, irragionevole o arbitraria»<sup>(32)</sup>. Peraltro, la Corte federale del lavoro, facendo proprio un orientamento largamente seguito in dottrina, ritiene che, ove ci si trovi di fronte ad una qualsiasi scelta imprenditoriale volta alla soppressione del posto di lavoro, debba essere presunta l'esistenza di ragioni oggettive in modo da far ricadere sul lavoratore l'onere di allegare e, in caso di contestazione, dimostrare le circostanze da cui emerge che la misura strutturale adottata

---

<sup>(30)</sup> W. DÄUBLER, *Betriebsbedingte Kündigung ohne Interessenabwägung?*, cit., 9.

<sup>(31)</sup> Così quasi testualmente BAG 26 settembre 2002, cit.

<sup>(32)</sup> BAG 30 aprile 1987, 2 AZR 184/86.

all'interno dell'impresa sia manifestamente irrilevante, irragionevole o arbitraria <sup>(33)</sup>.

In considerazione di questo atteggiamento giurisprudenziale il datore di lavoro potrebbe avere un qualche interesse ad addurre il motivo oggettivo anche quando le ragioni del licenziamento attengono ad un comportamento del lavoratore, e ciò specie se si considera che alla base della scelta imprenditoriale vi possono essere motivi "misti", legati cioè tanto alla persona quanto all'organizzazione (pensiamo al caso in cui si intenda sbarazzarsi di una persona poco efficiente per rivolgersi ad una ditta estera specializzata). Sembra pertanto giustificato il timore di incoraggiare tecniche di aggiramento, offrendo al datore di lavoro un facile mezzo per bypassare il contemperamento di interessi richiesto in caso di licenziamento per ragioni che riguardano la persona e di comportamento. Lo stesso timore potrebbe prospettarsi *mutatis mutandis* anche con riferimento al sistema italiano dal momento che la legge n. 92/2012 ha consentito di fatto una monetizzazione dei licenziamenti per motivi economici, rendendo, in tal caso, del tutto residuale l'area della tutela reintegratoria.

#### **4. Licenziamento per ragioni legate al comportamento inadempiente del lavoratore**

Come nel sistema italiano anche in Germania il rapporto di lavoro può essere risolto dal datore di lavoro mediante un recesso ordinario per ragioni legate al comportamento manchevole del lavoratore, ovvero mediante recesso straordinario senza preavviso se sussistono gli estremi del grave motivo (*wichtiger Grund*). A differenza che in Italia, però, un licenziamento irrogato per motivi legati al comportamento non è assoggettato, per sua natura, alle regole del procedimento disciplinare (salvo in casi eccezionali) ed il lavoratore non deve essere ascoltato prima della sua irrogazione. La giurisprudenza, in applicazione del principio di *extrema ratio*, impone tuttavia al datore di lavoro di dare un previo ammonimento se è dato presumere che, in virtù di esso, il

---

<sup>(33)</sup> Oltre a BAG 13 marzo 2008, 2 AZR 1037/06, cit., cfr. BAG 21 settembre 2006, 2 AZR 607/05, BAG 17 giugno 1999, 2 AZR 522/98, cit. In dottrina, E. STAHLHACKE, U. PREIS, R. VOSSEN, *op. cit.*

lavoratore non reiteri in futuro la condotta manchevole. Il fondamento normativo di tale obbligo è stato rafforzato con il nuovo articolo 314, comma 2, BGB entrato in vigore nel 2002, dove si prevede che, nel caso di violazione di un obbligo contrattuale, il recesso da un contratto di durata debba essere preceduto da un ammonimento. Tale norma fa riferimento all'ipotesi in cui sussiste un "grave motivo", ma può essere applicata anche nel recesso ordinario, nonché nei rapporti di lavoro che non ricadono nel campo di applicazione del KSchG. Nel recente dibattito si è posta l'attenzione sul recesso straordinario, che, ai sensi dell'articolo 626 BGB, si verifica quando sulla base delle circostanze del caso concreto e di un bilanciamento degli interessi in gioco risulta irragionevole aspettarsi la prosecuzione del rapporto. La definizione del *wichtiger Grund* viene effettuata dal BAG sulla base di una valutazione giudiziale che si realizza in due passaggi distinti: occorre anzitutto accertare se una data circostanza di fatto sia di per sé idonea a configurare un *wichtiger Grund* e se il licenziamento si giustifica, appunto, alla luce del bilanciamento degli interessi in gioco. Si tratta di una distinzione che contribuisce a favorire l'obbiettivo della certezza del diritto – e in particolare la prevedibilità della decisione – nonché a rendere più chiaro il campo di applicazione della nozione di *wichtiger Grund*. Peraltro, i principi elaborati dalla giurisprudenza – i quali possono essere disapplicati solo eccezionalmente – non rilevano soltanto ai fini del diritto sostanziale (articolo 626, comma 1, BGB), ma anche per definire, sul piano della disciplina processuale, la possibilità di risoluzione in caso di recesso straordinario inefficace ai sensi degli articoli 9, comma 1, n. 2, e 13, comma 1, n. 3, KSchG<sup>(34)</sup>.

