

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Diritto pubblico comparato

LICENZIAMENTI IN AMBITO COMUNITARIO:

RAFFRONTO TRA I PRINCIPALI ORDINAMENTI

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Raffaele Fabozzi

CANDIDATA

Ilenia Pretola

Matr.105353

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Roberto Pessi

ANNO ACCADEMICO 2012-2013

INDICE

INTRODUZIONE.....pag. 6

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEI LICENZIAMENTI IN ITALIA

1. I licenziamenti individuali: origine storica e normativa di riferimento.....pag.12
2. I licenziamenti individuali e l'attuale disposto dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.....pag.18
 - 2.1. La tutela e la garanzia nelle ipotesi di licenziamenti nulli.....pag.21
 - 2.2. La giusta causa e il giustificato motivo soggettivo.....pag.26
 - 2.3. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.....pag.37
 - 2.4. Il licenziamento "sostanzialmente" e "formalmente" disciplinare.....pag.46
3. I licenziamenti collettivi: procedura d'irrogazione.....pag.51
 - 3.1. Collocamento in mobilità e licenziamento collettivo.....pag.63
 - 3.2. Licenziamento collettivo e riforma Fornero.....pag.70
4. L'impugnazione del licenziamento.....pag.73
5. L'azione giudiziale contro i licenziamenti.....pag.75

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEI LICENZIAMENTI IN FRANCIA

1. Introduzione.....pag.83
2. Licenziamenti per motivi personali.....pag.87
3. Licenziamenti per motivi economici.....pag.98
4. Licenziamenti individuali.....pag.105
5. Licenziamenti collettivi.....pag.115
6. Il rapporto d'impiego e il trasferimento d'azienda.....pag.125

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEI LICENZIAMENTI IN GERMANIA

1. Il sistema tedesco nel quadro comparato.....pag.129
2. Le cause del licenziamento.....pag.139
 - 2.1. Breve descrizione del licenziamento per motivo inerente la persona: ragioni personali e motivi che ineriscono al comportamento del lavoratore.....pag.142
 - 2.2. La fattispecie legata alle ragioni economiche e aziendali.....pag.149
 - 2.3. I motivi oggettivi e l'obbligo del reimpiego nel licenziamento in Germania.....pag.156

3. La ragione sociale nei licenziamenti collettivi.....psg.159
4. Il potere disciplinare nel settore privato e pubblico.....pag.164
5. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di licenziamenti collettivi.....pag.167
6. L'interpretazione del § 613 IV co. BGB: il divieto di licenziamento nel caso di trasferimento d'azienda.....pag.170
7. La reintegrazione del lavoratorepag.174

CAPITOLO IV

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEI LICENZIAMENTI NEL REGNO UNITO

1. Premessa.....pag.177
2. Il licenziamento individuale e le specifiche ipotesi di protezione contro il licenziamentopag.180
 - 2.1. Il licenziamento per raggiungimento dei requisiti pensionistici.....pag.186
3. Il licenziamento individuale: le ragioni giustificatrici del licenziamento.....pag.188
4. La tutela del lavoratore illegittimamente licenziato.....pag.194
5. Le altre ipotesi di licenziamento illegittimo con particolare attenzione alla regola del preavviso.....pag.200

6.	La categoria del licenziamento per eccedenza: i licenziamenti per redundancy individuali e collettivi.....	pag.205
7.	Le peculiarità del collective dismissal.....	pag.211
8.	Il potere disciplinare in Gran Bretagna.....	pag.217
	CONCLUSIONI.....	pag.220
	BIBLIOGRAFIA.....	pag.238
	SITOGRAFIA.....	pag.253

INTRODUZIONE

Il presente elaborato rappresenta uno studio comparato basato sulla materia del licenziamento nei principali Paesi dell'Unione Europea (ossia l'Italia, la Francia, la Germania e il Regno Unito) finalizzato all'individuazione del grado di flessibilità introdotto nel nostro sistema e paragonarlo con gli altri principali sistemi Europei. Si pone pertanto lo scopo di esaminare tutte le principali novità introdotte dal nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori e raffrontarle con i singoli sistemi normativi, riconoscendo analogie e differenze con le diverse tutele apprestate ai lavoratori licenziati negli altri principali paesi Europei.

Ogni capitolo, dedicato ad un differente stato, esaminerà i singoli motivi di licenziamento ammessi dalla normativa giuslavorista, la giurisprudenza di riferimento e le conseguenze della violazione delle norme in tema di licenziamento da parte del datore di lavoro e la specifica tutela garantita al lavoratore. Seppure con importanti differenze, le ragioni che giustificano un licenziamento sono in tutti i Paesi riconducibili a ragioni soggettive, fatti e comportamenti imputabili al lavoratore che possono anche non necessariamente costituire un inadempimento alle obbligazioni lavorative o oggettive, in quanto è richiesta non solo la prova delle ragioni che determinano la necessità di sopprimere quella posizione lavorativa ma è anche necessario rispettare dei criteri di scelta oggettivi tra posizioni fungibili. L'obbligatorietà di una procedura di previa contestazione degli addebiti al lavoratore in caso di licenziamento per ragione soggettiva è regola comune a molti Stati europei.

Lo studio dei singoli licenziamenti individuali non può prescindere dalla considerazione dei legami con i licenziamenti collettivi perché l'incidenza finale, anche nell'ambito di questi, è sui singoli rapporti. Di norma vengono utilizzati criteri quali l'anzianità e i carichi di famiglia del lavoratore al fine di tutelare i soggetti che potrebbero risultare di più difficile rioccupazione.

La parte iniziale della presente ricerca viene dedicata al nostro sistema interno delineato principalmente dal nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori. La Legge n. 92 del 28 Giugno 2012, nota come Riforma Fornero, ha introdotto nel sistema giuslavoristico italiano numerose novità in materia di riforma del mercato del lavoro, tra cui la modifica dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori (L. 300/1970) che disciplina le ipotesi di reintegra nel posto di lavoro per i licenziamenti illegittimi.

La necessità principale posta alla base della riforma è regolare la flessibilità in uscita e rendere più realizzabili i licenziamenti, prendendo spunto anche da altri sistemi giuslavoristi in Europa.

Nel I capitolo, dunque, dopo aver introdotto l'evoluzione normativa esaminerò i vari tipi di licenziamento, sia individuale (giusta causa, giustificato motivo) che collettivo, con particolare attenzione alle diverse forme di tutela che il Legislatore, a seguito dell'introduzione della riforma Fornero, ha garantito al lavoratore illegittimamente licenziato. Si prenderanno, infatti, le mosse dal regime più garantista quello di c.d. tutela reale "forte" previsto nei casi di licenziamenti dichiarati illegittimi perché discriminatori, ovvero perché intimati in concomitanza di matrimonio, o disposti in violazione delle norme a tutela della maternità e della paternità, ovvero perché riconducibili ad altri casi di nullità previsti dalla legge, o per motivo illecito, inefficaci perché intimati in forma orale. Si passerà all'esame del regime di tutela reintegratoria quella c.d. "attenuata", applicato in alcuni ipotesi, tassativamente indicate dalla legge, di mancanza di giustificato motivo e giusta causa. Infine si prenderà in esame la tutela meramente indennitaria che avrà la caratteristica di non rimuovere gli effetti del licenziamento intimato (non prevedendo reintegra o riassunzione), ma di attribuire al lavoratore solo il diritto al pagamento di una indennità risarcitoria. In alcuni casi, l'ammontare della indennità sarà cospicua (compresa tra dodici e ventiquattro mensilità della retribuzione globale di fatto); in altri, invece, la tutela garantita al lavoratore sarà "ridotta o attenuata", attribuendo al dipendente licenziato ingiustamente solo una piccola indennità variabile tra sei e dodici mensilità della retribuzione globale di fatto.

Il lavoratore che intenda contestare la legittimità del licenziamento è tenuto ad attivarsi impugnando l'atto entro un termine piuttosto breve (sessanta giorni) dalla comunicazione in forma scritta dello stesso.

La legge 28 giugno 2012 n. 92 ha introdotto un vero e proprio rito per le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti solo ed esclusivamente nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge n. 300/70 così come modificato dall'articolo n. 42 della legge 92/2012, "anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro". Tra gli scopi principali della nuova normativa vi è quello di fornire uno strumento giudiziario più snello e più celere per consentire decisioni immediate su questioni particolarmente delicate come è

l'impugnativa del licenziamento evitando così l'eccessivo ricorso ai procedimenti d'urgenza di natura cautelare. La Francia, invece, non prevede nessuna disposizione processuale specifica per l'impugnativa del licenziamento.

Nel II capitolo l'attenzione si rivolgerà alla disciplina del licenziamento in Francia, partendo dalla legge del 13 luglio 1973 n.73-680 che impone all'imprenditore di seguire una determinata procedura qualora voglia effettuare un licenziamento individuale e contemporaneamente, subordina la legittimità della risoluzione del rapporto all'esistenza di "una causa seria e reale".

Il licenziamento legittimo deve essere sorretto da un motivo lecito (causa reale e seria) e deve essere realizzato con l'osservanza di una "procedura privata" di tipo "non contenzioso" che permetta al lavoratore, a fronte di una contestazione, di evidenziare il suo punto di vista. E' bene puntualizzare che non esiste una definizione legale del motivo reale e serio per cui l'individuazione di entrambe queste qualità si deve all'elaborazione giurisprudenziale.

Poi la legge del 3 gennaio del 1975 n. 75-1349 introduce disposizioni particolari attinenti al licenziamento per motivi economici, queste impongono da una parte la consultazione dei rappresentanti del personale su ogni progetto di licenziamento collettivo e dall'altra sottomettono sia i licenziamenti per motivi economici che individuali a un controllo amministrativo. Un'ulteriore variazione si realizza con la legge del 30 novembre 1986 con cui vengono modificate le procedure del licenziamento e con un'altra dello stesso giorno che ha regolato il controllo giurisdizionale sulle riduzioni di personale.

Il licenziamento individuale per motivi soggettivi può essere fondato su una pluralità di motivi attinenti alla persona del lavoratore; il licenziamento per motivi oggettivi, invece, è giustificato solo se causato da problemi economici della società o dalla necessità di operare una ristrutturazione della stessa al fine di mantenere il proprio spirito di competizione.

La legislazione francese prevede una temporanea irrecedibilità da parte del datore di lavoro nei periodi di sospensione del rapporto conseguenti a gravidanza, congedo di maternità o di adozione, malattia professionale o infortunio derivante da un'incidente sul lavoro e sciopero legittimo.

Nel III capitolo affronterò la disciplina dei licenziamenti in Germania basandomi sulle fonti principali, la “Legge sulla tutela in caso di licenziamento” (KSchG) che si applica sia ai lavoratori del settore privato sia alla maggior parte dei dipendenti pubblici e il Codice civile (BGB).

Merita precisare che la legislazione tedesca non conosce la netta distinzione tra licenziamento di un individuo e licenziamento collettivo (Massenentlassung) che è caratteristica della disciplina italiana. Mi soffermerò in maniera ampia sulle tre cause di giustificazione del licenziamento: ragioni concernenti la persona del lavoratore, quelle riguardanti la condotta del lavoratore e quelle economiche. In analogia con gli altri paesi europei particolari tutele contro il licenziamento godono i disabili, le lavoratrici in maternità, i membri delle rappresentanze sindacali e coloro che fruiscono del congedo parentale. Il licenziamento, come anche in Italia, rappresenta l’extrema ratio: il datore di lavoro, prima di procedere al licenziamento, deve aver valutato tutte le misure alternative, quali ad esempio il trasferimento e la ricollocazione del lavoratore.

L’obbligo di reintegrazione a seguito della declaratoria di invalidità del licenziamento in Germania costituisce un elemento peculiare, infatti, sussiste solo qualora il dipendente sia stato licenziato per ragioni oggettive ma, successivamente, le stesse vengono meno e il datore si trovi nella necessità di dover procedere a nuove assunzioni e nella seconda ipotesi, qualora il lavoratore sia stato licenziato a causa del perdurare del suo stato di malattia, e successivamente riacquisti la capacità di svolgere la prestazione lavorativa a cui era addetto.

Nel capitolo conclusivo, l’attenzione si sposta su un sistema giuslavorista diverso: quello Inglese. Nel Regno Unito, come vedremo, la tutela del lavoratore licenziato viene fornita, sotto un primo profilo, da un sistema normativo complesso in vigore dal 1978 rubricato 'Employment Protection Consolidation Act. Il legislatore inglese ha dettato i principi in tema di motivi legittimi di licenziamento e tutela del lavoratore. Come avremo modo di approfondire, infatti, anche nel Regno Unito a fronte di un licenziamento considerato illegittimo (Unfair dismissal), il lavoratore può, caso per caso, essere reintegrato nel posto di lavoro / riassunto ovvero risarcito con una indennità parametrata alla retribuzione percepita.

Nel Regno Unito si applica tale disciplina al dipendente che abbia un *contract of service* (employee) e non a un semplice worker (lavoratore autonomo).

Il sistema Britannico, tuttavia, è caratterizzato da una peculiarità che lo rende diverso dagli altri sistemi esaminati, in quanto per usufruire della tutela dettata per l'*unfair dismissal* un dipendente deve aver lavorato per il datore di lavoro per un periodo non inferiore a due anni. Sotto altro profilo, nel sistema di diritto inglese, il lavoratore licenziato, in alcuni casi potrà invocare anche la tutela apprestata dal *Common law*, in tema di inadempimento del contratto di lavoro. La legge inglese prevede infatti che al lavoratore licenziato per ragioni oggettive (*redundancy*) spetti una speciale indennità (*statutory redundancy payment*) che varia a seconda dell'età e dell'anzianità di servizio del lavoratore licenziato.

La recente legge sui licenziamenti per raggiungimento dei requisiti pensionistici è molto complessa e prevede che il datore di lavoro possa, nel rispetto di una specifica procedura, legittimamente licenziare il lavoratore che abbia compiuto 65 anni. Il mancato rispetto di tale procedura determina l'illegittimità del licenziamento, in alcune ipotesi anche la possibile qualificazione del licenziamento come discriminatorio.

Farò un'analisi approfondita sulla circostanza che il datore di lavoro potrà dunque recedere legittimamente in presenza di *capability*, *qualification*, *misconduct*, *illegality* e *redundancy*.

Saranno presi in esame i due istituti di *reinstatement* o *re-engagement*, i quali possono essere considerati, sotto il profilo degli effetti, analoghi ai nostri rimedi di reintegra e riassunzione previsti rispettivamente dall'art 18 dello Statuto dei Lavoratori e dell'art. 8 della legge 604 del 15 luglio 1966.

Terminato l'esame della normativa sui licenziamenti in generale, passerò ad analizzare alcune specifiche ipotesi e precisamente quelle che si determinano in relazione all'esercizio della libertà sindacale, sciopero o altra azione di lotta concertata, gravidanza, discriminazione per razza o sesso e infine salute e sicurezza dei lavoratori.

Delineato il quadro complessivo si potranno, in conclusione, compiere le valutazioni e le relative comparazioni tra stati e tra i diversi sistemi, individuando caso per caso le differenze e le difformità più eclatanti, ma

anche mettendo in risalto le analogie; il tutto al fine di valutare l'effettivo grado di flessibilità e garanzia accordato nei diversi paesi.

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEI LICENZIAMENTI IN ITALIA

1. I licenziamenti individuali: origine storica e normativa di riferimento

La forma di estinzione del rapporto di lavoro è costituita dal potere di recesso del datore di lavoro e del lavoratore denominato, rispettivamente, licenziamento e dimissioni: questi istituti sono regolati dagli articoli 2118 e 2119 c.c.¹. Sono entrambi negozi unilaterali recettizi che acquistano efficacia nel momento in cui i destinatari ne vengono a conoscenza.

Il licenziamento è atto unilaterale del datore di lavoro; deve, quindi, provenire dallo stesso o da un suo rappresentante munito del relativo potere².

Nel codice civile il licenziamento e le dimissioni ricevono una disciplina identica, mentre la normativa successiva ha preso atto della disparità di potere contrattuale delle parti e ha limitato progressivamente l'esercizio del potere di licenziamento³.

Storicamente, la prima disciplina avente ad oggetto il rapporto di lavoro, si rinviene nel codice civile del 1865, il quale nel capitolo dedicato alla locazione di opere vietava espressamente ai lavoratori di obbligarsi a prestare la propria opera “*se non a tempo o per una determinata impresa*”⁴.

La norma, anche in ragione del periodo storico nel quale veniva elaborata, si poneva evidentemente lo scopo di tutelare l'interesse del lavoratore alla temporaneità del vincolo obbligatorio, piuttosto che alla sua conservazione

¹ SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori – Diritto sindacale e rapporti di lavoro*, Torino, 2013, p.358

² PESSI R., *Diritto del lavoro*, Torino, 2013, p.364

³ PELLACANI G., *Licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, p.13

⁴ www.giuri.unipd.it

e di evitare la nascita di un legame inscindibile troppo vicino ai principi di tipo feudale. È chiaro, infatti, che in tale ottica il legislatore non si creava affatto il problema della cessazione del rapporto di lavoro e del conseguente interesse del prestatore d'opera alla conservazione del proprio contratto di lavoro; ma ciò si dimostrò inadeguato⁵.

Successivamente il rapporto di lavoro privato ha trovato la sua regolamentazione nel codice civile del 1942: questo mutava radicalmente la "visione" del rapporto di lavoro affermando, quale regola generale, il principio della natura indeterminata del rapporto e con ciò richiedendo una precisa manifestazione di volontà di una delle parti per farlo cessare. La coscienza sociale maturava poi il convincimento che il recesso del datore di lavoro non poteva considerarsi sullo stesso piano di quello del lavoratore subordinato, dato che il "bene" rappresentato dal posto di lavoro assumeva un'importanza rilevante⁶.

Il codice civile, infatti, ha recepito in due distinte norme l'istituto del recesso dal rapporto di lavoro prevedendo, da un lato, l'art. 2118⁷ c.c. che regola il licenziamento *ad nutum* ossia libero, senza obbligo di motivazione; e dall'altro, con l'art. 2119 c.c. il licenziamento per giusta causa, in

⁵ FALASCA G., *Manuale di diritto del lavoro : costituzione, svolgimento e risoluzione del rapporto di lavoro*, Milano, 2013, pp. 3 e ss.

⁶ ASNAGHI A., GALLI C.A., *Licenziamenti individuali e dimissioni dopo la riforma del lavoro*, Verona, 2013, p.9

⁷ Art. 2118: " Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dalla norme corporative, dagli usi o secondo equità. In mancanza di preavviso , il recedente è tenuto verso l'altra parte a un' indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro." Art 2119:" Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso , se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. Se il contratto è a tempo indeterminato, al prestatore di lavoro che recede per giusta causa compete l'indennità indicata nel secondo comma. Non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa."

presenza di una oggettiva impossibilità di proseguire, anche temporaneamente, il rapporto⁸.

L'originario sistema codicistico non prevedeva, infatti, alcuna valutazione differenziata della posizione delle parti in sede di recesso⁹. In particolare il datore di lavoro, al pari del dipendente, poteva liberarsi dal vincolo contrattuale a propria discrezione essendo vincolato, nelle ipotesi di assenza di giusta causa, unicamente all'osservanza del termine di preavviso¹⁰.

Tale sistema, fondato sulla libera recedibilità, lasciava il dipendente, parte più debole del rapporto lavorativo, in balia delle decisioni discrezionali del datore di lavoro il quale poteva optare - in qualsiasi momento e senza obbligo di giustificazione- per la risoluzione unilaterale del contratto, con il solo onere della comunicazione del preavviso¹¹.

Sul piano legislativo, in un primo tempo, si posero restrizioni al licenziamento delle lavoratrici madre e a quello delle lavoratrice spose, per poi giungere, all'emanazione della legge n.604 del 1966, secondo la quale il licenziamento del lavoratore per essere validamente e legittimamente irrogato avrebbe dovuto essere- sempre e necessariamente - ancorato ad una circostanza di fatto, qualificabile nella categoria del giustificato motivo o della giusta causa, a meno che non riguardasse imprese di dimensioni ridotte (sino a 15 dipendenti)¹². In base alla disciplina del 1966, dunque, il lavoratore poteva essere licenziato senza preavviso, solo qualora sussistesse

⁸ Secondo una prima tesi, la giusta causa è sempre costituita da un inadempimento del lavoratore, secondo un'altra tesi la giusta causa può essere costituita da un inadempimento del lavoratore o da qualsiasi fatto o atto che, pur non essendo attinente all'esecuzione della prestazione lavorativa, è tuttavia idoneo a far venir meno la fiducia tra le parti. Questa seconda ipotesi consente al datore di licenziare un lavoratore che, pur essendo perfettamente adempiente, ha, con la sua condotta, fatto venir meno la fiducia del datore (Cassazione 4 aprile 2000, n.4138).

⁹ MARESCA, *Diritto del Lavoro*, Volume 2, Milano, 2009, p. 1251 e ss.

¹⁰ Nel codice civile del '42 non venivano, infatti, in rilievo i motivi e le ragioni dell'estinzione.

¹¹ FALASCA G., *Manuale di Diritto del Lavoro*, Milano, 2011, p. 65.

¹² Tale legge prevede una tutela obbligatoria quando il licenziamento sia privo di giustificato motivo o giusta causa la sanzione della riassunzione del lavoratore o risarcimento, individuando come soglia per l'applicazione della legge i datori di lavoro che occupassero almeno 35 dipendenti.

una giusta causa ex art. 2119 c.c., intesa come qualunque fatto o comportamento - anche diverso dall'inadempimento contrattuale - obiettivamente idoneo a far venir meno il vincolo fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore¹³.

Il datore di lavoro, diversamente, poteva recedere dal rapporto lavorativo con preavviso, solamente in presenza di un giustificato motivo, in applicazione del disposto di cui all'art. 3 legge 604/66. Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso, come avremo modo anche di approfondire in seguito, è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro¹⁴ (c.d. "soggettivo"), ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, a prescindere dalla condotta tenuta dal lavoratore, e a lui non imputabili sul piano della colpevolezza¹⁵ (c.d. "oggettivo").

La disciplina del 1966 introduce, per la prima volta, a carico del datore di lavoro l'obbligo di forma per la comunicazione del licenziamento e l'obbligo di indicazione dei motivi del recesso sia per controllare la non arbitrarietà del provvedimento, ma anche per individuare con certezza l'oggetto della controversia che non potrà, successivamente, essere modificato¹⁶. Il licenziamento, infatti, è un negozio unilaterale recettizio che, per essere valido ed efficace, deve essere intimato in forma scritta, ai sensi del disposto dell'art. 2 l. n. 604/66. La disciplina seppur innovativa sotto molteplici profili, risultava però carente in punto di tutela del lavoratore illegittimamente licenziato.

¹³ www.utilla.it

¹⁴ CARINCI, F. *Discutendo intorno all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in Riv. It. Dir. Lav., 2003, I, p.35.

¹⁵ www.wikilabour.it

¹⁶ PESSI R., *Diritto del lavoro*, Torino, 2013, pp. 364-365

La legge 604/1966, infatti, per quanto sopra esaminato, si limitava ad introdurre un obbligo di licenziare solo in presenza di una ragione giustificativa; tuttavia l'inadempimento di tale obbligo non comportava l'invalidità del licenziamento ma soltanto, come prevede l'art. 8, la condanna della parte datoriale a "riassumere" il lavoratore o, in mancanza, al pagamento di una indennità¹⁷.

In tale contesto storico giuridico trova la propria origine la vecchia formulazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970, denominata Statuto dei Lavoratori, che ha stabilito l'invalidità del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo e la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (tutela reale), individuando come soglia per l'applicazione della norma le imprese industriali o commerciali o le unità produttive con almeno sedici dipendenti¹⁸.

L'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori disciplina, infatti, tutte le conseguenze derivanti dalle varie ipotesi di vizi del licenziamento, come già previsti e disciplinati dalla legge n. 604/66.

Se il rapporto è assistito da tutela reale, in applicazione dell'art. 18, nella originaria previsione normativa, il giudice che dichiarava inefficace il licenziamento perché affetto da un vizio di forma, o lo annullava, in quanto carente di giusta causa o giustificato motivo, o ne dichiarava la nullità, perché in contrasto con norme imperative o dovuto a motivo illecito, ordinava al datore di reintegrare il dipendente nel posto di lavoro¹⁹.

Pertanto, con l'approvazione dello Statuto dei Lavoratori, alla tutela c.d. "obbligatoria" approntata dalla legge n. 604/1966 - in virtù della quale veniva lasciata completamente al datore di lavoro la scelta tra la

¹⁷ NOGLER L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2007, p. 593 e ss.

¹⁸ www.intrage.it

¹⁹ CARINCI F., *Discutendo intorno all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, p.35; TATARELLI M., *Licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2006, p.135.

riassunzione del lavoratore ingiustamente licenziato o l'erogazione, in alternativa, di un'indennità sostitutiva della riassunzione- viene introdotta una tutela cosiddetta "reale"²⁰. In termini pratici la differenza tra la tutela reale, introdotta con lo Statuto dei Lavoratori e quella obbligatoria, introdotta originariamente nella legge 604/1966 è gigantesca. La riassunzione prevista dall'art. 8 della l. 604/1966 determina la nascita di un nuovo e diverso rapporto di lavoro, rispetto a quello ingiustamente risolto; la reintegrazione, prevista nella tutela reale, invece, implica il reinserimento effettivo e non solo nominale nel posto di lavoro occupato nella struttura aziendale all'epoca del licenziamento o, comunque, in altra posizione di lavoro²¹.

Il nostro ordinamento, pertanto, è stato caratterizzato sin dalla prima introduzione dell'art. 18, da una concorrenza tra le due diverse tutele, quella obbligatoria e reale²².

Recentemente la legge n. 183 del 2010 (c.d. Collegato Lavoro) ha previsto l'introduzione di alcune modifiche alla disciplina in tema di impugnazione del licenziamento e termini decadenziali, disciplina estesa anche al rapporto di lavoro a tempo determinato.

Nel sistema vigente sino alla recente novella attuata con legge 28.06.2012, n. 92 (c.d. Riforma Fornero) la tutela reale si applicava nei confronti dei datori di lavoro privati che occupassero più di 15 dipendenti in un'unità produttiva autonoma o, comunque, nello stesso territorio comunale, ancorché ripartiti in più unità di dimensioni inferiori. Il rapporto è soggetto alla tutela reale, indipendentemente dalla consistenza occupazionale della singola unità produttiva o dalla sua autonomia, quando i dipendenti sono

²⁰ TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012, pp.1-6

²¹ RUSSO C., *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Torino, 2011, p. 152.

²² AMORUSO G., *Commento art. 18 dello statuto dei Lavoratori c.c.*, in AMORUSO ; DI CERBO ; MARESCA, *Diritto del Lavoro*, Volume 2, MILANO, 2009, p. 712 ss.

più di sessanta²³. Ancora, ai sensi degli 3 e 4 della legge 108 del 1990²⁴, la tutela reale trova applicazione in ogni caso, senza esclusioni di alcun tipo, in presenza di un licenziamento discriminatorio. Per gli imprenditori agricoli, il limite è di almeno sei dipendenti “in un medesimo ambito territoriale”, pur se in ipotesi ripartito tra più comuni²⁵.

Nel considerare i limiti numerici che rendono applicabile la tutela reale, l’art 18 Stat. si riferisce all’unità produttiva nella quale ha avuto luogo il licenziamento, non a quella dalla quale il lavoratore dipendeva per esservi normalmente addetto. Al di sotto ed al di fuori di tali limiti dimensionali, invece, trovava ingresso solamente tutela obbligatoria²⁶.

Dunque fino alla legge 92/2012, l’unico discrimine tra tutela reale e tutela obbligatoria era sostanzialmente bipartita e facilmente individuabile, avendo ad oggetto solamente i limiti dimensionali dell’impresa. Ora la riforma ha abolito la reintegrazione “automatica” e ha introdotto nuovi oneri procedurali per i datori di lavoro.

2. I licenziamenti individuali e l’attuale disposto dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori

La Legge 28 giugno 2012, n. 92, anche nota come legge Fornero stravolge letteralmente il sistema introdotto dall’art. 18 dello Statuto de Lavoratori

²³ TATARELLI M., op.cit., p.13

²⁴ La legge 108 del 1990 ha previsto la tutela reale del prestatore di lavoro in caso di licenziamento ingiustificato da parte dei datori di lavoro imprenditori e non con più di 15 dipendenti e la tutela obbligatoria dello stesso lavoratore in caso di licenziamento ingiustificato da parte dei datori di lavoro imprenditori e non che occupino fino a 15 dipendenti.

²⁵ Secondo giurisprudenza consolidata, per individuare i limiti dimensionali dell’impresa agricola occorre considerare non solo i dipendenti fissi ma anche quelli con contratto a termine, qualora siano impiegati per un rilevante periodo dell’annata agraria e siano necessari per il normale ciclo dell’impresa. (Cass. 14.11.1997, n.11308)

²⁶ TATARELLI M., op. cit., p.15

mirando ad agevolare la flessibilità in uscita mediante l'introduzione di previsioni normative più elastiche e meno garantiste per il lavoratore²⁷.

A tal fine, il nuovo art. 18 prevede un sistema complesso di modulazione delle sanzioni non più sulla scorta del solo limite dimensionale dell'impresa ma in base alla gravità del vizio riscontrato dal giudice nella valutazione del licenziamento dichiarato giudizialmente illegittimo²⁸.

La riforma del mercato del lavoro ha attuato una radicale revisione in materia di licenziamenti individuali e tutela del posto di lavoro ma sempre in modo indiretto, ha riscritto anche buona parte della disciplina relativa ai presupposti sostanziali e alle modalità di esercizio del recesso del datore di lavoro²⁹. Il sistema di tutela reale stesso si connota per la presenza di due modelli: quello accompagnato da un risarcimento dei danni pieno (art 18, 1 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 e grave³⁰.

In sostanza, secondo un 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 indennitarie³¹.

Prima dell'approvazione della legge n. 92/2012, il licenziamento, ai sensi del vecchio articolo 2, l. 604/66, era considerato inefficace anche nel caso in cui il lavoratore avesse chiesto la comunicazione dei motivi del recesso e

²⁷ VALLEBONA A., *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, p.42

²⁸ MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto Lavoratori*, in Riv. it. dir. lav., 2012, p. 438

²⁹ BELLOCCHI P., GAETA L., MARESCA A., SCARPELLI F., TULLINI P., ZOLI C., *I rapporti di lavoro nel diritto vivente Casi e materiali*, coordinamento di Lorenzo Zoppoli, Torino, 2013, p. 207

³⁰ MARAZZA M., *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in ADL, 2012, fascicolo 3, p.13

³¹ MARESCA A., op. cit., pp. 428-433

il datore di lavoro avesse omesso di rispondere nel termine previsto dalla legge³². La legge n. 92/2012 ha innanzitutto modificato l'articolo 2 , l. 604/66 nel senso che ora non è più possibile , a differenza del passato, la comunicazione *differita* dei motivi del licenziamento da parte del datore di lavoro: attualmente infatti la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato³³.

La motivazione deve essere specifica ed essenziale al fine di far comprendere al lavoratore le effettive ragioni del recesso. Non sono dovuti particolari superflui al fine indicato né vanno comunicate le fonti di informazione mediante le quali il datore di lavoro abbia appreso i fatti posti a base del licenziamento. I motivi comunicati possono essere plurimi ed in tal caso la giustificazione del licenziamento può risultare dalla fondatezza anche di uno solo di essi³⁴.

Un'altra novità, infatti, è il nuovo comma 6 dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, come modificato dall'articolo 1 , comma 42 , l. 92/2012 che ha introdotto la tutela forte qualora vi sia un vizio di motivazione ai sensi dell'articolo 2, comma 2, l. 604/66 , in questa ipotesi il giudice condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, determinata tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto³⁵. Infine, per quanto riguarda il licenziamento intimato verbalmente è da tener presente che il nuovo articolo 18, comma 2, Stat. lav., all'ultimo periodo afferma che *“il regime di cui al presente articolo³⁶ si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale”*. E' consentito in forma orale

³² VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, 2012, Torino, p.53

³³ Nuovo testo dell'articolo 2, comma 2 l.604/66

³⁴ Cass. 25 gennaio 2012 , n.1062

³⁵ Rimane tuttavia la possibilità che venga accertata l'esigenza di un più grave vizio di motivazione, nel qual caso il giudice applicherà le più intense tute reintegratorie o risarcitorie di cui all'articolo 18 statuto, commi 4,5,7

³⁶ Non sempre si applica la tutela ripristinatoria

solo per i lavoratori in prova, i lavoratori con diritto a pensione e per i lavoratori domestici.

La giurisprudenza ha elaborato due tesi: secondo un primo orientamento nel caso in cui il licenziamento sia intimato in forma orale il datore di lavoro è soggetto alla sanzione tipica del regime di tutela obbligatoria (obbligo di riassunzione o pagamento di un'indennità risarcitoria di importo compreso tra le 2,5 e le 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto); questa tesi non è condivisa da un altro orientamento il quale ha evidenziato che il licenziamento orale, essendo inefficace, non è in grado di risolvere validamente il rapporto di lavoro; (pertanto, una volta accertata l'inefficacia dell'atto, il giudice dovrebbe riconoscere al lavoratore il diritto di pagamento di tutte le retribuzioni non percepite dal giorno del licenziamento orale fino all'effettiva ricostituzione del rapporto³⁷).

Per iniziare analizziamo i vizi tipici da cui può essere affetto un negozio giuridico: l'inefficacia, l'annullabilità o la nullità³⁸. Con riferimento al licenziamento, l'inefficacia trova un'espressa disciplina nell'articolo 2, legge n. 604/1966; secondo la norma, il vizio sussiste quando il datore di lavoro comunica il licenziamento in forma orale oppure omette di specificare i motivi del recesso nella lettera di licenziamento. La sanzione dell'annullabilità si applica al recesso intimato senza giusta causa o giustificato motivo³⁹. Infine la sanzione della nullità si applica nei casi in cui il recesso è intimato per un motivo di carattere discriminatorio.

2.1 La tutela e la garanzia nelle ipotesi di licenziamenti nulli

³⁷ In presenza di un licenziamento orale non si produce effetto interruttivo sul rapporto di lavoro e sulle relative obbligazioni né ai fini retributivi né ai fini dell'applicazione di tutti gli altri istituti. PELLACANI G., op. cit., p.327

³⁸PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino,2013, pp. 325-326

³⁹ Artt. 1 e 3, legge n. 604/1966

La prima fattispecie alla quale trova applicazione una tutela reale forte è quella del licenziamento discriminatorio⁴⁰. Le motivazioni che consentono di qualificare un licenziamento come discriminatorio sono diverse; rientrano nella nozione tutti gli atti di recesso motivati da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali, compresa la partecipazione a uno sciopero; nonché al licenziamento fondato su discriminazione sessuale⁴¹. In aggiunta a queste ipotesi, la legge 92/2012, riformando il testo dell'articolo 18, legge n. 300/1970, ha ricondotto al medesimo regime di nullità i licenziamenti intimati in concomitanza del matrimonio⁴², o in violazione dei divieti di licenziamenti durante la gravidanza o nel primo anno di età del figlio⁴³ e anche i recessi determinati da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. Nell'ottica del lavoratore il ricorso all'art. 1345 c.c. continua a presentare il grande limite dato dal fatto che l'onere della prova è interamente accollato al lavoratore⁴⁴. È bene rammentare che la natura discriminatoria o il motivo illecito del licenziamento possono essere provati anche mediante una presunzione, ma per la costruzione di questa occorrono fatti indizianti diverso rispetto alla ingiustificatezza anche qualificata⁴⁵.

Ai sensi dell'art 4 L. 604/66, tale tipo di licenziamento “è *nullo, indipendentemente dalla motivazione adottata*” e viene completato dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori che completa la nozione, disponendo la nullità di qualsiasi atto o patto diretto a “*licenziare un lavoratore (...) a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua*

⁴⁰ Ingiustificata differenza di trattamento dovuta ad uno dei fattori tipizzati dalla legge.

⁴¹ FALASCA G., *I vizi del licenziamento*, in Pellacani *I licenziamenti individuali e collettivi*, 2013, Torino, pp. 325- 326

⁴² Art 35, d.lgs. 11 aprile 2006, n.198

⁴³ Art. 54 . commi 1,6, 7,9 d.lgs. 26 marzo 2001,n. 151

⁴⁴ NOGLER L., *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, p. 678

⁴⁵ VALLEBONA A., op. cit., p.52

partecipazione ad uno sciopero“, nonché la nullità dei licenziamenti attuati *“a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua e di sesso⁴⁶”*. Il divieto di discriminazione trova applicazione a tutti i rapporti di lavoro e anche nella residua area della libera recedibilità; pertanto la normativa si applica anche ai dirigenti e ai lavoratori domestici (art. 4, legge n.108/1990). Alcuni problemi ricostruttivi si sono posti in merito al licenziamento discriminatorio nelle c.d. organizzazioni di tendenza⁴⁷. I presupposti di operatività sono rappresentati dalla natura non imprenditoriale dell'attività, dall'assenza di fini di lucro e dallo svolgimento di una delle attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione, di religione o di culto. Per effetto dell'esclusione dall'applicazione dell'art. 18 Stat., sancito dall'art. 4 della legge n.108 del 1990, le organizzazioni di tendenza soggiacciono alla tutela obbligatoria. L'applicazione della tutela reale per i dipendenti nelle organizzazioni di tendenza non è esclusa in assoluto. Infatti è sanzionabile con la tutela reale:

- Il licenziamento verbale
- Il licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della legge n. 108 del 1990, intimato per motivi ideologici estranei alla natura delle mansioni svolte o per altro motivo illecito
- Il licenziamento ideologico irrogato per ragioni connesse alla tutela della tendenza a dipendenti svolgenti a dipendenti svolgenti mansioni indifferenti rispetto ad essa⁴⁸.

La prova dell'esistenza di un motivo discriminatorio, come nel regime precedente all'entrata in vigore della l. n. 92/2012, continua ad incombere sul lavoratore, non trovando applicazione, in tali fattispecie, contro il datore di lavoro la regola di cui all'art. 5 della l. n. 604/66, che pone a suo carico

⁴⁶ PIRONTI A., *Licenziamento illecito, discriminatorio, illegittimo: uno spettro delle tutele in una sola ordinanza*, *Diritto e Lavoro.*, 2013, p. 174 e ss.