Perché si possa dire che una data circostanza di fatto sia "di per sé idonea" a giustificare un recesso straordinario e, tipicamente, un *wichtiger Grund*, è necessario, come nel sistema italiano, che il comportamento del lavoratore sia stato talmente grave da rendere irragionevole una prosecuzione del rapporto sino alla scadenza del periodo di preavviso. È tuttavia controverso stabilire cosa si intenda per causa "di per sé idonea" a giustificare un recesso straordinario. Secondo l'opinione comunemente accolta, i comportamenti del lavoratore

---

<sup>(34)</sup> Si veda di recente sul punto J-A. WEBER, *Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil wegen eines Bagatelldelikts am Beispiel der "Emmely"-Entscheidung*, in *Recht der Arbeit*, 2011, 108 ss.

penalmente perseguibili e diretti contro il datore di lavoro, specie i reati che coinvolgono la sfera patrimoniale, giustificano di per sé un recesso straordinario <sup>(35)</sup>. Tuttavia, non mancano pronunce nelle quali si afferma che un furto in “circostanze normali” non rappresenta di per sé un grave motivo per un licenziamento in tronco ai sensi dell’articolo 626 BGB <sup>(36)</sup>. In secondo luogo occorre valutare se, alla luce delle «particolari circostanze del singolo caso», debba eccezionalmente escludersi l’idoneità a giustificare un recesso straordinario. A tal fine non assume rilievo decisivo la scarsa entità del danno causato in quanto anche il furto di oggetti di modico valore conduce, di regola, ad un licenziamento per “motivo importante”. Secondo il BAG nel caso in cui il dipendente commetta volontariamente reati contro il patrimonio o contro la proprietà del datore di lavoro, non può essere disconosciuta l’idoneità a giustificare un recesso straordinario solo perché il danno causato al datore di lavoro sia di modesta entità <sup>(37)</sup>. L’entità del danno può avere un peso differenziato ai fini della valutazione della gravità della violazione tenuto conto della posizione rivestita dal dipendente, del tipo di merce sottratta, del particolare rapporto esistente con l’impresa <sup>(38)</sup>.

Infine, per valutare nel singolo caso la ragionevolezza della prosecuzione del rapporto di lavoro, deve essere effettuato un contemperamento tra l’interesse del datore di lavoro ad estinguere immediatamente il rapporto di lavoro e gli interessi personali del dipendente al mantenimento del posto di lavoro. Ci si è chiesti in che misura possa venire in considerazione la durata dell’anzianità di servizio. In linea di principio, se il dipendente ha trascorso in azienda un lungo periodo di tempo senza aver ricevuto alcun richiamo da parte del datore di lavoro, si dovrebbe ritenere ragionevole la prosecuzione del rapporto di lavoro fino alla scadenza del periodo di preavviso <sup>(39)</sup>; ma d’altra parte un reato contro il patrimonio o la proprietà del datore di lavoro, in taluni casi, turba in modo particolare la base fiduciaria del rapporto. In effetti il BAG, nella prima decisione in cui ha preso in considerazione la durata dell’anzianità

---

<sup>(35)</sup> AA.VV., *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, 2009.

<sup>(36)</sup> In un caso di furto di 3/5 sigarette, LAG Hamm 17 marzo 1977, 8 Sa 1348/76; BAG 17 maggio 1984, 2 AZR 3/83.

<sup>(37)</sup> BAG 10 giugno 2010, 2 AZR 541/09.

<sup>(38)</sup> J-A. WEBER, *op. cit.*, 110.

<sup>(39)</sup> BAG 24 marzo 1984, 2 AZR 454/83.

di servizio <sup>(40)</sup>, ha stabilito che anche un furto di oggetti di scarso valore possa giustificare un recesso straordinario sebbene la lunga durata dell'anzianità di servizio deponesse a favore del lavoratore. Nel recente caso *Emmely* – nel quale è sfociato un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale – il BAG <sup>(41)</sup>, nel ribadire che non esistono motivi di licenziamento validi in assoluto, ha accolto il ricorso di una cassiera di un negozio al dettaglio licenziata in tronco per aver incassato due buoni del valore complessivo di 1,30 euro, valorizzando, tra le specifiche circostanze del caso, anche il fatto che la ricorrente era stata per trent'anni alle dipendenze del datore di lavoro senza aver commesso rilevanti inadempimenti degli obblighi contrattuali, e che il danno causato era di lieve entità. Risulta dunque definitivamente acquisito, dopo questa pronuncia, che il furto, specie se di lieve entità, non giustifica necessariamente un recesso straordinario <sup>(42)</sup>. Il giudice è sempre chiamato ad operare un contemperamento di interessi e a valutare caso per caso l'impatto che il comportamento inadempiente può avere sul vincolo fiduciario, le ricadute economiche, il grado di colpa imputabile al lavoratore ed infine l'eventuale rischio di recidiva. Inoltre, il principio di proporzionalità impone di ritenere giustificato il licenziamento qualora, alla luce di una valutazione prognostica, vi sia ragione di presumere che un eventuale ammonimento sarebbe stato superfluo in quanto il dipendente non avrebbe cambiato il proprio comportamento oppure nel caso di una violazione talmente grave da escludere chiaramente qualsiasi indulgenza da parte del datore di lavoro.

## 5. Conclusioni

Volendo concludere questa breve panoramica è significativo constatare che anche in un ordinamento, come quello tedesco, in cui esistono regole legali che incidono in modo assai penetrante sulla libertà d'impresa – si pensi al riconoscimento *ex lege* dell'obbligo di *repêchage* ed alla norma che impone al datore di lavoro, prima di licenziare, di adottare misure di riqualificazione per agevolare le possibilità di riutilizzo

---

<sup>(40)</sup> BAG 12 agosto 1999, 2 AZR 923/98.

<sup>(41)</sup> BAG 10 giugno 2010, cit.

<sup>(42)</sup> In giurisprudenza, LAG Köln 30 settembre 1999, 5 Sa 872/99; LAG Hamburg 8 luglio 1998, 4 Sa 38/97; ArbG Reutlingen 4 giugno 1996, 1 Ca 73/96.

del lavoratore in posizioni alternative – la giurisprudenza, anche con riferimento al licenziamento per motivi economici, sembra assumere un approccio più pragmatico, giacché attribuisce al datore di lavoro ampi margini di libertà in ordine alla determinazione delle finalità economiche del riassetto organizzativo: in presenza di una riduzione del fabbisogno di personale, nella stragrande maggioranza dei casi, il licenziamento è considerato giustificato anche se determinato dall'incremento dei profitti, posizione, questa, che, come s'è visto, difficilmente si può conciliare con i principi costituzionali.



# Il licenziamento nel quadro normativo e giurisprudenziale tedesco

di Golo Weidmann

## 1. Premessa

La legge Fornero, entrata in vigore da poco più di un anno, si è ispirata alle legislazioni europee ed, in particolare, a quella tedesca. In occasione del suo primo anniversario, in questo contributo si passa in rassegna un breve excursus di approfondimento sul regime tedesco di tutela contro i licenziamenti.

In Germania, come anche in Italia, si distingue tra licenziamento senza preavviso, cioè per giusta causa, e licenziamento con preavviso. Il licenziamento per giusta causa è da prendere in considerazione solo se sussistono fatti così gravi da rendere inammissibile la prosecuzione del rapporto di lavoro. Negli altri casi resta solo il licenziamento con preavviso che, di solito, richiede un giustificato motivo.

## 2. Il licenziamento per giusta causa

Il licenziamento per giusta causa è regolato dall'articolo 626 del codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB). Esso richiede innanzitutto che si verifichi una causa che non consente la prosecuzione del rapporto di lavoro fino alla fine del periodo di preavviso. La Corte federale del lavoro (Bundesarbeitsgericht – BAG) ha riconosciuto come causa, in tale senso, per esempio, la commissione di furti o altri reati sul

posto di lavoro <sup>(1)</sup>, l'attività di concorrenza <sup>(2)</sup> o molestie sessuali <sup>(3)</sup>. Per essere legittimo, il licenziamento per giusta causa richiede inoltre che l'interesse del datore di lavoro al licenziamento prevalga sull'interesse del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro. Nel procedere al licenziamento occorre considerare: l'età, l'anzianità di servizio, gli obblighi di mantenimento ed un'eventuale disabilità del lavoratore nonché la gravità della colpa del lavoratore e gli effetti del suo comportamento indebito <sup>(4)</sup>. In sintesi, lo stesso comportamento indebito può giustificare il licenziamento per giusta causa di un lavoratore ma non quello di un altro. Ad esempio un lavoratore padre di famiglia, con una maggiore anzianità di servizio, è privilegiato rispetto ad un lavoratore giovane e single.

Secondo la giurisprudenza della Corte federale del lavoro, il licenziamento per giusta causa richiede per principio che il lavoratore abbia già ricevuto una diffida per un simile comportamento indebito <sup>(5)</sup>. Nella diffida il datore di lavoro rimprovera al lavoratore un determinato comportamento indebito e lo invita ad adempiere ai suoi obblighi contrattuali in futuro. In essa deve essere segnalato che, in caso di ripetuto e simile comportamento, il lavoratore deve aspettarsi un licenziamento <sup>(6)</sup>. La diffida non è necessaria se vi sono fondati elementi per ritenere che il lavoratore, a prescindere dal ricevimento della stessa, non cambierà comunque comportamento in futuro, o se il comportamento è talmente grave che il datore di lavoro evidentemente non lo può tollerare in nessun caso. Secondo la giurisprudenza della Corte federale del lavoro una previa diffida non è quindi necessaria se il lavoratore tradisce gravemente la fiducia del datore di lavoro <sup>(7)</sup> come, per esempio, nei casi di frode o di abuso ed eccesso di potere.

Infine, secondo l'articolo 626, comma 2, BGB, il licenziamento deve avvenire entro il termine di 2 settimane, a decorrere da quando il datore

---

<sup>(1)</sup> BAG 10 giugno 2010, 2 AZR 541/09.

<sup>(2)</sup> BAG 26 giugno 2008, 2 AZR 190/07.

<sup>(3)</sup> BAG 25 marzo 2004, 2 AZR 341/03.