⁴⁷ PESSI R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2013, p. 366

⁴⁸ www.wikilabour.it/

l'onere di provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo⁴⁹. Secondo la teoria soggettiva l'elemento determinante per configurare una fattispecie discriminatoria è l'intento soggettivo-psicologico del datore di lavoro; secondo, invece, una diversa teoria oggettiva sarebbe sufficiente l'obiettiva idoneità dell'atto a ledere il diritto protetto, mentre sarebbe irrilevante l'eventuale ricorrenza di elementi soggettivi quali la volontarietà della discriminazione, l'intenzione di nuocere o più in generale la colpa o il dolo del datore di lavoro⁵⁰.

Ipotesi di reintegra forte, come già anticipato, è quella del licenziamento determinato da un motivo illecito, ai sensi dell'art. 1345c.c.⁵¹. Nel diritto privato, il motivo si considera illecito quando questo sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume⁵². Tale motivo, tramutato in ipotesi legislativa dalla riforma Fornero, in realtà veniva già invocato dalla giurisprudenza, prima della novella, per sanzionare con la nullità i casi di recesso "ritorsivo", intimato cioè per reazione ingiusta e arbitraria del datore a comportamenti non graditi.

Sono, infine, stati ricondotti nel divieto di discriminazione i licenziamenti motivati con le condizioni personali del lavoratore, come l'omosessualità, la detenzione, un handicap e la tossicodipendenza⁵³.

Il lavoratore ha l'onere di provare l'esistenza del motivo discriminatorio quando ritiene che il "*recesso sia attuato a causa del matrimonio*" e dall'illegittimità del licenziamento discende l'obbligo del datore di

⁴⁹ Cass. 4 dicembre 2001, n.15315

⁵⁰ PELLACANI G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, p.335

⁵¹ Ai sensi dell'art. 1345 Cod. Civ. il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune e determinante.

⁵² PIRONTI A., *Licenziamento illecito, discriminatorio, illegittimo: uno spettro delle tutele in una sola ordinanza*, D & L., 2013, p. 174 e ss.

⁵³ www.altalex.com

corrispondere alla lavoratrice le retribuzioni decorrenti dalla data del licenziamento sino alla riammissione in servizio⁵⁴.

Inoltre dall'attuale art. 18 è considerato nullo anche il licenziamento disposto in violazione di alcune disposizioni contenute nel testo unico sulla maternità e paternità (D. Lgs. 26 marzo 2001, n. 151), e precisamente nei commi 1, 6, 7 e 9 dell'art. 54⁵⁵. Si tratta, rispettivamente, del divieto di licenziare la lavoratrice dall'inizio della gravidanza sino al termine del periodo di interdizione al lavoro, nonché fino al compimento di un anno del bambino; di quello di recedere dal rapporto a causa della domanda o della fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino avanzata dalla lavoratrice o dal lavoratore; del divieto di licenziare il lavoratore che goda del congedo di paternità. Il divieto si applica anche in caso di adozione e affidamento ed opera fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare⁵⁶.

Per tutti questi licenziamenti era prevista una tutela reale con eliminazione degli effetti del licenziamento e conseguente persistenza del rapporto.

Ora in tutte le ipotesi finora esaminate la declaratoria di nullità dei licenziamenti comminata ai sensi dei primi tre commi dell'art. 18 SL, determina per il lavoratore una tutela reintegratoria con "effetti risarcitori pieni"(o risarcimento integrale), *quale sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro e anche ai dirigenti*⁵⁷. Rimangono invariate le cause di estinzione del rapporto ammesse in tali periodi: scadenza del termine

⁵⁴(Trib. Firenze 28/2/2004, Est. Nuvoli, in D&L 2004, 412, con nota di Marco Orsenigo, "In tema di licenziamento disciplinare nell'anno di interdizione matrimoniale")

La tutela contro i licenziamenti per causa di matrimonio, prevista dall'art. 1, 2° e 3° comma, della legge 9/1/63 n. 7, è applicabile soltanto alle donne lavoratrici, non anche agli uomini, perché essenzialmente rivolta ad evitare che il datore di lavoro sia indotto a risolvere il rapporto in considerazione dei costi e delle disfunzioni conseguenti alle assenze per le eventuali maternità (Trib. Padova 9/5/00, est. Balletti, in Dir. Lav. 2000, pag. 261, con nota di De Cristofaro, Licenziamento per causa di matrimonio e tutela del lavoratore)

⁵⁵ PAGAMICI B. , *Il licenziamento della lavoratrice madre è nullo fino al compimento del primo anno del bambino*, PMI, 2005, fascicolo 1, p. 49 ss.

⁵⁶ DI MARTINO G., *Il licenziamento della lavoratrice madre tra diritto interno e dell'Unione Europea* , in Il corriere del merito, 2012, p.5.

⁵⁷ PASQUALETTO E., *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, in Commentario alla Riforma Fornero, a cura di F. Carinci e M. Miscione, in Dir. prat. lav., 2012, p. 41

legittimamente pattuito, valide dimissioni, licenziamento per giusta causa o per cessazione dell'attività aziendale.

In sostanza il lavoratore si vedrà reintegrato nel posto di lavoro, come se il rapporto non fosse mai cessato ed avrà diritto ad una indennità pari all'ultima retribuzione globale di fatto (fino all'effettiva reintegrazione con un minimo di 5 mensilità) oltre all'integrale versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali maturati nelle more del licenziamento⁵⁸.

Tuttavia l'indennità che il lavoratore può richiedere come risarcimento dovrà essere quantificata sulla scorta di quella ultima percepita dalla quale dovrà essere decurtato il c.d. *l'aliunde perceptum, quest'ultimo* deriva o dallo svolgimento, nel tempo intercorrente tra il licenziamento e la reintegrazione, di altro utile lavoro retribuito, subordinato o autonomo, o dalla percezione di retribuzioni che trovano causa nella cessazione del rapporto di lavoro⁵⁹. E' da precisare che la detraibilità dell'aliunde perceptum non è assoluta: non riguarda i proventi derivanti da un'altra attività, autonoma o subordinata, nuova o preesistente, che sia cumulabile giuridicamente e materialmente con il pregresso rapporto di lavoro né può essere operata alcuna detrazione quando non sussista l'identità della causa generatrice di perdite e vantaggi e debba escludersi la necessaria correlazione tra pregiudizio e incremento patrimoniale⁶⁰. La norma concede al lavoratore la possibilità di ottenere, in sostituzione della reintegrazione, un'indennità di 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in luogo della reintegrazione. Ovviamente, in tale ipotesi si determina la risoluzione del rapporto⁶¹.

⁵⁸ MARAZZA M., *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, ADL, 3/2012, p. 613.

⁵⁹ TATARELLI M., op. cit., p.71

⁶⁰ Cass. 30.7.87, n.6624, che in una nuova controversia avente ad oggetto la liquidazione del danno conseguente ad infortunio sul lavoro, ha escluso la detraibilità dei proventi originati dal reperimento di una nuova occupazione confacente alla ridotta capacità lavorativa.

⁶¹ ZOLI C., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, fascicolo 3, p. 657 e ss.

2.2 La giusta causa e il giustificato motivo soggettivo

La più evidente differenza rispetto al passato, nel regime dell'art. 18 SL, si manifesta nelle ipotesi di licenziamento ingiustificato. Il nuovo testo dell'art. 18, comma 4 e 5, disciplina il licenziamento intimato in assenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo⁶².

Sin dai primi anni del '900 la dottrina ha identificato la giusta causa in una grave violazione della fiducia posta a fondamento del rapporto di lavoro, riconducibile a fatti che non necessariamente risultino inerenti l'inadempimento contrattuale⁶³.

Con una recentissima sentenza della Cassazione del 26/4/2012 n. 6498 , la Suprema Corte ha da ultimo ribadito la definizione del concetto di giusta causa: *“La giusta causa di licenziamento deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro e in particolare, dell'elemento fiduciario, dovendo il giudice 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 e all'intensità del profilo intenzionale, dall'altro, la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta, per stabilire se la lesione dell'elemento fiduciario, su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro, sia tale, in concreto, da giustificare la massima sanzione disciplinare”*⁶⁴. La giusta causa impone una valutazione soggettiva ed effettiva della sua reale sussistenza da parte dell'organo giudicante⁶⁵. La giusta causa, quindi,

⁶² RIZZARDO D., CONSOLO C., *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in Corriere giuridico, 2012, fascicolo 6, p. 729.

⁶³ Commentario breve al Codice di procedura civile : ultimissime sul processo civile filtro in appello, giudizio di cassazione, impugnazione dei licenziamenti, notificazioni. Appendice di aggiornamento 2013 / F. Carpi, M. Taruffo ; con la collaborazione di Enrico Beia. MASSARA G.S., Il recesso per giusta causa, p.1699-1705

⁶⁴ ASNAGHI A.- GALLI C.A., *Licenziamenti individuali e dimissioni dopo la riforma del lavoro*, Verona, 2013, p. 30

⁶⁵ Ibidem

consiste in un comportamento del lavoratore di gravità tale da scuotere la fiducia che è alla base del rapporto di lavoro, facendola venir meno, così legittimando, ai sensi dell'art. 2119 c.c., il recesso datoriale senza preavviso o in tronco dal contratto a tempo indeterminato, nonché a tempo determinato⁶⁶. La reciproca fiducia dei contraenti può essere compromessa, oltre che dai comportamenti in contrasto con gli obblighi contrattuali, anche da fatti commessi o comportamenti tenuti nella vita privata, cioè estranei all'esecuzione della prestazione⁶⁷. La giurisprudenza generalmente ritiene che i comportamenti del lavoratore⁶⁸ nella sua vita privata sono estranei all'esecuzione della prestazione lavorativa e che siano normalmente irrilevanti ai fini della lesione del rapporto fiduciario, che costituisce giusta causa del licenziamento. I comportamenti del lavoratore estranei all'esercizio dell'attività lavorativa possono configurare una giusta causa di licenziamento allorquando, per le caratteristiche e peculiarità del rapporto, la prestazione lavorativa richiede un ampio margine di fiducia esteso alla serietà e correttezza della condotta privata del lavoratore⁶⁹.

⁶⁶ GAROFOLO R., *La natura ontologicamente disciplinare del licenziamento per giusta causa: un dejavu*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1845

⁶⁷ Cass. civ., sez. lav., 07-01-2003, n. 28.

In tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, la valutazione della gravità dell'inadempimento del lavoratore deve essere effettuata avendo riguardo ai profili concreti della fattispecie considerata concernenti la natura e la qualità del rapporto, il grado di affidamento richiesto dalle mansioni del dipendente, le complessive circostanze oggettive e soggettive che lo connotano, risolvendosi il relativo accertamento in un apprezzamento di fatto, insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione logica e completa (nella specie, la suprema corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza di merito che, in un giudizio avente ad oggetto l'impugnazione del licenziamento di una infermiera professionale, la quale, durante un turno di servizio, aveva ommesso di prestare ai pazienti le terapie prescritte, ha escluso la gravità dell'inadempimento, in considerazione sia dell'unicità dell'episodio, sia della circostanza che la dipendente aveva informato la collega del turno successivo, così da permettere la somministrazione delle terapie).

⁶⁸ Il comportamento del lavoratore deve essere valutato sia sul piano soggettivo che oggettivo, con particolare riferimento all'elemento fiduciario, cioè all'intensità con la quale tale comportamento è stato posto in essere

⁶⁹ Commentario breve al Codice di procedura civile : ultimissime sul processo civile filtro in appello, giudizio di cassazione, impugnazione dei licenziamenti, notificazioni. Appendice di aggiornamento 2013 / F. Carpi, M. Taruffo ; con la collaborazione di Enrico Beia. MASSARA G.S., Il recesso per giusta causa, p.1699-1705

I motivi più frequenti riconosciuti come giusta causa di licenziamento rientrano nella seguente casistica:

- può configurare giusta causa di licenziamento il comportamento del lavoratore che, nonostante i reiterati inviti a desistere, continui a fumare in luogo aperto al pubblico e in presenza di altre persone;
- falso infortunio e falsa malattia del dipendente. Anche l'assenza ingiustificata alla visita medica di controllo del lavoratore assente per malattia è sanzionabile, in relazione alla gravità del caso, anche con il licenziamento; il recesso del datore non presuppone necessariamente l'esistenza di una specifica previsione di tale mancanza nel codice disciplinare con l'adozione di misure conservative, mentre il potere di recedere dal rapporto per giusta causa o giustificato motivo deriva direttamente dalla legge⁷⁰;
- il licenziamento per giusta causa può essere intimato anche durante la malattia del lavoratore, non avendo ragion d'essere la conservazione del posto di lavoro in periodo di malattia di fronte alla riscontrata esistenza di una causa che non consente la prosecuzione, neppure in via temporanea del rapporto di lavoro⁷¹;
- violazione del patto di non concorrenza⁷²;
- falsa timbratura del cartellino;
- perdita dei requisiti CIG (Cassa Integrazione Guadagni);
- rifiuto ingiustificato e reiterato del dipendente ad eseguire la prestazione lavorativa;

⁷⁰ C., Sez. Lav., 27.4.1996, n. 3915

⁷¹ C. Sez. Lav., 1.6.2005, n. 11674

⁷² L'art. 2105 c.c. pone l'obbligo di fedeltà, specificando che il dipendente non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione ed ai metodi di produzione dell'impresa o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio.

- abbandono ingiustificato del posto di lavoro da parte del dipendente, con conseguente messa in mancanza di sicurezza degli impianti e possibile mancanza di incolumità delle persone;
- insubordinazione (ad esempio minacce rivolte dal lavoratore ai superiori);
- rifiuto del dipendente a riprendere il lavoro dopo che è stata constatata l'insussistenza di una malattia con una visita medica fiscale;
- il dipendente lavora per terzi durante il periodo di malattia e questa attività pregiudica la pronta guarigione e il ritorno al lavoro;
- non costituisce giusta causa per la risoluzione anticipata del contratto di formazione e lavoro, la semplice chiusura del punto vendita cui è addetto il dipendente in formazione, salvo che non sia l'unico e non si tramuti in cessazione totale dell'attività, ben potendo la formazione del lavoratore attuarsi presso altri punti vendita;
- il dipendente, durante l'esercizio delle sue mansioni (specie se fiduciarie), sottrae beni all'azienda;
- il dipendente ha una condotta extra lavorativa penalmente rilevante e idonea a far venir meno il vincolo fiduciario⁷³. In altre parole il datore deve essere in grado di poter fare affidamento sull'esattezza della prestazione e sul rispetto degli obblighi contrattuali e normativi cui deve attenersi il prestatore di lavoro nell'esercizio delle sue mansioni⁷⁴;
- la giurisprudenza considera sorretto da giusta causa il licenziamento intimato al lavoratore per aver questo rivolto espressioni ingiuriose nei

⁷³Sussiste una giusta causa nel licenziamento intimato al lavoratore condannato per il reato di detenzione di sostanze stupefacenti con sentenza emessa a seguito di patteggiamento divenuta irrevocabile mentre la mera dipendenza da alcool non è di per sé motivo sufficiente a far venir meno la fiducia del datore di lavoro, risultando necessario valutare caso per caso la condotta del dipendente nella concretezza dello svolgimento del rapporto di lavoro così come per ogni altro lavoratore

⁷⁴ ASNAGHI A. GALLI C. A., op. cit., p.31

confronti di un dirigente, anche se in un contesto generale di particolare animosità⁷⁵;

In generale non costituiscono giusta causa di licenziamento comportamenti illegittimi reiterati ma abitualmente tollerati dal datore di lavoro⁷⁶.

La giusta causa può rivestire sia carattere soggettivo, in presenza di un inadempimento agli obblighi contrattuali⁷⁷, sia carattere oggettivo, quando la condotta del dipendente, pur estranea allo svolgimento del rapporto, si ripercuote su di esso facendo venir meno l'interesse del datore di lavoro alla collaborazione, onde che l'immediato recesso è giustificato dalla rilevanza delle esigenze aziendali, lese dalla condotta del lavoratore, che rendono impossibile la prosecuzione anche temporanea del rapporto di lavoro⁷⁸.

Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo è disciplinato dalla legge n.604 del 1966 la quale, all'articolo 3, lo definisce come quello *determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro*. Il giustificato motivo soggettivo, quindi, è costituito da un comportamento del lavoratore che non integra la medesima gravità della giusta causa, ma che rende comunque incompatibile la prosecuzione del rapporto fiduciario⁷⁹. La fattispecie del licenziamento per giustificato motivo soggettivo deve necessariamente avere ad oggetto ipotesi di inadempimento contrattuale, mentre quello per giusta causa prevede una casistica di ampio respiro, come abbiamo già avuto modo di analizzare⁸⁰.

⁷⁵ C. Sez. Lav., 25.1.2007, n. 1668

⁷⁶ C., Sez. Lav., 2.12.2005, n. 26249

⁷⁷ Violazioni dei doveri previsti dagli artt. 2104, 2105 e 2106 c.c. Invece non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore e la liquidazione coatta amministrativa. (l'art. 2119, comma 2, c.c.)

⁷⁸ Nel licenziamento per g.m.s. il dipendente ha diritto al preavviso, nella giusta causa no. SPEZIALE V., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Bari, 2013, p.305

⁷⁹ SANTINI F., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012, p. 238

⁸⁰ ASNAGHI A.- GALLI C.A., *Licenziamenti individuali e dimissioni dopo la riforma del lavoro*, Verona, 2013, p.37

A titolo meramente esemplificativo, la giurisprudenza ha nel tempo ritenuto cause legittimanti il licenziamento per giustificato motivo soggettivo:

- *il licenziamento per scarso rendimento*, affinché lo scarso rendimento possa legittimare il licenziamento, il datore di lavoro deve provare non solo il mancato raggiungimento del risultato atteso ma deve anche provare che la causa di esso derivi da colpevole negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore nell'espletamento della sua normale prestazione. Nella valutazione delle relative risultanze probatorie dovrà tenersi conto del grado di diligenza normalmente richiesto per la prestazione lavorativa e di quello effettivamente usato dal lavoratore, nonché dell'incidenza dell'organizzazione complessiva del lavoro nell'impresa e dei fattori socio-ambientali⁸¹;
- *Riproduzione ed uso in giudizio dei documenti aziendali*, secondo un orientamento, la produzione in giudizio dei documenti aziendali costituisce violazione dei doveri di lealtà e correttezza ai sensi del 2105 c.c.⁸²;
- *Assenza ingiustificata dal posto di lavoro*, il datore di lavoro può limitarsi a provare l'assenza nella sua oggettività mentre grava sul lavoratore l'onere di dimostrare che la stessa è giustificata⁸³;

⁸¹Cass. sent. 20050/09. La riconduzione del licenziamento per scarso rendimento nella categoria del g.m.s. e non in quella del g.m.o., con conseguente esclusione dell'obbligo di repace, ma con soggezione del recesso alle regole poste dall'art.7 Stat. costituisce acquisizione giurisprudenziale consolidata. Ma secondo un altro orientamento giurisprudenziale lo scarso rendimento può essere fatto valere dal datore di lavoro come giustificato motivo oggettivo quando sia dovuto a un'irregolarità della prestazione non imputabile al lavoratore in quanto originata da cause limitative della capacità fisica allo svolgimento delle mansioni non implicanti idoneità assoluta alla prestazione.

⁸² Nella valutazione di gravità emergono tre circostanze: il contenuto dell'addebito, l'uso indebito dei macchinari aziendali e le modalità di accesso al documento.

⁸³ Nel senso che la mancata presenza al lavoro dovuta a malattia è tutelata a norma di legge e di contratto, in quanto non sia imputabile alla condotta volontaria del prestatore.

- *Svolgimento di attività durante l'assenza per malattia*, l'attività lavorativa è vietata quando comprometta la guarigione o ritardi le energie psicofisiche, evidenzi la simulazione dell'infermità e comporti violazione del divieto di concorrenza⁸⁴;
- *Uso del telefono aziendale*, inteso per comunicazioni personali in misura sproporzionata⁸⁵

L'onere di provare in giudizio la ricorrenza della giusta causa o giustificato motivo di licenziamento in linea generale grava sul datore di lavoro, ai sensi dell'art. 5 della legge n.604 del 1966.

Giusta causa e giustificato motivo soggettivo rappresentano due *species* di un medesimo *genus* accomunate sia dal titolo, cioè dal presupposto (l'inadempimento del lavoratore), che dalla causa giuridica e dai relativi effetti (la risoluzione del rapporto), ma differenziate sul piano quantitativo: nel primo caso, la giusta causa permette una risoluzione del rapporto immediata; nel secondo, invece, il recesso deve essere comminato nel rispetto del termine di preavviso⁸⁶. La scelta tra l'una o l'altra qualificazione è riservata alla competenza esclusiva del giudice. Questi quando attribuisce al fatto posto a base del recesso la qualificazione di giusta causa la minore gravità propria del giustificato motivo soggettivo è tenuto ad operare la riqualificazione c.d. *conversione del licenziamento in giustificato motivo*⁸⁷.

Il comma 4 ed il comma 5 prevedono la tutela del lavoratore in tutte le ipotesi di vizio/ carenza della giustificazione del licenziamento. Tuttavia, le

⁸⁴ La condotta del lavoratore che, assente dal lavoro per una distorsione alla caviglia, in ottemperanza delle prescrizioni del medico curante, si sia allontanato dalla propria abitazione e abbia svolto attività della vita quotidiana, la cui gravosità non sia comparabile a quella di un'attività lavorativa piena, non è idonea a configurare un inadempimento ai danni del datore di lavoro.

⁸⁵ Cass. 22.10.2007, n. 22066

⁸⁶ www.diritto.it

⁸⁷ Cass. 19.12.06 n. 27104. La determinazione comporta che il recesso produce effetti solo dalla scadenza del preavviso, dall'altro che il lavoratore beneficia del diritto all'indennità sostitutiva.

conseguenze derivanti dal difetto degli estremi della giustificazione del licenziamento non vengono sanzionate in maniera equivalente, ma differenziate in due diverse fattispecie⁸⁸. Il comma 4 prevede la sanzione più garantista delle due ovvero quella della c.d. tutela reintegratoria debole; il comma 5, invece, disciplina, invece, il regime di c.d. tutela indennitaria forte che determina la definitiva risoluzione del rapporto di lavoro⁸⁹. E' doveroso segnalare che mentre il sistema tedesco prevede la nullità del licenziamento ingiustificato, la lettera dell'articolo 18, c.4 fa riferimento all'annullamento.

Il comma 4 e, dunque, la tutela reintegratoria debole, si applica nelle ipotesi di "*insussistenza del fatto contestato*" e nelle ipotesi in cui il fatto sul quale si fonda il licenziamento "*rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*"⁹⁰.

Il Giudice, dunque, dovrà approcciare alla causa in maniera critica nel senso che dovrà "sviscerare" il fatto addebitato al lavoratore ed attribuire allo stesso un grado più o meno elevato di gravità⁹¹. Se, all'esito di questo percorso, il fatto sarà effettivamente tanto "grave" da impedire il proseguimento anche provvisorio del rapporto o, comunque, "notevole", il licenziamento sarà giustificato⁹². Diversamente se il grado di inadempimento non viene ritenuto sufficiente a giustificare il licenziamento stesso, il giudice non potrà semplicemente annullare il licenziamento

⁸⁸ PEZZUTO R., *L'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la Legge Fornero*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, fasc 5, p. 454 ss.

⁸⁹ TREMOLADA M., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 st. lav.*, in *Commentario alla Riforma Fornero*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 41

⁹⁰ RIZZARDO D., CONSOLO C., *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corriere giuridico*, 2012, fasc. 6, p. 729

⁹¹ TREMOLADA M., *op.cit.*, p. 42

⁹² MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, fascicolo I, p. 435

(come invece avveniva nel regime precedente), ma dovrà operare una ulteriore valutazione⁹³.

Infatti, nel caso di insussistenza del fatto⁹⁴ ovvero quanto il fatto *“rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”* il giudice, potrà annullare il licenziamento privando degli effetti il recesso, con condanna alla reintegra che sarà , però, non “forte” bensì “attenuata”⁹⁵.

Se il licenziamento viene dichiarato illegittimo in applicazione del richiamato comma 4⁹⁶, il datore verrà condannato a reintegrare il lavoratore ed a pagare al medesimo un risarcimento pari alle retribuzioni perdute dal licenziamento che, tuttavia, non potranno superare le 12 mensilità, oltre al versamento dei contributi dal giorno del licenziamento alla reintegra⁹⁷.

Nel calcolo di tale indennità, però, il giudice dovrà tenere in conto non solo l’aliunde perceptum come nel regime di tutela reintegratoria forte, ma anche dell’aliunde percipiendum, ossia di quanto il lavoratore avrebbe potuto guadagnare attivandosi per reperire un’altra occupazione o al rifiuto della stessa, alla durata del processo e al ritardo nella presentazione del ricorso giurisdizionale⁹⁸. Pertanto il lavoratore licenziato è tenuto a ricercare una

⁹³ CARINCI F., *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2013,p.2

⁹⁴ Il fatto contestato a fondamento del recesso è insussistente quando esso non esiste, ma anche quando, seppur esistente, non sia stato commesso dal lavoratore licenziato.

⁹⁵ www.giustiziadellavoro.it

⁹⁶ Rammentiamo che trova applicazione per le imprese di medie e grandi dimensione (sopra ai 15 dipendenti)

⁹⁷ VARVA S., *Riforma del mercato del lavoro e indennità sostitutiva della reintegrazione*, *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, fascicolo 4,p. 333

⁹⁸ TATARELLI M., op. cit., p.78

nuova occupazione e ad assumere l'iniziativa minima di risciversi nelle liste di collocamento⁹⁹.

Diverso profilo è quello relativo al rifiuto di un'occupazione alternativa: sussiste comportamento colposo del lavoratore ove venga rifiutata una possibilità occupazionale che rispetti la professionalità acquisita e non si presenti troppo diversa rispetto alla precedente mentre è incerto il caso in cui il rifiuto riguardi mansioni inferiori o una possibilità occupazionale richiedente lo spostamento altrove¹⁰⁰.

Se invece, il giudice ritiene ingiustificato il licenziamento per ragioni diverse da quelle indicate nel comma 4 ovvero nelle “*altre ipotesi*” indicate nel comma 5, confermerà il licenziamento, dichiarando risolto il rapporto di lavoro, limitandosi a condannare il datore all'erogazione di una indennità risarcitoria definita “forte” ex art. 18 comma 5 SL .

La tutela indennitaria prevede, dunque, la risoluzione del rapporto di lavoro, con effetto dalla data del licenziamento e la conseguente condanna del datore al pagamento solamente di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, quantificata dal giudice sulla base dell'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti¹⁰¹.

A dire dei primi interpreti della norma, la Fornero introduce nel nostro sistema giuslavorista oltre ad un duplice sistema di reintegra (forte/debole) anche una duplice nozione di ingiustificatezza: quella c.d. “qualificata”

⁹⁹ TREMOLADA M., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 st. lav.*, in Commentario alla Riforma Fornero, a cura di F. Carinci e M. Miscione, in Dir. prat. lav., 2012, p.41

¹⁰⁰ Ibidem

¹⁰¹ VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, pp. 56-62

come delineata dall'art. 18, c. 4 e quella c.d. "semplice" legata solamente ad una garanzia puramente risarcitoria ai sensi dell'art. 18, comma 5¹⁰².

Il comma 7 del nuovo art. 18 regola poi la fattispecie del "licenziamento intimato, anche ai sensi dell'art. 4, c.4. e 10 c.3, della legge 12.3.1999, n.68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'art.2110", 2 c., c.c., in questa ipotesi scatta la tutela reintegratoria depotenziata. Merita particolare attenzione l'esclusione dalla previsione delle altre ipotesi che non sono oggetto di discipline speciali (es. carcerazione), l'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a provvedimento dell'autorità. Mentre nel sistema tedesco tale ipotesi è trattata allo stesso modo delle altre in cui viene in considerazione una ragione attinente alla persona fisica del lavoratore¹⁰³.

2.3 Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

La differenza tra il licenziamento per giustificato motivo oggettivo concernente il lavoratore e il licenziamento per giustificato motivo soggettivo riguarda l'elemento della colpa: anche se in entrambi i casi infatti si pone a base del recesso un inadempimento contrattuale, nel primo caso (motivo oggettivo) il lavoratore *non ne ha colpa* (la prestazione è materialmente impossibile), nel secondo caso (motivo soggettivo) si ravvisa la colpa in capo al prestatore di lavoro.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è sorretto da "*ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare*

¹⁰² VALLEBONA A., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in Dir. Rel Ind, fascicolo 3, 2012, p. 621

¹⁰³ NOGLER L., *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, p. 680

*funzionamento di essa*¹⁰⁴ ”; quindi rientrano in quest’ambito sia i licenziamenti intimati in relazione all’insorgenza di specifiche esigenze aziendali che impongono la soppressione del posto di lavoro sia i licenziamenti che traggono origine da comportamenti o situazioni facenti capo al prestatore di lavoro, ma che non costituiscono una forma di inadempimento¹⁰⁵. Va preliminarmente rammentato che ogni recesso determinato da mancanze del dipendente integra la diversa categoria dei licenziamenti disciplinari, licenziamenti che sono motivati da violazione, gravissima (giusta causa) o grave (giustificato motivo soggettivo), degli obblighi contrattuali posti a carico del dipendente¹⁰⁶.

Dottrina e giurisprudenza concordano nell’affermare che il giustificato motivo oggettivo si configura allorché scelte attinenti ai citati elementi rendano necessaria la soppressione del posto di lavoro, con inevitabile licenziamento del prestatore ad esso addetto e che non possa essere impiegato altrimenti¹⁰⁷. In questa fattispecie il giudice non può sindacare i criteri di gestione dell’impresa o la scelta produttiva, rappresentando la libertà d’iniziativa economica tutelata dall’art. 41Cost.: quindi il motivo oggettivo è rimesso esclusivamente alla valutazione del datore di lavoro¹⁰⁸. Questi, però, deve provare l’impossibilità di procedere al c.d. *repêchage*¹⁰⁹, cioè di ricollocare il dipendente all’interno dell’impresa in un altro posto di lavoro, per il disimpegno, in priorità, delle stesse mansioni o di altre equivalenti, e mancando detta possibilità, di mansioni inferiori, ma solo quando prima del recesso il lavoratore abbia dichiarato la disponibilità alla

¹⁰⁴ Art 3 della legge 15 luglio 1966, n.604. Scopo della norma è consentire il recesso del rapporto ogni qual volta l’imprenditore ritenga che la permanenza del vincolo contrattuale sia inutile o dannosa.

¹⁰⁵ PELLACANI G., op. cit., p.167

¹⁰⁶ www.dirittoegiustizia.it

¹⁰⁷ Cass., S.U., 11.4.94, n.3353; Cass. 11.8.98, n.7904

¹⁰⁸ TATARELLI M., op. cit., p.192

¹⁰⁹ L’obbligo di ricollocazione è una creazione della giurisprudenza, che lo ha desunto dal carattere inderogabile della disciplina limitativa dei licenziamenti, la quale considera giustificato l’atto espulsivo solo se costituisce l’*extrema ratio*, sia pure nella persistente insindacabilità della scelta determinante.(Cass. 9.6.05, n. 12136)

dequalificazione¹¹⁰. Quindi il datore di lavoro deve dimostrare in ogni caso l'inesistenza di un altro posto di lavoro assegnabile al lavoratore per il disimpegno di mansioni almeno equivalenti, nonché l'inesistenza di posizioni di lavoro inferiori, gradite al dipendente, quando abbia ricevuto tempestiva comunicazione della disponibilità della dequalificazione¹¹¹.

Al giudice spetta il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore e del nesso causale tra tale motivo e soppressione del posto di lavoro¹¹². Nel caso in cui soppresso il posto di lavoro, il dipendente rifiuti di essere utilizzato in altro posto con mansioni inferiori, il licenziamento deve essere intimato per giustificato motivo oggettivo¹¹³. E' bene sottolineare che l'obbligo del *repêchage* non sussiste nei casi di:

- licenziamento per soppressione del posto adottato nella fase di liquidazione della società;
- licenziamento per esubero di personale;
- recesso per cessazione totale dell'attività, non essendo per definizione il lavoratore impiegabile altrimenti;
- licenziamento collettivo per riduzione di personale;
- licenziamento dovuto all'impossibilità della prestazione imputabile a colpa del dipendente;
- licenziamento del dirigente per soppressione della relativa posizione lavorativa, in quanto l'onere di adibire il dirigente a mansioni equivalenti non è compatibile con il regime legale di libera recedibilità¹¹⁴

Si fanno rientrare in questa fattispecie tutte le ipotesi riconducibili a questioni problematiche e specifiche esigenze aziendali che comportano la soppressione del posto di lavoro, situazioni facenti capo al prestatore di

¹¹⁰ BELLOCCHI P., GAETA L., MARESCA A., SCARPELLI F., TULLINI P., ZOLI C., *I rapporti di lavoro nel diritto vivente Casi e materiali*, coordinamento di Lorenzo Zoppoli, Torino, 2013, p. 213 e ss.

¹¹¹ La prova datoriale deve investire l'intera struttura aziendale, estendersi a tutte le unità produttive in cui l'impresa si articola sul territorio nazionale ed anche le sedi estere, a meno che il lavoratore non abbia manifestato l'intenzione di non trasferirsi altrove.

¹¹² CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005, p.67

¹¹³ Cass. 6.4.99, n.3314

¹¹⁴ TATARELLI M. op. cit., p.207

lavoro che costituiscono una ragione di risoluzione del rapporto, compresa, ad esempio, la sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore a svolgere le mansioni assegnate¹¹⁵. Va rammentato che la sopravvenuta infermità permanente del lavoratore costituisce un'ipotesi nettamente distinta dalla malattia del dipendente, in quanto quest'ultima ha carattere temporaneo e non rientra tra le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. L'inidoneità al lavoro ha carattere permanente, non implica necessariamente l'impossibilità totale della prestazione e consente la risoluzione del contratto. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹¹⁶ hanno chiarito che la clausola generale dell'articolo 3, legge n. 604/66 costituisce specificazione e non deroga delle previsioni generali di impossibilità sopravvenuta della prestazione quindi riconduce il licenziamento per sopravvenuta inabilità all'interno del giustificato motivo oggettivo ove il lavoratore possa astrattamente essere impiegato in mansioni diverse, mentre nell'ipotesi in cui la prestazione sia totalmente e definitivamente impossibile va ravvisata una causa di risoluzione del rapporto che non consente la prosecuzione, neppure provvisoria ai sensi 2119 c.c.

Poi rilevano le assenze dal lavoro dovute a carcerazione preventiva o espiativa dalla pena, queste non costituiscono inadempimento contrattuale ma possono dar luogo a licenziamento per impossibilità sopravvenuta temporanea della prestazione¹¹⁷. In questo ultimo caso il periodo di carcerazione incide sulla misura di risarcimento spettante al dipendente reintegrato, non essendo dovuto alcun emolumento per il periodo di

¹¹⁵ Il licenziamento è legittimo solo quando il datore di lavoro provi l'impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni idonee a salvaguardare la salute, che siano equivalenti o anche inferiori in mancanza di queste, purché il lavoratore abbia manifestato la propria disponibilità ad accettare le mansioni inferiori e sempre che la diversa attività sia utilizzabile nell'impresa secondo l'assetto organizzativo stabilito dall'imprenditore.

¹¹⁶ Cass., sez. lav., 29 marzo 2010, n. 7531

¹¹⁷ CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexurity "all'italiana" a confronto*, DLRI, p. 527 e ss.

detenzione: infatti, non potendo il rapporto trovare attuazione per una causa non imputabile al datore di lavoro, si interrompe il nesso causale tra danno e licenziamento¹¹⁸.

A differenza del regime ante-novella, oggi il datore di lavoro intenzionato ad irrogare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo deve, preliminarmente, dare impulso ad una procedura come delineata dal nuovo testo dell'art. 7 della legge 604/1996 riformato con la legge 92/2012¹¹⁹. Egli deve, infatti, inviare alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, una comunicazione con la quale rende edotta la DTL ed il lavoratore della propria intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo. Nella comunicazione deve essere dato anche atto del motivo "oggettivo" invocato alla base del licenziamento e delle eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato¹²⁰.

La Direzione territoriale del lavoro, nei sette giorni successivi, dovrà convocare le parti per un tentativo di conciliazione che dovrà, in ogni caso, concludersi non oltre i venti giorni successivi. Una volta concluso il procedimento conciliativo preliminare, in assenza di accordo, il datore di lavoro potrà comunicare il licenziamento al lavoratore che dovrà, come negli altri casi, avere la forma scritta e contenere l'indicazione dei motivi lo hanno determinato¹²¹. Riassumendo i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo sono costituiti:

- Dall'effettività delle ragioni di ordine produttivo e organizzativo addotte a giustificazione della soppressione del posto e del recesso,

¹¹⁸ Ibidem

¹¹⁹ SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in RIDL, fascicolo 1, p.521 e ss

¹²⁰ SERVIDIO S., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e tutela reale Diritto e pratica del lavoro*, 2013, fascicolo 12, p. 772

¹²¹ TOPO A., *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Commentario alla Riforma Fornero*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, in Dir. prat. lav., 2012, p. 41

le quali devono essere determinate da situazioni oggettive e non da sole scelte datoriali prive di riscontro

- Dall'esistenza del nesso causale tra tali ragioni ed il venir meno della posizione lavorativa, nel senso che deve esistere una stretta consequenzialità tra le esigenze produttive e l'eliminazione del posto di lavoro occupato dal dipendente licenziato
- Dalla soppressione del posto¹²²

Anche in tali casi, qualora venga accertata l'illegittimità del licenziamento irrogato per giustificato motivo oggettivo, le tutele del lavoratore sono diverse in funzione dei motivi di tale illegittimità: una più garantista, accompagnata dal diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro ed una meno garantista, caratterizzata, invece, dalla sanzione meramente economica.

La distinzione operata per il giustificato motivo oggettivo è identica a quella prevista per il licenziamento per giustificato motivo soggettivo¹²³. Anche per il giustificato motivo oggettivo, dunque, la riforma divide la fattispecie della “manifesta insussistenza del fatto” dalle altre ipotesi di ingiustificatezza del licenziamento, definite attraverso il rinvio alle “altre ipotesi”, logicamente contrapposte alla “manifesta insussistenza del fatto”¹²⁴.

In primo luogo, la norma prevede una tutela per il licenziamento intimato in violazione della normativa inerente la disabilità o per motivi riconducibili alla inidoneità psicofisica del lavoratore, oltre al licenziamento

¹²² Ibidem. Sulla necessità che il motivo addotto a giustificazione del provvedimento abbia carattere stabile cioè il medio e lungo periodo, con conseguente irrilevanza di fluttuazioni di mercato occasionali o di breve periodo.