<sup>(4)</sup> Si veda R. MÜLLER-GLÖGE in AA.VV., *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Beck, 2013, § 626 BGB, punti 37 ss.

<sup>(5)</sup> BAG 23 ottobre 2008, 2 AZR 483/07; R. MÜLLER-GLÖGE in AA.VV., *op. cit.*, § 626 BGB, punto 29.

<sup>(6)</sup> R. MÜLLER-GLÖGE in AA.VV., *op. cit.*, § 626 BGB, punto 29a.

<sup>(7)</sup> BAG 10 febbraio 1999, 2 ABR 31/98; BAG 16 dicembre 2010, 2 AZR 485/08.

di lavoro è venuto a conoscenza dei fatti che motivano la giusta causa. Nel caso in cui il lavoratore non riceva la lettera di licenziamento entro il termine di 2 settimane, il licenziamento per giusta causa è invalido. In questo caso il licenziamento per giusta causa può essere convertito in un licenziamento con preavviso ai sensi dell'articolo 140 BGB a meno che manchino i requisiti di un valido licenziamento con preavviso <sup>(8)</sup>.

### **3. Il licenziamento con preavviso**

#### **3.1. Il periodo di preavviso**

La durata del periodo di preavviso può essere prevista dal contratto di lavoro, da un contratto collettivo (*Tarifvertrag*) o dall'articolo 622 BGB. Il periodo di preavviso nei contratti collettivi e nell'articolo 622 varia in base all'anzianità di servizio ed a seconda che si tratti di licenziamento o di dimissioni. Per il datore di lavoro, l'articolo 622 prevede per esempio un periodo di preavviso di 2 settimane durante il patto di prova, di un mese dopo 2 anni d'anzianità e di un massimo di 7 mesi dopo 20 anni d'anzianità. Il periodo di preavviso previsto dal contratto di lavoro non può essere comunque inferiore a quello stabilito da un contratto collettivo (a condizione che il contratto collettivo sia vincolante per entrambe le parti) o dall'articolo 622 BGB.

#### **3.2. La tutela contro i licenziamenti**

In Germania si distingue tra tutela generale e tutela particolare contro i licenziamenti con preavviso. La tutela generale contro i licenziamenti vale per tutti i lavoratori che sono inclusi nel campo di applicazione (illustrato meglio nel § 2.4) della legge di tutela contro i licenziamenti (*Kündigungsschutzgesetz – KSchG*). La tutela particolare invece si applica ai lavoratori che necessitano di una speciale protezione. Per quanto riguarda gli amministratori (*Geschäftsführer*) di una società a responsabilità limitata (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH*) ed i membri del consiglio di amministrazione (*Vorstandsmitglieder*) di una

---

<sup>(8)</sup> BAG 12 maggio 2010, 2 AZR 845/08.

società per azioni (*Aktiengesellschaft* – AG), essi non sono considerati lavoratori ai sensi del KSchG ed ai sensi delle leggi sulla tutela particolare contro i licenziamenti <sup>(9)</sup>.

### *La tutela generale contro i licenziamenti*

L'applicazione o meno del KSchG dipende dalla data d'inizio del rapporto di lavoro e dalle dimensioni dell'azienda. Se il rapporto di lavoro è cominciato il 1° gennaio 2004 o dopo, il KSchG è applicabile solo se l'azienda occupa regolarmente più di 10 lavoratori. Se invece il rapporto di lavoro ha avuto inizio prima del 1° gennaio 2004, la legge va applicata solo se l'azienda, il 31 dicembre 2003, aveva già regolarmente più di 5 dipendenti e se, al momento del licenziamento, occupa ancora più di 5 lavoratori <sup>(10)</sup>. Inoltre il KSchG si applica solo se il rapporto di lavoro, al momento del licenziamento, ha una durata di oltre 6 mesi. Secondo l'articolo 1, un licenziamento per essere valido deve fondarsi su un motivo socialmente giustificato, dipendente dalla persona del lavoratore, dalla sua condotta o da ragioni legate all'attività aziendale. Se invece la legge non è applicabile, il lavoratore può essere licenziato senza motivo, a meno che esso non goda della tutela particolare contro i licenziamenti.

Un motivo socialmente giustificato, dipendente dalla persona (*personenbedingte Gründe*), è per esempio la sopravvenuta infermità permanente <sup>(11)</sup>, lo scarso rendimento <sup>(12)</sup> ovvero provvedimenti delle autorità che riguardano la persona del lavoratore e che rendono la sua prestazione non eseguibile <sup>(13)</sup>.

Per esempio, affinché il licenziamento per la sopravvenuta infermità permanente sia valido, devono sussistere le seguenti condizioni. Lo stato di malattia del lavoratore deve essere tale da non consentire una prognosi di guarigione. Detta prognosi deve essere fatta sulla base delle condizioni esistenti al momento del ricevimento della lettera di licenziamento. Lo

---

<sup>(9)</sup> BGH 9 febbraio 1978, II ZR 189/76; BAG 15 aprile 1982, 2 AZR 1101/79; H. EISEMANN in W. KÜTTNER (a cura di), *Personalbuch 2013*, Beck, 2013, *Kündigungsschutz*, punto 59.

<sup>(10)</sup> BAG 21 settembre 2006, 2 AZR 840/05.

<sup>(11)</sup> BAG 29 luglio 1993, 2 AZR 155/93.

<sup>(12)</sup> BAG 11 dicembre 2003, 2 AZR 667/02.

<sup>(13)</sup> BAG 7 febbraio 1990, 2 AZR 359/89.

sviluppo successivo della malattia non può essere usato né per confermare né per correggere la prognosi. Se il datore di lavoro non conosce lo stato di salute del lavoratore, esso può fare riferimento alla precedente durata dell'incapacità di lavoro e concludere da essa che sussiste il rischio di un'infermità permanente anche in futuro. Per giustificare la prognosi, l'incapacità di lavoro precedente deve avere una durata sufficientemente lunga <sup>(14)</sup>. Benché non esistano termini fissi <sup>(15)</sup>, una durata di 2 anni di solito viene considerata sufficientemente lunga. Inoltre l'incapacità di lavoro del lavoratore deve aver causato un notevole turbamento dello svolgimento dell'attività lavorativa in azienda ovvero notevoli spese del datore di lavoro. Un notevole turbamento dello svolgimento dell'attività lavorativa in azienda sussiste se l'incapacità di lavoro del lavoratore provoca, per esempio, un calo di produzione o un carico eccessivo di lavoro per altri lavoratori. Il datore di lavoro ha spese notevoli se l'assenza per malattia <sup>(16)</sup> del lavoratore supera le 6 settimane all'anno <sup>(17)</sup>. Secondo la giurisprudenza della Corte federale del lavoro, il licenziamento è legittimo se il datore di lavoro ha cercato di reinserire il lavoratore malato nel posto di lavoro (*Betriebliches Eingliederungsmanagement* – BEM) <sup>(18)</sup>. Qualora il lavoratore sia malato ininterrottamente per più di 6 settimane nel giro di un anno, il datore di lavoro deve procedere ad un BEM ai sensi del libro IX, articolo 84, comma 2, SGB.

Infine – come nel caso del licenziamento per giusta causa – il licenziamento è fondato se, dopo un bilanciamento tra l'interesse del datore di lavoro al licenziamento e quello del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro, il primo prevale <sup>(19)</sup>.

Un motivo socialmente giustificato, dipendente dalla condotta del lavoratore (*verhaltensbedingte Gründe*), è determinato da una notevole lesione degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore come ripetuti

---

<sup>(14)</sup> Si veda H. OETKER in AA.VV., *op. cit.*, § 1 KSchG, punti 114 ss.

<sup>(15)</sup> BAG 10 novembre 2005, 2 AZR 44/05.

<sup>(16)</sup> In Germania, se il lavoratore è malato, ha diritto a piena retribuzione per un massimo di 6 settimane.

<sup>(17)</sup> Si veda H. EISEMANN in W. KÜTTNER (a cura di), *op. cit.*, *Kündigung, personenbedingte*, punto 15.

<sup>(18)</sup> BAG 24 marzo 2011, 2 AZR 170/10.

<sup>(19)</sup> BAG 29 luglio 1993, cit.

ritardi <sup>(20)</sup>, attività di concorrenza <sup>(21)</sup>, finzione di una malattia <sup>(22)</sup> e molestie sessuali sul posto di lavoro <sup>(23)</sup>.

Il licenziamento per motivo socialmente giustificato deve anche essere proporzionato, ossia è illegittimo se il datore di lavoro avrebbe potuto procedere diversamente con mezzi più favorevoli al lavoratore quali la diffida, il trasferimento o il recesso modificativo <sup>(24)</sup>. Infine, anche il licenziamento per motivo socialmente giustificato, dipendente dalla condotta, richiede un bilanciamento dell'interesse del datore di lavoro al licenziamento e quello del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro <sup>(25)</sup>.

Il licenziamento per motivo socialmente giustificato da ragioni legate all'attività aziendale (*betriebsbedingte Gründe*) può essere preso in considerazione quando il datore di lavoro vuole operare un riassetto organizzativo <sup>(26)</sup>, ridurre l'attività produttiva <sup>(27)</sup> ovvero addirittura chiudere l'azienda <sup>(28)</sup>. Esso richiede quindi che il volume di lavoro si sia ridotto (cioè motivi aziendali hanno condotto ad una decisione imprenditoriale per la quale il posto di lavoro è soppresso). Al giudice è, in tal caso, inibito il potere di sindacare il merito della decisione imprenditoriale. Esso può, però, valutare se il volume di lavoro si sia davvero ridotto a causa della decisione imprenditoriale <sup>(29)</sup>. Il licenziamento del lavoratore, inoltre, deve essere inevitabile, cioè al lavoratore non può essere assegnato un altro posto di lavoro vacante equivalente o di livello inferiore per disposizione o recesso modificativo <sup>(30)</sup>. Oltre a ciò il datore di lavoro deve fare una selezione sociale (*Sozialauswahl*), cioè deve licenziare i lavoratori per i quali la perdita del posto di lavoro ha effetti meno gravosi. I criteri di scelta del licenziamento sono gli obblighi di mantenimento, l'anzianità di servizio,

---

<sup>(20)</sup> BAG 27 febbraio 1997, 2 AZR 302/96.