¹²³ Cass. Sez. lav. 1 luglio 2008, n. 17962, in NGL, 2008. In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il rapporto di causalità fra la cessazione del rapporto di lavoro e l'attività produttiva coinvolge l'intera struttura aziendale. Il giudizio sull'incidenza della posizione del lavoratore nell'organizzazione aziendale si risolve nell'accertamento da parte del giudice di tale nesso di causalità e, ove sia esente da vizi logici, è insindacabile. La necessità dell'azienda di assicurare ed in elevato grado qualità e sicurezza del servizio, anche al fine di presentarsi competitiva sul mercato ed evitare perdite, ha fondamento nella stessa esistenza dell'azienda.

¹²⁴ www.dirittoegiustizia.it

intimato per superamento del comportamento¹²⁵. In tali casi, il nuovo art. 18 SL prevede la reintegra ed il risarcimento del danno sino a 12 mensilità di retribuzione. Anche per tale indennità valgono le stesse peculiarità esaminate in merito all'art. 18 comma 4 e 5 dello Statuto, in quanto il giudice dovrà tenere conto dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum*¹²⁶.

Quando, poi, il motivo di licenziamento sia individuato in fatti riconducibili a ragioni tecniche, produttive, organizzative dell'impresa, il giudice deve verificare una "*manifesta insussistenza del motivo*"¹²⁷.

Se il fatto è manifestamente insussistente, si disporrà l'annullamento del licenziamento e la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro, oltre al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, comunque non superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore verrà anche condannato al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione (maggiorati degli interessi nella misura legale ma senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione) con deduzione dei contributi accreditati al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative durante il periodo di estromissione.

¹²⁵ L'art. 2110 c.c., al comma 2, dispone che l'imprenditore ha la facoltà di recedere dal rapporto di lavoro in caso di assenza del lavoratore per malattia protrattasi oltre il limite stabilito dalla legge o dal c.c.n.l.. Il periodo durante il quale vige il divieto di licenziamento del lavoratore, assente per malattia o infortunio, ai sensi del 2110 c.c., che ha diritto alla conservazione del posto di lavoro, nonostante l'esecuzione della prestazione venga sospesa per fatto inerente alla sua persona, viene definito "periodo di comportamento", e trova la fonte principale nei contratti collettivi.

¹²⁶ BELLOCCHI P., GAETA L., MARESCA A., SCARPELLI F., TULLINI P., ZOLI C., *I rapporti di lavoro nel diritto vivente Casi e materiali*, coordinamento di Lorenzo Zoppoli, Torino, 2013, p. 213 e ss.

¹²⁷ TOPO A., *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in Commentario alla Riforma Fornero, a cura di F. Carinci e M. Miscione, in Dir. prat. lav., 2012, p. 41

Ove, invece, il motivo addotto sia diverso, il giudice, pur accertando che non ricorrono gli estremi del motivo oggettivo, dovrà, in ogni caso, dichiarare risolto il rapporto di lavoro e condannare il datore di lavoro ad una indennità risarcitoria da 12 a 24 mensilità di retribuzione¹²⁸.

Come già esaminato nel paragrafo precedente, il giudice quantificherà l'indennità sulla base di variabili come le iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e il comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni. In tutte le "altre ipotesi" in cui il giudice riscontri l'ingiustificatezza del licenziamento sorretto da argomenti di tipo oggettivo, il comma 7, del nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, infatti, rinvia alla disciplina dettata dal quinto comma (già esaminato), prevedendo una tutela solamente risarcitoria¹²⁹.

Va ricordato infine che ai sensi dell'articolo 10, comma 4, della legge 12 marzo 1999 n.68, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo esercitato nei confronti del lavoratore occupato obbligatoriamente è annullabile qualora nel momento di cessazione del rapporto il numero dei lavoratori protetti rimasti in servizio sia inferiore alla quota di riserva prevista dall'art.3 della legge¹³⁰. In sostanza, il licenziamento è illegittimo per il solo fatto che risulti scoperta la quota di riserva, ancorché sia controverso se la tutela operi solo quando la scopertura sia provocata dal licenziamento o, invece, anche quando sia ad esso preesistente¹³¹. In presenza di una valida giustificazione oggettiva, il licenziamento diventa illegittimo qualora esista una scopertura nella quota di riserva: in questo caso il datore dovrebbe occupare un altro lavoratore invalido, invece, il

¹²⁸ Ibidem

¹²⁹ VIDIRI G., *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, fascicolo 4, p. 617 e ss.

¹³⁰ 7% per i datori di lavoro con oltre 50 dipendenti, 2 lavoratori, per i datori di lavoro che occupano da 36 a 50 dipendenti, 1 lavoratore, se gli occupati sono da 15 a 35.

¹³¹ TARELLI M., op. cit., p.195 e ss.

legislatore ha optato per il mantenimento in servizio di quello già in organico¹³².

E' bene anticipare un'ultima distinzione che sarà oggetto di analisi nei prossimi paragrafi: i licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo vanno distinti dal licenziamento collettivo. Infatti se ricorrono 5 licenziamenti in 120 giorni si applica la disciplina sui licenziamenti collettivi per riduzione di personale di cui alla L. 223/1991.

In caso contrario, il recesso intimato per fatti organizzativi dell'impresa, anche quando coinvolge più lavoratori, è considerato licenziamento individuale e non collettivo: si parla di licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo. Entrambi i tipi di licenziamento sono caratterizzati dal necessario collegamento a motivi "non inerenti la persona del lavoratore". Ne consegue che, una volta accertato che ricorrono i presupposti indicati dalla legge n. 223/1991 e verificato che la risoluzione del rapporto non è collegata a motivi inerenti alla persona del lavoratore, diventa spontanea ogni ulteriore indagine per determinare la ragione della riduzione di lavoro¹³³.

E' bene fare un piccolo cenno per ricordare che in Italia, ai sensi dell'art. 2112, comma 4, c.c. il trasferimento d'azienda non costituisce motivo di licenziamento, ferma la possibilità del datore di lavoro alienante di adottare, prima del negozio traslativo, un licenziamento che sia sorretto da motivi autonomi, diverso dal trasferimento in sé. E' nullo quindi il licenziamento motivato dal mutamento soggettivo del datore di lavoro ed è nulla l'eventuale riassunzione ex novo del medesimo lavoratore da parte

¹³² Ibidem

¹³³ PELLACANI G., op. cit., p.172

dell'imprenditore subentrante, prevedendo, la legge, l'infrazionabilità del rapporto e dell'anzianità lavorativa¹³⁴.

2.4 Il licenziamento “sostanzialmente” e “formalmente” disciplinare

La procedura per la legittima irrogazione del licenziamento disciplinare deve essere osservata da tutti i datori di lavoro, anche non imprenditori¹³⁵, a prescindere dalla qualifica contrattuale del dipendente sottoposto al procedimento disciplinare, ma fatta eccezione per i licenziamenti irrogati nell'ambito di un rapporto di lavoro domestico¹³⁶. Tale procedura è disciplinata dall'art.7 dello Statuto Lavoratori.

Il regime introdotto dal nuovo art. 18 SL di tutela risarcitoria si applica anche a tutte le ipotesi di violazione del “requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604” e “della procedura” di cui all'art. 7 l. n. 300/1970. Non sempre v'è stata coincidenza tra licenziamento “sostanzialmente” disciplinare (intimato per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo) e licenziamento “formalmente” disciplinare, cioè assoggettabile al regime giuridico- formale previsto per le sanzioni disciplinari dall'art. 7, legge n. 300/1970¹³⁷. Sotto un diverso profilo, il motivo sostanzialmente disciplinare di licenziamento è condizione necessaria ma non sufficiente a rendere applicabile al licenziamento le garanzie procedurali dell'art. 7; necessita di un quid pluris rappresentato dal riconoscimento della natura disciplinare del licenziamento¹³⁸. La prevalente giurisprudenza, invece, aveva escluso che fosse configurabile la fattispecie formale del licenziamento disciplinare, ove

¹³⁴ www.inps.it

¹³⁵ Cass. n. 12486 /92

¹³⁶ ASNAGHI A.- GALLI C.A., *Licenziamenti individuali e dimissioni dopo la riforma del lavoro*, Verona, 2013, p. 40

¹³⁷ MAGRINI S., *Quer pasticciaccio brutto (dell'art.18)*, in Arg. Dir. Lav., 2012, fascicolo 3, p.535 e

ss.

¹³⁸ *Ibidem*

l'ordinamento non avesse richiesto l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo¹³⁹. E' in ogni caso inammissibile la conversione in recesso ad nutum del licenziamento disciplinare intimato in violazione delle garanzie procedurali previste dall'art. 7, 2 comma, L. n.300/70, da parte di un imprenditore con meno di sedici dipendenti. Nella suddetta fattispecie, il recesso non può essere considerato nullo, né inefficace bensì intimato in carenza di potere e dunque ingiustificato¹⁴⁰. In tale ipotesi il comportamento addebitato al dipendente ma non contestato nell'ambito del procedimento disciplinare non può essere addotto dal datore di lavoro per sottrarsi all'operatività della tutela apprestata al lavoratore dall'ordinamento nelle diverse situazioni¹⁴¹. Ove il licenziamento sia stato intimato per motivo disciplinare nell'area della libera recedibilità, si deve escludere che la prova in ordine alla natura non disciplinare del recesso possa desumersi dalla circostanza che il datore di lavoro abbia provveduto alla liquidazione dell'indennità sostitutiva del preavviso, ben potendo l'imprenditore, nella sua discrezionalità, corrispondere la suddetta indennità pur avendo adottato un licenziamento disciplinare¹⁴².

L'articolo 7, legge n. 300 del 1970 ("sanzioni disciplinari") prevede, nei suoi primi tre commi e nel quinto una serie di garanzie per consentire al lavoratore di conoscere in anticipo le possibili conseguenze di una sua eventuale mancanza, nonché, in caso di effettiva mancanza, di difendersi prima che la sanzione disciplinare gli venga irrogata¹⁴³.

¹³⁹ intranet.fiba.it

¹⁴⁰ MASSARA G. S., Commentario breve al Codice di procedura civile : ultimissime sul processo civile filtro in appello, giudizio di cassazione, impugnazione dei licenziamenti, notificazioni. Appendice di aggiornamento 2013 / F. Carpi, M. Taruffo ; con la collaborazione di Enrico Beia, p.1689

¹⁴¹ *Ibidem*

¹⁴² Cass. S.U., 18.5.1994, n. 4846

¹⁴³ Comma 1: affissione del c.d. codice disciplinare; comma 2 e 3: contestazione dell'addebito e difesa preventiva del lavoratore; comma 5: termine minimo a difesa di cinque giorni tra contestazione dell'addebito ed irrogazione della sanzione

Le altre garanzie di difesa previste dall'articolo 7 (commi 6 e 7) non hanno carattere preventivo ma riguardano il momento successivo all'applicazione della sanzione.

La Corte costituzionale ha esteso talune garanzie dell'art. 7 St. Lav. al licenziamento disciplinare, affermando che i commi 1, 2 e 3 di detta norma sono costituzionalmente illegittimi se “*interpretati nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari*”¹⁴⁴.

A seguito di tale intervento, il licenziamento disciplinare è legittimo se:

- È contemplato nel codice disciplinare¹⁴⁵ (il primo onere che il datore di lavoro è tenuto ad osservare nell'ambito della procedura disciplinare è quello dell'affissione, in un luogo accessibile a tutti¹⁴⁶ i dipendenti, del codice disciplinare, documento che consiste nel complesso delle norme che riguardano le infrazioni, le relative sanzioni e le procedure di contestazione. In mancanza della valida affissione, il datore non può sanzionare disciplinarmente alcun comportamento di un proprio dipendente: il licenziamento eventualmente irrogato sarà illegittimo);
- E' formalmente contestato l'addebito al lavoratore. (La Suprema Corte ha precisato che “*In tema di sanzioni disciplinari, l'esigenza della specificità della contestazione non obbedisce ai rigidi canoni che presiedono alla formulazione dell'accusa nel processo penale, né si ispira a uno schema precostituito e a una regola assoluta e astratta, ma si modella in base ai principi di correttezza che informano un rapporto interpersonale che già esiste tra le parti ed è*

¹⁴⁴ Sent. 30-11-1982, n. 204

¹⁴⁵ L'obbligo di pubblicità del codice disciplinare mediante affissione in luogo accessibile a tutti è necessario per le sanzioni disciplinari, non per la validità del licenziamento disciplinare.

¹⁴⁶ Per “luogo accessibile a tutti” si intende quello in cui i dipendenti hanno il libero accesso. Secondo parte della giurisprudenza è possibile affiggere sia le norme disciplinari sia il contratto stesso. Secondo altra parte della giurisprudenza è opportuna l'affissione della specifica normativa disciplinare.

funzionalmente e teleologicamente finalizzata all'esclusiva soddisfazione dell'interesse dell'incolpato ad esercitare pienamente il diritto di difesa¹⁴⁷". La contestazione deve soddisfare i requisiti dell'immediatezza, della tempestività e altro essenziale requisito della contestazione è l'immutabilità: al datore è precluso licenziare il dipendente per motivi diversi da quelli che gli ha contestato);

- Il licenziamento, inoltre, non può essere adottato se non dopo decorsi cinque giorni dalla contestazione per consentire al dipendente di svolgere compiutamente le sue difese e mettere il datore in condizione di poter eventualmente adottare la sanzione senza lasciarsi condizionare da reazioni impulsive che spesso seguono il fatto;
- Decorso il termine concesso al dipendente per giustificarsi o ricevute le giustificazioni, il datore di lavoro deve tempestivamente comunicare il licenziamento al dipendente e a pena di inefficacia dello stesso, in forma scritta (art. 2 L. 604/66).

Da ciò discende che la “*contestazione dell'addebito*” di cui all'articolo 7 e la *comunicazione dei motivi* di cui all'articolo 2 della legge n. 604/1966 pur operando su piani distinti sono riconducibili a un disegno unitario¹⁴⁸. Contestualmente alla consegna della lettera di contestazione disciplinare ed in forza del suo generale potere direttivo, il datore di lavoro può sospendere in via cautelare e non disciplinare il dipendente, qualora i tempi del procedimento siano incompatibili con la sua presenza in azienda (esempio, aggravare la situazione, generare una situazione di imbarazzo o di inopportunità o alterare le prove poste a base della contestazione)¹⁴⁹. In generale, la sospensione cautelare dal servizio non comporta la sospensione

¹⁴⁷ Cass. sent. n. 21912/10

¹⁴⁸ PELLACANI G., op. cit., p. 284

¹⁴⁹ ASNAGHI A.- GALLI C.A., *Licenziamenti individuali e dimissioni dopo la riforma del lavoro*, Verona, 2013, p. 43

del pagamento della retribuzione né alcuna conseguenza negativa a carico del dipendente¹⁵⁰.

Il vizio formale, che nel regime precedente alla riforma Fornero determinava la invalidità del licenziamento, oggi viene sanzionato solo con la condanna della parte datoriale al pagamento di un'indennità, peraltro dimezzata rispetto a quella prevista dal comma 5 per il licenziamento disciplinare cui non sia applicabile la reintegra in forza del comma 4¹⁵¹.

Il comma 41 dell'art.1 della c.d. Riforma Fornero ha poi previsto l'efficacia retroattiva del licenziamento disciplinare sin dal giorno della comunicazione con cui il procedimento disciplinare è stato avviato.

Infatti, in tali ipotesi, viene disposta la sola condanna al pagamento del datore di lavoro di una indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo¹⁵².

Per completezza espositiva in tema di "licenziamento disciplinare" è necessario fare un piccolo inciso sulla recidiva: ai sensi dell'articolo 7, comma 8 dello Statuto dei Lavoratori, commette *recidiva*, il dipendente che, nell'arco di due anni, reiteri un comportamento che ha dato luogo ad un precedente provvedimento disciplinare¹⁵³. Sul punto la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto che “ *In tema di licenziamento disciplinare ex art. 7 dello SL la preventiva contestazione dell'addebito deve, a pena di nullità del provvedimento disciplinare, riguardare la recidiva soltanto ove essa*

¹⁵⁰ Ibidem

¹⁵¹ PISANI C., *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in ADL, 2013, fascicolo 2, pp. 264-275

¹⁵² MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in Riv. it. dir. lav., 2012, fascicolo 1, p.435

¹⁵³ ASNAGHI A.- GALLI C.A., *Licenziamenti individuali e dimissioni dopo la riforma del lavoro*, Verona, 2013, pp. 35-56

integri elemento costitutivo dell'infrazione e non anche quando costituisca mero criterio determinativo della sanzione che si ritiene proporzionata. In altre parole, per fungere da elemento costitutivo dell'addebito disciplinare la recidiva in una determinata mancanza deve essere tale da essere configurata come condizione potenzialmente necessaria e sufficiente della sanzione, in quanto le parti collettive l'abbiano considerata come di per sé idonea a giustificare il provvedimento disciplinare, senza particolari valutazioni del caso. Ove invece la recidiva venga utilizzata per evidenziare il particolare grado di gravità della mancanza, tale da legittimare la scelta del provvedimento espulsivo, è soltanto una delle reazioni datoriali astrattamente ammissibili a norma di legge o contratto, non è indispensabile che di essa si faccia esplicita menzione nella contestazione disciplinare che apre il procedimento di cui all'articolo 7 SL¹⁵⁴.

3 I licenziamenti collettivi: procedura d'irrogazione

Come si è detto la legge 604/66 aveva escluso dal proprio ambito di applicazione “la materia dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale”, e tale esclusione non aveva impedito alla giurisprudenza di elaborare una nozione di licenziamento collettivo per verificare se il licenziamento intimato dal datore fosse qualificabile come collettivo ovvero si risolvesse in una pluralità di licenziamenti individuali.

La legge 223/91 prevede due fattispecie di licenziamenti quella ex art 4 (cd. licenziamento collettivo per messa in mobilità e art. 24 (cd. licenziamento collettivo per riduzione di personale)¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Cass. n. 2433/12

¹⁵⁵ SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori – Diritto sindacale e rapporti di lavoro*, Torino, 2013, pp.358-359

Il licenziamento collettivo è definito sotto un profilo quantitativo, come pluralità di licenziamenti dovuti a riduzione o trasformazione di attività o di lavoro. La dottrina prevalente sostiene la necessità di una giustificazione sostanziale dei licenziamenti collettivi sotto il profilo del nesso di causalità tra il singolo licenziamento e la scelta organizzativa¹⁵⁶.

Come analizzato nei paragrafi precedenti, il licenziamento individuale colpisce il singolo lavoratore ed i suoi interessi individuali, mentre il licenziamento collettivo per riduzione di personale determina anche un problema di natura sociale, tanto più sentito, quanto più elevato è il numero dei lavoratori da licenziare. I licenziamenti collettivi devono essere sindacabili allo stesso modo dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, il che del resto è in sintonia con il rilievo che dal punto di vista sostanziale la riduzione di personale si realizza per il tramite di una serie di licenziamenti individuali¹⁵⁷.

Oggetto del controllo giudiziale sono l'effettività dell'operazione riorganizzativa e la presenza del nesso causale fra questa e i licenziamenti, nel senso della necessaria coerenza logica fra la scelta di modifica dell'organizzazione di lavoro e l'individuazione dei profili e della collocazione dei lavoratori da licenziare. Insindacabili sono i motivi economici cioè il motivo che spinge l'imprenditore a ridurre o trasformare l'attività¹⁵⁸. In altri termini, il controllo giudiziale si risolve nella verifica della ricorrenza delle condizioni legittimamente richieste per far luogo ad un licenziamento collettivo: la riduzione o la trasformazione di attività o di lavoro; la ricorrenza degli elementi quantitativo o qualitativo; l'effettiva

¹⁵⁶ SCOGNAMIGLIO R, *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, 2006,, Napoli p.93

¹⁵⁷ DEL PUNTA R. , *I licenziamenti collettivi*, in Papaleoni M., Del Punta R., Mariani M.(a cura di), *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993, p. 363 e ss..

¹⁵⁸ DEL PUNTA R., *I licenziamenti per riduzione di personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, in LD,1994,pag.127

necessità di riduzione del personale; la consequenzialità tra le esigenze produttive e la soppressione dei posti di lavoro¹⁵⁹.

La disciplina organica dei licenziamenti collettivi è stata introdotta dall'art. 24 della legge n. 223 del 1991, con cui lo Stato italiano ha tardivamente dato attuazione alla direttiva CEE n.129 del 1975¹⁶⁰.

La fattispecie non presuppone necessariamente una crisi aziendale e un ridimensionamento strutturale dell'attività produttiva, potendo il requisito della riduzione o trasformazione di attività o di lavoro ravvisarsi nella decisione di modificare l'organizzazione produttiva anche soltanto con la contrazione della forza lavoro¹⁶¹. In primo luogo la disciplina dei licenziamenti collettivi si applica ex art. 24 legge 223/1991 alle sole imprese che occupino più di 15 dipendenti.

L'ipotesi di licenziamento collettivo si verifica nel caso in cui le imprese che occupano più di 15 dipendenti, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, *intendano effettuare almeno 5 licenziamenti nell'arco temporale di 120 giorni nell'unità produttiva, oppure in più unità produttive dislocate nella stessa provincia, decisi "in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro"*. A fronte della recente evoluzione normativa e soprattutto all'articolo 4, d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25 è stato osservato che le due fattispecie sono destinate ad avvicinarsi. Secondo l'articolo 4, comma 3, d.lgs. n. 25/2007 *l'informazione e la consultazione dei lavoratori riguardano:*

- L'andamento recente e quello prevedibile dell'attività d'impresa, nonché la situazione economica

¹⁵⁹ CARABELLI U., *La disciplina sui licenziamenti collettivi: alcuni problemi interpretativi ancora sul tappeto*, in Santucci R. (a cura di), *Licenziamenti collettivi tra questioni applicative e nuove regole*, Milano, 2005, p. 21 e ss.

¹⁶⁰ Venne emanata in attuazione del primo programma d'azione sociale in risposta alla crisi delle aziende e alle profonde modificazioni delle strutture economiche e produttive che rivelarono definitivamente l'insufficienza dei meccanismi di mercato a garantire il progresso sociale.

¹⁶¹ PELLACANI G., *op. cit.*, p.720

- La situazione, la struttura e l'andamento prevedibile dell'occupazione nella impresa
- Le decisioni dell'impresa che sono suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro¹⁶²

Invece l'art. 4, comma 1, l. 223/91, riguardante l'impresa che ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori cassintegrati, fino a dubitare dell'effettiva separatezza e configurare piuttosto una fattispecie unica, quella dell'art. 24, della quale l'altra delineerebbe "elementi integrativi" atti a conferirle specificità causale¹⁶³. In base all'art. 5 della legge n. 223 del 1991, il datore di lavoro, ai fini dell'applicazione del criterio costituito dalle esigenze tecniche, organizzative e produttive, deve operare la scelta nell'ambito di graduatorie che accorpino mansioni identiche o omogenee in ragione della loro fungibilità. Dalla lettura combinata degli articoli 24 e 4 e 5 della l. 223/91, si evince che la disciplina contempla due ipotesi di licenziamento per riduzione del personale una di carattere generale formulata dall'art. 24, che come detto riguarda tutte le imprese, a qualunque settore appartengano, a condizione che occupino più di 15 dipendenti e la seconda delineata dall'art. 4 legge 223 che invece si applica alle imprese soggette alla CIGS dove il recesso deriva dalla impossibilità di reimpiegare i lavoratori sospesi¹⁶⁴. Il datore che intenda licenziare in presenza dei presupposti individuati dall'art. 24, dovrà dunque procedere seguendo i passaggi successivi, rispettando alla lettera termini e procedure stabilite dalla legge 223/1991¹⁶⁵.

¹⁶² ZOLI C., *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2008, fasc. 1, p. 35

¹⁶³ VENDITTI L., *Licenziamento collettivo e tecniche di tutela*, in *quaderni de "il diritto del mercato del lavoro"*, 2013, Napoli, p. 56 e ss.

¹⁶⁴ *Ibidem*

¹⁶⁵ FOGLIA R., *Diritto di informazione e consultazione nella procedura di licenziamento collettivo*, in *ADL*, 2005, 1, pp. 169-185

La procedura è diretta ad assicurare il controllo sindacale sulla riduzione di personale, mediante diritti di informativa e di esame congiunto per la verifica della effettività e della inevitabilità, totale o parziale, del programmato ridimensionamento dell'organico come dettato unilateralmente dall'imprenditore. La procedura si articola in due fasi una di consultazione sindacale ed una amministrativa, la prima è obbligatoria mentre la seconda è esperita in via eventuale in caso di esito negativo della fase sindacale¹⁶⁶.

Il datore di lavoro che intenda effettuare il licenziamento collettivo deve, in primo luogo dare impulso alla fase di consultazione sindacale mediante invio di apposita comunicazione scritta alle rappresentanze sindacali aziendali ed alle rispettive associazioni sindacali¹⁶⁷. In tale comunicazione il datore di lavoro deve tassativamente indicare i motivi che hanno determinato l'eccedenza di personale ed i motivi tecnici¹⁶⁸, organizzativi e/o produttivi per i quali si ritiene di non poter evitare i licenziamenti, il numero dei lavoratori da licenziare, la rispettiva collocazione aziendale ed i profili professionali del personale eccedente e di quello abitualmente impiegato (comma terzo dell'art. 4 legge 23 luglio 1991 n. 223)¹⁶⁹. Inoltre deve essere indicata la tempistica per l'attuazione del programma di mobilità. Una volta ricevuta la fase di consultazione sindacale deve essere esperita entro i successivi 45 giorni¹⁷⁰.

¹⁶⁶ VENDITTI L., *Licenziamento collettivo e tecniche di tutela*, Napoli, 2012, p.98

¹⁶⁷ Cass. 11 aprile 2003, n. 5770

¹⁶⁸ L'obbligatorietà della indicazione dei motivi tecnici è in perfetta aderenza col disposto del primo comma del medesimo art. 4, che prevede la facoltà per l'impresa "di avviare le procedure di mobilità ai sensi del presente articolo" ove sussistano i due presupposti "di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative", in mancanza di tali presupposti la legge n. 223/1991 non riconosce all'imprenditore la libertà di licenziamento e quindi la seconda indicazione è essenziale al pari della prima e non può essere certo sostituita dalla semplice ripetizione dei "motivi che determinano la situazione di eccedenza",

¹⁶⁹ VENDITTI L. , *Licenziamento collettivo e tecniche di tutela*, in *Quaderno de "il diritto del mercato del lavoro"*, 2013, Napoli, pp.45-60

¹⁷⁰ *Ibidem*

Se viene raggiunto un accordo in tale ambito, la procedura si esaurisce ed il datore di lavoro può intimare i licenziamenti con conseguente collocazione dei lavoratori in mobilità. Diversamente se nella fase di consultazione non viene raggiunto alcun accordo, entro il detto termine di 45 giorni, previsto per l'esperimento della fase consultiva, il datore dovrà inviare una comunicazione alla Regione competente che indichi i motivi del l'esito negativo della prima fase. Con tale comunicazione viene avviata la seconda fase quella amministrativa¹⁷¹.

La fase amministrativa ha una durata massima di 30 giorni ed al termine della stessa il datore di lavoro può intimare i licenziamenti anche in assenza di accordo sindacale, comunicando all'ufficio del lavoro competente ed alle associazioni di categoria l'elenco dei lavoratori collocati in mobilità, i loro dati anagrafici e professionali e le modalità di applicazione dei criteri di scelta¹⁷².

Per quanto riguarda , però, i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare si deve rilevare che il datore è vincolato ai criteri definiti negozialmente in sede di consultazione sindacale ovvero predeterminati dai Contratti collettivi nazionali o, comunque, in mancanza, a quanto dettato dalla legge 223/1991 all'art. 5¹⁷³. L' articolo 5, comma 1 della legge 223/1991 dispone che l'individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità deve avvenire *in relazione alle esigenze tecnico- produttive ed organizzative del complesso aziendale*, nel rispetto dei criteri contrattuali e legali.

In altre parole, i licenziamenti devono essere sempre legati da un nesso di causalità all'operazione di ridimensionamento o ristrutturazione dell'attività di impresa o di lavoro effettuata o eventualmente modificata nel corso della procedura di mobilità. E' proprio la dimensione della scelta riorganizzativa

¹⁷¹ TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo: lavoro privato e pubblico*, Padova, 2012, p.321.

¹⁷² VENDITTI L., op.cit., p. 99

¹⁷³ CHIECO P- e GAROFALO M.G. , *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in Aa. Vv., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa* , Bari p.1 e ss.

che definisce l'ambito di selezione dei lavoratori, ambito che non può essere modificato nemmeno dall'accordo collettivo, a meno che quest'ultimo non incida sulla stessa scelta produttiva operata dall'imprenditore¹⁷⁴.

Il datore dovrà valutare ed individuare i lavoratori da licenziare sulla base dei tre concorrenti carichi dettati dalla legge (c.d. criteri legali):

- i carichi di famiglia: il mero riferimento alle persone formalmente a carico del lavoratore può essere ritenuto solo presuntivamente indicativo allo stato di bisogno del lavoratore e della sua famiglia. Esso pertanto non fornisce alcuna indicazione dell'effettiva situazione economica della famiglia, potendoci ben essere familiari conviventi portatori di reddito¹⁷⁵.
- le esigenze tecniche-produttive ed organizzative non possono essere generiche ma devono essere oggettivamente e direttamente funzionali al programma di “riduzione o trasformazione di attività o di lavoro” definito dall'imprenditore. Quindi devono consentire una valutazione di tipo oggettivo ed essere *idonei ad esprimere l'attività svolta e/o da svolgere e non il modo in cui essa è stata e/o sarà svolta*, con l'esclusione di elementi, quali il rendimento, la diligenza e l'obbedienza¹⁷⁶
- l'anzianità di servizio presso l'azienda¹⁷⁷; mentre secondo taluno il legislatore avrebbe inteso far riferimento all'anzianità aziendale, per

¹⁷⁴ Per “complesso aziendale” implica che la riduzione di personale debba essere effettuata fra tutti i lavoratori di analoga professionalità o della stessa fascia professionale colpiti dall'operazione organizzativa, il che amplia al massimo l'area in cui il datore di lavoro deve operare la scelta.

¹⁷⁵ VENEZIANI B., GAROFALO M.G., CARABELLI U., *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006, pp. 488-490

¹⁷⁶ Mentre le valutazioni ai fini dell'assunzione sono discrezionali, quelle relative alla selezione necessitano di trasparenza, oggettività e funzionalità

¹⁷⁷ NATULLO G., *Il licenziamento collettivo*, Milano, 2004, p. 187 e ss.

altri l'espressione andrebbe riferita all'anzianità anagrafica¹⁷⁸, per altri ancora, poi, l'indeterminatezza del dato legislativo lascerebbe intendere la volontà del legislatore di lasciare all'imprenditore l'opzione per l'una o l'altra accezione

I descritti criteri di scelta basati su caratteristiche personali del lavoratore si ripercuotono sulla determinazione della soglia di perdita attesa ragionevolmente sostenibile. L'applicazione di queste regole preclude l'esercizio della facoltà di licenziamento, qualora nella scelta del lavoratore da licenziare non venga rispettato un ordine che tuteli il dipendente socialmente più debole. L'utilizzo dei criteri di scelta è comune all'ordinamento francese anche se soltanto in Francia tra i criteri di scelta previsti nel Code du Travail si rinviene quello che considera le caratteristiche sociali del lavoratore, capaci di rendere particolarmente difficile il suo reinserimento nel mercato del lavoro¹⁷⁹.

La legge sembra riservare ampi margini all'autonomia collettiva, alla quale parrebbe essere sostanzialmente preclusa solo la previsione di criteri che provochino discriminazioni tra i lavoratori o che violino i limiti posti dalla legge in ordine alla salvaguardia dell'occupazione femminile e dei disabili¹⁸⁰. Devono infatti essere rispettati alcuni ulteriori criteri: in primo luogo, i lavoratori invalidi o comunque quelli per cui esiste l'obbligo di legge all'assunzione (legge n. 68/1999) non possono essere licenziati in misura superiore, rispetto alla totalità dei lavoratori licenziati, alla percentuale di invalidi presenti in azienda; in secondo luogo, devono essere garantiti i principi di non discriminazione diretta o indiretta delle donne e, pertanto, «l'impresa non può collocare in mobilità una percentuale di

¹⁷⁸ Il criterio in questione è previsto in funzione della conservazione del posto di lavoro e non del licenziamento

¹⁷⁹ OGRISEG C., *Rischio economico e modelli di protezione del lavoro, contributo allo studio sulle tutele contro i licenziamenti negli ordinamenti italiano e francese*, Milano, 2007, p. 147

¹⁸⁰ VENEZIANI B., GAROFALO M.G., CARABELLI U., *Percorsi di diritto del lavoro*, a cura di Domenico Garofalo e Maurizio Ricci, Bari, 2006, pp.475- 496

manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata, con riguardo alle mansioni prese in considerazione»¹⁸¹.

L'articolo 5 della legge 223/91 vieta di licenziare la lavoratrice sposata da non più di un anno. La Corte costituzionale nella decisione 10 febbraio 1993, n. 46 ha respinto la questione di costituzionalità della norma che stabilisce il divieto di licenziamento a causa di matrimonio, dove non prevede che il datore di lavoro possa superare il divieto anche nell'ipotesi di attivazione della procedura di licenziamento collettivo.

D'altra parte, l'articolo 54 del t.u. 26 marzo 2001, n. 151 non consente di porre in CIGS la lavoratrice madre durante il periodo di divieto di licenziamento a meno che non sia sospesa l'attività dell'intero complesso aziendale o dell'unità produttiva cui sia addetta o di metterla in mobilità a seguito di licenziamento collettivo, salvo il caso di cessazione dell'attività dell'azienda cui è addetta.

Il datore di lavoro sarà obbligato a seguire una valutazione comparativa fra tutti i dipendenti nell'ambito dei quali la scelta va operata ed individuare una vera e propria graduatoria derivante dal raffronto fra tutti i lavoratori interessati al provvedimento espulsivo¹⁸². Il datore di lavoro sceglierà per il licenziamento, i soggetti con minore anzianità di servizio, con minori carichi di famiglia, e la cui presenza non è richiesta da prioritarie esigenze produttive ovvero organizzative¹⁸³. Di tale modalità dovrà darne atto nel provvedimento espulsivo al fine di consentire di verificare ex post la correttezza della scelta dei lavoratori licenziati¹⁸⁴. In giurisprudenza si è affermato che in tal modo è meglio perseguibile l'intento del legislatore di

¹⁸¹ Ibidem

¹⁸² ALESSI C., *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale : fattispecie e disciplina*, in Riv. Giur. Lav., 1995, I, p. 245 e ss.

¹⁸³ CARABELLI U., *La disciplina sui licenziamenti collettivi: alcuni problemi interpretativi ancora sul tappeto*, in Santucci R. (a cura di), *Licenziamenti collettivi tra questioni applicative e nuove regole*, Milano, 2005, p. 21 e ss.

¹⁸⁴ www.studiolegaleresta.it

espungere dall'azienda i lavoratori più forti e di evitare discriminazioni a danno dei singoli lavoratori, tanto più facili quanto più si restringe l'ambito di selezione¹⁸⁵. Infatti i tre criteri legali devono operare “in concorso tra loro”, così sanzionando una sorta di “pari dignità” tra di essi, lascia ampi spazi d'azione all'imprenditore nella loro combinazione¹⁸⁶. I criteri legali svolgono nella logica dell'articolo 5, comma 1, una funzione meramente *suppletiva*: essi sono destinati ad operare soltanto in assenza di un intervento della contrattazione collettiva.

Non si può negare che il potere contrattuale di scelta dei lavoratori da licenziare persegua interessi meritevoli di tutela, se viene esercitato in funzione delle esigenze oggettive dell'organizzazione produttiva, proprio perché le condizioni legali di ammissibilità della riduzione di personale sono legate ad ipotesi di riduzione o trasformazione di attività o di lavoro¹⁸⁷.

La l. n. 223 ha ritenuto, attraverso la fissazione dei criteri legali, che questo interesse riconoscibile nel richiamo alle esigenze tecnico-produttive e organizzative dell'impresa debbono fare i conti necessariamente con l'interesse dei lavoratori a veder riconosciute alcune esigenze sociali di rilievo individuabili nei criteri dell'anzianità e dei carichi di famiglia, onde la salvaguardia del posto di lavoro è subordinata al bilanciamento tra questi due interessi¹⁸⁸. Quindi non si tratta di inderogabilità dei criteri legali ma di inviolabilità del principio di bilanciamento sotteso a quei criteri, che opera come vincolo esterno alla contrattazione collettiva¹⁸⁹.

¹⁸⁵ SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, 2006, Napoli, p.85

¹⁸⁶ CARABELLI U., *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Gior.dir.lav.rel.ind.*,1994, p.213

¹⁸⁷ PERA G., *I licenziamenti collettivi*, in *Giust.civ.*,1992,fasc. 2, ,p.207 e ss.

¹⁸⁸ VENEZIANI B., GAROFALO M.G., CARABELLI U., *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006, pp. 490-495

¹⁸⁹ OGRISEG C., *Rischio economico e modelli di protezione del lavoro, contributo allo studio sulle tutele contro i licenziamenti negli ordinamenti italiano e francese*,Milano,2007, pp. 146- 148

Si deve segnalare, per completezza, che in linea generale in seguito ad un licenziamento per riduzione del personale, non esiste un vero e proprio divieto di assunzione da parte del datore di lavoro di diversi lavoratori né un divieto di collocare nuovi lavoratori nelle stesse mansioni di quelli licenziati¹⁹⁰.

Tuttavia, il lavoratore licenziato per riduzione del personale (o in mobilità) ha un diritto di precedenza, disciplinato dall'art. 15 legge n. 264/1949 in combinato disposto con l'art. 8 della legge n. 223/1991, nei confronti dell'impresa che lo ha licenziato, nei sei mesi successivi al licenziamento, nell'ipotesi in cui la stessa azienda proceda a nuove assunzioni (per stesse qualifiche e mansioni).

La giurisprudenza prevalente, peraltro, sul punto è costante nel considerare illegittimo per insussistenza di giustificato motivo oggettivo, anche nel caso di licenziamento di un dipendente sostituito con altro lavoratore adibito alle medesime mansioni nel periodo immediatamente successivo al recesso¹⁹¹.