<sup>(21)</sup> BAG 6 agosto 1987, 2 AZR 226/87.

<sup>(22)</sup> BAG 23 giugno 2009, 2 AZR 532/08.

<sup>(23)</sup> BAG 5 giugno 2008, 2 AZR 234/07.

<sup>(24)</sup> BAG 22 luglio 1982, 2 AZR 30/81.

<sup>(25)</sup> Si veda H. EISEMANN in W. KÜTTNER (a cura di), *op. cit.*, *Kündigung, verhaltensbedingte*, punti 11 e 12.

<sup>(26)</sup> BAG 10 ottobre 2002, 2 AZR 598/01.

<sup>(27)</sup> BAG 15 giugno 1989, 2 AZR 600/88.

<sup>(28)</sup> BAG 16 febbraio 2012, 8 AZR 693/10.

<sup>(29)</sup> BAG 7 luglio 2005, 2 AZR 399/04.

<sup>(30)</sup> Si veda H. OETKER in AA.VV., *op. cit.*, § 1 KSchG, punto 250.

l'età e un'eventuale disabilità del lavoratore, secondo l'articolo 1, comma 3, KSchG.

In sintesi si può dire che quando trova applicazione il KSchG, la giurisprudenza richiede molti requisiti per avere un licenziamento valido. Infatti spesso, in questo caso, i licenziamenti si dimostrano invalidi.

#### *La tutela particolare contro i licenziamenti*

La tutela particolare contro i licenziamenti esiste a fianco della tutela generale e va rispettata sia nel caso di licenziamento con preavviso che nel caso di licenziamento per giusta causa. Si applica, per esempio, alle lavoratrici in gravidanza ed alle madri fino a 4 mesi dopo la nascita del bambino (articolo 9 della legge di tutela della maternità, *Mutterschutzgesetz* – MuSchG), per i lavoratori durante i periodi di fruizione di congedi parentali (articolo 18 della legge federale sull'assegno ed il congedo parentale, *Bundeselterngehalt- und Elternzeitgesetz* – BEEG) ovvero per lavoratori a cui è stato riconosciuto un grado di disabilità di almeno 50 (articolo 85, libro IX, del codice di previdenza sociale, *Sozialgesetzbuch* – SGB). In tutti questi casi il licenziamento è possibile solo in via eccezionale e solo dopo previa approvazione dell'ente competente. Dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'11 novembre 2010 <sup>(31)</sup>, il MuSchG va applicato anche alle amministratrici di una società a responsabilità limitata <sup>(32)</sup>.

#### **4. Il ruolo del comitato aziendale**

Se l'azienda ha un comitato aziendale (*Betriebsrat*), il datore di lavoro deve consultarlo prima di comunicare il licenziamento (licenziamento per giusta causa e licenziamento con preavviso), secondo l'articolo 102 della legge sull'ordinamento aziendale (*Betriebsverfassungsgesetz* – BetrVG). A tal fine il datore di lavoro deve informare il comitato aziendale sui motivi del licenziamento e sui dati personali del lavoratore.

---

<sup>(31)</sup> C. Giust. 11 novembre 2010, causa C-232/09, *Danosa*.

<sup>(32)</sup> Si veda K. REISERER, *Arbeitnehmerschutz für Geschäftsführer? Die Danosa-Entscheidung des EuGH und ihre Auswirkungen*, in *Der Betrieb*, 2011, n. 40, 2262 ss.

Dette informazioni servono a mettere il comitato aziendale nelle condizioni di giudicare se il licenziamento è socialmente giustificato o meno. Il comitato aziendale a sua volta può opporsi al licenziamento ed ha il diritto di avanzare delle riserve entro una settimana dalla comunicazione o entro 3 giorni nel caso di un licenziamento per giusta causa. L'opposizione del comitato aziendale è solo possibile per i motivi previsti esplicitamente dalla legge. Per esempio, secondo l'articolo 102, comma 3, BetrVG, il comitato aziendale può opporsi al licenziamento se il datore di lavoro non ha preso in considerazione sufficientemente gli aspetti sociali o se al lavoratore potrebbe essere assegnato un posto di lavoro vacante nell'impresa. In alternativa il comitato può esprimere il suo consenso o semplicemente tacere. Se il datore viene meno al suo obbligo di consultazione, il licenziamento è invalido. In pratica succede spesso che il datore di lavoro vuole licenziare il lavoratore per giusta causa e quindi consulta il comitato aziendale soltanto in merito ad esso e non anche, in subordine, in riferimento ad un licenziamento con preavviso. Se, in questo caso, il licenziamento per giusta causa risulta invalido, esso non può più essere convertito in un licenziamento con preavviso valido perché manca la consultazione del comitato in ordine al licenziamento con preavviso.

L'opposizione del comitato al licenziamento non lo rende illegittimo. In questo caso il datore di lavoro deve impiegare il dipendente – se questi lo richiede e se ha impugnato il licenziamento – al proprio posto fino al passaggio in giudicato della sentenza. Il datore di lavoro può però chiedere di essere esonerato da quest'obbligo, se tale impiego porta ad un'insostenibile imposizione economica o se l'opposizione del comitato aziendale oppure l'impugnazione del lavoratore appaiono apparentemente infondate.

## **5. L'obbligo di consultare il lavoratore**

Il datore di lavoro non ha l'obbligo di consultare il lavoratore stesso prima del licenziamento, tranne nei casi di licenziamento per motivi di sospetto (*Verdachtskündigung*) <sup>(33)</sup>. Tale licenziamento richiede che sussista il forte sospetto di una notevole lesione degli obblighi contrattuali

---

<sup>(33)</sup> BAG 28 novembre 2007, 5 AZR 952/06.

da parte del lavoratore <sup>(34)</sup>. Anche se la legge non prevede delle formalità per la consultazione, è consigliabile invitare il lavoratore alla consultazione per iscritto e informandolo in merito a quali saranno gli argomenti della consultazione. La consultazione deve trattare tutti gli argomenti rilevanti per il sospetto, cioè sia quelli a carico che quelli non a carico del lavoratore <sup>(35)</sup>. Se il datore viene meno al suo obbligo di consultazione, il licenziamento è invalido.

## 6. L'impugnazione del licenziamento

Il lavoratore deve impugnare il licenziamento entro 3 settimane dal ricevimento della lettera di licenziamento presso il tribunale competente, in caso contrario il licenziamento è ritenuto valido. In seguito alla presentazione dell'impugnazione, il giudice fissa un'udienza di conciliazione (*Güteverhandlung*) entro 3 settimane. Quest'udienza ha soltanto lo scopo di conciliare la causa. Se questo tentativo fallisce, il giudice fissa l'udienza per la discussione entro 2 o 3 mesi. Durante quest'udienza il giudice interroga liberamente le parti e tenta ancora una volta la conciliazione della causa. Infatti, secondo un'indagine dello Statistisches Bundesamt <sup>(36)</sup>, nel 2011 il 70% delle cause si concludeva entro 3 mesi dall'impugnazione ed il 90% di esse tramite conciliazione. Se nel corso della causa le parti trovano un accordo, devono darne atto in un verbale di conciliazione, che poi viene ratificato dal giudice.

La maggior parte delle conciliazioni prevede la risoluzione del rapporto di lavoro ed il pagamento di un indennizzo. L'ammontare e il calcolo dell'indennizzo non sono vincolati dalla legge. Esiste però una prassi secondo la quale l'indennizzo viene calcolato sulla base della seguente formula: 0,5 mensilità per ogni anno di servizio. A seconda delle prospettive dell'impugnazione e dell'età del lavoratore, l'indennizzo può essere più basso o più alto. Un indennizzo pari a una mensilità per ogni anno di servizio viene considerato alto.

Se i tentativi di conciliazione falliscono il giudice pronuncia una sentenza. Se accoglie la richiesta del lavoratore, cioè se ritiene che il

---

<sup>(34)</sup> BAG 26 settembre 2002, 2 AZR 424/01.

<sup>(35)</sup> *Ibidem*.

<sup>(36)</sup> Cfr. STATISTISCHES BUNDESAMT, *Arbeitsgerichte 2011*, Fachserie 10, Reihe 2.8, 11 settembre 2012.

licenziamento sia illegittimo, il lavoratore viene reintegrato. La reintegrazione deve avvenire riammettendo il lavoratore nel medesimo posto che occupava prima del licenziamento. Inoltre il lavoratore ha diritto ad un risarcimento del danno pari ad un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, maturata dal giorno della scadenza del periodo di preavviso sino a quello dell'effettiva reintegrazione. Da quest'indennità viene però dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative.

# NOTIZIE SUGLI AUTORI

<b>Roberto Cosio</b>	Avvocato del Foro di Catania
<b>Raffaello Santagata</b>	Ricercatore di Diritto del lavoro – Seconda Università degli Studi di Napoli
<b>Alessandro Veltri</b>	Dottore di ricerca di Diritto del lavoro – Università di Roma “Sapienza”
<b>Golo Weidmann</b>	Avvocato – Studio legale WilmerHale LLP, Francoforte sul Meno
<b>Rosita Zucaro</b>	Dottoranda della Scuola internazionale di dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro – Università degli Studi di Bergamo, ADAPT e CQIA