È, invece, espressamente vietato al datore di lavoro stipulare contratti di somministrazione o assunzioni a tempo determinato, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i 6 mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli artt. 4 e 24 della l. n. 223/1991, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione o di lavoro a tempo determinato, salvo che tale contratto sia concluso per provvedere a sostituzione di lavoratori assenti, ovvero sia concluso ai sensi dell'art. 8, comma 2, della l. n. 223/1991, ovvero abbia una durata iniziale non superiore a 3 mesi.

Un ultimo cenno alla previsione secondo cui la disciplina dei licenziamenti collettivi non trova applicazione nei casi di fine lavoro nelle costruzioni

¹⁹⁰ GRAGNOLI E., *I licenziamenti collettivi e i criteri di scelta*, in Q D L R I, 1997, p. 93 e ss.

¹⁹¹ MORA A.M., *I licenziamenti collettivi : profili storici*, in Galantino L., (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 1993, p. 167 e ss.

edili e di attività stagionali o saltuarie (art. 24, comma 4, l. 223/91): può spiegarsi con il fatto che, pur se non vi è un termine apposto al contratto di lavoro, la cessazione di quest'ultimo appare fisiologica e ricorrente, in quanto collegata alla fine del cantiere ovvero del periodo infrannuale in cui si concentra l'attività¹⁹².

Il grado di protezione offerto dall'ordinamento dipende essenzialmente dall'entità del costo del licenziamento, cui corrisponde la soglia al di sotto della quale la perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto rientra nel rischio posto a carico dell'impresa¹⁹³.

Per effetto dell'art. 5, comma 3, L. n. 223/1991, il licenziamento collettivo intimato:

- senza il rispetto della forma scritta e senza il rispetto delle procedure di mobilità è inefficace;
- in violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da porre in mobilità è annullabile.

Infine è bene soffermarsi sull'illegittimità del licenziamento collettivo, questa:

- deve essere fatta valere entro 60 giorni dal ricevimento da parte del lavoratore della lettera di licenziamento, salva l'ipotesi di illegittimità del licenziamento per inosservanza della forma scritta;

- comporta l'applicazione della c.d. tutela reale del posto di lavoro stabilita dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 (reintegrazione o, a scelta del lavoratore, relativa indennità sostitutiva)¹⁹⁴.

¹⁹² VENDITTI L., *Licenziamento collettivo e tecniche di tutela*, in Quaderni de Il diritto del mercato del lavoro, Napoli, 2013, p.20

¹⁹³ SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp.143-148

¹⁹⁴ www.provincia.mb.it

3.1. Collocamento in mobilità e licenziamento collettivo

Si deve rammentare brevemente che la cassa integrazioni guadagni straordinaria rappresenta uno strumento di sostegno per le imprese in crisi, che consente di ridurre il costo del lavoro mediante una sospensione “a zero ore” ovvero una riduzione dell'orario di lavoro dei propri dipendenti . Dunque una sospensione, totale o parziale, del rapporto di lavoro (o meglio di alcune obbligazioni dallo stesso derivanti); non invece una cessazione.

Qualora, dunque, la crisi divenga irreversibile e l'impresa non possa quindi garantire il reimpiego di tutti o parte dei lavoratori sospesi, potrà essere dato corso alla c.d. procedura di mobilità¹⁹⁵.

Infatti, l'art. 4 della legge n. 223/1991 prevede espressamente che «l'impresa che sia stata ammessa al trattamento straordinario di integrazione salariale qualora nel corso di attuazione del programma ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative, ha facoltà di avviare le procedure di mobilità di cui al presente articolo». Tale procedura non si applica «nel caso di eccedenze determinate da fine lavoro nelle imprese edili e nelle attività stagionali o saltuarie, nonché per i lavoratori assunti a tempo determinato».

Parafrasando la legge 223/91 è necessario che la ditta individui i lavoratori da licenziare tenendo in considerazione determinati parametri, ci deve essere un accordo sindacale concluso tra azienda e rappresentanze sindacali ed il datore di lavoro deve versare per ogni lavoratore licenziato un certo importo. In questo caso è l'azienda che segnala i nominativi dei propri dipendenti alla Regione in modo che la Commissione Regionale di Concertazione approvi l'elenco, garantendo l'inserimento in lista di mobilità.

¹⁹⁵ www.inps.it

Hanno quindi diritto all' iscrizione in lista di mobilità prevista dall'art.6, L.223/91:

- i lavoratori licenziati a seguito di riduzione, trasformazione e cessazione di attività o di lavoro da parte di imprese tenute alla effettuazione delle procedure di mobilità (artt.4 e 24, L.223/91), vale a dire che occupino più di 15 dipendenti e che intendano effettuare almeno cinque licenziamenti nell'arco di 120 giorni in ciascuna o più unità produttive nell'ambito di una stessa provincia (*licenziamenti collettivi*);

- i lavoratori licenziati da imprese ammesse al trattamento CIGS che, non potendo reimpiegare tutti o parte dei lavoratori sospesi, avviano le procedure di mobilità¹⁹⁶;

- i lavoratori licenziati da privati datori di lavoro non imprenditori (D. Lgs. 110/2004), a seguito di procedure di mobilità. In tal caso, i lavoratori licenziati e iscritti in lista di mobilità non hanno diritto a percepire l'indennità di mobilità e non potranno essere assunti con le agevolazioni;

- i lavoratori licenziati - entro il 31 DICEMBRE 2009 - per giustificato motivo oggettivo connesso a riduzione, trasformazione o cessazione di attività o di lavoro, da imprese anche con meno di 15 dipendenti (art.4, L.236/93), per le quali non ricorrano le condizioni per l'attivazione delle procedure di mobilità (licenziamenti individuali)¹⁹⁷. A differenza della legge 223/91, in questo caso è il lavoratore che deve chiedere tramite il competente Centro per l'Impiego il proprio inserimento in lista, documentandone il diritto entro 60 giorni dal licenziamento. Il centro per l'impiego trasmetterà alla Direzione regionale del lavoro la relativa richiesta¹⁹⁸. L'iscrizione tuttavia

¹⁹⁶ art. 4, L.223/91

¹⁹⁷ BONATI G., *Strumenti per la riduzione del personale e riflessi sulle nuove assunzioni*, in Guida al Lavoro, 26 febbraio 2010, n. 9, p. 33

¹⁹⁸ LUISO F.P., TISCINI R., VALLEBONA A., *La nuova disciplina sostanziale e processuale del licenziamento*, Torino, 2013, p.25 e ss.

non dà titolo al trattamento economico di mobilità¹⁹⁹. Durante il periodo d'iscrizione nelle liste, l'art. 6 , comma 5 ter, legge 236/ 93 affida ai Centri per l'impiego il compito di collocare i lavoratori interessati onde sottoporli ad un colloquio finalizzato a conoscere, oltre a notizie anagrafiche e professionali, anche disponibilità e aspirazioni rispetto alla ricollocazione al lavoro, il c.d. bilancio delle competenze. I centri per l'impiego oltre ad informare i lavoratori sulle concrete possibilità d'inserimento lavorativo, sono chiamati a predisporre progetti mirati a sostenere e a promuovere la ricollocazione ai lavoratori .

La commissione regionale approva le liste di mobilità ed assume ogni utile iniziativa finalizzata al reimpiego dei lavoratori, in collaborazione con l'Agenzia per l'impiego, mediante la promozione di corsi di qualificazione e di riqualificazione²⁰⁰ .

Rileva la dottrina che la legge 223/1991 distingue il licenziamento per riduzione di personale (art. 24) dal collocamento in mobilità (artt. 4 e 5), ma quest'ultimo non è altro che un licenziamento collettivo intimato da un'impresa già ammessa al trattamento di integrazione salariale straordinaria a quei lavoratori sospesi che divengano definitivamente esuberanti (art. 4, comma 1)²⁰¹ . Tant'è che, poi, la disciplina è sostanzialmente la stessa, in virtù del rinvio dell'art. 24, comma 1 alle disposizioni degli artt. 4 e 5 .

La differenza principale è palese ed eventuale, riguardando la tutela previdenziale per il periodo successivo al licenziamento, in quanto l'indennità di mobilità, sempre dovuta ai lavoratori collocati in mobilità (art. 7), spetta anche ai lavoratori licenziati collettivamente ex art. 24 solo

¹⁹⁹ PELLACANI G., op. cit., pp. 782-793

²⁰⁰ L'iscrizione delle liste di mobilità attiva un circuito preferenziale diretto a favorire la ricollocazione del personale sia attraverso iniziative promosse dalla Commissione regionale e dai Centri per l'impiego sia per lavoratori che per datori di lavoro.

²⁰¹ VALLEBONA A., Il licenziamento collettivo, in Istituzioni di diritto del lavoro, Padova, 2004, p. 464 e ss.

se l'impresa rientri in astratto nel campo di applicazione della integrazione salariale straordinaria (art. 16, comma 1). Sicché, per i non imprenditori e per le imprese escluse dalla disciplina della Cigs, si verifica un licenziamento collettivo senza indennità di mobilità, con esonero (art. 24, comma 1-bis, e comma 3) dell'imprenditore dall'apposita contribuzione previdenziale prevista dall'art. 5, comma 4.

Infatti, salvo che nel caso di cessazione totale dell'attività, e dunque di licenziamento di tutto il personale, in ogni ipotesi in cui invece si ponga il problema dell'individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità, la scelta non può essere arbitraria o discrezionale ma deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti dai contratti collettivi stipulati, ovvero, in mancanza, di quelli stabiliti dalla legge²⁰².

La giurisprudenza di legittimità ritiene legittimo criterio di individuazione dei lavoratori da licenziare quello della maturazione dei requisiti soggettivi per il godimento della pensione di anzianità durante il periodo di fruizione dell'indennità di mobilità o comunque quello della prossimità al pensionamento, in una prospettiva di progressivo svecchiamento del personale; la maggiore difficoltà di ricollocazione sul mercato di un "anziano" deve essere intesa come un vero e proprio limite alla competenza negoziale delle parti collettive²⁰³.

Qualora gli esuberi riguardino unità produttive ubicate in più province della stessa regione, la comunicazione dovrà essere inviata alla Direzione

²⁰² ZOLI C., *La procedura del licenziamento collettivo e il sistema delle fonti*, in QDLRI, n.19,1997, p. 56 e ss.

²⁰³ www.provincialavoro.al.it

regionale del lavoro; andrà invece inviata al Ministero del lavoro, qualora gli esuberi riguardino unità produttive situate in diverse regioni²⁰⁴.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 7 e 16 della legge n. 223/1991, il lavoratore iscritto nella lista di mobilità da una impresa rientrante nel campo di applicazione della cigs, ha diritto alla c.d. *indennità di mobilità* a condizione che:

- il rapporto di lavoro intercorso con l'impresa che ha proceduto al suo licenziamento fosse a tempo indeterminato;
- il lavoratore possa far valere un'anzianità aziendale di almeno 12 mesi, di cui almeno 6 di lavoro effettivamente prestato;
- il lavoratore sottoscriva una dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro o al percorso di riqualificazione professionale, ai sensi dell'art. 19, comma 10, del D.L. 185/2008.

La durata dell'iscrizione in lista di mobilità varia in funzione dell'età del lavoratore:

- 12 mesi per i lavoratori con età fino a 39 anni;
- 24 mesi per i lavoratori da 40 a 49 anni di età;
- 36 mesi per i lavoratori che hanno compiuto 50 anni²⁰⁵

La Suprema Corte non rimette all'autonomia collettiva il potere di stabilire procedure di mobilità in deroga a quelle prescritte dalla legge 223/91. Pertanto devono ritenersi illegittimi i licenziamenti collettivi intimati in esecuzione di un accordo sindacale che individua come eccedentari tutti i dipendenti che hanno raggiunto la massima contribuzione utile per la pensione di anzianità, in mancanza della precisa ed analitica determinazione

²⁰⁴ D'ANTONA M., *Licenziamenti collettivi e riduzioni di personale. Le linee generali della nuova disciplina*, in LI, 1991, n. 22, p. 25 e ss.

²⁰⁵ www.portalavoro.regione.lazio.it

delle eccedenze effettive e in carenza dell'individuazione dell'ambito organizzativo entro il quale deve operare il criterio di selezione concordato²⁰⁶.

Ai sensi dell'articolo 8, legge 223/91 i lavoratori licenziati godono di un diritto di precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda entro sei mesi dal licenziamento, a condizione che le nuove assunzioni riguardino personale con la stessa qualifica²⁰⁷. Il diritto di precedenza compete sia nel caso in cui il datore di lavoro intenda riassumere a tempo indeterminato e a tempo pieno sia mediante contratti a termine²⁰⁸. Il diritto di precedenza non può essere validamente rinunciato all'atto della risoluzione del rapporto, in quanto non attuale.

Il maggior beneficio derivante ai lavoratori per effetto dell'iscrizione nelle liste di mobilità consiste nel diritto a percepire la relativa indennità. Questa spetta a operai, impiegati e quadri, con rapporto di lavoro a carattere continuativo e comunque non a termine, che possono vantare un'anzianità aziendale di almeno dodici mesi, di cui sei di lavoro effettivamente prestato²⁰⁹.

Dal godimento dell'indennità di mobilità sono esclusi i lavoratori licenziati da imprese appartenenti al settore edile, nonché i lavoratori licenziati da imprese che non rientrano nel campo di applicazione della disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale, o da datori di lavoro non imprenditori²¹⁰. L'indennità spetta in misura percentuale rispetto al trattamento straordinario di integrazione salariale che i lavoratori hanno percepito o che sarebbe loro spettato nel periodo immediatamente

²⁰⁶ SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p.87

²⁰⁷ Medesima qualifica deve essere inteso come sostanziale coincidenza tra la professionalità di cui l'azienda ha bisogno e quella posseduta dai lavoratori licenziati.

²⁰⁸ Cass. 5 ottobre, 2002, n. 14293

²⁰⁹ Nel calcolo dei sei mesi sono compresi i periodo di sospensione dal lavoro derivanti da ferie, festività e infortuni, nonché il periodo di congedo di maternità o paternità e il periodo di congedo parentale.

²¹⁰ PELLACANI G., op. cit., p.787 e ss.

precedente la risoluzione del rapporto di lavoro. Tale percentuale è pari al 100% per i primi dodici mesi e all'80% dal tredicesimo al trentaseiesimo mese o quarantottesimo²¹¹. L'indennità può essere anche corrisposta in via anticipata in un'unica soluzione mediante la detrazione del numero di mensilità godute, ove i lavoratori ne facciano richiesta per intraprendere un'attività di lavoro autonomo o per associarsi in cooperativa²¹².

L'indennità è incompatibile con altre forme di tutela contro la disoccupazione e se al momento dell'iscrizione nelle liste di mobilità i lavoratori che siano titolari di assegno o pensione di invalidità devono optare tra tali trattamenti e quello di mobilità²¹³. L'indennità di mobilità si ritiene cumulabile con la rendita permanente da infortunio sul lavoro.

L'articolo 9 prevede una serie di ipotesi in cui il lavoratore viene cancellato dalle liste di mobilità e decade dall'indennità, ove percepita. Si tratta dei casi di:

- assunzione con contratto a tempo indeterminato
- erogazione anticipata dell'indennità di mobilità in un'unica soluzione
- scadenza del periodo massimo di godimento dell'indennità
- omessa comunicazione alla competente sede INPS di nuova occupazione a tempo determinato o parziale
- rifiuto di avviamento a un corso di formazione professionale
- rifiuto di un'offerta di lavoro professionalmente equivalente ovvero che presenti omogeneità anche intercategoriale e che determini un inquadramento in un livello retributivo non inferiore al dieci per cento rispetto a quello delle mansioni di provenienza

²¹¹ Ibidem

²¹² Art 7, comma 5, l. 223/91

²¹³ Art. 6 , comma 7, legge 236/93

- quando il lavoratore non risponda, senza giustificato motivo, alla convocazione da parte dei centri per l'impiego o dell'agenzia per lavoro ai fini dei vari adempimenti ovvero per il bilancio di competenze
- non accetti, salvo il congedo di maternità o parentale, in difetto di un'offerta di lavoro, di essere impiegato in opere o servizi di pubblica utilità o a un progetto individuale di inserimento

Una nuova iscrizione nelle liste di mobilità è possibile in caso di mancato superamento del periodo di prova da parte del lavoratore assunto a tempo pieno ed indeterminato per un massimo di due volte. E' altresì ammessa nel caso in cui il lavoratore avviato al lavoro abbia riportato giudizio di inidoneità alla mansione specifica cui l'avviamento si riferisce a seguito di eventuale visita medica effettuata presso strutture sanitarie pubbliche²¹⁴.

3.2. Licenziamento collettivo e riforma Fornero

La Riforma Fornero ha novellato anche alcuni articoli della Legge n. 223/1991 relativi al licenziamento collettivo, in particolare in tema di effetti scaturenti da vizi della procedura di intimazione.

In primo luogo la legge Fornero ha esteso ai licenziamenti collettivi, ai fini dell'impugnazione del licenziamento, le disposizioni dell'art. 6 della legge n. 604/1966. Pertanto il lavoratore che vuole contestare il recesso datoriale ha l'onere di impugnare stragiudizialmente il licenziamento entro il termine di decadenza di sessanta giorni dalla comunicazione. Entro il successivo

²¹⁴ ARGENTINO G., D'AVOSSA E., RIZZI A.M., *La legge 23 luglio 1991, n. 223*, in Codice del Rapporto di Lavoro, Milano, 2008. p. 2840 e ss.

termine di 180 giorni, il lavoratore, dovrà anche incardinare il conseguente giudizio, a pena di inefficacia dell'impugnazione²¹⁵.

Il provvedimento di riforma del mercato del lavoro ha attenuato le conseguenze delle violazioni formali riguardanti le comunicazioni obbligatorie a carico dell'impresa nel corso della procedura che ora addirittura sono sanabili con accordo sindacale²¹⁶.

La disposizione dell'articolo 4, comma 9 prevedeva che la comunicazione finale ai sindacati e alla pubblica amministrazione contenente l'elenco dei lavoratori licenziati e *la puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta doveva avvenire contestualmente all'intimazione dei licenziamenti*. Ora il legislatore attenua questa rigidità, consentendo che la comunicazione finale avvenga *entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi*²¹⁷.

Per quel che riguarda, invece, il regime sanzionatorio dei licenziamenti collettivi illegittimi, come per quelli individuale, la legge di riforma del mercato del lavoro ha modulato gli effetti in relazione alle diverse tipologie di vizio riscontrate²¹⁸.

Con il sistema già esaminato per i licenziamenti individuali, il provvedimento di riforma ha apprestato tre tipi di tutela riparatoria del lavoratore individuando tre differenti tipologie di illegittimità del licenziamento: il primo è il licenziamento intimato senza la forma scritta al quale si applica la disciplina dettata dai primi tre commi dell'art. 18 della

²¹⁵ LUIO F.P., TISCINI R., VALLEBONA A., *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, p. 26

²¹⁶ Nel regime precedente alla riforma, come affermato anche dalla giurisprudenza più recente, i vizi della comunicazione di apertura della procedura di mobilità non potevano essere sanati da successivi accordi sindacali, determinando l'inefficacia dei licenziamenti per riduzione di personale intimati a conclusione della suddetta procedura (Cass. Civ. sez. lav., 6 aprile 2012, n. 5582)

²¹⁷ Art 1, comma 44, l. 223/91

²¹⁸ L'art. 1, commi 44, 45 e 46, della legge n. 92 del 2012 apporta alcune modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi dettata dalla legge n. 223 del 1991

legge n. 300 del 1970. Quindi come esaminato il licenziamento è nullo e il giudice ordina la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, e condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore, quantificato in una indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, dedotto l'aliunde perceptum, con facoltà per il lavoratore di scegliere, anziché la reintegra, ulteriori quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita)²¹⁹. Il giudice condannerà altresì il datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali .

Nel caso della violazione della procedura di consultazione sindacale prevista dall'art. 4 comma 12 della Legge n 223 del 1991, il giudice dichiarerà invece risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento condannando il datore di lavoro al pagamento solamente di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva compresa tra un minimo di 12 mensilità ed un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto come previsto dall'art. 18, comma 7 della L. n. 300/1970 .

Infine, per il licenziamento intimato con violazione dei criteri di scelta del lavoratore licenziando si applica la regola di cui al comma quarto del citato art. 18²²⁰ : il licenziamento è annullato e il giudice condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto , dedotto quanto percepito per altre attività lavorative nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi alla ricerca di una nuova

²¹⁹ VALLEBONA A., op. cit., pp.66-69

²²⁰ CANALI DE ROSSI S., *Riforma lavoro: licenziamento individuale e collettivo*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2013, p. 416.

occupazione, in misura in ogni caso non superiore a dodici mensilità, oltre i contributi previdenziali e assistenziali, maggiorati degli interessi²²¹.

4 L'impugnazione del licenziamento

L'impugnazione presuppone un atto del quale viene denunciato un vizio affinché ne siano rimossi gli effetti e postula l'avvenuta comunicazione all'interessato dell'atto di recesso. Può essere fatta anche tramite telegramma, fax/telefax o con telex o telegramma a mezzo telex o anche attraverso l'uso della posta elettronica certificata²²².

L'impugnazione è tipico atto personale e deve essere sottoscritta dallo stesso lavoratore o dal rappresentante dell'organizzazione sindacale a cui l'art. 6 della legge 604 del 1966 riconosce una rappresentanza *ex lege*²²³.

L'impugnazione può avvenire anche da persona diversa dal lavoratore, per esempio, un avvocato; in tal caso, l'iniziativa impedisce la decadenza, in quanto il terzo sia munito di una preventiva, specifica procura scritta o di una ratifica successivamente intervenuta, e questi atti sono stati portati a conoscenza del destinatario entro il termine di decadenza. L'impugnazione effettuata da persona diversa dal lavoratore deve da questi essere sottoscritta²²⁴.

L'articolo 32, comma 1, della legge 2010, n. 183 (Collegato lavoro) ha dettato il nuovo testo dell'articolo 6 della L. n. 604/1966: dunque, la comunicazione del licenziamento, che sia stata resa in forma scritta e non contenga la specificazione dei motivi, deve essere impugnata dal dipendente, a pena di decadenza, entro il termine di 60 giorni dalla sua

²²¹ MAGNANI M., *La nuova riforma del lavoro*, in *Le nuove leggi civili*, Milano, 2012, p. 271

²²² www.laleggepertutti.it

²²³ PESSI R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2013, p. 365

²²⁴ www.dols.it

ricezione²²⁵. Di fatto, il lavoratore, dopo aver impugnato il licenziamento, ne poteva chiedere l'annullamento per difetto di giusta causa o giustificato motivo nel termine prescrizionale quinquennale previsto dall'art. 1442 c.c. o senza limiti temporali, in presenza di un vizio implicante nullità o inefficacia, essendo imprescrittibile l'azione diretta a farla dichiarare²²⁶. L'impugnazione può essere effettuata con qualsiasi atto scritto, anche di natura extragiudiziale, che sia idoneo a rendere nota la volontà del dipendente, anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso²²⁷.

La giurisprudenza ha precisato che l'impugnazione "formulata mediante dichiarazione spedita al datore di lavoro con missiva raccomandata a mezzo del servizio postale, deve intendersi tempestivamente effettuata allorché la spedizione avvenga entro 60 giorni dalla comunicazione del licenziamento o dei relativi motivi e ciò anche se la dichiarazione medesima sia ricevuta dal datore di lavoro oltre tale termine"²²⁸. L'impugnazione effettuata nei 60 giorni diviene inefficace, se nei successivi 270 giorni non è seguita dal deposito del ricorso nella cancelleria del Tribunale del Lavoro oppure dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione²²⁹ e o della richiesta di arbitrato²³⁰.

²²⁵ La previsione del termine decadenziale risponde alle finalità di ordine pratico di eliminare lo stato di incertezza sulla sorte del rapporto.

²²⁶ TATARELLI M., op. cit., p. 274

²²⁷ ASNAGHI A., GALLI C.A., *Licenziamenti individuali e dimissioni dopo la riforma del lavoro*, 2013, Verona, pp.14-15

²²⁸ Cass. sent. n.8830/10 Si considera il giorno in cui la spedizione è avvenuta, non quello dell'invio per impugnare

²²⁹ Art 410 c.p.c. La norma assegna al datore di lavoro, ove intende aderire alla richiesta di tentativo di conciliazione, il termine di 20 giorni per depositare la memoria difensiva. Quindi i 60 giorni per incardinare il giudizio decorrono o dal rifiuto formalizzato e comunicato in anticipo dal datore al lavoratore o dall'inutile decorso del termine di 20 giorni, che il datore ha a disposizione per il deposito della memoria difensiva.

²³⁰ 412 quater c.p.c., prevede che il datore al quale è stato notificato il ricorso al collegio di conciliazione ed arbitrato, contenete la nomina dell'arbitro e la domanda fatta valere, se intende accettare la procedura arbitrale, nomina il proprio arbitro, che, d'accordo con l'arbitro della controparte, deve procedere all'individuazione del presidente e della sede del collegio entro 30 giorni dalla notifica del ricorso. Dunque il termine di 60 giorni per incardinare la lite decorre o dal

Si sottolinea che le disposizioni di cui all'articolo 6 della l. n. 604/66 si applicano anche ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto²³¹.

Tale dizione letterale significa che al rito medesimo soggiacciono tutti i casi in cui il lavoratore faccia valere, quale presupposto dell'impugnazione del licenziamento, anche la qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato a prescindere da quella formalmente attribuita o mancante²³².

Si applicano anche al recesso del committente nell'ambito dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409, c.3 del c.p.c.. Alla suddetta disciplina, fanno eccezione il licenziamento orale²³³ e licenziamento dei dirigenti. In merito a questi ultimi, le norme sull'impugnazione dei licenziamenti non si applicano considerate sia la particolare natura puramente fiduciaria sia caratterizzata da ampi margini di autonomia operativa²³⁴. Entrambi i licenziamenti possono essere impugnati nel termine di prescrizione di cinque anni dall'interruzione del rapporto di lavoro.

5. L'azione giudiziale contro i licenziamenti

Una volta che il licenziamento è stato tempestivamente impugnato, il dipendente che voglia esperire la relativa azione giudiziale mirata ad

rifiuto espresso o dalla scadenza del termine di 30 gg dalla notifica al datore del ricorso al collegio di conciliazione e arbitrato, termine che il datore ha a disposizione per comunicare la nomina del proprio arbitro.

²³¹ VENDITTI L., *Licenziamento collettivo e tecniche di tutela*, in Quaderni de "Il diritto del mercato del lavoro", Napoli, 2012, pp.85-86

²³² VALLEBONA A., op. cit., pp. 72-77

²³³ Per quanto concerne il licenziamento orale non essendovi alcuna comunicazione scritta di licenziamento, non può trovare applicazione il termine di impugnazione di cui all'art. 6 della l. 604/66 che appunto decorre dalla ricezione della comunicazione scritta

²³⁴ VENDITTI L., *Licenziamento collettivo e tecniche di tutela*, in Quaderni de "Il diritto del mercato del lavoro", Napoli, 2012, pp.85-86

ottenere la tutela reale o obbligatoria deve farlo, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di 180 giorni dall'impugnazione. Il nuovo termine decadenziale si applica ai licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore della Riforma Fornero e cioè dal 18 luglio 2012.

Oltre alla riforma sostanziale dell'art. 18 l. 300/1970 la legge 28.6.2012, n. 92 (art. 1, 47-69 co.) ha determinato nel nostro sistema l'introduzione di un nuovo rito per tutte le controversie instaurate in applicazione dell'art. 18 successivamente all'entrata in vigore della legge stessa. Uno dei maggiori quesiti è se il rito speciale per i licenziamenti debba obbligatoriamente essere seguito oppure se il ricorrente può percorrere la via del processo ordinario depositando il classico ricorso delineato dal 414 c.p.c.

Sul punto le opinioni sono contrastanti. La sezione lavoro del tribunale di Firenze ha affermato la facoltatività del rito, riconoscendo alla parte attrice la valutazione se per la stessa sia più utile procedere con il nuovo rito ovvero con l'ordinario rito del lavoro per le cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica²³⁵.

Secondo altri invece l'espressione utilizzata dal legislatore comma 48 dell'articolo 1²³⁶ sarebbe inequivocabile nel senso che questo tipo di domanda non può che formularsi con il nuovo rito²³⁷.

La domanda introduttiva si propone con ricorso che deve avere forme e requisiti di cui all'articolo 125 c.p.c., dinanzi «al tribunale in funzione di giudice del lavoro» competente ex art. 413 c.p.c..

L'azione si intraprende mediante deposito del relativo ricorso innanzi al Tribunale territorialmente competente in funzione di Giudice di lavoro che,

²³⁵ BUONCRISTIANI D., *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, fasc. 2, 2013, pp.351-393

²³⁶ La domanda avente ad oggetto l'impugnativa di licenziamento di cui al comma 47 si propone con ricorso

²³⁷ CONSOLO C. RIZZARDO D., op. cit., p.735

quindi, fissa l'udienza di comparizione delle parti nei 40 giorni successivi²³⁸. Il ricorso con l'ordinario decreto va notificato al datore di lavoro almeno 25 gg prima dell'udienza e quest'ultimo deve costituirsi almeno 5 giorni prima della stessa²³⁹. Nulla, invece, viene previsto sulle modalità della costituzione del convenuto anche se, in analogia con l'art. 416 c.p.c. si può pensare che lo stesso debba depositare in cancelleria una memoria di costituzione²⁴⁰.

Alla prima udienza di comparizione delle parti, il giudice sente le parti e, omessa ogni formalità non rilevante ai fini del contraddittorio, procede agli atti di istruzione che ritiene indispensabili così come richiesti dalle parti o disposti d'ufficio. Questo giudizio contraddistinto da celerità e informalità si conclude con un'ordinanza di accoglimento o rigetto della domanda immediatamente esecutiva, che non può essere sospesa o revocata, se non con la sentenza emessa all'esito della seconda fase²⁴¹.

La prima fase è definita come sommaria, si evince dalla limitazione dell'istruttoria ai soli atti "indispensabili" e non agli atti "ammissibili e rilevanti"²⁴², pertanto in questa fase il convincimento è per definizione superficiale, riguardando il fumus della fondatezza della domanda. Inoltre questa prima fase è sommaria ma non cautelare poiché non occorre la prova di alcun periculum concreto essendo l'urgenza valutata una volta per tutte dal legislatore per il tipo di controversia²⁴³. A dire degli interpreti della novella la prima fase in cui si articola il giudizio di primo grado del nuovo procedimento è sommaria, nel senso che la trattazione è priva delle generai

²³⁸ Art. 1, comma 48 legge 92/2012 I tempi della fase sommaria non sono strettissimi.

²³⁹ Art 1, comma 49 legge 92/2012

²⁴⁰ TREGLIA G., *Brevi note sul nuovo processo per licenziamento introdotto dalla riforma del mercato del lavoro*, in Lav. giur., 2012, p. 766. Il quale sostiene che in ragione della sommarietà del rito il convenuto possa limitarsi alla costituzione con il difensore.

²⁴¹ Art 1 comma 49-50 legge 92/2012

²⁴² Non è richiamata la tecnica delle sommarie informazioni ma il giudice può limitarsi ad assumere gli atti di istruzione che ritiene indispensabile

²⁴³ VENDITTI L., op. cit., pp. 87-102

formalità previste nel rito ordinario, ma anche nel senso che l'istruttoria consiste nell'assunzione dei soli mezzi strettamente necessari a consentire al giudice la formazione di un convincimento di verosimiglianza in merito all'esistenza probabilistica del vizio lamentato dal ricorrente²⁴⁴.

In caso di iniziativa istruttoria del giudice sui fatti allegati e non completamente provati, nel rispetto del principio del contraddittorio, dovrà essere concesso alle parti un congruo termine per replicare e contemporaneamente per richiedere e pretendere una controprova, da assumere unitamente alla prova disposta d'ufficio²⁴⁵.

L'omissione di formalità nell'assunzione dei mezzi istruttori deve:

- rigorosamente rispettare il limite dei fatti allegati dalle parti, concentrandosi solo su questi senza ricercare fatti non allegati o tentare di fare emergere fatti privatamente conosciuti dal giudice;
- consentire alle parti di difendersi liberamente, in caso di attività innovativa o di iniziativa istruttoria d'ufficio²⁴⁶.

Pertanto, sono soggetti al nuovo procedimento non solamente i ricorsi diretti ad ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro, ma anche quelli con i quali il lavoratore richieda solamente l'indennità risarcitoria

prevista dai nuovi commi quinto e sesto dell'art. 18. In Francia, al contrario, il legislatore si limita a fissare il minimo dell'indennità risarcitoria che il giudice può liquidare a favore del lavoratore, in caso di licenziamento ingiustificato²⁴⁷.

Analoga conclusione vale per il caso in cui, nel proprio ricorso, il lavoratore, deducendo l'esistenza di uno dei vizi che, secondo la nuova

²⁴⁴ BUONCRISTIANI D., *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, fasc. 2, 2013, pp. 351-393

²⁴⁵ Questa iniziativa istruttoria d'ufficio deve contenere i fatti allegati dalle parti.

²⁴⁶ BUONCRISTIANI D., *op. cit.*, p.388

²⁴⁷ TREGLIA G., *op. cit.*, p.767

versione della norma statutaria, darebbe diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, eserciti la facoltà di opzione per l'indennità sostitutiva pari a quindici mensilità e chieda esclusivamente la condanna del datore di lavoro al pagamento di tale emolumento²⁴⁸.

In ogni caso, si deve precisare che diversamente dal disposto degli artt. 414 c.p.c. e 416 c.p.c. non sono previste preclusioni o decadenze di sorta a carico del ricorrente in merito alle prove ovvero alla proponibilità di eccezioni o di istanze istruttorie.

Nella prima fase dell'udienza fissata per la comparizione delle parti il giudice dovrà verificare la ritualità della notifica e dovrà concedere al ricorrente un nuovo termine per eseguire la notificazione nel caso in cui questa sia nulla o inesistente ovvero sia avvenuta in violazione del termine minimo previsto a favore del convenuto²⁴⁹.

Ed invero, l'ordinanza in parola può essere opposta, a pena di decadenza, nei 30 gg successivi alla sua notificazione o comunicazione se avvenuta in data anteriore alla notifica.

Non è prevista alcuna discussione orale che potrebbe essere sempre disposta dal giudice nell'esercizio dei suoi ampi poteri istruttori, come potrebbe ben autorizzare il deposito di note difensive. Non è neppure prevista in udienza la lettura del dispositivo della sentenza, elemento che da sempre ha caratterizzato il rito *ordinario* del lavoro²⁵⁰.

²⁴⁸ BUONCRISTIANI D., *Il licenziamento disciplinare. Tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici*, 2013, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, p. 845

²⁴⁹ CURZIO P., *Il nuovo procedimento in materia di licenziamenti*, in P. CHIECO, *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Commentario della legge 28 giugno 2012, n.92, Bari, 2012

²⁵⁰ LUISO F.P. e TISCINI R., VALLEBONA A., *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, p.84 e ss.

L'opposizione viene effettuata mediante deposito del relativo ricorso innanzi al Tribunale che ha emesso l'ordinanza²⁵¹.

Detto ricorso deve avere tutti i requisiti previsti dall'art. 414 c.p.c. a pena delle relative preclusioni e decadenze processuali.

Il ricorrente non può proporre domande diverse da quelle già formulate nella prima fase del processo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi o siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti²⁵².

A seguito del deposito del ricorso in parola, il Giudice fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti nei 60 giorni successivi.

Il ricorso, con l'ordinario decreto, va notificato alla controparte (opposto) almeno 30 gg prima dell'udienza e quest'ultima deve costituirsi almeno 10 gg prima della stessa. Non è specificato se il giudice dell'opposizione possa o meno essere la stessa persona fisica che ha emesso l'ordinanza, i primi commentatori della riforma propendono per escludere che il giudice dell'opposizione di cui si discute possa essere la stessa persona fisica che ha emanato il provvedimento anteriore²⁵³.

Il comma 54 dell'articolo 1 della riforma prevede la possibilità di chiamare in causa un terzo; in tal caso, il giudice deve fissare una nuova udienza entro i successivi 60 giorni con l'obbligo di notifica al terzo ad opera delle parti sia degli atti del processo sia del provvedimento d'ammissione al giudizio di colui che diverrà eventualmente litisconsorte processuale. Vi è quindi una differenza rispetto al rito ordinario atteso che nel nuovo rito

²⁵¹ Il comma 51 dell'articolo 1 della Riforma Fornero prevede che contro l'ordinanza con la quale si conclude il rito speciale, può essere proposta opposizione ai sensi del 414

²⁵² www.espertilegali.com

²⁵³ CONSOLO C. e RIZZARDO D., *Vere o presunte novità sostanziali e processuali sui licenziamenti*, in *Corriere Giuridico*, fasc.6, 2012, p.735

l'onere di notifica degli atti al terzo spetta alle parti e non alla cancelleria come previsto dal 430 c.p.c.²⁵⁴

La costituzione dell'opposto si effettua mediante deposito della relativa memoria difensiva in cancelleria a norma dell'art. 416 c.p.c. a pena anch'essa delle relative preclusioni e decadenze.

Il giudizio di opposizione si conclude con la pronuncia della relativa sentenza, depositata in cancelleria entro 10 giorni dall'udienza di discussione impugnabile con i mezzi ordinari.

Il ricorso in appello in buona parte ricalca quello del rito ordinario a parte per il reclamo che si propone con ricorso da depositarsi, a pena di decadenza entro 30 giorni dalla comunicazione della sentenza o dalla notificazione, se questa è avvenuta anteriormente. A differenza dell'art. 326 c.p.c., il termine non decorre soltanto dalla notificazione ma anche dalla comunicazione della sentenza se precedente alla notificazione²⁵⁵.

Non sono ammessi nuovi mezzi di prova o deposito di documenti salvo che anche d'ufficio il Collegio li ritenga indispensabili ovvero la parte dimostri di non averli potuti presentare in primo grado per causa ad essa non imputabile.

Anche la Corte d' Appello, così come per il primo grado, durante la fase istruttoria, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio e ammessi gli atti di istruttoria *procede nel modo che ritiene più opportuno*.

²⁵⁴ VENDITTI L., op. cit., p.95

²⁵⁵ LUISSO F.P. e TISCINI R., VALLEBONA A., *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, p. 90 e ss.

Contro la sentenza che definisce il giudizio di reclamo si può proporre ricorso per cassazione. Le regole specifiche in questo caso sono poche e valgono le regole dettate dal 360 c.p.c.²⁵⁶

Il ricorso in Cassazione deve essere proposto a pena di decadenza entro 60 giorni dalla comunicazione della sentenza o dalla sua notificazione , se anteriore ; il termine non decorre esclusivamente dalla notificazione della sentenza ma anche dalla comunicazione della stessa²⁵⁷.

La decisione di secondo grado può anche essere sospesa e il giudice competente a decidere della sospensione è la stessa Corte d'appello che ha emesso la sentenza; le regole e i requisiti che rilevano ai fini della sospensione sono i medesimi previsti per la sospensione dell'efficacia della sentenza di primo grado²⁵⁸.

La Cassazione, infine, *fissa l'udienza di discussione non oltre sei mesi dalla proposizione del ricorso.*

Le disposizioni a chiusura dell'articolo 1 risultano particolarmente significative atteso che non solo il legislatore sembra voler precisare che per la trattazione di tali procedimenti nei tre gradi di giudizio debbano *essere riservati particolari giorni del calendario nelle udienze*, quanto demanda ai capi degli uffici giudiziari l'onere di vigilare sull'osservanza di tale prescrizione.

²⁵⁶ PELLACANI G., op. cit., pp. 902-903

²⁵⁷ Si rammentano le modifiche operate dall'art. 54 della l. 134/2012

²⁵⁸ VALLEBONA A., op. cit., p. 75 e ss.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEI LICENZIAMENTI IN FRANCIA

INTRODUZIONE

L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali presenta caratteristiche comuni in Italia e in Francia; spesso la regolamentazione italiana ha preceduto quella francese, introducendo innovazioni normative che, solo in un secondo momento, sono state recepite dal legislatore francese.

In entrambi i sistemi si è giunti ad una disciplina del fenomeno di fonte per lo più legislativa, per cui le pressioni esercitate dai movimenti sindacali hanno avuto influenza prevalentemente “a monte” durante l'iter legislativo. Di conseguenza, un primo dato unitario nel confronto dei due sistemi è sicuramente la connotazione spiccatamente normativa del fenomeno²⁵⁹.

Infatti, da una regolamentazione unitaria, che trova la sua fonte in Francia nel *code du travail* e in Italia nel codice civile, si passa in un primo momento ad una serie di leggi speciali, che pur disciplinando in maniera più dettagliata le diverse ipotesi, portano necessariamente a una frammentazione legislativa; si approda, infine, ad una tendenziale disciplina unitaria, recettiva delle esigenze di tutela di categorie tradizionali più indifese²⁶⁰.

Ed, infatti, il secondo carattere comune ai due sistemi è senz'altro il mutamento di ottica che accompagna l'evoluzione normativa: da un sistema che, nel salvaguardare formalmente la libertà dei contraenti, riproduceva inevitabilmente un *favor* per il datore si arriva ad una regolamentazione

²⁵⁹ OGRISEG C., *Rischio economico e modelli di protezione del lavoro : contributo allo studio sulle tutele contro i licenziamenti negli ordinamenti italiano e francese*. Milano, 2007, p.33 e ss.

²⁶⁰ *Ibidem*

volta soprattutto a tutelare la posizione del lavoratore, che, per definizione, diventa parte “debole” del rapporto attraverso la predisposizione di tutta una serie di garanzie per la stabilità del lavoro e di strumenti atti a salvaguardare la libertà e la dignità del lavoratore. I due sistemi sono molto vicini con riferimento all’illegittimità del licenziamento. Infatti il giustificato motivo in Italia e il motivo reale e serio in Francia sono concetti simili e gli strumenti sanzionatori previsti, in entrambi i paesi, sono stati dapprima solo indennitari e poi anche di tutela “reale”. Infine, in ambedue i contesti, è stata prevista inizialmente una disciplina diversamente modulata a seconda delle dimensioni dell’impresa, per poi giungere ad un sistema sempre più omogeneo²⁶¹.

Fino al 1973 in Francia la regolamentazione del licenziamento, come causa di cessazione del contratto di lavoro, è opera soprattutto della giurisprudenza ed i giudici si ispirano quasi del tutto ai principi civilistici.

Le leggi e i contratti collettivi non sono completamente assenti: il loro oggetto principale è l’imposizione di un preavviso minimo (L. 19 febbraio 1958) e l’istituzione di un’indennità di licenziamento (ordinanza 13 luglio 1967)²⁶².

La disciplina del licenziamento si applica a tutti i dipendenti, senza distinzione di mansioni, d’età o di anzianità di servizio nell’impresa. Ogni contratto di lavoro può prevedere un periodo di prova che permetta al datore di lavoro di valutare l’opportunità di procedere all’assunzione del dipendente per le mansioni richieste. Nel corso del periodo di prova, il dipendente è soggetto alle stesse norme che si applicano a tutti gli altri dipendenti salvo quel che riguarda il licenziamento. Ciascuna delle parti può, infatti, recedere liberamente dal contratto di lavoro senza dover fornire

²⁶¹ TOFFOLETTO F. e NESPOLI E., *I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione Europea*, Milano, 2008, pp. 124 e ss.

²⁶² *Ibidem*

alcuna giustificazione o corrispondere un'*indemnité*. Tuttavia, il contratto collettivo applicabile può prevedere un breve periodo di preavviso. Qualora il lavoratore provi di aver maturato un'anzianità di servizio continua presso lo stesso datore di lavoro compresa tra sei mesi e meno di due anni il *prèavis* dovrà essere di un mese; nel caso in cui il lavoratore provi di aver maturato un'anzianità di servizio continua presso lo stesso datore di almeno due anni, allora, in questo caso, egli avrà diritto ad un preavviso di due mesi. Queste ultime disposizioni non sono applicabili nel caso in cui una legge speciale, un contratto di lavoro, un accordo collettivo o un uso stabiliscano un termine di preavviso più favorevole²⁶³. Nel caso di clausola di un contratto individuale di lavoro che fissi un termine inferiore a quello stabilito dagli usi, essa deve considerarsi nulla e i giudici dovranno applicare il termine del contratto collettivo. In ipotesi di inosservanza del termine di preavviso, salvo il caso di colpa grave del lavoratore, prevede "un'indennità compensatrice del preavviso", diversa dalla "*indemnité de licenciement*"²⁶⁴. Tale indennità presenta un carattere forfettario e indipendente dal pregiudizio realmente subito. Il calcolo va effettuato sulla base della retribuzione lorda in cui vanno inclusi tutti gli elementi compresi nella retribuzione durante il periodo di preavviso. Il calcolo è fatto secondo l'orario di lavoro che il lavoratore interessato avrebbe osservato conformemente alle sue funzioni se avesse effettuato "il periodo di preavviso nell'impresa"²⁶⁵. Il dipendente può chiedere il risarcimento del danno qualora il licenziamento non risulti effettivamente legato ad una negativa valutazione delle sue capacità professionali. Molto recentemente è intervenuta una nuova legge che ha modificato la durata massima del periodo di prova che ora è pari a due mesi per impiegati e operai e può

²⁶³ PELISSIER J., *Ambiguités et logique du contrôle de la Cour de Cassation*, in DS,1986, p.180

²⁶⁴ SAVATIER J., *L'appréciation réelle et seroux de licenciement doitelle etre contrôllée par la Cour de cassation?*, in Droit social, 1987,p.357 e ss

²⁶⁵ *Ibidem*

arrivare fino a quattro mesi per i quadri direttivi²⁶⁶. Tale periodo può essere esteso, con il consenso del dipendente, rispettivamente sino a quattro o otto mesi. A due leggi degli anni '70 si deve la creazione di un vero e proprio “diritto di licenziamento”: si tratta della legge 13 luglio 1973, che impone all’imprenditore di seguire una certa procedura qualora voglia effettuare un licenziamento individuale e, allo stesso tempo, subordina la legittimità della risoluzione del rapporto all’esistenza di una causa “reale e seria” e della successiva legge 3 gennaio del 1975 che introduce disposizioni particolari per il licenziamento per motivi economici. Disposizioni che impongono da una parte la consultazione dei rappresentanti del personale su ogni progetto di licenziamento collettivo e, dall’altra sottomettono sia i licenziamenti per motivi economici che individuali a un controllo amministrativo. Successivamente il legislatore è ripetutamente intervenuto con la l. 2 agosto 1989, relativa alla prevenzione del licenziamento economico, le l. 3 gennaio e 31 dicembre 1991 ed infine la l. 29 luglio 1992.

In ragione delle numerose riforme intervenute in materia di licenziamento in Francia, è possibile distinguere quattro differenti tipologie di licenziamento:

- A. Licenziamento per motivi personali;
- B. Licenziamento per motivi economici;
- C. Licenziamento individuale;
- D. Licenziamento collettivo.

Nella presente trattazione si provvederà ad analizzare ognuna delle suddette forme di cessazione del rapporto di lavoro.

²⁶⁶ PASCAL L., *Regards sur l'actualité du droit du travail en France - Uno sguardo al diritto del lavoro in Francia oggi*, 2012, p.133-141

2. LICENCIEMENT POUR RAISONS PERSONNELLES (IL LICENZIAMENTO PER MOTIVI PERSONALI)

Nel novero dei licenziamenti che possono essere adottati dai datori di lavoro ai fini della risoluzione del rapporto con il proprio sottoposto, merita di essere menzionato quello cosiddetto “per motivi personali”.

Al cessare del periodo di prova stabilito nel contratto, invero, il rapporto lavorativo cessa in presenza di una causa reale cioè le ragioni addotte dal datore di lavoro per giustificare il licenziamento devono corrispondere alla reale causa del licenziamento, o oggettiva, nel senso che il fatto contestato al dipendente deve essere provato, non meramente fondata, quindi, su valutazioni soggettive²⁶⁷.

Nell’ordinamento italiano, gli articoli 8 e 38 dello Statuto dei lavoratori, vietano l’ingerenza datoriale su opinioni e vita privata del dipendente, precedenti penali, malattie e stato di salute prive di rilievo ai fini dell’idoneità professionale²⁶⁸. E più recentemente dei divieti, per il datore di lavoro, di trattamento di dati sensibili non rilevanti ai fini della valutazione professionale degli individui; nonché delle prescrizioni relative ai Centri per l’impiego di elaborare informazioni in merito a eventuali controversie (tra lavoratore e precedente datore di lavoro) nei limiti in cui queste informazioni siano indice di “*caratteristiche che incidano sulle modalità di svolgimento dell’attività lavorativa o che costituiscano un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell’attività lavorativa*” (articolo 10, comma 1, decreto 276 del 2003).

Diversamente nell’ordinamento francese, l’art. 9 Code Civil tratta della tutela della vita privata di ciascun cittadino, seguito dall’art. L.120-2 Code

²⁶⁷ CARUSO B., D’ANTONA M., SCIARRA S., *Il diritto del lavoro nell’Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*; Napoli, 1995, p.112 e ss.

²⁶⁸ In Francia la struttura del codice si fonda sulle libertà: di obbligarsi, di esercitare i poteri proprietari entro limiti stabiliti dall’ordine pubblico, dal buon costume, dai diritti altrui di agire, salvo l’obbligo di rispondere per i danni arrecati intenzionalmente o colpevolmente.

du Travail che vieta qualunque restrizione ai diritti della persona e alle libertà individuali e collettive non giustificata dalla natura del lavoro (cd. Principio di proporzionalità). Il riferimento a tali norme ha consentito alla Cassazione francese di escludere che, ai fini dei presupposti del licenziamento, possano aver rilevanza non solo aspetti della vita privata, ma anche aspetti della vita personale del lavoratore²⁶⁹. La vita personale si declina in tre componenti: la privata, la cui tutela implica il rispetto del comportamento personale (domicilio, apparenza), dell'anonimato (diritto all'immagine e alla protezione della voce), delle relazioni sociali e familiari della persona (comunicazioni, lettere, telefono); l'esercizio delle libertà civili (consumo, proprietà); l'esercizio della cittadinanza (il diritto di presentarsi alle elezioni, di partecipare alla vita associativa)²⁷⁰. In entrambi gli ordinamenti, la facoltà di licenziamento per motivi extraprofessionali è lecita solo in presenza di situazioni capaci di compromettere l'organizzazione del lavoro, pregiudicandone il funzionamento²⁷¹. Si pensi alla lesione che potrebbe subire la reputazione di una banca che impiegasse un dirigente bancario, con mansioni di responsabilità in materia finanziaria, condannato per aver truffato soggetti terzi nella propria vita privata. Si potrebbe manifestare una divergenza o una insuffisance professionnelle capace di compromettere reputazione o immagine dell'azienda, con conseguente rilevanza di detti eventi nel rapporto e ai fini di un eventuale licenziamento, sempre che si verifichi un concreto danno all'azienda. La compromissione dell'immagine o della reputazione aziendale, conseguente alla perdita delle caratteristiche professionali necessarie allo svolgimento

²⁶⁹ ZANGARI G., *Contributo alla teoria del licenziamento nel diritto italiano e comparato*, Milano, 1974, p.45

²⁷⁰ MARTELLONI F, PASQUIER T., *I licenziamenti in Italia e in Francia: la tutela del datore di lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2006, fasc4,p.779-818

²⁷¹ *Ibidem*

della prestazione, legittima l'interruzione del contratto di lavoro, fondato sull'*intuitus personae*²⁷².

Al fine di comprendere l'articolazione della suddetta forma di licenziamento appare opportuno analizzare la normativa attualmente in vigore che ha tratto le sue origini dalla legge 13 luglio 1973.

L'ambito di applicazione della legge del 1973 era definito dalle dimensioni dell'impresa e dalla durata del rapporto di lavoro: la disciplina era applicabile al lavoratore di una impresa che occupasse per lo meno undici dipendenti e il cui rapporto si protraesse da almeno due anni.

Dunque al limite dimensionale, così come previsto in Italia fino alla L. 108/90, si aggiungeva anche il limite della durata del rapporto di lavoro.

Si è assistito ad un "raggruppamento" delle fonti in materia di licenziamento, dapprima non organiche e disaggregate, in una nuova sezione (artt. 1222-4 e ss. di cui al *Code du Travail*), ed – ma è questo l'aspetto che più conta sottolineare – è stata varata una legislazione fortemente convincente e restrittiva in ambito di licenziamenti²⁷³.

A decorrere dal 13 luglio del 1973, quindi, il datore di lavoro ha l'onere giuridico – antecedentemente alla attuazione del proposito di licenziare – di convocare, mediante lettera raccomandata in cui devono essere indicati l'oggetto della riunione, il luogo, l'ora e la data e deve essere menzionata la facoltà del lavoratore di farsi assistere da un rappresentante sindacale o da un consigliere esterno abilitato, il prestatore per esplicargli, tramite colloquio a ciò deputato, le ragioni su cui si fonda quel licenziamento²⁷⁴.

²⁷² PEANO M.-A., *L'intuitu personae dans le contrat de travail*, Dr. Soc., Paris, 1995, p.136.

²⁷³ M. C. BONNETETE, G. LYON-CAEN, *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973*, in *Dr. Soc.*, 1973, 493 e seguenti.

²⁷⁴ Generalmente la normativa non stabilisce termini massimi decorsi i quali al datore di lavoro non è più concesso comunicare il licenziamento. Tuttavia l'articolo 1332-2 di cui al *Code du Travail* sancisce che la sanzione disciplinare non possa venire corrisposta in un tempo superiore al mese decorso dalla data del colloquio. A prescindere da questo aspetto, comunque, i termini

Tra l'effettiva ricezione della convocazione e la data dell'incontro devono intercorrere almeno cinque giorni. Il colloquio permette, da un lato, al datore di lavoro di esprimere le ragioni che lo hanno condotto alla determinazione di licenziare, e, dall'altro, al prestatore di manifestare il proprio punto di vista e le proprie osservazioni. Palesemente questo aspetto non rappresenta una mera formalità, bensì un passaggio-chiave mediante il quale si potranno (anche) individuare soluzioni differenti rispetto al licenziamento²⁷⁵. Se nonostante l'incontro il datore di lavoro resta del parere di effettuare il licenziamento deve darne comunicazione per lettera raccomandata, lasciando trascorrere almeno un giorno tra il colloquio e l'invio dell'atto di licenziamento. La lettera deve indicare i motivi della risoluzione. In ogni caso, il licenziamento è condizionato dalla presenza di una cosiddetta “*cause réelle et sérieuse*”²⁷⁶. Riguardo a tale clausola, il Code du Travail non esplica la nozione di licenziamento per motivi personali, limitandosi a prevedere che laddove si verifichi un licenziamento, esso deve essere subordinato alla sussistenza di una causa reale fondata su fatti oggettivi di una gravità tale per cui il licenziamento appaia l'unico strumento utilizzabile.

Alla giurisprudenza – ed al lavoro dei giudici – quindi competerà determinare *quando* una data causa possa essere considerata “*réelle et sérieuse*” e non semplicemente arbitraria (in tali ipotesi, infatti, il datore di lavoro sarebbe accusato di abuso del diritto)²⁷⁷.

iniziano a decorrere dalla data di presentazione della lettera, come peraltro previsto in modo espresso dall'articolo 1234-3, atto quest'ultimo che determina il sorgere di tutti gli effetti giuridici connessi al licenziamento. La giurisprudenza, quindi, considera la lettera raccomandata unicamente come un strumento di prova ai fini dell'avvio della procedura; tuttavia, la relativa assenza determina la configurazione di un licenziamento senza una “reale e seria causa” (cfr. Soc., 23 juin 1998, in *RJS*, 8-9/98, n. 971).

²⁷⁵ www.uil.it

²⁷⁶ www.intrage.it

²⁷⁷ In Francia ma anche in altri ordinamenti europei, il tradizionale “abus du droit” sarebbe pervenuto a una violazione di legge, perché l'idea giurisprudenziale che il potere di licenziamento dovesse incontrare un limite interno e funzionale nel rispetto dei fini del diritto e degli interessi del soggetto passivo del recesso, è stata consacrata nei testi legislativi che stabiliscono la regola

L'intervento della legislazione sulla normativa sostanziale ha mostrato, come ovvio, i propri effetti anche su quella processuale, e in special modo con riguardo all'onere della prova. Infatti, mentre prima della legge in commento al lavoratore che agiva per far condannare il proprio datore, in sede di licenziamento senza giustificato motivo, era attribuito l'onere della prova dell'abuso, oggi tale previsione non è più vigente. Competerà, dunque, agli organi giurisdizionali constatare la regolarità e la giustificazione di quella determinazione, sulla base delle prove prodotte da entrambe le parti. Le eventuali irregolarità riscontrate possono essere sanzionate mediante la nullità (relativamente ad i licenziamenti nulli), ovvero mediante la corresponsione di un risarcimento (con riferimento ai licenziamenti privi di "*cause réelle et sérieuse*")²⁷⁸.

Laddove il datore di lavoro non proceda nei termini descritti dalla normativa in tema di procedure di licenziamento, interviene l'articolo 1235-1236 che stabilisce due forme di sanzioni:

- A. L'avvio della procedura come descritta dalla legge;
- B. La corresponsione al lavoratore di un equo indennizzo, solitamente non superiore alla mensilità.

Ai fini dell'applicazione della disposizione poc'anzi richiamata occorre che il prestatore di lavoro abbia maturato almeno due anni di anzianità presso quella impresa; che quest'ultima sia titolare di un capitale umano di almeno undici lavoratori; che l'intera procedura di licenziamento sia fondata su una "*cause réelle et sérieuse*". Si noti, peraltro, che laddove il provvedimento non abbia una "*cause réelle et sérieuse*", l'organo giurisdizionale dovrà

generale della giustificazione del licenziamento. Le figure sintomatiche dell' "abuso del diritto" di *résiliation*, come "lo sviamento di potere", che, ad es, viene individuato nell'ipotesi in cui il licenziamento, anche nel rispetto del preavviso, venga intimato come mezzo intimidatorio per impedire al lavoratore di esercitare la libertà di opinione politica o sindacale o come reazione al diritto di sciopero senza un motivo plausibile e poco prima che il lavoratore raggiunga l'età di pensionamento e solo in ragione dell'approssimarsi di questa.

²⁷⁸ J.-E. RAY, *Le nouveau droit du licenciement*, in *Dr. Soc.*, 1987, p.664 e seguenti.

rilevare una irregolarità sostanziale, che assorbe quindi anche quella formale.

A differenza della descritta ipotesi, laddove il datore di lavoro non enunci, nella lettera, le ragioni del licenziamento non sono previste positivamente specifiche tipologie di sanzioni. In tali ipotesi, orbene, gli organi giurisdizionali potrebbero procedere nelle seguenti due alternative:

- Valutare (e trattare) la suddetta mancanza alla stregua di una mera irregolarità procedurale;
- Valutare (e trattare) questa mancanza come una vera e propria assenza di una “*cause réelle et sérieuse*”, con le conseguenze a ciò connesse.

L’interpretazione fornita dalla Camera Sociale della Corte di Cassazione francese ha fatto leva su quest’ultima evoluzione giurisprudenziale decretando che la assenza dei motivi che hanno condotto al licenziamento determinano che “*le licenciement est sans cause réelle et sérieuse*”²⁷⁹.

Alla stessa stregua vengono, dunque, considerati, per interpretazione uniforme e consolidata, i motivi “imprecisi” o “non materialmente verificabili”²⁸⁰.

Si comprende, quindi, come il perno della fattispecie sia divenuta, a seguito della legge del 1973, proprio la presenza di una causa reale, oggettiva, seria che condiziona, così, direttamente, il diritto di licenziare.

²⁷⁹ Si deve precisare subito che la legge del 1973 ha comportato una significativa svolta pur restando nel solco dell’indirizzo legislativo lentamente ma linearmente emerso sino dal 1928. Il passo avanti, molto spesso ingiustamente misconosciuto, è dovuto, peraltro più che alla novità della reintegrazione, alla struttura ed ai rinnovati dei caratteri del processo e del sindacato giudiziale; con essi si è finalmente riusciti ad incriminare il tradizionale principio civilistico della “discrezionalità del recesso” che di fatto aveva resistito anche alla figura della rupture abusive.

²⁸⁰ V. NAUDE³ F., *Relexion à propos du projet de loi modifiant le droit de licenciement*, in *Droit social*, 1973, p.136 e ss.

La disciplina in oggetto riguarda, in generale, ogni forma e tipologia di licenziamento, a prescindere dunque dal numero di anni di lavoro prestati dal lavoratore o dal numero di dipendenti dell'impresa. Ciò che muta è essenzialmente la tipologia di sanzione in relazione alle singole forme di licenziamento. Nonostante la centralità della suddetta formula, essa, ad oggi, non ha ricevuto adeguata connotazione tanto sotto il profilo normativo, quanto sotto quello giurisprudenziale ed interpretativo²⁸¹.

Neanche la Corte di Cassazione francese, nelle sue differenti decisioni in materia di licenziamento, si è spinta verso una nozione dei concetti di “causa seria e reale”. Questa situazione di fatto, tuttavia, non ha compromesso il suo sindacato rispetto alle valutazioni compiute dai giudici di merito, lasciandolo (sino al 1985) anzi più ampio e libero possibile anche rispetto alle singole e concrete vicende poste alla sua attenzione²⁸².

A decorrere dal 1986, tuttavia, al controllo di qualifica ora descritto si è sostituito quello sulla motivazione²⁸³. Ciò ha comportato che le principali censure della Corte si sono registrate rispetto a quelle statuizioni degli organi giurisdizionali inferiori che si sono caratterizzate per la mancanza di una idonea e soddisfacente motivazione ovvero in contraddizione²⁸⁴.

Nonostante l'assenza di una suddetta definizione appare opportuno effettuare un ulteriore sforzo interpretativo al fine di coglierne i tratti caratteristici. In tal senso, di notevole aiuto appaiono i lavori parlamentari che hanno condotto alla stesura della legge del 1973 in commento.

Di seguito sembra opportuno riportare le parole del responsabile del dicastero del lavoro francese: “*la cause est réelle si elle présente un*

²⁸¹TAGLIENTI C., *La disciplina dei licenziamenti nell'ordinamento giuridico francese: recenti posizioni della dottrina e della giurisprudenza*, in DL, 1984, p.56 e ss.

²⁸²PELISSIER J., *Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de cassation*, in *Dr. Soc.*, 1986, p.180

²⁸³SAVATIER J., *L'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs de licenciement doit-elle être contrôlée par la Cour de cassation?*, in *Dr. Soc.*, 1987, pp 357

²⁸⁴www.fmb.unimore.it

caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles. La cause réelle peut-être, une faute, une inaptitude professionnelle ou une réorganisation de l'entreprise". ("La causa è reale se ha un carattere di oggettività, che esclude i pregiudizi e le motivazioni personali. La causa reale può essere una colpa, incompetenza professionale o una riorganizzazione della società").

Essa dunque deve essere oggettiva, non presunta (perché altrimenti non potrebbe essere definita reale)²⁸⁵. La suddetta oggettiva comporta la verificabilità dei fatti concreti adottati (laddove il suddetto controllo non fosse possibile sarebbe più ragionevole parlare di una causa meramente personale). Per fornire un esempio che spieghi il concetto esposto ora può essere utile quello del disaccordo del lavoratore con i propri colleghi/collaboratori: si avrà una causa oggettiva allorquando il datore di lavoro evidenzia situazioni di fatto che arrecano in concreto malfunzionamenti aziendali; viceversa, si sarà al cospetto di una causa meramente personale laddove questi si limiti ad indicare unicamente il carattere non affidabile del prestatore, peraltro non evidenziandone le ripercussioni sul complesso aziendale²⁸⁶.

Talune decisioni della Suprema Corte francese tuttavia, talora, sembrano avere smarrito la concretezza richiesta dal concetto. Essa si è infatti caratterizzata per avere, in alcune sue statuizioni, fatto coincidere la "oggettività", la "realtà" e la "serietà" della causa anche con le semplici "sensazioni" e la "perdita di fiducia" del datori di lavoro²⁸⁷.

Questi indirizzi, a partire dal 1990, sono stati fortemente rivisti ad opera della stessa Suprema Corte la quale ha stabilito che non si possa procedere a

²⁸⁵ Ibidem

²⁸⁶ DESPAX, ROJOT, *France*, in BLANPAIN, *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer, 1987, p.67

²⁸⁷ CHIREZ A., *La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement?*, D., 1981, pp. 193 e ss.

licenziamenti in ragione di semplici “sospetti” che il datore abbia nei riguardi di azioni del proprio prestatore di lavoro²⁸⁸.

Ai fini dell’oggettività in esame, la causa deve essere esistente ed esatta. In altre parole, al datore di lavoro non è più concesso allegare semplicemente la incompetenza professionale, senza specificarne la portata, al fine di procedere con il licenziamento²⁸⁹.

Con riguardo all’esattezza della causa, essa non ha alcuna funzione ulteriore nell’esplicazione del concetto di causa “rèele”. La inesattezza viene impiegata dal lavoratore al fine di indicare che i fatti su cui si fonda la richiesta di licenziamento del datore di lavoro non sono le vere ragioni su cui si basa il licenziamento²⁹⁰. Si pensi al caso del piccolo furto compiuto dal prestatore di lavoro: esso viene identificato dal datore di lavoro quale causa reale per fondare il licenziamento; esso, però, cela un mero pretesto della (più reale) volontà di licenziarlo in ragione di altre motivazioni (si pensi al circostanza dell’aver reso testimonianza in un giudizio in favore di un altro collega o dipendente, etc.). Come sottolineato in precedenza, la causa, oltre che oggettiva, deve essere “seria”.

Per comprendere la portata della suddetta nozione è utile, ancora una volta, richiamare le parole del responsabile del dicastero durante i lavori che hanno condotto alla promulgazione della legge del 1973 in analisi:

“Une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible sans dommages pour l’entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement”. (“Una causa seria è una causa di una certa gravità, che rende impossibile senza danni per l’azienda, la continuazione del lavoro, che richiede il licenziamento”).

²⁸⁸ V. NAUDE’ F., *Relexion à propos du projet de loi modifiant le droit de licenciement*, in *Droit social*, 1973, p. 137 e ss.

²⁸⁹ SAVATIER J., cit., p.365

²⁹⁰ PELISSIER J., op. cit., p.187

Da questa formulazione si coglie come una lieve negligenza non possa più venire presentata come causa determinante il licenziamento. Tuttavia, è opportuno interrogarsi sulla necessità, in un siffatto contesto, di una “colpa grave”. La Suprema Corte francese ha dato risposta negativa all’evidenziato quesito indicando che, tra la colpa lieve e quella grave, esiste una colpa intermedia idonea anch’essa a giustificare un licenziamento²⁹¹.

La tutela si sostanzia, nel caso di licenziamento per colpa, nella previsione di una procedura (convocazione del lavoratore, facoltà di farsi assistere, colloqui con il datore di lavoro e possibilità di fornire spiegazioni) simile a quella prevista dalle legge del ’73²⁹².

Tanto le assenze, l’inattitudine fisica e professionale, i non buoni rapporti con i colleghi se certamente rappresentano una causa “reale”, per altro verso vanno valutati alla stregua del parametro della “serietà”. Questa delicata valutazione viene compiuta dai giudici ai quali compete l’organica e complessiva valutazione della situazione sottoposta alla relativa attenzione²⁹³. Entrambi i parametri vanno esaminati rispetto al tempo in cui viene deliberato, dal datore di lavoro, il licenziamento. Così, se a fondamento della decisione vi è la assenza protratta nel tempo del dipendente, essa non avrà più un valore giustificativo qualora quest’ultimo abbia ripreso diligentemente servizio²⁹⁴.

Qualora venga accertata l’assenza di una causa “oggettiva” e “seria” nei termini sino ad ora descritti, è ammesso ricorrere avverso il licenziamento

²⁹¹ Chambre sociale de la Cour de cassation, 5 févr. 1981, in *Dr. ouvrier*, 1982

²⁹² MOULY J., «*Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle: le retour discret de la perte de confiance*», in *Dr. Soc.*, 2006, p. 839

²⁹³ Chambre sociale de la Cour de cassation, 11 déc. 1986, in *Jur. soc.*, 1987

²⁹⁴ *Ibidem*

presso al “Conseil des preud’hommes” (Consiglio dei probiviri)²⁹⁵. Tale organo può, ai sensi degli articoli 1235-3 e 1235-4:

- Avanzare richiesta di reintegra del dipendente nell’azienda;
- Proporre la condanna, al pagamento di sei mensilità in favore del dipendente, ai danni del datore di lavoro (soluzione non prospettabile per il dipendente che abbia un’anzianità di servizio inferiore ai dieci anni ovvero che presti il proprio servizio presso un’azienda con un capitale umano inferiore alle undici unità, rispetto al quale l’indennizzo è computato facendo luogo esclusivamente al reale e concreto danno subito, ex articolo 1235-5);
- Procedere a condannare il datore di lavoro al pagamento dei sussidi di disoccupazione: tale sanzione non esplica effetti diretti favorevoli nei confronti del dipendente, ma ha una forte funzione deterrente nei confronti dei datori di lavoro nel protrarre o nel ripetere condotte illecite.

Tra i licenziamenti per motivi personali vanno, senza alcun dubbio, inclusi anche quelli cosiddetti “discriminatori”. In ragione di una serie di interdizioni legali, vengono, cioè, proibiti i licenziamenti discriminatori (regolamentati dall’articolo 1132-1141), quelli derivanti dall’esercizio del diritto di sciopero (la cui norma di riferimento è rappresentata dall’articolo 1132-1142), nonché quelli derivanti da abusi e molestie morali ovvero a sfondo sessuale (ex articoli 1153-1162 ed 1153-1163), e quelli derivanti dall’esercizio di un’azione giudiziaria diretta alla garanzia della parità uomo-donna (articolo 1144-1153). Queste forme di licenziamento essendo considerate proibite determinano, per giurisprudenza consolidata e normativamente, la relativa nullità²⁹⁶.

²⁹⁵ Si tratta di una tipologia di giurisdizione paritaria costituita da consiglieri esterni ed dipendenti eletti e che si articola in differenti sezioni.

Laddove non sussista una precisa norma che prescrive la nullità rispetto a tali provvedimenti, occorre domandarsi se questa sanzione sia egualmente percorribile in via interpretativa. Ad una prima fase in cui la Suprema Corte francese aveva dato risposta negativa²⁹⁷, seguì lo sviluppo giurisprudenziale – tutt’oggi prevalente – che ne ammette l’estensione anche a casi non espressamente regolati, a tutela delle libertà fondamentali²⁹⁸.

Dalla storica pronuncia del 1972 “RevetSol” si è affermata quell’interpretazione giurisprudenziale che ammette anche la reintegrazione del lavoratore licenziato illegittimamente ed ingiustamente²⁹⁹.

È utile sin d’ora ribadire come la reintegra nel posto di lavoro non comporta il venir meno del diritto del dipendente a vedersi riconosciuta la possibilità di risarcimento dei pregiudizi subiti. La suddetta previsione consegue alla circostanza per cui, comunque, il lavoratore non ha ricevuto la retribuzione che gli spetta tra il licenziamento ed il giorno di reintegrazione nel suo posto di lavoro.

3. IL LICENZIAMENTO PER MOTIVI ECONOMICI

L’attuale articolo 321-2 di cui al Code du Travail, dispone che: *“integra la fattispecie di un licenziamento per ragioni economiche l’atto di recesso del datore di lavoro per una o più ragioni non inerenti alla persona del lavoratore, risultante dalla soppressione o dalla trasformazione di un posto di lavoro, ovvero da un cambiamento sostanziale (nelle condizioni) del contratto individuale di lavoro (tra il lavoratore subordinato e il datore di*

²⁹⁶ Cfr. articoli 1132-4, 1134-6, 1144 - 7, 1152-3, 1153-4 del Code du Travail, per citarne alcuni.

²⁹⁷ Soc., 31 mars 1982, in *Dr. Soc.*, 1983, p.225

²⁹⁸ BLOCH E., *Essai d’une étude de la jurisprudence par masse, à partir de 58 arrêts de la chambre sociale de la Cour de Cassation*, in *Droit social*, Novembre 1988, p.764

²⁹⁹ M. HENRY, *La réintégration des salariés non protégés*, in *Dr. ouvrier*, 1995, p. 371

lavoro), conseguenti, principalmente (ma non solo), da una situazione di difficoltà economica o da innovazioni tecnologiche”.

La definizione di licenziamenti per motivi economici si compone di un elemento di tipo sostanziale, vale a dire la “non inerenza alla persona del lavoratore”, e di un elemento causale e, cioè “soppressione o trasformazione d’impiego o modificazione sostanziale del contratto di lavoro”³⁰⁰.

Tuttavia è bene sottolineare come questa specifica modalità di conclusione del rapporto di lavoro può essere considerata legittima solo allorquando non si possa impiegare il lavoratore presso altre e differenti mansioni³⁰¹.

Le condizioni del lavoratore licenziato per motivi economici sono analoghe a quelle di qualsiasi altro lavoratore fatta eccezione per il godimento di un particolare beneficio consistente nella priorità di riassunzione nell’anno successivo alla dismissione del rapporto. Infatti, alla base del suddetto provvedimento deve sottostare una conclamata situazione di difficoltà economica aziendale o processi di riorganizzazione o di trasformazione tecnologica della stessa determinati ai fini della sua stessa prosecuzione e della relativa competitività³⁰².

Tra le cause giustificatrici dell’analizzato provvedimento dunque possono essere fatte confluire gravi perdite di mercato ma non anche situazioni meramente temporanee e di lieve entità³⁰³.

³⁰⁰ BOUBLI B., *Reflexions sur l’obligation de reclassement en matiere de licenciement pour motif economique*, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 1996, p. 131 e ss

³⁰¹ PELLISSIER J., AUZERO G., DOCKES E., *Droit du travail*, Dalloz, Edizione n. 26, 2012, p. 134

³⁰² PERULLI A., *“Efficient breach”, valori di mercato tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna* (Relazione al Seminario euromediterraneo “Il licenziamento di fronte alla sfida della crisi economica”, Università “G. D’Annunzio”, Pescara, 13 e 14 aprile 2012) in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2012, fasc. 3 pp. 561 - 586

³⁰³ *Ibidem*.

Nelle ipotesi, invece, di trasformazioni tecnologiche il datore di lavoro deve provvedere a redigere un preciso piano di adattamento dei dipendenti³⁰⁴.

Per porre un freno agli abusi compiuti dai datori di lavoro nell' eseguire licenziamenti per ragioni economiche "facili" (casi Renault e Michelin su tutti), il legislatore francese ha provveduto ad emanare le cosiddette "Leggi di modernizzazione sociale" del 2003 e del 2005 che hanno significativamente inciso sulla tipologia di licenziamento in commento³⁰⁵.

Si è, infatti, assistito ad un rafforzamento delle competenze e dei poteri dei rappresentanti del personale dipendente e, soprattutto, delle autorità amministrative.

La relativa nozione, a differenza di quanto osservato con riguardo ai licenziamenti per ragioni personali, è positivamente individuabile nell'articolo 1233-4 del Code du Travail. A questa norma sono connesse, ulteriormente, tutta una serie di disposizioni specifiche quali quelle in tema di:

- Rappresentanti del personale dipendente;
- "reclassement" del dipendente;
- obblighi di comunicazione nei riguardi delle autorità pubbliche amministrative;
- diritti di azione sindacale.

La prima codificazione di un obbligo di *reclassement* riguarda le vittime di malattie o incidenti professionali. Al lavoratore viene riconosciuto il diritto a uno stage di riadattamento, rieducazione o formazione professionale. Inoltre, il datore di lavoro è tenuto a proporre al lavoratore un diverso impiego, adeguato alle sue capacità, comparabile al lavoro svolto in

³⁰⁴ PELLISSIER J., AUZERO G., DOCKES E., *Droit du travail*, Dalloz, Edizione n. 26, 2012,p156

³⁰⁵ OGRISEG C., *Rischio economico e modelli di protezione del lavoro. Contributo allo studio sulle tutele contro i licenziamenti negli ordinamenti italiano e francese*, Milano,2007, pp. 133- 143

precedenza, compatibile con le sue condizioni, anche adeguando il posto di lavoro con cambiamenti e trasformazioni o modifiche dell'orario³⁰⁶. Solo in caso di dimostrare impossibilità di *reclassement* o di illegittimo rifiuto del lavoratore di accettare la proposta datoriale di reimpiego sarà possibile provvedere al licenziamento³⁰⁷. In presenza di negative sopravvenienze attinenti all'azienda, l'obbligo di reclassement, inizialmente riconosciuto in un accordo interprofessionale solo per particolari categorie di lavoratori "protetti", viene dapprima esteso a tutti, e poi consacrato agli inizi degli anni novanta dalla giurisprudenza che valorizza il diritto al lavoro di origine costituzionale o il più generale obbligo di esecuzione del contratto in buona fede. L'adempimento dell'obbligo, da cui si desume il requisito di *mesure ultime* del licenziamento per motivi economici, incide sulla serietà del provvedimento di recesso: il mancato *reclassement* comporta l'assenza di cause reelle et serieuse del licenziamento³⁰⁸.