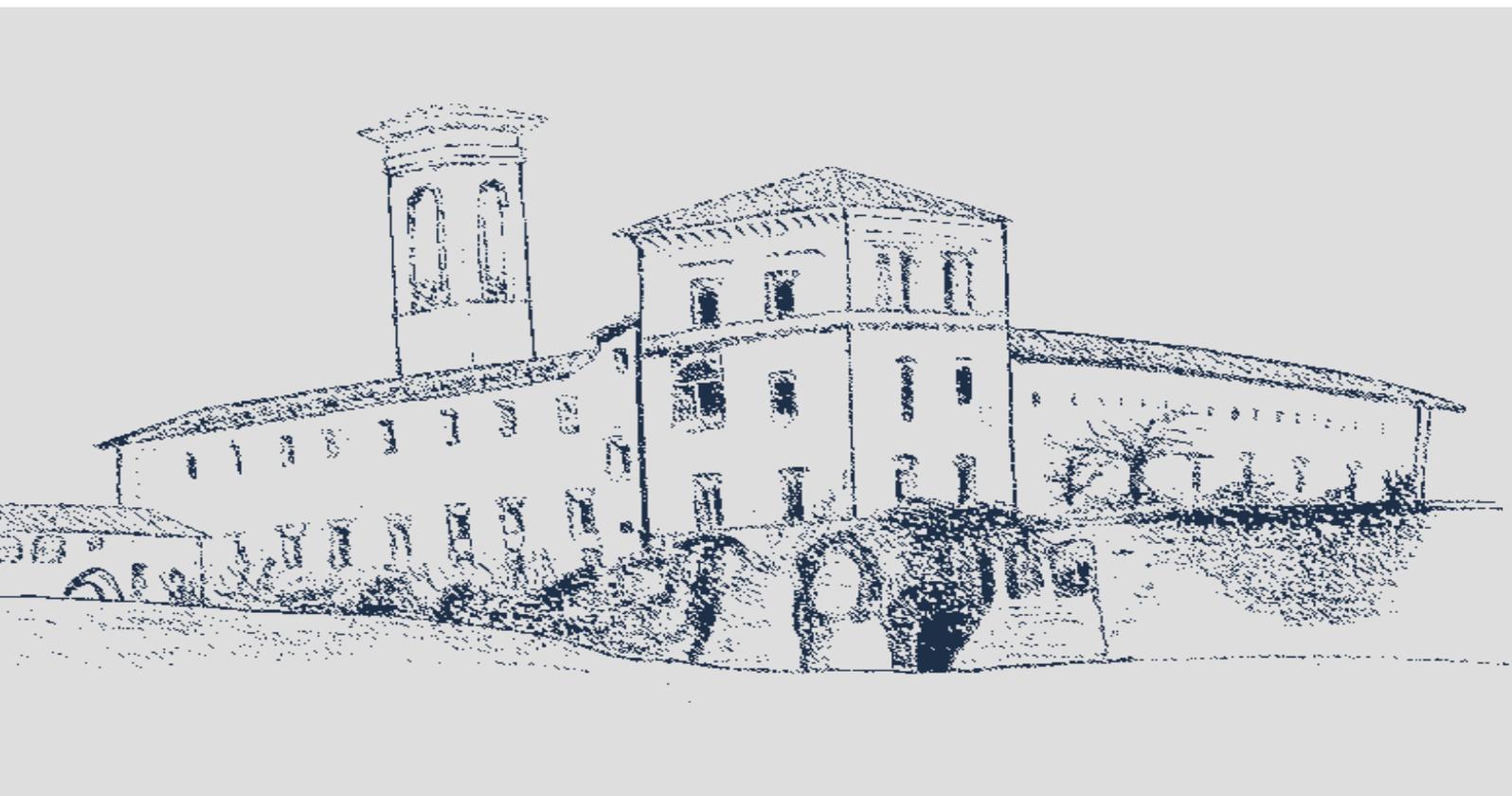
# SOCI ADAPT

ABI	Confesercenti	Fondazione CRUI
Adecco Italia	Confimi Impresa	Fondazione studi consulenti del lavoro
ADHR Group	Confindustria	Fondirigenti
Agens	Confindustria Bergamo	GE Oil & Gas – Nuovo Pignone
AgustaWestland	Confindustria Verona	Generazione vincente
Aifos	Confprofessioni	Gi Group
Ailog	Conservas Italia	Gruppo Manutencoop
ANCC-Coop	Consorzio formazione&lavoro	IKEA Italia Retail
ANCE	Coopfond-Legacoop nazionale	INAIL
Angem	Cremonini	Isfol
ANINSEI	Dussmann Service	Italia lavoro
Anmil Onlus	Ebinter	LVH-APA
Associazione Industriali della Provincia di Vicenza	Ebiter Taranto	Manpower
Assoimprenditori Alto Adige	Electrolux Italia	Marelli motori
Assolavoro	Elior Ristorazione	MCL
Assosistema	Enel	Micron Technology
Bachelor	Eni	Obiettivo lavoro
Banca Popolare dell'Emilia Romagna	Esselunga	Poste italiane
Chiesi Farmaceutici	Farmindustria	Provincia di Verona
CIA	Federalberghi	Quanta
Cimolai	Federdistribuzione	Randstad Italia
CISL	Federmeccanica	Sodexo Italia
CISL FP	Federtrasporto	Synergie Italia agenzia per il lavoro
CNA	Fedit	Telecom Italia
CNA pensionati	Ferrovie dello Stato italiane	UGL
Coldiretti	FILCA-CISL	UIL
Confagricoltura	Fincantieri	Umana
Confartigianato	FIPE	Unindustria Bologna
Confcommercio	FISASCAT-CISL	Unindustria Treviso
Confcooperative	FIT-CISL	Union Labor
	FLAEI-CISL	

# ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

---

**ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro**



**ADAPT**  
www.adapt.it  
**UNIVERSITY PRESS**