Quanto ai contenuti dell'obbligo di *reclassement*, la Corte ritiene che il datore di lavoro sia tenuto a proporre, nell'incontro preliminare al licenziamento, qualunque posizione alternativa disponibile nell'azienda o, nello stesso gruppo societario, in aziende simili per attività, organizzazione o luogo, senza rispettare l'iter procedurale previsto dall'art. 321-2 Code du travail. Nella scelta delle opportunità da prospettare deve essere tenuta in considerazione la professionalità del lavoratore, riconoscendo tuttavia sempre prevalenza al suo reimpiego. Nella rielaborazione della Corte, il datore di lavoro è tenuto a prospettare al lavoratore anche una modifica di elementi essenziali del contratto, anche peggiorativa. Questi non è obbligato ad assicurare al lavoratore una formazione iniziale, ma una formazione qualificante, leggera, di breve durata e, comunque, non

³⁰⁶ PELLISSIER J., AUZERO G., DOCKES E., *Droit du travail*, Dalloz, Edizione n. 26, 2012, pagine 485 e seguenti

³⁰⁷ PROGRAMMA SOCRATES, *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001, p. 539 e ss.

³⁰⁸ *Ibidem*

sproporzionatamente onerosa per l'azienda in relazione alle difficoltà economiche o alle diverse necessità. Nella valutazione dell'adempimento dell'obbligo di *reclassement* la Cassazione francese impone di considerare anche il comportamento del dipendente: allo sforzo del datore di lavoro deve sempre corrispondere un atteggiamento quanto meno conciliante. Per molti aspetti assimilabile a quello francese di *reclassement*, l'obbligo di *repèchage*, elaborato dalla Cassazione italiana, impone al giudice di merito una verifica dell'*extrema ratio* del provvedimento di licenziamento³⁰⁹. Il datore di lavoro italiano viene così onerato della prova dell'inutilizzabilità del dipendente aliunde, in mansioni equivalenti e anche inferiore, all'interno dell'azienda. Gli indici utilizzati sono la stabile occupazione in azienda di tutti i posti residui equivalenti e l'assenza di nuove assunzioni nella stessa qualifica del dipendente licenziato per esigenze già esistenti o almeno prevedibili. Dall'analisi dell'articolo 1233-4 citato (che trae la sua origine dalle direttive di matrice comunitaria del 1975), è possibile distinguere 3 elementi che coadiuvano nell'elaborazione di una compiuta definizione della fattispecie in oggetto:

- il primo, negativo: il carattere strettamente economico del licenziamento (“ciò che non è connesso alla persona del dipendente”);
- il secondo, la motivazione economica, riferibile direttamente alla ragione del licenziamento (ossia la cancellazione di quel posto di lavoro);

³⁰⁹ ANTONMATTEI H., *L'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique: nouvelles dispositions*, in DS, 2002, p. 274

- il terzo attiene in modo immediato alle cause generatrici di questa cancellazione, quali le richiamate difficoltà economiche dell'impresa³¹⁰.

Esaminando il primo elemento richiamato, si può osservare come “economico” è ciò che non riguarda direttamente o indirettamente la persona del lavoratore.

In questo senso, dunque, le analizzate problematiche connesse all'età, alle assenze, la inidoneità del prestatore nello svolgimento della mansione non rappresentano valide ragioni di licenziamento qualora esso venga fondato su ragioni di carattere strettamente economico.

Riguardo, invece, al secondo elemento evidenziato, esso rappresenta il cosiddetto “taglio” di posti di lavoro.

La ragione economica, pertanto, sarà ritenuta sussistente allorché quello specifico licenziamento determini una redistribuzione dello specifico compito, effettuato prima dal dipendente, tra i colleghi ancora rimasti in azienda; viceversa si verserà nell'ipotesi di licenziamento per ragioni di carattere personale se quel posto verrà attribuito ad un altro e differente lavoratore³¹¹.

Rientrano, ancora, nella nozione in oggetto i rifiuti espressi dal lavoratore in merito alla trasformazione dell'impiego o le modifiche contrattuali.

Da ultimo, occorre esaminare il terzo elemento, rappresentato dalla ragione giustificatrice il licenziamento ed individuabile nelle difficoltà economiche o nei mutamenti strutturali.

³¹⁰ DALMASSO R., *Essai sur le concept de licenciement économique - Etude comparée des droits français et italiens*, Bibliothèque de droit social, Tomo 49, Paris, settembre 2009, p. 423 e seguenti.

³¹¹ SAVATIER J., *L'appréciation réelle et sérieuse de licenciement doit elle être contrôlée par la Cour de cassation?*, in *Droit social*, Aprile 1987, pp. 357 e ss.

Questo profilo è notevolmente mutato a seguito della Legge 2 agosto del 1989, antecedentemente alla quale la cancellazione e la modifica di lavoro avrebbero dovuto essere congiunturali o, meglio, strutturali. A decorrere dalla fonte richiamata, viceversa, il datore di lavoro nel momento in cui proceda a mutare gli ordini occupazionali interni alla propria impresa, anche in mancanza di peculiari difficoltà economiche o di ristrutturazioni tecnologiche volte all'incremento ed alla salvaguardia della competitività aziendale, realizzerà dei licenziamenti, ancora, qualificabili come di natura economica.

Per le medesime ragioni sono di ordine economico i licenziamenti determinati dal datore di lavoro in ragione della propria età anagrafica ovvero per le proprie condizioni di salute, oppure da gravi eventi naturali (terremoti, allagamenti, ecc.)³¹².

Per generalizzare il concetto, la Corte di Cassazione francese ha affermato che il motivo economico sussiste ogni qualvolta al datore di lavoro non possa essere addebitato un comportamento colposo o di estrema leggerezza³¹³.

In ogni caso, l'attributo delle ragioni di carattere "economico" del licenziamento viene meno se quest'ultimo è intervenuto in una data posteriore rispetto alle proposte di modifica del contratto di lavoro (non riguardanti direttamente o indirettamente la persona del lavoratore) avanzate nei confronti di uno o più dipendenti che non le accettano in funzione di una diminuzione del lavoro³¹⁴.

³¹² MARTELLONI F. e THOMAS P., *I licenziamenti in Italia e in Francia: la tutela del datore di lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2006 fasc. 4, pp. 779 – 818

³¹³ GALARDI R., *Osservatorio di giurisprudenza italiana –Licenziamenti collettivi e individuali: dall'autonomia all'identità*, Milano, 2008

³¹⁴ *Ibidem*

Ed ancora, non costituisce licenziamento economico quello realizzato mediante il “taglio” di posti di lavoro in una data specifica area dei lavori pubblici e dell’edilizia, con i lavoratori impiegati presso cantieri che vengono licenziati al termine delle opere da compiere. In queste ipotesi si rientra, comunque, nei licenziamenti di carattere e natura “personale”.

4. LICENCIEMENTS INDIVIDUELS (I LICENZIAMENTI INDIVIDUALI)

Invero, in Francia, da come si è potuto osservare dai paragrafi che precedono, la più importante classificazione in tema di licenziamenti individua due forme:

- licenziamenti per motivi economici, come regolati dalla legge del 1975 ed annesse integrazioni;
- licenziamenti per causa reale e seria, disciplinati dalla legge del 1973.

Risulta, comunque, opportuno sottolineare che proprio quest’ultima tipologia include i licenziamenti aventi una ragione differente da quella di natura economica, compresa quindi ogni condotta negligente riferibile al prestatore licenziato, atti di slealtà o infedeltà, l’inosservanza di norme di sicurezza o l’inidoneità fisica al lavoro, l’insubordinazione e l’incompetenza professionale³¹⁵.

Di eguale rilevanza è la considerazione per cui la normativa posta a salvaguardia dei licenziamenti ha un ambito applicativo individuabile nei soli contratti di lavoro a tempo indeterminato.

³¹⁵ CHIREZ A., *La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ?*, Dalloz, Paris, 1981, pp.197 e ss

In via generale, il codice riconosce il diritto di entrambe le parti di recedere dal contratto; allo stesso tempo, però, una costante giurisprudenza della Corte di Cassazione considera legittima l'apposizione di clausole contrattuali che fissano una durata minima del contratto, in altre parole si tratta della predisposizione per via convenzionale di un periodo in cui il lavoratore non può recedere. La regola generale è che il licenziamento legittimo deve essere sorretto da un motivo lecito (causa reale e seria) e deve essere realizzato con l'osservanza di una "procedura privata" di tipo "non contenzioso" che permetta al lavoratore, a fronte di una contestazione, di evidenziare il suo punto di vista. In concreto la procedura si articola in una consultazione preliminare e nella successiva notifica del licenziamento³¹⁶.

È utile, in questa sede, al fine di chiarire la portata dell'istituto in commento, richiamare – seppur in sintesi – anche il concetto di "causa reale e seria". Il carattere della "realità" implica l'obiettività, la precisione e l'esattezza. Appartiene dunque ai giudici apprezzare la "realità" delle difficoltà economiche, delle mutazioni tecnologiche e della riorganizzazione necessaria alla salvaguardia della competitività dell'impresa, invocate come causa remota del licenziamento.

Essa è, dunque, il frutto dell'elaborazione di matrice giurisprudenziale e viene identificata in presenza delle seguenti circostanze³¹⁷:

- la sussistenza di un *fatto materiale concreto*, riferibile all'espletamento di una certa mansione lavorativa;
- *il motivo* che sta alla base del licenziamento deve essere "esatto", altrimenti il datore di lavoro incorrerà in un licenziamento abusivo;

³¹⁶ GALARDI R., *Licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali: dall'autonomia all'identità*, in *Diritto delle relazioni industriali*, Milano, 2008 fasc. 3, pp. 774 – 778

³¹⁷ PELLISSIER J., AUZERO G., DOCKES E., *Droit du travail*, Dalloz, Edizione n. 26, 2012, p123

- il *motivo* che sta alla base del licenziamento deve essere “*oggettivo*”, ossia sganciato da ogni riferimento personale e di umore del datore di lavoro;
- la *ragione* su cui si fonda il licenziamento deve essere “*seria*”, nel senso che, nei fatti, determina l’impossibilità della prosecuzione del rapporto lavorativo.

In Italia si è preferito dare una definizione alla nozione di “giustificato motivo” utilizzando una clausola elastica a contenuto generico, con ampia delega al giudice in merito all’individuazione del precetto di legge. L’articolo 3, legge n.604 del 1966 consente il licenziamento in presenza di ragioni attinenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa. I fatti che compromettono la produttività del lavoratore potrebbero costituire validi presupposti delle “ragioni inerenti al regolare funzionamento dell’organizzazione del lavoro” capaci di giustificare il licenziamento. Al contrario, in Francia si è preferito descrivere in maniera molto più attenta la nozione di cause “*reelle et serieuse*”, lasciando al giudice un limitato margine di discrezionalità, ma solo con riferimento ai legittimi motivi economici. Una conferma della sostanziale assimilabilità delle nozioni di cause *reelle et serieuse* e giustificato motivo si ricava dalla previsione, in entrambi gli ordinamenti, di speciali protezioni; non solo in caso di malattia o all’arrivo di un figlio ma anche a quelle finalizzate a tutelare la sfera personale, privata del lavoratore, capaci tuttavia di restringere indirettamente la gamma dei legittimi presupposti di recesso³¹⁸.

Ciò premesso, in ogni caso, il datore di lavoro può procedere al licenziamento del proprio prestatore per colpa, purché tuttavia sussistano quegli elementi di serietà e realtà poc’anzi descritti.

³¹⁸ CHIREZ A. et LABIGNETTE J., *La place du doute dans le contentieux de la relation de travail*, Dr. Soc., Paris, 1997, pp.669 e ss.

Ai fini del licenziamento, però, non è richiesta necessariamente una colpa “grave”, risultando sufficiente anche la mera non intenzionalità della condotta. Tale condotta connaturata da colpa, inoltre, non deve già essere stata considerata ai fini di una pregressa sanzione, salva l’ipotesi in cui essa sia stata reiterata³¹⁹.

Il datore di lavoro deve provvedere ad irrogare la sanzione entro due mesi dalla scoperta del fatto colpevole, poiché, decorso tale termine, nei suoi confronti scatterà la prescrizione di cui all’articolo 122–144 del Codice del Lavoro francese.

Come in Italia, anche in Francia si possono distinguere differenti gradi e categorie di “colpa”, sintetizzabili come segue³²⁰:

- colpa “irrilevante” (o cosiddetta “faute légère”): qualora un licenziamento abbia a fondamento una condotta connotata da tale tipologia di colpa, esso verrà considerato “abusivo” (un esempio di questa categoria di colpa è costituito dal lieve ed eccezionale ritardo);
- colpa “sérieuse”: si registra allorché il prestatore realizzi reiterate e serie inadempienze tanto con riferimento agli orari di lavoro, quanto alle mansioni eccezionali ed urgenti assegnategli. Questi, in tale ipotesi può decidere se far applicare nei propri riguardi un licenziamento con preavviso ovvero una sanzione disciplinare;
- colpa grave (o cosiddetta “faute grave”): si realizza in presenza di gravi inadempienze (furti, abbandoni del luogo di lavoro, violenze, ecc.). In tal ipotesi, il datore di lavoro può procedere al licenziamento del proprio prestatore anche in mancanza di preavviso e non è tenuto a versargli l’indennità di licenziamento. Nell’ambito

³¹⁹ PELLISSIER J., AUZERO G., DOCKES E., *Droit du travail*, Dalloz, Edizione n. 26, 2012

³²⁰ MARTELLONI F. e THOMAS P., *I licenziamenti in Italia e in Francia: la tutela del datore di lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2006 fasc. 4, pp. 779 – 818

della colpa grave può, inoltre, esser fatto rientrare un comportamento tenuto al di fuori del luogo di lavoro, ma che abbia caratteristiche tali per la sua particolarità e per la sua inerenza logica con l'attività del lavoratore da provocare una grave lesione della fiducia dell'imprenditore nel dipendente (l'ipotesi classica è quella del vigilante condannato per furto)³²¹;

La legislazione francese prevede una temporanea impossibilità a recedere da parte del datore di lavoro nei periodi di sospensione del rapporto conseguenti a gravidanza, congedo di maternità o di adozione, malattia professionale o infortunio derivante da un'incidente sul lavoro, sciopero legittimo. Inoltre vi è un generale divieto a motivare un licenziamento a cagione di una legittima sospensione del rapporto. La legge dispone che la dismissione del rapporto può essere disposta unicamente per colpa grave, ma, comunque, l'intimazione del licenziamento è inefficace durante la sospensione³²².

- colpa di rilevante gravità (o cosiddetta "faute lourde"): si registra allorché nelle intenzioni del prestatore sia stata provata la volontà di provocare un pregiudizio al proprio superiore (all'imprenditore). Esso dà luogo al licenziamento senza preavviso ed implica per il prestatore l'esclusione da ogni beneficio già maturato.

In ciascuna delle suddette ipotesi di colpa, l'organo cui spetta l'ultima parola circa la valutazione della colpa è identificabile nella Magistratura. Al giudice competerà esaminare la condotta tenuta dal prestatore di lavoro, in base ai dati di fatto sussistenti rispetto al caso concreto e tralasciare da ogni

³²¹ LE GOFF J., *Droit du travail et société. Les relations individuelles de travail*, Presses Universitaires, Rennes, 2001, p.818-822

³²² TEYSSIE B., *Personnes, entreprise et relations de travail*, Dr. soc., Paris, 1988, p.376

catalogazione della colpa inserita nei contratti collettivi, d'impresa o individuali.

Tra le varie cause che possono determinare il licenziamento non può non farsi cenno dell'inattitudine o dell'incapacità, rispetto alla mansione da svolgere, del lavoratore³²³.

Tra le molteplici ragioni che determinano il licenziamento individuale del lavoratore in ragione di una sua "inattitudine" o "incapacità" rientrano anche le clausole di risultato ("*clauses d'objectifs*"): se questi, infatti, non raggiunge i risultati inseriti ed alla base dell'accordo contrattuale potrà ben essere oggetto di licenziamento individuale ad opera del proprio datore di lavoro, anche laddove il suddetto risultato sia non imputabile allo stesso dipendente.

Attraverso queste clausole, dunque, si esonera il giudice dalla ricerca di una causa seria ed oggettiva e si consente al datore di lavoro di designare le ragioni idonee a condurre ad un recesso dal contratto di lavoro.

Sussistono alcune zone "grigie" nelle quali, di norma, non si procede al licenziamento del lavoratore. Esse sono costituite dalla³²⁴:

- perdita di fiducia (cosiddetta "*perte de confiance*"): essa, tradizionalmente, non rientra nel novero della cause reali e serie che possono condurre al licenziamento individuale del lavoratore. Tuttavia, in ragione di determinate gravi condotte del prestatore, questa causa legittima il datore di lavoro a recedere dal contratto con il proprio dipendente (si pensi alle ipotesi di rivelazione di segreti aziendali, concorrenza sleale, fatti che ledono il decoro ed il prestigio dell'impresa, ecc.);

³²³ HENRY M., *La nullité du licenciement sanctionnant l'exercice de sa liberté d'expression par un salarié*, Droit Ouvrier, 1987, p. 145

³²⁴ BOLDT G., CARERLYNCK G., HORION P., KAYSER A., LEVENBACH M.G., MENGONI L. *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.* Lussemburgo, 1965, p.234

- malattia del prestatore: anch'essa, di norma, non costituisce una causa idonea a far cessare il rapporto lavorativo, determinando esclusivamente la sospensione dei reciproci obblighi contrattuali. Qualora, però, un decorso eccessivamente lungo e protratto nel tempo della malattia comporti un effettivo nocimento all'attività aziendale, esso potrà costituire certamente una causa reale e seria, in quanto tale idonea a condurre al licenziamento. Numerose sono le norme del Codice del Lavoro che si riferiscono alla malattia professionale ed a quella occorsa in occasione dello svolgimento di un lavoro, assicurando al dipendente la stabilità del rapporto di lavoro ³²⁵. Altre ipotesi di malattia, invece, conducono al licenziamento. È, comunque, opportuno sottolineare che il licenziamento può essere portato a termini solo laddove il datore di lavoro evidenzi – con riguardo al tempo di protratta assenza del lavoratore, delle dimensioni dell'azienda e delle concrete attività esercitate dal dipendente – la incollocabilità di quest'ultimo presso un'altra mansione consona rispetto al suo effettivo stato fisico e di salute e corrisponda una indennità di licenziamento per un importo pari al doppio di quella che sarebbe dovuta essere stata versata in ipotesi normali.

Analizzate le cause che possono determinare il licenziamento individuale del lavoratore, è ora agevole comprendere in quali casi si versi in un'ipotesi – sanzionata – di cosiddetto “licenziamento abusivo”³²⁶.

La fonte di riferimento in materia è rappresentata dalla Legge del 1973 la quale si preoccupa di fornire una dettagliata definizione dell'”abuso” in materia di licenziamenti.

³²⁵ Cfr. Articoli da L. 122.32-1 a 122-32-10.

³²⁶ CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*; Napoli, 1995, pp.115 e ss.

Si registra, infatti, un caso di licenziamento abusivo allorquando esso sia basato su ragioni non serie, né reali, anche secondo le interpretazioni (già esaminate) fatte in sede giurisprudenziale. In concreto, l'abuso si realizza quando le circostanze che accompagnano il licenziamento o le sue modalità sono tali da evidenziare brutalità, precipitazione, leggerezza tanto da concretizzare un vero e proprio abuso. Se tale abuso causa un pregiudizio specifico al lavoratore, questi avrà il diritto ad una specifica riparazione.

Tra le ragioni che certamente determinano una pronuncia, a carico del datore di lavoro, di licenziamento abusivo rientra quella del "motivo illecito"³²⁷.

Esso si registra quando viene intimato per una delle ragioni vietate espressamente dall'ordinamento all'art. 122-45 e più in generale, per reazione all'esercizio di un diritto o libertà. L'art. 122-45 dispone, infatti, che nessun lavoratore può essere sanzionato e tantomeno licenziato per la matrice razziale, sessuale o religiosa, limitazioni alla libertà di pensiero ed alla libertà sindacale, ecc..³²⁸. A questa elencazione una legge del 2 novembre del 1992 ha aggiunto l'ipotesi del licenziamento motivato dal rifiuto del dipendente di accettare profferte sessuali da parte del datore di lavoro.

I licenziamenti motivati da una di queste ragioni, secondo una tesi dottrinarie, sono nulli in forza della regola generale dettata dall'articolo 1131 del codice civile (l'atto illecito è nullo) e dovrebbero, pertanto, dar diritto al ripristino della situazione quo ante e, quindi alla reintegrazione ma forti sono le resistenze dei giudici e della legislazione francese ad imporre la tutela reintegratoria.

³²⁷ PELLISSIER J., AUZERO G., DOCKES E., *Droit du travail*, Dalloz, Edizione n. 26, 2012

³²⁸ OGRISEG C., *Rischio economico e modelli di protezione del lavoro. Contributo allo studio sulle tutele contro i licenziamenti negli ordinamenti italiano e francesi*, Milano, 2007, p.27-67

Più specificamente, si ritengono abusive tutte quelle condotte volte a censurare taluni aspetti inerenti la sfera privata del prestatore di lavoro, salva, ovviamente, l'ipotesi in cui tali aspetti generino rilevanti conseguenze sul rapporto lavorativo, nonché quei recessi dai rapporti di lavoro ancorati al rifiuto del dipendente di violare le norme o di non difendersi in giudizio per far valere un proprio interesse/diritto.

Per evidenti ragioni, sono considerati analogamente abusivi tutti quei licenziamenti realizzati in ragione del rifiuto manifestato dal dipendente di compiere una data attività avente carattere straordinario o di vedere trasformato il proprio contratto a tempo pieno in uno a tempo parziale (art 5, decreto legislativo n. 61 del 2000). Ciò non toglie che anche in Italia, a fronte del rifiuto l'azienda ben possa recedere dal contratto per diverse e ulteriori ragioni. La direttiva comunitaria, di cui all'articolo 5, decreto legislativo n. 61 del 2000 costituisce attuazione, sancisce che il datore di lavoro può licenziare il dipendente per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento, conformemente alle leggi, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali. Sicché in conformità alle disposizioni comunitarie, la norma deve essere letta nel senso di consentire al datore di lavoro di intimare un licenziamento per motivo oggettivo, qualora la prestazione a tempo parziale non sia più in concreto utilizzabile a causa di una ragione economica organizzativo- produttiva.

Un dipendente ha diritto di essere reintegrato nel suo posto di lavoro, previa dichiarazione di nullità del licenziamento da parte del giudice a seguito di:

- licenziamento per motivi economici intimato a seguito di una procedura invalida in cui non sia stato rispettato il piano negoziato per gestire l'esubero;

- licenziamento ritorsivo intimato a seguito di un'azione promossa dal dipendente per violazione da parte del datore di lavoro del principio di non discriminazione o delle misure di tutela previste nei confronti delle donne in stato di gravidanza e per le vittime e i testimoni di violenze morali o sessuali;
- licenziamento intimato per rappresaglia all'esercizio del diritto allo sciopero ovvero intimato violando le specifiche tutele previste sia per le vittime degli infortuni sul lavoro che per i rappresentanti dei dipendenti;
- mancato rispetto della procedura di licenziamento prevista per i rappresentanti dei dipendenti.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, il dipendente che non ha chiesto la reintegrazione nel posto di lavoro ha diritto al risarcimento del danno (che include l'indennità di licenziamento prevista dalla legge o dal contratto collettivo e l'indennità sostitutiva del preavviso) pari ad un minimo di sei mesi di retribuzione o a 12 mesi in alcune circostanze³²⁹.

L'indennità sostitutiva del preavviso è pagata al dipendente in ogni caso, anche se questi è incapace di svolgere la sua prestazione durante tale periodo.

Riguardo ai rimedi esperibili in presenza di un licenziamento illegittimo, le sanzioni sono fortemente graduate e vanno dalla semplice corresponsione di una certa somma a titolo di indennità (variabile nel *quantum* rispetto al caso concreto) alla reintegrazione (ossia la riassunzione) del dipendente per violazioni all'ordine pubblico³³⁰. Si tratta a ben vedere di una normativa che tende a scongiurare decisioni arbitrarie ed ingiuste dei datori di lavoro e che assicura una forte tutela per i lavoratori.

³²⁹ TOFFOLETTO F. e NESPOLI E., *I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione Europea*, Milano, 2008, pp. 125-130

³³⁰ RAY J. E., *Droit du Travail. Droit vivant*, Parigi, 1996, p. 72 e ss.

Di tale constatazione se ne trae diretta conferma anche dalla circostanza per cui compete al datore di lavoro indicare in giudizio le ragioni ed i fatti specifici (e verificabili) che hanno determinato quel licenziamento.

Il criterio posto alla base della suddetta statuizione normativa si fonda sul principio della “vicinanza della prova”, o meglio, su quello della debolezza processuale in cui versa il dipendente nella disponibilità e nella dimostrazione della prova circa la presenza di una ragione legittima di licenziamento³³¹.

I licenziamenti economici di tipo individuale presentano, quanto alla modalità di effettuazione, molti punti di contatto con gli altri tipi di licenziamenti individuali: infatti la loro intimazione deve essere preceduta da un colloquio preliminare e operata per iscritto con indicazione dei motivi. In analogia con la riduzione di personale è prevista l’informativa della direzione dipartimentale del lavoro³³².

Per quanto concerne il sistema sanzionatorio esso è del tutto analogo a quello individuato dalla legge per il licenziamento per motivi personali sia in ipotesi di irregolarità (riduzione o difetto della procedura) che di ingiustificatezza (assenza di causa reale e seria).

5. LICENCIEMENTS COLLECTIFS (I LICENZIAMENTI COLLETTIVI)

Posta la tradizionale distinzione tra licenziamenti per motivi economici e licenziamenti per causa reale (cui vengono ricondotti, ai primi, i

³³¹ www.justlanded.com

³³² PERULLI A., “Efficient breach”, *valori di mercato tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna* (Relazione al Seminario euromediterraneo “Il licenziamento di fronte alla sfida della crisi economica”, Università “G. D’Annunzio”, Pescara, 13 e 14 aprile 2012) in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2012, fasc. 3 pp. 561 - 586

licenziamenti collettivi, ai secondi, i licenziamenti individuali), è da ritenersi errata la considerazione per cui un lavoratore singolo può essere licenziato unicamente per una causa “reale e seria”, ovvero che un gruppo di lavoratori venga licenziato solo per ragioni di carattere economico³³³.

La pratica smentisce, spesso, questa bi-direzionalità in quanto un licenziamento per motivi economici può essere intimato anche a un solo lavoratore e viceversa i licenziamenti per causa “reale e seria” possono essere intimati anche a più persone. Il licenziamento individuale per motivi economici è sottoposto a una procedura di contestazione personale degli addebiti prevista in generale appunto per i licenziamenti individuali³³⁴.

In ogni caso, appare comunque necessario, in questa sede, soffermarsi sulla disciplina inerente ai licenziamenti per motivi economici dato che essa rappresenta la fattispecie più frequente ai fini della verifica della sussistenza dei licenziamenti collettivi³³⁵. E’ opportuno precisare che in presenza di un licenziamento per motivi economici sia nel caso di licenziamento individuale sia in quello di grande e piccolo licenziamento collettivo- l’imprenditore è obbligato a proporre al lavoratore da licenziare una misura sociale di rilievo, la *convention de conversion*³³⁶.

I licenziamenti per motivi economici di tipo collettivo sono sottoposti ad una particolare procedura (c.d. procedura pesante, più esigente), attivata dall’imprenditore con la comunicazione del progetto di licenziamento, che prevede l’esame congiunto del progetto tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori (cioè il comitato d’impresa o i delegati del personale) e l’eventuale predisposizione di un *plan social* (piano sociale) volta a

³³³ DOCUMENTI CNEL, *Gestione delle eccedenze di personale in Europa. Un’analisi giuridica ed economica*, Roma, 1995, p.23

³³⁴ CARABELLI U., *Gli studi-paese a confronto: il quadro giuridico*, in Documenti Cnel, op. cit., p.41

³³⁵ TAGLIENTI C., *La disciplina dei licenziamenti nell’ordinamento giuridico francese: recenti posizioni della dottrina e della giurisprudenza*, in DL, 1984, pp54

³³⁶ CARABELLI U., *Gli studi- paese a confronto: il quadro giuridico*, in Documenti Cnel, op. cit., p.41

contenere ed attuare le conseguenze della riduzione di personale. Parallelamente alla concertazione deve essere sviluppata una precisa attività di informazione della amministrazione su cui grava il compito specifico di verificare la regolarità delle procedure ed il rispetto delle regole relative alle misure sociali, nonché di controllare l'effettiva messa in opera del piano sociale³³⁷. In stretta connessione con il piano sociale l'imprenditore deve presentare un *plan de reclassement* cioè un piano specifico contenente misure per la rioccupazione dei lavoratori esuberanti³³⁸.

La durata e la complessità della procedura variano in relazione alle dimensioni dell'impresa ed al numero di lavoratori coinvolti nella riduzione di personale³³⁹. La procedura "leggera", invece, prevede una consultazione con i rappresentanti dei lavoratori, la quale deve svolgersi nel rispetto di più semplici regole procedurali³⁴⁰.

E' stato osservato che l'intera disciplina delle riduzioni di personale è finalizzata all'attenuazione dell'impatto sociale determinato dalle dimissioni collettive del rapporto di lavoro: in particolare, la procedura è tutta volta alla predisposizione del c.d. piano sociale che si presenta come un'insieme organizzato di misure di reinserimento orientate a limitare il numero dei licenziamenti e le conseguenze di quelli che non possono essere evitati³⁴¹.

A decorrere dalla norma del 1975 sono intervenute alcune modifiche:

³³⁷ CHAUMETTE P., *Le licenciement pour motif économique en droit français*, in AA.VV., I licenziamenti per riduzione di personale in Europa, Cacucci Bari, 2001 p. 51 e ss.

³³⁸ CARABELLI U., op. cit., p.41

³³⁹ In Francia si distingue tra "grandi" licenziamenti collettivi riguardanti almeno dieci lavoratori, i quali sono sottoposti a una procedura "pesante" e "piccoli" licenziamenti collettivi, riguardanti un numero di lavoratori compresi tra 2 e 9, i quali invece sono sottoposti a una procedura "leggera".

³⁴⁰ CARABELLI U., op. cit., p.42

³⁴¹ ROCCELLA M. e TREU T., *Diritto del lavoro della comunità europea*, Padova, 1995, p.323

- legge del 30/12/1996: ha espunto il parametro della preventiva autorizzazione amministrativa;
- legge 02/08/1989: ha fornito una definizione normativa dei “motivi economici”.

Sono distinguibili essenzialmente tre categorie di licenziamento per ragioni economiche³⁴²:

1. *di limitata consistenza*: si configura allorquando il numero di persone oggetto del provvedimento di licenziamento sia pari o inferiore a 9 lavoratori;
2. *di ampia consistenza*: si configura allorquando il numero di persone oggetto del provvedimento di licenziamento sia pari o superiore a 10 lavoratori;
3. *individuale*: si configurano allorquando l’oggetto del provvedimento di licenziamento sia identificabile in un solo lavoratore.

Nella prima ipotesi l’avviso relativo al giorno in cui si svolgerà la riunione con i rappresentanti dei lavoratori – che rappresenta un mezzo per garantire la reale informazione delle rappresentanze sindacali – va resa, direttamente dall’imprenditore-licenziante, entro 3 giorni dalla stessa³⁴³.

Udite le rappresentanze aziendali dei dipendenti, il parere reso dal Comitato di impresa va trasmesso alle autorità amministrative competenti, allegando inoltre la notifica dello stesso licenziamento.

L’atto fornito dal Comitato di impresa non risulta in alcun modo vincolante per il datore di lavoro.

Terminato il procedimento di consultazione – a tal riguardo la legge non prevede che il piano di riduzione delle risorse umane venga interrotto

³⁴² CARUSO B., D’ANTONA M., SCIARRA S., *Il diritto del lavoro nell’unione europea Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*; Napoli, 1995, p.115

³⁴³ Ibidem

ovvero sospeso – il datore di lavoro può completare la procedura di licenziamento.

In ogni caso, però, è necessario il previo espletamento individuale tra licenziante e licenziando, in cui l'imprenditore può far presente al lavoratore la possibilità di convertire il proprio contratto di lavoro³⁴⁴.

Ciò, tuttavia, presuppone obbligatoriamente che:

- il dipendente non abbia un'età superiore ai 56 anni e 2 mesi;
- il dipendente deve avere un'anzianità presso l'azienda pari ad almeno 2 anni.

Qualora il dipendente opti per la conversione propositagli, il suo licenziamento verrà inteso come mai realizzatosi (in tali ipotesi si tratta di una risoluzione consensuale del contratto). Il prestatore sarà obbligato a seguire determinati studi di aggiornamento professionale e di riqualificazione aventi un termine massimo di sei mesi, così da ottenere quei titoli che gli consentano una agevole riammissione nel mondo del lavoro³⁴⁵.

Nel corso del suddetto periodo – ma anche nei sei mesi successivi al corso, laddove non abbia trovato un nuovo impiego – al dipendente spetterà un'indennità superiore a quella di disoccupazione che gli sarebbe stata resa se non avesse aderito a questa proposta.

Qualora, viceversa, sia decorso il termine di ventuno giorni in assenza di una espressa accettazione della conversione da parte del dipendente, questi è risolutivamente licenziato.

³⁴⁴ PLAS D., *Droit social européen . Les licenciements collectifs*, Rev. dr. soc., 1978, p.310

³⁴⁵ TOFFOLETTO F., NESPOLI E., *I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione Europea*, Milano,2008, p. 89 e ss.

La disciplina muta con riguardo, invece, ai licenziamenti di ampia consistenza³⁴⁶. In questo caso, si ha a riguardo alle norme facenti riferimento ai licenziamenti di limitata consistenza, ma arricchiti di ulteriori fasi e previsioni procedurali che connotano di complessità questa forma di licenziamento. Nel caso di grandi licenziamenti l'imprenditore deve notificare alla stessa autorità amministrativa il progetto di licenziamento con il resoconto delle consultazioni avute con i rappresentanti dei lavoratori e ciò affinché siano rispettate le norme relative all'elaborazione del plan social e del plan del reclassement.

È, in primo luogo, disposta una più rilevante e determinante presenza delle rappresentanze aziendali sindacali³⁴⁷.

Ciò nonostante, nella pratica delle relazioni industriali d'oltralpe, numerose imprese, che dovrebbero prevedere la presenza di un Comitato di impresa (ciò vale ad esempio per quelle con più di 50 lavoratori) o di un Delegato di impresa (questa previsione si riconnette a quelle con 11 o più lavoratori), potrebbero non prevederlo.

In quest'ultima ipotesi, la legge del 1989 prevede un preciso meccanismo, plasmato in modo analogo a quello relativo al licenziamento per causa seria e reale. In sostanza, ciascun lavoratore oggetto del provvedimento di licenziamento deve essere convocato dal licenziante per un colloquio.

Cessata questa fase "interlocutoria", dunque, il piano di licenziamento deve essere trasmesso all'autorità amministrativa competente identificata

³⁴⁶ FROUIN J. Y., *L'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation*, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2011, fascicolo 11, p 842 e ss.

³⁴⁷ MARTELLONI F. e THOMAS P., *I licenziamenti in Italia e in Francia: la tutela del datore di lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2006 fasc. 4, pp. 779 – 818

nell'ipotesi in esame nella figura della “Direzione Dipartimentale per l'occupazione”³⁴⁸.

Questo progetto deve indicare nello specifico:

- nome, cognome ed indirizzo del licenziante;
- le dimensioni – in termini di capitale “umano” – dell'impresa o dello stabilimento e la natura delle attività svolte;
- il quantitativo stimato di dipendente colpiti dal provvedimento di licenziamento;
- le tipologie di attività coinvolte dalla determinazione del licenziante ed i parametri posti alla base della selezione dei soggetti da licenziate;
- il quantitativo totale dei dipendenti regolarmente lavoratori nell'azienda (si computano tanto coloro i quali abbiano un contratto di lavoro occasionale, quanto quelli con contratto di lavoro permanente);
- i provvedimenti che il datore di lavoro ha intenzione di varare al duplice fine di ridurre quanto più possibile i licenziamenti e di consentire una agevole riallocazione dei dipendenti licenziati.

In presenza di Delegati del personale, nel caso di licenziamenti di ampia rilevanza per ragioni economiche in imprese che abbiano un numero di impiegato compreso tra le quarantanove e le undici unità, l'imprenditore che decida di rescindere il contratto di lavoro con dieci o più dei propri prestatori nel termine di 30 giorni deve attivarsi per ricevere e concedere audizione ai Delegati del personale.

³⁴⁸ PROGRAMMA SOCRATES, *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari , 2001, p. 545 e ss.

In modo analogo a quanto avviene con riguardo ai licenziamenti di minore rilevanza, la comunicazione compiuta dall'imprenditore ai suddetti delegati deve obbligatoriamente annoverare³⁴⁹:

- la ragione che sta alla base del progetto di licenziamento;
- ogni ulteriore annotazione rilevante ai fini del licenziamento medesimo.

Il giorno successivo rispetto a quello di convocazione dei delegati del personale, ed in ogni caso nel minor tempo possibile, l'imprenditore licenziante è tenuto a comunicare, tramite lettera raccomandata, all'autorità amministrativa competente per il procedimento, il progetto di licenziamento con le correzioni indicate dai delegati del personale.

L'autorità in commento, nel caso in esame, è rappresentata dalla Direzione Dipartimentale per l'Occupazione.

Nell'ipotesi, invece, di licenziamenti di grande rilevanza per ragioni economiche in aziende in cui operano oltre cinquanta dipendenti, nel caso in cui siano presenti specifiche rappresentanze dei prestatori nella stessa impresa, l'imprenditore ha l'obbligo fondamentale di consultare il Comitato d'impresa.

La comunicazione relativa alla convocazione delle rappresentanze dei dipendenti deve indicare tassativamente³⁵⁰:

- la menzione delle finalità del licenziamento;
- ogni ulteriore informazione necessaria ai fini del licenziamento in oggetto³⁵¹.

³⁴⁹ www.enc.org

³⁵⁰ DOCUMENTI CNEL, *Gestione delle eccedenze di personale in Europa. Un'analisi giuridica ed economica*, Roma, 1995, p. 21

³⁵¹ www.gardenal.it

Il procedimento è analogo a quello prima descritto; nella suddetta ipotesi, però, l'imprenditore è onerato dal rendere ogni informazione rilevante rispetto ai provvedimenti che intende intraprendere al duplice fine di ridurre allo stretto indispensabile i licenziamenti e di agevolare la riassunzione dei dipendenti colpiti dal provvedimento risolutorio³⁵².

Un ulteriore obbligo a carico del datore di lavoro è quello di fornire le più dettagliate informazioni al fine di esplicitare le misure economiche che si propone di concretizzare³⁵³.

Anche nella suddetta ipotesi, il giorno seguente a quello della convocazione, ed entro termini contenuti e ragionevoli, l'imprenditore è onerato dell'obbligo di comunicare alla Direzione dipartimentale per l'Occupazione il progetto di licenziamento che, ove possibile, deve inglobare le correzioni proposte dalle rappresentanze dei lavoratori e gli esiti dell'incontro di cui si è detto.

Nel caso in cui il Comitato di impresa preferisca far seguire la procedura anche da un esperto, il piano di licenziamento diviene maggiormente articolato e si compone dei seguenti passaggi fondamentali³⁵⁴:

- durante la prima convocazione si provvede a stabilire la presenza di un esperto di provenienza esterna all'azienda, su proposta delle rappresentanze del personale che viene, però, retribuito direttamente dall'imprenditore;
- durante la seconda convocazione – il quale però, in concreto, rappresenta la prima vera fase della procedura – si provvede all'audizione del Comitato di impresa;

³⁵² CAMERLYNCK G.H., *Le contract de travail*, in *Droit du travail*, Dalloz, 1982 p. 546 e ss.

³⁵³ www.justlanded.com

³⁵⁴ PELLISSIER J., AUZERO G., DOCKES E., *Droit du travail*, Dalloz, Edizione n. 26, 2012, p.45

- durante la terza convocazione – che assume carattere obbligatorio e che subentra al secondo passaggio del procedimento ordinario – l'imprenditore prende atto dei suggerimenti avanzati dall'esperto, dal comitato di impresa, nonché dalla Direzione Dipartimentale per l'Occupazione.

Ordinariamente l'individuazione dei parametri in base ai quali formulare la selezione dei dipendenti oggetto di licenziamento è realizzata dalla contrattazione collettiva.

Qualora manchino i contratti collettivi, i parametri di riferimenti nella selezione dei dipendenti da licenziare sono fissati direttamente ed unicamente dall'imprenditore.

La legge del 1989 più volte richiamata, a tal riguardo, non fornisce una disciplina esaustiva in materia.

Essa, tuttavia, precisa che i parametri identificati dal datore di lavoro devono fondarsi sui seguenti elementi³⁵⁵:

- situazione e carichi familiari relativi a ciascun dipendente;
- Anzianità di servizio realizzata nell'azienda;
- Peculiari condizioni relative a taluni dipendenti (handicap o anzianità) che presentino serie difficoltà rispetto ad una futura riassunzione dello stesso anche presso altre aziende;
- Propensioni ed abilità professionali, considerate per qualifica e mansione.

Va comunque precisato che l'imprenditore, nelle procedura di selezione dei lavoratori da licenziare, non può far luogo a parametri illegittimi, che quindi contrastano con la legge o con i principi fondamentali stabiliti dalla Carta

³⁵⁵ DALMASSO R., *Essai sur le concept de licenciement économique - Etude comparée des droits français et italiens*, Bibliothèque de droit social, Tomo 49, Paris, settembre 2009, p. 438 e ss.

costituzionale (si pensi a criteri fondati, ad esempio, su ragioni politiche, sessuali, religiose, ecc.).

6. IL RAPPORTO DI IMPIEGO ED I TRASFERIMENTI DI AZIENDA

Per completezza argomentativa è opportuno soffermarci sull'analisi dei fenomeni relativi al rapporto di impiego in ipotesi di trasferimenti di azienda.

In conformità all'art 4 della Direttiva CEE Il licenziamento di un lavoratore da parte del cedente o del cessionario a causa del trasferimento di uno stabilimento o di una parte di stabilimento è invalido. Tale dispositivo non pregiudica i licenziamenti che possono avere luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportino variazioni sul piano dell'occupazione. Secondo il diritto francese, e in piena armonia con la normativa comunitaria, se è vero che il trasferimento d'azienda non costituisce motivo di licenziamento individuale, ciò non toglie la piena liceità di un eventuale licenziamento collettivo per riduzione del personale secondo le regole dettate dalla legge del 1975, così come modificata nel 1986 e nel 1989, sul licenziamento per motivi economici; e questo nel pieno rispetto e nella salvaguardia del fondamentale principio di libertà dell'iniziativa economica privata³⁵⁶.

L'articolo 122-12, comma 2 di cui al Code du Travail a fornire la disciplina di riferimento.

La fonte richiamata appare di agevole interpretazione ed esplica la nozione di "trasferimento di impresa" che viene individuato concretamente nel cambiamento soggettivo del datore di lavoro.

³⁵⁶ Cfr. articolo 4, Direttiva CEE n. 77/187.

In questo modo, costituiscono mutazioni soggettive riferibili all'imprenditore, tra gli altri:

- La vendita dell'azienda;
- La successione;
- La trasformazione di fondi;
- Il conferimento di azienda.

La fonte in commento ha visto susseguirsi numerose interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali che ne hanno ampliato la portata, sino farvi rientrare anche ipotesi di meri trasferimenti di un dipendente.

Con il decorso del termine, e specialmente a fronte della grave crisi economica che ha comportato numerose riconversioni aziendali, le suddette interpretazioni sono state ridimensionate e sostituite da altre con valenza meno estensiva.

Questa tendenza volta a garantire una maggiore libertà di gestione dell'attività imprenditoriale è stata decretata definitivamente mediante uno storico arresto giurisprudenziale della Corte di Cassazione³⁵⁷.

Essa, facendo luogo ad una precedente statuizione³⁵⁸ relativa all'articolo 122-12 in analisi, ha rigettato l'interpretazione che inquadrava tra i trasferimenti di azienda anche la perdita di un appalto.

Ad essa hanno fatto seguito due ulteriori sentenze della "Chambre Sociale" che, ai fini della presente normativa, espungendo dal novero delle imprese quelle di servizi, hanno sottolineato la necessità della presenza di un legame giuridico intercorrente tra i due imprenditori e di una concreta continuità nell'attività lavorativa.

³⁵⁷ CARINCI F., *Il mercato del lavoro fra vecchio e nuovo diritto*, Milano, 1993, p. 274

³⁵⁸ www.fmb.unimore.it

Queste statuizioni sono talora state oggetto di rivisitazione ad opera della stessa Assemblée Plénière che, conformemente alla normativa europea di cui alla Direttiva n. 77/187, ha attenuato l'importanza circa la sussistenza di un "lien du droit" (legame giuridico) tra i due imprenditori.

Al di là delle singole vicende processuali richiamate, appare palese come in Francia un ruolo determinante, pur in presenza di una normativa estremamente chiara ed in linea, sotto il profilo del coordinamento, con la disciplina comunitaria di cui alla Direttiva richiamata, sia svolto dalla interpretazione fornita dalla giurisprudenza.

La Cassazione, infatti, non ha mai visto di buon occhio indebiti restringimenti alla portata della normativa in commento, talvolta fortemente ancorata ai dettami del diritto comune inerenti all'impossibilità ed alla eccessiva onerosità sopravvenuta che condurrebbero alla diretta risoluzione del contratto di lavoro.

La normativa, facendo rinvio alla Direttiva del 1977, infatti, prevede precisi obblighi da espletarsi durante l'intera procedura avente ad oggetto il trasferimento dell'azienda.

Essi sono individuabili nei seguenti³⁵⁹:

- I due imprenditori sono gravati da specifici oneri di comunicazione (ragioni del trasferimento, provvedimenti da adottare nei riguardi dei dipendenti, futura condizione economica, giuridica e sociale dei dipendenti, ecc.) nei riguardi delle rappresentanze sindacali dei dipendenti coinvolti nelle operazioni di trasferimento;
- I due imprenditori sono altresì gravati da specifici ed ulteriori oneri di comunicazioni anche nei confronti dei sindacati laddove prevedano che dall'operazione possano conseguire seri pregiudizi

³⁵⁹ AA. VV., *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato Europeo: legge e contratto collettivo*, Roma, 1992.

per un numero elevato di dipendenti (è obbligatorio provare ad individuare un punto di incontro con le pretese dei sindacati).

Rimane fermo il diritto alla stabilità del posto di lavoro anche in caso di trasferimento di azienda (come precisato nell'articolo 4 della Dir. del 1977), ma non anche quello di continuare ad operare con le stesse condizioni contrattuali di cui al precedente contratto³⁶⁰.

È infatti concesso al cessionario di apportarvi le modifiche che ritenga più opportune, subordinate pur sempre alla previa consultazione delle rappresentanze sindacali dei dipendenti (ciò vale soprattutto in presenza di mutamenti sostanziali alla disciplina lavorativa: retribuzione, mansioni, orari e ferie, ecc.).

Sotto altro profilo è utile sottolineare come, in presenza di un fenomeno successorio, tanto i diritti, quanto gli obblighi che erano a carico del precedente datore di lavoro permangono e si trasmettono a quello nuovo³⁶¹.

³⁶⁰ AA. VV., *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato Europeo: legge e contratto collettivo*, Roma, 1992.

³⁶¹ CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*; Napoli, 1995, p. 103

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEI LICENZIAMENTI

INDIVIDUALI E COLLETTIVI IN GERMANIA

1. IL SISTEMA TEDESCO NEL QUADRO COMPARATO

Il sistema tedesco di tutela contro i licenziamenti è basato sulla legge e sulla giurisprudenza delle Corti del lavoro.

Ci sono molte disposizioni che disciplinano i licenziamenti, ma in generale le leggi forniscono le indicazioni molto generiche, per cui ampio spazio è lasciato all'interpretazione delle Corti del lavoro³⁶².

La fonte principale della disciplina sul licenziamento è costituita dalla “Legge sulla tutela in caso di licenziamento” (Kündigungsschutzgesetz - abbreviato in KSchG) e dal Codice Civile (Bürgerliches Gesetzbuch - abbreviato BGB). Il KSchG, approvato il 27 luglio 1951, è derivato dal contemperamento delle posizioni dei rappresentanti imprenditoriali e operai, del governo e del parlamento: la legge pertanto presenta un fortissimo carattere di compromesso³⁶³.

Il KSchG si riferisce al solo “*recesso ordinario*” da parte del datore di lavoro; si applica a operai, impiegati (ad eccezione degli impiegati con funzioni direttive) ed è indifferente il settore di attività, il luogo di prestazione del lavoro, il fatto di svolgere una attività in via esclusiva o concomitante³⁶⁴.

Il KSchG non si applica ai lavoratori autonomi e ai lavoratori parasubordinati, ai soci di cooperativa, ai rappresentanti di persone

³⁶² CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*; Napoli, 1995, p. 25 e ss.

³⁶³ www.altalex.com

³⁶⁴ www.filodiritto.com

giuridiche; nel pubblico impiego, si applica agli impiegati (Angestellte) ma non ai funzionari (Beamte); non si applica, infine, al lavoro prestato a scopo curativo o per motivi di carità o di religione, ai lavoratori a domicilio, apprendisti ed a equipaggi di navi e di aeromobili³⁶⁵. Nel 1969 per abolire, nei limiti del possibile, le disposizioni particolari in materia di lavoro, (unificandole in un sistema uguale per tutti), fu emanato l'ArbRBerG, dedicato quasi esclusivamente ai licenziamenti³⁶⁶. Viene perciò riformato il KSchG, le innovazioni più importanti consistono nell'abbassamento dell'età del lavoratore protetto (da 20 a 18 anni), nel gravare il datore di lavoro di più incisivi oneri probatori, nella disciplina del c.d. "licenziamento modificativo" e nella tutela degli impiegati con funzioni direttive³⁶⁷.

Il licenziamento modificativo (Anderungskündigung) è frutto dell'elaborazione dottrinale, in questo caso il licenziamento ordinario opera a condizione che il lavoratore non accetti le nuove condizioni lavorative proposte dal datore di lavoro³⁶⁸.

In questo caso, il prestatore di lavoro ha tre possibilità: o accetta la modifica senza riserve, o rifiuta del tutto la modifica o infine accetta la modifica con riserva (Vorbehalt). Nel primo caso non si potrà parlare di licenziamento; nel secondo potrà contestare entro il termine di tre settimane; nel terzo caso, la modifica sarà da sollevare entro le tre settimane purchè non sia socialmente ingiustificata³⁶⁹.

Il BGB del 1896, invece, disciplina per la prima volta in Germania l'istituto del recesso (Kündigung)³⁷⁰, questo entra in vigore il primo

³⁶⁵ www.affarilegali.net

³⁶⁶ www.altalex.com

³⁶⁷ PANUCCIO V., *Studi in memoria di Domenico Napoletano*, Milano, 1986, p.739-751

³⁶⁸ portale.democraticinelmondo.eu/economiasocieta/germania18

³⁶⁹ www.gazzettadellavoro.com

³⁷⁰ Il termine Kündigung è stato reso con "recesso" nei casi in cui le due parti del contratto di lavoro sono poste indifferentemente sullo stesso piano, e con "licenziamento" nei casi in cui si intende riferire al solo recesso del datore di lavoro.

gennaio 1900 e fino alla prima guerra mondiale vige la libertà di recesso più piena. Con la repubblica di Weimar sono introdotte le prime disposizioni volte a limitare concretamente il potere dell'imprenditore³⁷¹.

Il rapporto di lavoro a termine non soggiace alle regole in tema di recesso ordinario: l'unico modo di risoluzione del medesimo prima della scadenza del termine è “ *il recesso straordinario* ”³⁷². Questo tipo di recesso è ad nutum, ovvero non richiede alcuna motivazione per la sua operatività³⁷³.

Per il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, invece, il modo ordinario di risoluzione è il recesso che ognuna delle parti può esercitare in qualsiasi momento con l'osservanza di un periodo di *preavviso* (art. 620 II BGB); recesso che viene detto ordinario. Il periodo di preavviso varia da un minimo di due settimane ad un massimo di sette mesi in relazione all'anzianità di servizio. Questi periodi di preavviso possono essere ridotti solo dagli accordi collettivi stipulati tra i sindacati e le associazioni degli imprenditori³⁷⁴.

Durante il periodo di preavviso il dipendente ha diritto di continuare a prestare la propria attività lavorativa e di percepire la normale retribuzione comprensiva dei benefit. Qualora però ci siano ragioni serie e fondate il datore di lavoro può esonerare il lavoratore dalla prestazione lavorativa durante il periodo di preavviso, nonché della copertura previdenziale³⁷⁵.

Il diritto tedesco, così come quello francese, anticipa di qualche anno, quello che sarà il punto di arrivo del sistema italiano: *la compatibilità fra giusto motivo e preavviso non giustificerebbe in ogni caso la*

³⁷¹ HUECK A. e G., *Kündigungsschutzgesetz: Kommentar*, Beck, Munchen, 1980, pp.13-32

³⁷² DAUBLER W., *Das Arbeitsrecht*, Rowohlt, Hamburg, 1979, p.263

³⁷³ www.affarilegali.net

³⁷⁴ ALES M., *Modello tedesco: di cosa stiamo parlando?*, in Rass. Sind. del 05/11/2012, p. 23

³⁷⁵ NOGLER L., *La regolamentazione giuridica del potere disciplinare nella Repubblica federale tedesca*, Q.L., 1991, P. 243

*pretesa di risolvere bruscamente o repentinamente il rapporto*³⁷⁶.

Merita particolare attenzione il recesso straordinario: questo è regolato dall'articolo 626 del BGB e ogni parte può recedere dal rapporto di lavoro per “motivo importante” (wichtiger Grund) se sussistono i fatti che, valutando tutte le circostanze del caso e comparando gli interessi delle parti, rendono irragionevole alla parte recedente la prosecuzione del rapporto fino alla scadenza del periodo di preavviso o del termine del contratto³⁷⁷. Dottrina e giurisprudenza sono solite attribuire molto valore a due requisiti: la ragionevolezza (Zumutbarkeit) dell'impossibilità di continuare il rapporto di lavoro, e la “valutazione degli interessi” (Interessenabwägung) delle parti contrapposte³⁷⁸. Nel primo caso configura il licenziamento straordinario come extrema ratio e nel secondo caso si dovrà tener presente diversi fattori cioè anzianità di servizio, il tipo e le difficoltà di lavoro, etc³⁷⁹. Per “motivo importante”, la giurisprudenza ha inteso quei comportamenti che integrano una violazione degli obblighi relativi alla prestazione lavorativa³⁸⁰. A titolo esemplificativo si possono citare i persistenti ritardi al lavoro, il cattivo rendimento (solo se è intenzionale), la violazione del dovere di fedeltà, le violazioni del divieto di concorrenza, i comportamenti penalmente perseguibili del prestatore, l'inottemperanza ai divieti di fumare e bere durante il lavoro, la presentazione di falsi certificati di malattia³⁸¹. Le singole violazioni possono essere cumulate ad altre violazioni con le quali siano in stretto collegamento se non sono tanto gravi da integrare

³⁷⁶ ZANGARI G., *Contributo alla teoria del licenziamento nel diritto italiano e comparato*, Milano, 1974, pp. 267 e ss.

³⁷⁷ NOGLER L., *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, pagine 661-691

³⁷⁸ VIGORITA S., *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, 1961, pp. 3-7

³⁷⁹ STAHLHACKE E., *Kündigung und kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, Beck, München, 1982, pp. 117-8

³⁸⁰ ZUCARO R., *I licenziamenti in Italia e Germania*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2013

³⁸¹ *Ibidem*

autonomamente un motivo importante³⁸².

Allorché, invece, non esista un motivo serio o tale da giustificare il licenziamento in tronco (es. sproporzione fra il fatto denunciato e il provvedimento) ma sia data la possibilità di allegare o considerare lo stesso licenziamento eccezionale alla stregua di un recesso ordinario da valere e da collocare alla data più prossima ammessa, il lavoratore , che sia stato colpito dal provvedimento , anche nel corso della diversa procedura esercitata per la contestazione del licenziamento straordinario e per il mero risarcimento del danno, può esercitare l'azione generale attribuita dal KSchG, allegando che si tratti di licenziamento normale sebbene privo di giustificato motivo quindi suscettibile di esser condannato come “socialmente ingiustificato” o “antisociale”³⁸³.

Va altresì aggiunto come il § 626 del BGB statuisce che il grave motivo inteso (come mero sospetto) può integrare la fattispecie del licenziamento straordinario se questo è tale da far venire meno l'onestà del lavoratore medesimo e possa conseguentemente pregiudicare la fiducia intercorsa tra le due parti³⁸⁴.

La fattispecie ricorre anche in ragione di una grave violazione delle norme di comportamento riferite all'organizzazione aziendale stessa, come anche qualora i comportamenti medesimi vadano ad incidere nella tranquillità aziendale, sia riferita all'organico che al personale tutto³⁸⁵.

Contrariamente a tutto questo, è considerata come libera invece

³⁸² WALLMEYER B., *Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund*, Fisher, Stuttgart, 1962, p.56

³⁸³ DIETERICH T., *Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat*, in *Arbeit und Recht*, 2007, 65-67.

³⁸⁴ ZANGARI e DI CERBO, *Il diritto del lavoro dei paesi dell'Europa continentale partecipanti alla CEE*, vol. II, in *Enciclopedia giuridica del lavoro*, diretta da MAZZONI, Padova, 1984, p.706 e ss.

³⁸⁵ STAHLHACKE, U. PREIS, R. VOSSEN, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, Beck, 2010, pp.133-135

l'espressione delle opinioni sia di natura politica, che sindacale o altro. L'art. 5 del BGB legittima questi diritti anche se l'opinione fosse contraria a quella del proprio datore di lavoro.

Le eccezioni a tal riguardo concernono invece i casi in cui tali opinioni siano tali e forti da danneggiare il datore di lavoro o l'azienda³⁸⁶.

Questo tipo di recesso è tipico sia del rapporto a termine che a tempo indeterminato. Il recesso straordinario può essere esercitato entro il termine, che si ritiene perentorio, di due settimane dal momento in cui la parte è venuta a conoscenza dei fatti che lo legittimano. Se manca il motivo importante, o se il recesso non è stato effettuato entro il termine di due settimane dalla conoscenza dei fatti, il recesso è inefficace³⁸⁷. Se, però, si tratta di un recesso da parte del datore di lavoro, e se il lavoratore è assoggettato all'applicazione del KSchG, questa inefficacia è subordinata alla proposizione, entro tre settimane dalla comunicazione del licenziamento, della domanda giudiziale da parte del lavoratore (articolo 13 I 2 KSchG): altrimenti il licenziamento sarà comunque pienamente legittimo. Questo termine si applica solo se carente in relazione al motivo importante o ai termini di intimazione³⁸⁸.

Ad alcuni lavoratori poi sono concesse speciali tutele in caso di licenziamento: i soggetti affetti da handicap possono essere licenziati solo previa autorizzazione scritta da parte dell'Ufficio pubblico competente, che consulterà a sua volta la rappresentanza sindacale per i disabili presente in azienda³⁸⁹. L'Ufficio pubblico è tenuto a

³⁸⁶ HUECK A. e G., op. cit., pp.262-264

³⁸⁷ PEDRAZZOLI M., *Diritto sindacale e cogestione nella Germania federale*, Milano, 1981, pp.396-399

³⁸⁸ DAUBLER W., *Licenziamento per motivi economici, piano sociale e cambiamenti nel diritto del lavoro in Germania*, in Lav. Dir., 1999.p.435 e ss.

³⁸⁹ TOFFOLETTO F. e NESPOLI E., *I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione Europea*, Milano, 2008, pp.132-138

concedere o a negare l'autorizzazione entro un mese dal ricevimento della richiesta del datore di lavoro. Particolare tutela ricevono anche i militari, i membri del consiglio d'azienda e di altre rappresentanze aziendali e le madri, infatti una donna incinta non può essere licenziata durante la gravidanza e per i quattro mesi successivi al parto. La Sezione 103 della "*Legge costituzionale sull'Impiego*" (abbreviato BetrVG) prevede che il licenziamento in tronco di un rappresentante sindacale debba essere preventivamente autorizzato dall'organizzazione sindacale di appartenenza. In caso di diniego il datore di lavoro può agire in giudizio e chiedere il rilascio dell'autorizzazione al giudice che valuterà i motivi posti alla base del provvedimento espulsivo e acconsentirà solo in presenza di giustificazioni³⁹⁰.

Non vi sono differenze nella protezione contro i licenziamenti in dipendenza dal fatto che abbiano luogo nel settore privato o in quello pubblico: la medesima legislazione è in vigore per entrambe le aree³⁹¹. La Germania, come anche per la maggior parte dei paesi europei, è stata destinataria di logiche comunitarie orientate al concetto della cosiddetta flessibilità, in materia di licenziamenti. Nonostante queste iniziative e l'influenza comunitaria, l'ordinamento tedesco si contraddistingue per una certa caratteristica di stabilità del rapporto di lavoro³⁹².

L'ordinamento tedesco in materia di lavoro, riconosce una particolare importanza all'intervento dei giudici con particolare riferimento ai rimedi da adottare in materia di tutela del lavoratore illegittimamente

³⁹⁰ TOFFOLETTO F. e NESPOLI E. ,*I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione Europea*, Milano, 2008.

³⁹¹ CARUSO B.,D'ANTONA M.,SCIARRA S., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*; Napoli, 1995

³⁹² WEIDMANN G., *Il licenziamento nel quadro normativo e giurisprudenziale tedesco*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2013, p.98

estromesso dall'azienda³⁹³.

Lo si deve proprio all'attività esercitata dalla giurisprudenza tedesca se nell'ordinamento medesimo oggi si può parlare di una regolamentazione in grado di limitare i licenziamenti, e al contempo di ostacolare il potere in tale ambito del datore di lavoro³⁹⁴.

La giurisprudenza tedesca in una logica di conformità a quelle che sono le direttive europee, impone al datore di lavoro nella scelta del lavoratore da collocare in ambito aziendale, di saper adottare criteri razionali al fine di prevedere se il lavoratore medesimo sia o meno in grado, sulla base delle condizioni produttive e di mercato, di rimanere stabilmente in azienda oppure meno³⁹⁵.

Affrontare la tematica dei licenziamenti in Germania, significa però conoscere in primis la portata dei principi costituzionali che ispirano e legittimano i diritti medesimi. La Costituzione tedesca non garantisce direttamente un diritto del lavoratore alla conservazione del posto e, a differenza della Costituzione italiana, non riconosce esplicitamente neppure la libertà d'impresa del datore di lavoro³⁹⁶.

La Repubblica Federale Tedesca si differenzia dagli altri ordinamenti poiché la legge riconosce e attribuisce il diritto di partecipazione dei lavoratori ad un organismo di rappresentanza chiamato *Betriebsrat*³⁹⁷. (*art 17 del KSchG*).

I giudici pur non escludendo il potere di recesso e l'autonomia negoziale, che sanciscono la libertà di stipulare contratti, e di determinarne il contenuto, riconoscono anche il potere di disporre la

³⁹³ SANTAGATA R., *Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*, in *Diritti lavori mercati*, 2012, pagine 543-564

³⁹⁴ GRUNSKY W., *Der Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers auf Beschäftigung*, NJW, 1979, p.86

³⁹⁵ GAETA L., *L'esperienza della disciplina dei licenziamenti nella RFT*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, p.810

³⁹⁶ SANTAGATA R., *I licenziamenti in Germania: i presupposti di legittimità*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2013, fascicolo 3, pp 887-888

³⁹⁷ DÄUBLER W., *Il caso tedesco*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, QDLRI, n. 26/2002, p. 200

cessazione del vincolo contrattuale, e ne individuano il fondamento nella denominata libertà professionale (*Berufsfreiheit*), stabilita nell'art. 12 del Grundgesetz (GG)³⁹⁸.

La giurisprudenza tedesca stabilisce la libertà dell'imprenditore di stabilire come pianificare l'attività produttiva e organizzativa della propria azienda, e dunque di scegliere liberamente i lavoratori al fine di preparare tutto l'organico destinato all'attività preposta³⁹⁹.

La Corte Costituzionale Federale tedesca (*BVerfG*) insieme alla dottrina sanciscono che la legittimità della tutela del lavoratore contro il licenziamento trovi fondamento sulla *libertà professionale*. La tutela del lavoratore nell'ordinamento tedesco risulta alquanto forte e inserita nella categoria dei diritti personali, in quanto funzionali a poter garantire la concreta possibilità di sviluppare liberamente i diritti espressi dalla costituzione del rapporto di lavoro⁴⁰⁰.

L'art. 12 del GG nello stabilire il diritto di scegliere il posto di lavoro, inteso come diritto personale, quindi assoluto in termini di libertà, crea le condizioni e al contempo le tutele contro l'eventualità di perderlo senza un motivo legittimo. La giurisprudenza costituzionale è giunta alla conclusione che la norma contenga non soltanto un diritto di tutela in caso di licenziamento ma preveda anche un onere in capo allo Stato di proteggere il lavoratore nei casi di illegittima ingerenza nella posizione del lavoratore costituzionalmente tutelata⁴⁰¹.

La Costituzione è considerata come norma primaria e pertanto si rivolge all'organo legislativo ed anche a quello giudiziario affinché nell'esercizio delle loro funzioni, questi osservino scrupolosamente detti principi riguardanti il lavoratore, allo scopo di creare un

³⁹⁸ BALDASSARRE P., *La tutela contro il licenziamento nell'ordinamento tedesco*, in Dir. Lav., Milano, 2001, fasc. I, p. 200

³⁹⁹ ALES M., *Modello tedesco: di cosa stiamo parlando?*, in Rass. Sind. del 05/11/2012, p. 23

⁴⁰⁰ PROGRAMMA SOCRATES, *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001, p. 543

⁴⁰¹ www.hensche.de/Rechtsanwalt_Arbeitsrecht_Handbuch>Weiterbeschaeftigung.html

equilibrio tra l'interesse del datore di lavoro a ridimensionare il personale, ed il diritto del lavoratore a conservare la propria posizione lavorativa⁴⁰². Ad ogni buon conto la tutela sancita dalla Costituzione tedesca dei diritti del lavoratore in caso di licenziamento non dovrà mai essere sproporzionata rispetto ad altri diritti e libertà riguardanti la sfera personale dell'individuo⁴⁰³. La Corte costituzionale Federale tedesca 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 questa forma di tutela minimale valga non solo nel caso di piccole imprese, ma anche in caso di recesso del rapporto di lavoro nel c.d. "periodo di attesa" e cioè nel periodo di prova di sei mesi previsto per legge durante il quale il datore può licenziare senza dover addurre una giustificazione ai sensi del § 1 comma quarto del KSchG⁴⁰⁴.

Infine merita precisare che la legislazione tedesca non conosce la netta distinzione tra licenziamento di un individuo e licenziamento collettivo (*Massenentlassung*) che è caratteristica della disciplina italiana.

In Germania, il licenziamento collettivo è *"la somma di un certo numero di licenziamenti individuali"*⁴⁰⁵.

⁴⁰² KITZELMANN M., *Schränkt das neue Betriebsverfassungsgesetz den individuellen Kündigungsschutz ein?* Aur, 1973, p.302

⁴⁰³ TOFFOLETTO F. e NESPOLI E., *I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione Europea*, Milano, 2008.

⁴⁰⁴ SANTAGATA R., *I licenziamenti in Germania: i presupposti di legittimità*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2013, fascicolo 3, pp 887-888

⁴⁰⁵ COEN M., *Das Recht auf Arbeit und der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses*, Bund-Verlag, Köln, 1979, p.1

2. LE CAUSE DEL LICENZIAMENTO

Il recesso è una manifestazione di volontà unilaterale e recettizia, che produce effetti nella sfera giuridica della controparte. Per questo motivo, una volta che il recesso è stato esercitato, non potrà più essere revocato unilateralmente, necessitando invece dell'assenso dell'altra parte.

La legge tedesca sul licenziamento prevede, invece, che il datore di lavoro per giustificare “socialmente” la legittimità del licenziamento, può addurre non solo una causale attinente al comportamento del lavoratore, o ad “urgenti necessità aziendali”, ma anche ragioni concernenti la persona del lavoratore⁴⁰⁶.

Ai sensi dell'articolo 623 BGB, in vigore dal primo maggio 2000, il licenziamento richiede la forma scritta. Ciò vale solo per la comunicazione del licenziamento in quanto tale; i motivi non devono essere comunicati nemmeno in via orale. Non è nemmeno necessario sentire in precedenza il lavoratore. Il licenziamento rappresenta l'*extrema ratio*: prima di intimare il recesso, il datore di lavoro deve verificare se sussistono alternative al licenziamento come ad esempio un trasferimento o cambio di mansioni⁴⁰⁷.

Il datore di lavoro non può comminare un licenziamento ordinario se questo è “socialmente ingiustificato” (sozial ungerechtfertigt: sezione 1, II del kSchG). La dottrina suole distinguere in motivi generali e particolari, i primi sono quelli che legittimano un licenziamento relativo alla persona del lavoratore (personenbedingte Kündigung) come può essere l'idoneità fisica e psichica del lavoratore; in secondo luogo, vengono quei motivi che legittimano un licenziamento relativo al comportamento del lavoratore, per i quali è necessario il preventivo

⁴⁰⁶ Ibidem

⁴⁰⁷ PROGRAMMA SOCRATES, *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001, p. 544 e ss.

ammonimento da parte del datore di lavoro come il cattivo rendimento e infine il licenziamento relativo all'azienda cioè la riorganizzazione dell'azienda causata dalla diminuzione della produzione. I motivi particolari, invece, sono legati all'azione degli organi rappresentativi del personale⁴⁰⁸.

L'ingiustificatezza sociale non agisce automaticamente ma necessita sempre dell'attività del singolo lavoratore colpito, che ha l'onere di promuovere l'azione davanti al giudice. Tale azione va proposta entro tre settimane dalla comunicazione (Zugang) del licenziamento; non è necessario, perché il termine inizi a decorrere, che il lavoratore abbia conoscenza effettiva del licenziamento⁴⁰⁹. L'azione di tutela contro il licenziamento va proposta al giudice di primo grado (ArbG). Se alla fine dell'intera fase giudiziale, il giudice reputa socialmente giustificato il licenziamento, il rapporto di lavoro si considera interrotto dal momento della scadenza del preavviso⁴¹⁰. In caso contrario, il giudice dichiara che il rapporto non si è mai interrotto: il datore di lavoro, se nel frattempo non aveva continuato ad occupare il dipendente, cade in mora credendi. (Annahmeverzug), e il lavoratore licenziato ingiustificatamente ha perciò diritto al pagamento degli arretrati, detratte le somme che nel frattempo ha o avrebbe guadagnato svolgendo un altro lavoro o che gli sono state corrisposte da istituzioni pubbliche in considerazione del suo stato di disoccupazione (cd. aliunde percipiendum e aliunde perceptum).

La legge enumera tre cause di giustificazione del licenziamento in maniera molto ampia e generale:

- ragioni concernenti la persona del lavoratore, quali l'incapacità di svolgere la prestazione lavorativa oppure una prolungata o ripetute

⁴⁰⁸ WEISS M., *Labour Law and Industrial Relations*, kluwer, 1995, p.95 e ss.

⁴⁰⁹ JACOBS A., *Das niederlandische kündigungrecht*, Aur, 2003, p.329

⁴¹⁰ NOGLER R., *La regolamentazione giuridica del potere disciplinare nella Repubblica federale tedesca*, Q.L., p.243

assenze per malattia;

- ragioni concernenti la condotta del lavoratore, quali un inadempimento contrattuale (che necessita, quasi sempre, di una preventiva contestazione scritta a pena di nullità), furto o insubordinazione;

- ragioni economiche, motivi oggettivi legati a circostanze interne o esterne all'azienda quali l'eccedenza di organico, la cessazione dell'attività o la riorganizzazione del complesso aziendale

La materia del licenziamento in Germania è stata oggetto di numerose rivisitazioni e riflessioni da parte del legislatore, ma anche dalla giurisprudenza. In materia di licenziamenti individuali sono individuate le seguenti forme: il licenziamento deve avere natura ordinaria di un lavoratore intimato in aziende nelle quali siano occupati più di cinque lavoratori (se il lavoratore è stato assunto anteriormente al 31 dicembre 2003) o più di dieci lavoratori (se il lavoratore è stato assunto successivamente); il rapporto deve aver avuto una durata di almeno sei mesi senza proroga in caso di malattia, ferie o sciopero⁴¹¹. Tuttavia, anche nei casi in cui, a causa delle ridotte dimensioni dell'azienda, non trovi applicazione la tutela prevista dal KSchG, il datore di lavoro non può comunque licenziare i propri dipendenti senza una valida ragione e in modo completamente arbitrario.

In materia di *Welfare State*, di diritti del lavoro, l'ordinamento tedesco rappresenta uno di quelli più evoluti in materia, ovvero contro i licenziamenti, poiché il datore di lavoro è obbligato nei confronti del lavoratore a dare sempre un congruo preavviso, ed inoltre il potere di recesso del datore di lavoro è limitato, e condizionato, da tutta una serie di vincoli finalizzati a garantire il principio di stabilità delle

⁴¹¹ SPINELLI C., *I licenziamenti collettivi in Europa : il quadro comparato*, QDLRI, N.19,Torino,1997 p.179

reciproche posizioni, al fine di poter qualificare meglio il licenziamento come illegittimo⁴¹².

La materia riguardante la tutela del lavoratore contro il licenziamento ha avuto un importante cambiamento già risalente nel 1951 del *KSchG* che introdusse l'obbligo di motivazione a carico del datore di lavoro e per il lavoratore il diritto a discutere la legittimità della motivazione dinanzi alla Corte del lavoro, ciò che nel nostro ordinamento si è invece verificato con l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori. Il *KSchG* si discosta finalmente dalla concezione capitalitico-liberale che per anni aveva riconosciuto al datore di lavoro poteri illimitati di recesso, a favore di una logica del licenziamento di natura prettamente "vincolistica", inaugurando così l'affermazione di una tutela del lavoratore a conservare il posto di lavoro, a sfavore di una logica che prevedeva solo un riconoscimento di natura indennitaria della perdita del posto di lavoro medesimo⁴¹³.

Il licenziamento ordinario viene considerato "socialmente giustificato" solo se vi sono ragioni, motivi, che oggettivamente da soli risultano essere necessari per un bilanciamento degli interessi delle parti in causa.

2.1 BREVE DESCRIZIONE DEL LICENZIAMENTO PER MOTIVI INERENTI LA PERSONA: *ragioni personali e motivi che ineriscono il comportamento del lavoratore.*

Il licenziamento nell'ordinamento tedesco può essere inerente a motivi cosiddetti "personali", qualora esista un'impossibilità ad esercitare la prestazione lavorativa per cause legate agli impedimenti della persona del lavoratore, cioè un motivo legato alla persona sussiste *quando il*

⁴¹² DÄUBLER W., *L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania*, Padova, 2005, pp 611-623

⁴¹³ ZACHERT U., *Der Arbeitsrechtsrechtsdiskurs und die Rechtsempirie – Ein schwieriges Verhältnis*, in *WSI Mitteilungen* 8/2007, p.23

prestatore vuole ma non può ; viceversa, un motivo afferente al comportamento del lavoratore, *quando egli può ma non vuole*⁴¹⁴.

L'evento più importante di riduzione della capacità lavorativa è la malattia⁴¹⁵. Ma si possono ipotizzare anche un licenziamento per alcolismo o per tossicodipendenza; un licenziamento per Aids o per incompetenza⁴¹⁶.

In questa area la Corte ha fatto differenza tra malattie a lungo termine con specifiche patologie che hanno bisogno di speciali trattamenti e malattie a breve termine che si manifestano con maggiore frequenza e possono essere dovute a diverse cause⁴¹⁷.

Una malattia può costituire un valido motivo di *kündigung* se l'interesse dell'impresa subisce un pregiudizio rilevante⁴¹⁸. La sussistenza di una giustificazione sociale deve essere valutata riguardo anche al tipo di malattia⁴¹⁹.

Secondo una giurisprudenza costante, la malattia può giustificare socialmente un licenziamento in via indiretta quando la vacanza del posto di lavoro che ne consegue rende impossibile sul piano economico-aziendale una prosecuzione del rapporto di lavoro; quando si è in presenza di malattie lunghe o brevi che si ripetono frequentemente o infine in presenza di malattie che comportino una riduzione della capacità lavorativa che non consenta al lavoratore di continuare a svolgere le mansioni collegate con la qualifica di appartenenza⁴²⁰.

⁴¹⁴ JESGARZEWKI T., HOLZENDOF T., *Personenbedingte kündigung. Aktuelle Rechtsprechung zur krankheitsbedingten kündigung*, in *Arbeit und Recht*, 2011, pp. 386-387

⁴¹⁵ Nel nostro ordinamento, il codice civile prevede come causale a sé stante di licenziamento la malattia che perduri oltre la soglia del comporto (art 2110, 2 comma).

⁴¹⁶ SANTAGATA R., *Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*, in *Diritti lavori mercati*, 2012, pagine 555-556

⁴¹⁷ ZACHERT U., *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Università degli studi di Trento, 1995, pp.133-138

⁴¹⁸ DAUBLER, *Il caso tedesco*, cit, p.195

⁴¹⁹ DÄUBLER W, *Il caso tedesco*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, QDLRI, n. 26/2002, p. 208

⁴²⁰ GALAN TINO L., *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2009, p.59 e ss.

La legge per la retribuzione durante la malattia in Germania prevede il dovere del datore di lavoro di continuare l'erogazione della retribuzione per un periodo di malattia di sei settimane per anno. Se il periodo di malattia eccede il predetto limite il datore di lavoro non è però legittimato a licenziare automaticamente. Al contrario deve provare che la sostituzione del lavoratore malato produce permanenti problemi di organizzazione⁴²¹.

In Italia, invece, è degna di nota la disciplina prevista per i lavoratori affetti da patologie oncologiche, questi lavoratori con capacità lavorativa ridotta accertata da apposite commissioni mediche hanno diritto alla trasformazione al rapporto a tempo pieno in rapporto a tempo parziale e, poi, alla ritrasformazione in rapporto a tempo pieno ove lo richiedano (art.12.bis, d.lgs. n. 61/2000)⁴²².

Nella fattispecie di licenziamento per malattia la giurisprudenza tedesca svolge alcuni controlli piuttosto rigidi, seguendo lo schema trifasico, il tutto nella logica di arrivare ad un licenziamento che sia *giustificabile socialmente*. Il licenziamento per malattia non può essere accolto acriticamente, né può essere interpretato come una sorta di punizione (*Bestrafung*) per le assenze⁴²³. Esistono addirittura alcune fasi che meritano di essere specificate, ovvero se al momento dell'intimazione del licenziamento lo stato di salute risulta piuttosto grave, ma prima della scadenza del preavviso il lavoratore migliora con la sua malattia, quest'ultimo ha il diritto ad essere reintegrato in virtù § 241 Abs.2, 242 BGB. I giudici concordano nel ritenere che occorre comunque sempre valutare le conseguenze che nel frattempo si sono sviluppate per l'azienda, ovvero si vanno a valutare i pregiudizi che si possono essere verificati nel caso di prolungata

⁴²¹ BAUER J.H., *Arbeitsrechtlicher Wunschatalog für mehr Beschäftigung*, in NZA, 2005, p.1046

⁴²² PESSI R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2013, p.350

⁴²³ BALDASSARRE P., *La tutela contro il licenziamento nell'ordinamento tedesco*, in Dir. Lav., Milano, 2001, I, p. 210

impossibilità a prestare la propria attività lavorativa.

Al fine della liceità di questo licenziamento devono sussistere tre presupposti (3-Stufen-Theorie):

- deve trattarsi di una *malattia di lunga durata* o spesso *ricorrente* che non tenda al miglioramento⁴²⁴;
- deve sussistere la previsione realistica di *un aggravio economico eccessivo* per il datore di lavoro o di un ostacolo all'organizzazione aziendale anche per il futuro, cui il datore di lavoro non può ovviare con l'adozione di misure sostenibili⁴²⁵;
- il *bilanciamento degli interessi* delle parti deve risolversi in un giudizio favorevole al licenziamento del lavoratore e contrario all'ulteriore aggravio del datore di lavoro⁴²⁶.

Ad ogni buon conto nell'ordinamento tedesco la giurisprudenza valuta tutta una serie di circostanze che nel caso di specie abbiano concretamente inciso nella produzione dell'azienda, e al contempo la durata del rapporto lavorativo con il lavoratore, la sua età, e la sua condizione familiare, il tutto allo scopo di trovare un equilibrio negli interessi delle parti interessate⁴²⁷.

Il licenziamento per motivi personali ricorre allorché il lavoratore perde la qualifica che è requisito per lo svolgimento della sua attività, come ad esempio il caso del conducente di un autoveicolo cui sia stata ritirata la patente⁴²⁸.

L'ordinamento tedesco disciplina anche l'ipotesi del licenziamento nel

⁴²⁴ Il che deve essere stabilito sulla base di una perizia medica.

⁴²⁵ Un pregiudizio rilevante degli interessi si presume nell'ipotesi di una permanente impossibilità della prestazione lavorativa oppure nel caso in cui una ripresa del lavoro nei 24 mesi successivi sia del tutto remota. Viceversa, tale pregiudizio non sussiste se il lavoratore interessato viene ricollocato in un posto di lavoro nel quale la sua malattia non incide o incide poco.

⁴²⁶ Bisogna stabilire se il pregiudizio sostanziale arrecato all'organizzazione sia o no economicamente sostenibile a carico del datore di lavoro nonostante tutte le misure che potrebbe adottare

⁴²⁷ DÄUBLER W., *L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania*, Padova, 2005, pagine 615

⁴²⁸ URBAN V., *Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes*, Duncker e Humblot, 2001, p.39 e ss.

caso di comportamento inadempiente del lavoratore .

La disciplina è ivi contenuta nel § 626, Abs. 1 del BGB, con riferimento sia ai gravi motivi che vanno ad integrare le ipotesi di licenziamento in tronco, ma anche per ragioni meno gravi, ipotesi quest'ultima non specificata dal KSchG .

Il lavoratore è obbligato all'adempimento del suo contratto di lavoro *diligentemente e secondo buona fede* cioè non può arrivare costantemente tardi a lavoro, prendere materiali del datore di lavoro per propri scopi⁴²⁹ .

In questi casi il datore di lavoro non potrà procedere all'immediato licenziamento ma prima deve ammonire il lavoratore per concedergli la possibilità di un cambiamento nel modo di comportarsi.

Se il lavoratore persiste nel comportarsi erroneamente il datore di lavoro è legittimato a licenziare immediatamente senza preavviso.

Invece se la scorrettezza non è notevole potrebbe essere censurata con una lettera di contestazione con la quale viene rimproverato il lavoratore per violazione di un divieto di comportamento⁴³⁰ .

Se, invece, il datore di lavoro licenzia senza preavviso il licenziamento è considerato non proporzionale alla violazione ("illegale").

Il giudice dovrà anche comprendere bene se il venir meno dell'affidamento sia una condizione del momento che vivono le parti interessate, oppure se possa definirsi consolidata e pregiudizievole per le medesime parti per il futuro⁴³¹ .

Qualora l'analisi risultasse negativa, allora il giudice dovrà sviluppare un giudizio definito di proporzionalità, potendo giungere a decidere di

⁴²⁹ Ibidem

⁴³⁰ Se le motivazioni non corrispondono alla realtà il lavoratore è legittimato ad agire contro il datore di lavoro.

⁴³¹ BALLESTRERO M.V. , *La stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni*. (2007-2009), Torino, 2009, p.150.

assumere una posizione che lo induca a prendere una misura più lieve per portare il lavoratore ad un comportamento che sia per il futuro più rispettoso degli obblighi contrattuali tra datore di lavoro e lavoratore .⁴³² L'intervento della giurisprudenza assume la sua importanza in quanto consente sulla scorta del giudizio di *extrema ratio* di far trasferire il lavoratore in un altro posto di lavoro con lo scopo che egli non possa ricadere negli stessi comportamenti; in secondo luogo permette di essere ricollocato dal medesimo datore di lavoro, ovvero gli deve essere offerto un altro impiego adeguato ed anche a condizioni diverse da quelle offerte in precedenza. Se il lavoratore si dovesse rifiutare di accettare l'offerta, il datore sarebbe per legge legittimato ad intimare il licenziamento in ragione del § 2 del KSchS . I giudici fanno anche presente al lavoratore le conseguenze cui vanno incontro nel caso di inottemperanza del comportamento diligente.

In un primo momento l'orientamento era quello di procedere con l'ammonizione esclusivamente sulla sola prestazione o mancata prestazione; successivamente gli orientamenti hanno portato la Corte federale del Lavoro a estendere l'ammonizione medesima, come necessario anche nel caso di mancata fiducia, e dunque necessario per ristabilire il rapporto fiduciario medesimo⁴³³.

Dunque il licenziamento per comportamento inadempiente, nell'ordinamento tedesco, fa scattare diverse tipologie di analisi, come ad esempio l'intensità del dolo, della colpa, distinzione che anche in Francia assume un determinato peso, ad esempio se il lavoratore avesse ritenuto che quel comportamento fosse lecito, quando non lo era, in tal caso l'elemento soggettivo assume una rilevanza di grado

⁴³² BOTHFELD S. , ULLMANN K., *Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis: nicht Schreckgespenst, sondern Sündenbock*, 57 in WSI-Mitteilungen, 2004, p. 200

⁴³³ THUSING G., *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote*, C.H. Beck, 2007, p.180

inferiore⁴³⁴.

La giurisprudenza ha saputo sviluppare un importante lavoro di integrazione alla legislazione tedesca affermando che un licenziamento per ragioni ricollegabili al comportamento del lavoratore si richiede non soltanto un qualsiasi e generico comportamento inadempiente degli obblighi nascenti dal contratto di lavoro ma si devono creare i presupposti per la violazione degli obblighi contrattuali in maniera illegale e colpevole, dunque *rechtswidrig* e *schuldhaf*t come previsto dal § 626 del BGB.

La giurisprudenza tedesca negli ultimi anni ha voluto evidenziare l'elemento soggettivo del rapporto lavorativo, laddove quest'ultimo assume una certa importanza nel momento in cui il lavoratore pur eseguendo la sua prestazione lavorativa, nella realtà questi non sfrutta, non utilizza in maniera idonea la propria capacità lavorativa e produttiva, in maniera colposa o dolosa⁴³⁵.

Nel caso di specie non è da considerarsi come comportamento inadempiente quello del lavoratore che risulti essere la sua capacità, o soglia di attenzione, al di sotto di un certo livello standard solo temporaneamente, ma l'esserlo in maniera *continuativa* implica invece una certa forma di *responsabilità*; tale situazione dovrà ad ogni buon conto essere dimostrata da datore di lavoro sul quale ricade l'onere della prova⁴³⁶.

Per di più il lavoratore non sempre può rifiutarsi di compiere uno specifico lavoro per motivi di coscienza o di religione perché, in questo caso, dal datore di lavoro il rifiuto potrebbe essere considerato

⁴³⁴ CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*; Napoli, 1995, pp. 25-55

⁴³⁵ WANK R., *Die Kündigung*, in AA.VV., *Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht II*, Beck, München, 1993, p. 112

⁴³⁶ CARUSO, op. cit., p.38

come violazione degli obblighi contrattuali, un ruolo dominante è attribuito alla discrezionalità del datore di lavoro⁴³⁷.

La Corte Federale del Lavoro è intervenuta precisando che al lavoratore è concesso il diritto di rifiutare il lavoro solo quando egli non poteva prevedere l'affidamento di tale incarico e quando il dovere di eseguire questo lavoro potrebbe incidere seriamente sulla libertà di coscienza (esempio, quando al prestatore viene chiesto di completare un lavoro per fini bellici).

2.2 LA FATTISPECIE LEGATA ALLE RAGIONI ECONOMICHE E AZIENDALI

Il licenziamento dovuto a ragioni economiche è strettamente legato alla situazione economica generale dell'impresa ed è molto difficile da contrastare per il lavoratore.

Il datore di lavoro deve provare le ragioni economiche che hanno reso impossibile la continuazione del rapporto di lavoro, descrivendo dettagliatamente i fatti che hanno condotto alla soppressione del posto di lavoro⁴³⁸.

Per quanto riguarda “ le esigenze aziendali” (a cui fa riferimento il § 1, Abs. 3 KSchG), esse debbono attenersi all'impresa, al suo sviluppo e alla sua esistenza ed avere alla base una riduzione del fabbisogno di personale⁴³⁹.

La formula prevista dal KSchG sembra ancora più ampia rispetto all'articolo 3 della legge italiana n. 604/ 1966 che richiama nella

⁴³⁷ ULRICH R., *La riforma del lavoro nel panorama comparato: l'esperienza tedesca e austriaca*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2004, pagine 943- 948

⁴³⁸ CORTI M., *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Milano, 2005 fasc. 3, pt. 1, pp. 383 e ss

⁴³⁹ DAUBLER E., *Betriebsbedingte Kündigung ohne Interessenabwägung?* in *Arbeit und Recht*, 2013 p.9

definizione legale di licenziamento per giustificato motivo oggettivo le ragioni “inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” ; ma ciò non significa che basta una qualsiasi esigenza aziendale⁴⁴⁰.

La linea guida nel giudizio sulla legittimità del licenziamento in oggetto è la verifica che si tratti di una misura necessitata per l’imprenditore. Per cui un licenziamento potrebbe non essere ritenuto giustificato se sia possibile attuare misure meno traumatiche. Per questo il datore di lavoro deve indicare tutte le motivazioni economiche che lo hanno condotto alla decisione di licenziare e deve comunicare contestualmente al lavoratore che questi potrà far valere il diritto a un’indennità se esso lavoratore non impugna il licenziamento entro il termine legale di impugnazione di tre settimane⁴⁴¹.

L’indennità ammonta a 0,5 mensilità della retribuzione per ogni anno di anzianità di servizio. La regola, che fa perno sull’indennità, ha lo scopo di dissuadere le parti da rispettive azioni, ricorsi e controricorsi in giudizio. Infatti il lavoratore che non accetta l’indennità e fa causa rischia la perdita di questa somma se il datore di lavoro riesce a dimostrare in giudizio l’esistenza di un giustificato motivo oggettivo riguardante l’organizzazione del lavoro e / o l’andamento economico dell’azienda⁴⁴².

Se invece il datore di lavoro non dichiara la sua disponibilità a versare l’indennità, questi rischia, in caso di impugnazione del licenziamento, di venir condannato a reintegrare il lavoratore, salvo che riesca a dimostrare la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo attinente alla gestione dell’impresa.

⁴⁴⁰ ZACHERT U., *Der Arbeitsrechtsrechtsdiskurs und die Rechtsempirie- Ein schwieriges Verhältnis*. WSI Mitteilungen, 2007, p. 421 e ss.

⁴⁴¹ STAHLHACKE E., PREIS U., VOSSEN R., *Kündigung und kündigungsschutz in Arbeitsverhältnis*, C.H. Beck, 2010, p. 905

⁴⁴² DÄUBLER W., *Licenziamenti per motivi economici, piano sociale e cambiamenti nel diritto del lavoro in Germania*, in *Lavoro e Diritto*, 1999, pp. 435-450

I licenziamenti individuali per ragioni economiche non danno al lavoratore diritto ad alcuna indennità se la Corte ritiene il licenziamento giustificato⁴⁴³.

In caso di licenziamento collettivo per ragioni economiche, invece, è riconosciuto un certo tipo di indennità.

Il *KSchG* prevede che ricorre il licenziamento per motivi aziendali o economici qualora vi siano “gravi esigenze aziendali” (“dringende betriebliche erfordernisse”)⁴⁴⁴ che determinino la concreta possibilità di sopprimere uno o più posti di lavoro, condizione quest’ultima che potrebbe essere evitata a condizione che il datore di lavoro non riesca a trovare una soluzione alternativa, oppure qualora il datore di lavoro non abbia seguito determinati criteri di rilevanza sociale⁴⁴⁵.

La legge non chiarisce quali siano le “urgenti esigenze aziendali” che il datore può porre a fondamento del licenziamento.

Di regola, il giudice non può sindacare la “correttezza” della decisione imprenditoriale, ad eccezione del caso in cui l’imprenditore agisca in modo “palesamente irrazionale, irragionevole o arbitrario” ; ipotesi di questo genere, però sono state riscontrate solo in pochissimi casi e nell’ipotesi in cui la decisione imprenditoriale non deve essere in contrasto con il diritto vigente⁴⁴⁶. La giurisprudenza tedesca è orientata nel senso di ritenere che alla base del licenziamento possa esservi qualsiasi ragione economica seria e non pretestuosa, poi esclude che il posto di lavoro da sopprimere debba essere necessariamente lo stesso di quello che il lavoratore espulso ha ricoperto fino a quel momento, potendo riferirsi ad altra parte

⁴⁴³ SANTAGATA R., *I licenziamenti in Germania: i presupposti di legittimità*, in *Diritto delle relazioni industriali*, fasc.3, 2013, pp.887-901

⁴⁴⁴ SANTAGATA R., *Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*, in *Diritti lavori mercati*, 2012, pp. 557-560

⁴⁴⁵ ULRICH R., *La riforma del lavoro nel panorama comparato: l’esperienza tedesca e austriaca, in Lavoro nella giurisprudenza*,2004, pp. 943- 948.

⁴⁴⁶ FROMM E., *Die arbeitnehmerbedingte kündigungsgünde*, Dunckler e Humblot,1995 p.68

dell'azienda⁴⁴⁷.

Il datore di lavoro quindi può creare la causa del licenziamento; a differenza di quanto avviene in altri licenziamenti, non ha più luogo un bilanciamento con gli interessi del lavoratore. Infatti all'autorità giudicante è precluso sindacare la scelta imprenditoriale posta a monte del licenziamento sotto il profilo dell'opportunità e congruità (*Zweckmabigkeit*) e non le spetta il compito di offrire ai datori di lavoro suggerimenti per migliorare la politica aziendale: poiché la *libertà del datore di lavoro* è costituzionalmente *protetta* sia nella determinazione dell'organizzazione della propria impresa sia nella valutazione della forza lavoro di cui avvalersi in relazione agli obiettivi imprenditoriali da perseguire, il sindacato giudiziale può soltanto riguardare il mero accertamento della effettività, al momento del licenziamento, delle "urgenti esigenze aziendali" che determinano una riduzione del fabbisogno di personale e del collegamento tra la decisione dell'impresa e la soppressione di uno o più posti di lavoro. Il lavoratore potrà continuare a svolgere la propria attività soltanto in casi di estrema e palese ingiustizia sociale.

Se la decisione dell'imprenditore non è contestabile e conduce alla perdita del posto di lavoro, il lavoratore colpito ha diritto ad essere spostato ad una posizione lavorativa libera all'interno dell'azienda o dell'impresa complessivamente considerata. In molte imprese, quando sussistono difficoltà economiche, viene concordato il cd. "Patto per lavoro", l'intesa raggiunta fra datore di lavoro e consiglio d'azienda, prevede la riduzione del 10 % o del 20 % dell'orario di lavoro di tutti i dipendenti o solo di alcuni settori aziendali con riduzione in eguale misura della retribuzione. Come controprestazione il datore di lavoro rinuncia a porre in essere il licenziamento, ad

⁴⁴⁷ WEIDMANN G., *Il licenziamento nel quadro normativo e giurisprudenziale tedesco*, in AA.VV., *I licenziamenti in Italia e Germania*, Adapt Labour Studies, E-book n. 17, 2013, in www.adapt.it, p. 55 e ss.

esempio, per due anni⁴⁴⁸.

L'intimazione del licenziamento, in questo caso, è illegittima, a meno che lo sviluppo economico è sensibilmente inferiore a quello preventivato⁴⁴⁹.

Se le strategie elusive dei licenziamenti non sono riuscite e sussistono gravi esigenze aziendali, si pone il problema di individuare il lavoratore che deve essere licenziato fra i vari dipendenti che rivestono una posizione simile ("Sozialauswahl")⁴⁵⁰.

A questo proposito il KSchG stabilisce che la selezione venga fatta a seconda di "criteri sociali"⁴⁵¹, vale a dire di tutti quegli indici che concorrono a definire lo status sociale di un individuo. Secondo l'interpretazione più restrittiva, questi indici possono essere disattesi solo in casi di estrema necessità⁴⁵². Ciò significa che è da licenziare per primo il lavoratore che meno abbia bisogno del posto di lavoro. Tale valutazione si svolge in tre fasi⁴⁵³.

In primo luogo si procede all'identificazione dei lavoratori fra loro comparabili, quindi si svolge la vera e propria scelta sulla scorta dei criteri sociali e si escludono quei lavoratori per i quali la prosecuzione del rapporto di lavoro si rende necessaria in relazione a esigenze tecniche, economiche o altre ragioni aziendali⁴⁵⁴.

La legge del 1996, in secondo luogo, prende in considerazione l'anzianità anagrafica, l'anzianità di servizio ed eventuali obblighi

⁴⁴⁸ DOCUMENTI CNEL, *Gestione delle eccedenze di personale in Europa. Un'analisi giuridica ed economica*, Roma, 1995, pp.11-12

⁴⁴⁹ DÄUBLER W., *L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania*, Padova, 2005, pagine 617

⁴⁵⁰ DOCUMENTI CNEL, op. cit., p.23

⁴⁵¹ CORTI M., *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Milano, 2005, fasc. 3, p. 370 e ss.

⁴⁵² PROGRAMMA SOCRATES, *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001, p. 557

⁴⁵³ CARABELLI U., *Gli studi-paese a confronto: Il quadro giuridico*, in *Documenti CNEL*, Roma, 1995, p.65 e ss.

⁴⁵⁴ *Ibidem*

alimentari⁴⁵⁵. Infine è necessario effettuare una “valutazione generale” e un paragone con le altre persone valutate secondo gli stessi criteri⁴⁵⁶. Nello svolgimento del terzo grado di valutazione vengono sottratti alla cerchia di coloro che sono da prendere in considerazione per un eventuale licenziamento i lavoratori il cui ulteriore impiego sia necessario per esigenze tecniche, economiche o per altre legittime esigenze aziendali⁴⁵⁷.

La scarsa tutela offerta dal KSchG in caso di licenziamento per motivi economici viene negata a tutti coloro che sono occupati nelle c.d. piccole aziende, ai quali il KSchG non si applica.

Fino al 1985, si considerava Kleinbetrieb (“piccola azienda”) ogni unità tecnico –lavorativa presso la quale non fossero impiegati più di cinque lavoratori dipendenti. Nel 1996 il limite venne alzato da più di cinque dipendenti a più di dieci dipendenti. Nel 1999 si ritorna alla regola del più di cinque⁴⁵⁸.

Il sindacato giudiziario può essere accolto, nelle scelte dell’imprenditore, qualora questi abbia abusato della sua libertà, del suo diritto costituzionalmente garantito, adottando comportamenti e decisioni non oggettivamente rilevanti, ed anche illegali⁴⁵⁹.

Si citano a scopo di approfondimento ed esemplificativo, alcuni esempi ricorrenti quando l’imprenditore assume comportamenti tali da abusare della sua posizione, oppure quando voglia intenzionalmente

⁴⁵⁵ In Italia, la legge 223/91, art.5 prende in considerazione i carichi di famiglia, anzianità e esigenze tecnico produttive e organizzative.

⁴⁵⁶ Il contenuto del sozialplan è lasciato alla libera fantasia delle parti ma è evidente che la scelta di alcune misure piuttosto che altre avverrà normalmente in funzione della concreta situazione economica in cui versa l’impresa.

⁴⁵⁷ Larga diffusione ha avuto il c.d. Kurzarbeit (la riduzione dell’orario di lavoro), un istituto in base al quale ai dipendenti che lavorino ad orario ridotto è riconosciuta un’indennità, posta a carico dell’amministrazione pubblica pari al 63% della retribuzione persa, paragonabile per questo alla Cassa integrazione italiana.

⁴⁵⁸ DÄUBLER W., *Licenziamenti per motivi economici, piano sociale e cambiamenti nel diritto del lavoro in Germania*, in *Lavoro e Diritto*, 1999, pagine 435-450

⁴⁵⁹ ZUCARO R., *I licenziamenti “cogestiti” nel modello tedesco*, in *Licenziamenti in Italia e Germania*, 2013, www.adapt.it pp. 2-6

sottrarsi di alcuni lavoratori. Ad ogni buon conto in Germania il ruolo del datore di lavoro, dell'imprenditore è molto forte, ed è giuridicamente e costituzionalmente garantito e protetto⁴⁶⁰.

La dottrina ha espresso non poche riserve con riferimento a questo potere riservato al datore di lavoro; per alcuni, i Tribunali di lavoro nell'ammettere e nel considerare legittimo il licenziamento fondato su una qualsivoglia ragione economica, hanno in realtà finito con il far prevalere il precetto negativo della non arbitrarietà, a sfavore del precetto avente contenuto positivo di urgenti esigenze aziendali. Altra dottrina ritiene invece che il controllo da parte dei giudici nel merito di determinate attività imprenditoriali sia semplicemente legato ai limiti previsti al potere di recesso, e dunque sia solo un controllo formale, che di fatto sostanziale⁴⁶¹.

Per concludere sul punto, appare chiaro da quanto detto che anche in un sistema, nel quale il Betriebsrat è chiamato a prendere posizione sulle decisioni datoriali inerenti alla situazione dei dipendenti e al futuro dell'azienda e dunque funge di fatto da filtro preventivo sulla legittimità delle scelte datoriali, non è possibile ipotizzare che qualsiasi ragione economica possa giustificare il licenziamento ed è pur sempre necessario che il giudice possa vagliare le scelte datoriali indipendentemente dal corretto svolgimento delle procedure di informazione e consultazione.

In Germania è possibile rinvenire un robusto sistema di protezione del reddito in caso di disoccupazione, gestito dallo Stato e finanziato con contributi a carico delle imprese e dei lavoratori⁴⁶².

In base alla normativa vigente, il lavoratore disoccupato, purchè sia in

⁴⁶⁰ In Germania la legge riconosce all'imprenditore la possibilità di licenziare liberamente i lavoratori, con il solo limite del preavviso legale. Per quanto attiene, invece, al trasferimento d'azienda, la legge non contiene previsioni circa la sua applicabilità nei casi di insolvenza.

⁴⁶¹ Ibidem

⁴⁶² TROS F., *La flexicurity in Europa può sopravvivere a una doppia crisi?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, fasc.2, 2012, p. 377

regola con le contribuzioni al Fondo per la disoccupazione e purchè sia a disposizione dell'ufficio di collocamento per lo svolgimento di un'attività lavorativa adeguata alle sue capacità, ovvero per la partecipazione ad adeguate iniziative di formazione e riqualificazione professionale, ha diritto a percepire un'indennità di disoccupazione pari al 63% della retribuzione media settimanale percepita negli ultimi tre mesi precedenti lo stato di disoccupazione. In Francia, similmente, l'indennità di disoccupazione spetta a tutti i lavoratori che siano involontariamente disoccupati, purchè abbiano una minima anzianità contributiva e siano alla ricerca di un posto di lavoro⁴⁶³.

2.3 I MOTIVI OGGETTIVI E L'OBBLIGO DEL REIMPIEGO NEL LICENZIAMENTO IN GERMANIA

La giurisprudenza in Germania ha contribuito molto di più rispetto gli altri paesi nel ricercare, e a porre in essere, regole che sappiano disciplinare, e regolamentare il potere di recesso del datore di lavoro, affinché questi non adotti comportamenti o decisioni del tutto arbitrarie.

Il § 1, *KSchG* Abs. 2 non si limita a disciplinare la fattispecie del licenziamento conseguente ai cambiamenti dell'assetto organizzativo aziendale, ma richiede altresì che le esigenze aziendali cosiddette <<gravi>>, come anche il licenziamento per cause legate alla persona, siano decisioni meglio definite di estrema ratio *unvermeidbar*⁴⁶⁴.

Il *KSchG* prevede per il datore di lavoro di valutare bene prima di licenziare, ovvero spetterà al medesimo l'onere di valutare la possibilità di ricollocare il lavoratore, oppure riprenderlo in un'altra delle sue aziende, ed in ogni caso di trovare alcune soluzioni per la sua

⁴⁶³ CARABELLI U., op. cit., p.93

⁴⁶⁴ NOGLER L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in GDLRI, 2008, p. 600

posizione (questo obbligo per il datore di lavoro si usa chiamare *repêchage*).

E' chiaro dunque come per il datore di lavoro esista questo onere legato alla possibilità che il medesimo deve rivolgere al lavoratore affinché possa offrirgli un'altra soluzione lavorativa.

In Germania come anche in Italia, è aperta la questione sulla legittimità dell'obbligo di ricollocamento. La giurisprudenza è unanime nell'affermare l'obbligo, e non l'onere di prevenire il licenziamento, attraverso idonee misure di ricollocamento, in quanto la soppressione del posto di lavoro deve essere inteso come decisione di *extrema ratio*. In Germania, in Francia e in Italia, il licenziamento deve costituire sempre un'*extrema ratio*, ciò significa che il datore di lavoro è tenuto a verificare, prima di addivenire ad un provvedimento espulsivo, la possibilità di reimpiego del lavoratore nell'ambito di organizzazione produttiva, attraverso l'assegnazione a mansioni diverse, intendendosi per tali quelle equivalenti ma, in mancanza, anche quelle inferiori⁴⁶⁵.

Il § 1 Abs. 2, S. 3 del *KSchG* statuisce che il licenziamento deve sempre avere una giustificazione sociale, e deve essere applicato nel rispetto dei diritto costituzionalmente garantito dalla Costituzione; per tale ragione, il datore di lavoro nel diritto tedesco ha anche l'onere di adottare tutte le misure riguardanti la formazione professionale, l'aggiornamento qualificato ect., ed è per questo che se il datore di lavoro non fa di tutto per reinserire il lavoratore all'interno della sua stessa azienda, o di altre collegate, configurerà un comportamento definito come illegittimo.

Le differenze del diritto tedesco rispetto al nostro italiano sono veramente notevoli, e di rilevanza sostanziale ed anche sociale.

⁴⁶⁵ PROGRAMMA SOCRATES, *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari , 2001, pp. 547-559

In Germania ad esempio il datore di lavoro, l'imprenditore, oltre ad avere l'onere di formare il lavoratore, di valutare accuratamente le ragioni di impedimento legate alle persona, le gravi e serie esigenze ravvisate nell'azienda, dovrà offrire al lavoratore ancor prima di procedere al licenziamento, un posto di lavoro anche diverso, alternativo, ed anche a condizioni contrattuali diverse, ed anche meno favorevoli rispetto alle precedenti, poiché spetterà al lavoratore poi accettare o meno l'offerta.

La giurisprudenza si è posta anche la questione se ed in quali termini il datore di lavoro sia o meno obbligato a prevedere una riduzione del tempo di lavoro, affinché nel corso di un processo civile, il licenziamento non venga dichiarato inefficace a causa del *Kurzarbeit*.

La Corte federale del lavoro tedesca, in un caso di specie, pur accogliendo la tesi che il lavoratore avrebbe potuto eccepire la legittimità del licenziamento, nella ipotesi in cui l'imprenditore avesse potuto evitare il licenziamento ricorrendo al *Kurzarbeit*, aveva posto al contempo a carico del lavoratore l'onere di dimostrare che la riduzione del tempo di lavoro fosse ragionevole e possibile⁴⁶⁶.

L'opinione che di recente si è affermata è quella in virtù della quale se il licenziamento deve basarsi su ragioni, o cause oggettive serie ed urgenti, la prova del concreto impedimento di prevedere il *Kurzarbeit* risulta essere in capo al datore di lavoro.

E' ormai consolidato l'orientamento che prevede come il contratto collettivo in Germania, contempli, nel caso di concreta difficoltà dell'impresa, l'opportunità per le parti di negoziare, attraverso un negozio giuridico di codeterminazione aziendale, una riduzione dell'orario di lavoro per la maggior parte dei dipendenti con anche la diminuzione della retribuzione.

Il lavoratore a fronte di queste rinunce dovrà poi ottenere dal datore di

⁴⁶⁶ PANUCCIO V., *Studi in memoria di Domenico Napoletano*, Milano, 1986, pp.770-772

lavoro l'annullamento relativo all'intimazione del licenziamento per almeno due anni.

Se il datore di lavoro licenzia il lavoratore per motivi legati all'azienda senza pattuire questi accordi, adotterebbe un comportamento configurabile come violazione del principio di *extrema ratio*.

3. LA GIUSTIZIA SOCIALE NEI LICENZIAMENTI COLLETTIVI

I licenziamenti collettivi, o come sono definiti dal KSchG, "*licenziamenti soggetti all'obbligo di comunicazione*" (anzeigepflichtige Entlassungen) sono regolati da un apposito titolo del KSchG, che si applica alle aziende private e agli enti pubblici economici e non agli equipaggi di navi e alle aziende stagionali.

In Germania esiste un principio che possiamo definire ispiratore in materia di licenziamenti che è quello della *rilevanza sociale*, cioè il datore di lavoro nelle scelte di licenziamento non può ignorare la situazione personale e familiare del lavoratore, privandolo della sua dignità personale⁴⁶⁷.

Per tali ragioni il licenziamento deve interessare lavoratori che potrebbero avere meno interesse, e meno esigenze pratiche a conservare il proprio posto di lavoro⁴⁶⁸.

Secondo i giudici tedeschi, l'imprenditore dovrà tenere conto nelle scelte del licenziamento, delle conseguenze afferenti l'intera azienda, e non una parte della medesima; inoltre per i lavoratori comparabili, i

⁴⁶⁷ CARINCI F., *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro, relazione tenuta al convegno "La riforma del mercato del lavoro", 13 aprile 2012, Roma, Università Roma Tre, 2012, p.10*

⁴⁶⁸ CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna; Napoli, 1995, p.30*

giudici affermano di poter ritenere di includere tutti quei lavoratori che esercitano attività lavorative tra di loro fungibili, sostenendo che la fungibilità persiste anche qualora la sostituzione richieda un breve periodo di formazione professionale.

Secondo l'opinione prevalente il datore di lavoro non può sostenere il costo della formazione se per ripristinare la comparabilità risulti necessario un tempo prolungato di formazione⁴⁶⁹.

Attraverso un recente intervento legislativo si è volutamente consentito all'imprenditore, al datore di lavoro di non contemplare nella selezione sociale, quei lavoratori ai quali risulta necessaria l'attività lavorativa per motivi di carattere tecnico, per esigenze legate all'azienda, e per tutte le altre ragioni che tutela in forma speciale il lavoratore in caso di licenziamento⁴⁷⁰.

La legge non pone alcuna garanzia sostanziale di sindacabilità del licenziamento collettivo, ma si preoccupa unicamente di imporre dei vincoli di tipo procedimentale. Infatti il datore di lavoro che occupa più di venti dipendenti deve, per poter licenziare un certo numero di lavoratori, comunicare la decisione all'ufficio regionale del lavoro e, nello stesso tempo, informare il consiglio d'azienda, che dovrà collaborare alla procedura e, contemporaneamente cercare di impedire i licenziamenti o di mitigarne le conseguenze⁴⁷¹. Se un Consiglio aziendale esiste, il datore deve informarlo prima di ogni licenziamento sia ordinario che straordinario. Il datore è tenuto a fornire informazioni complete circa le ragioni che lo hanno condotto alla decisione di licenziare. Così il Consiglio dovrebbe essere in grado di consultarsi con il datore di lavoro per valutare l'esistenza o meno di

⁴⁶⁹ NOGLER L., *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, pagine 669 e ss.

⁴⁷⁰ TREU T., *Le deroghe contrattuali nel modello tedesco*, in *diritto delle relazioni industriali*, fasc. 2, 2011, p.328

⁴⁷¹ SIEBERT H., *Considerazioni sulla crisi del mercato del lavoro in Germania*, in *Diritto delle relazioni industriali*, fasc.4, 2004, p. 805

una valida giustificazione al licenziamento⁴⁷².

Il dovere del datore di informare il Consiglio è inderogabile.

Se egli non dà un congruo preavviso e tutte le informazioni idonee a consentire la consultazione, il licenziamento è nullo⁴⁷³.

La mancanza o l'irregolarità di queste comunicazioni datoriali impedisce l'efficacia dei licenziamenti. Secondo la dottrina si tratta di un'efficacia relativa, in quanto se la comunicazione non viene fatta, il licenziamento è inefficace solo su contestazione del lavoratore; in caso d'inerzia di quest'ultimo, il licenziamento sarà pienamente valido. I licenziamenti, invece, una volta adempiute regolarmente le formalità, acquisteranno efficacia dopo un mese dalla comunicazione all'ufficio del lavoro, termine che può subire variazioni a seconda di particolari circostanze⁴⁷⁴.

Dopo esser messo a corrente di un possibile licenziamento il Consiglio può essere d'accordo sulla decisione del datore di lavoro di licenziare e non fare niente, oppure può contestare il licenziamento, ma soltanto quando si tratti di licenziamento ordinario e per far questo ha una settimana di tempo.

Se non interviene entro questo tempo il consenso è *presunto*.

Se il Consiglio vuole opporsi ad un licenziamento ordinario questo deve specificare le sue obiezioni usando una delle motivazioni enumerata nella legge (103 III) :

- il datore di lavoro non ha tenuto conto o ha poco preso in considerazione gli aspetti sociali nel considerare i lavoratori da licenziare;
- l'impiegato licenziato potrebbe essere trasferito in una analoga

⁴⁷² CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*; Napoli, 1995, pp. 39-50

⁴⁷³ SIEBERT H., *The German Economy. Beyond the Social Market*, Princeton University Press, Princeton e Oxford, 2004, p. 3

⁴⁷⁴ MOLLER J., *The German Labor Market Response in the world Recession: Demystifying a Miracle*, in *Journal for Labour Market Research*, 2010, fasc. 4, pp.325-336

postazione di lavoro nello stesso stabilimento o in un altro

- l'impiegato potrebbe essere favorevole alla possibilità di essere trasferito ad un lavoro caratterizzato da più basse condizioni di lavoro nello stesso o altro stabilimento.

Il Consiglio deve dare spiegazioni scritte in dettaglio del perché delle circostanze del licenziamento rientrano in una di dette ipotesi. Se dopo che il Consiglio si è dichiarato contrario al licenziamento il datore di lavoro rimane convinto della sua opinione e intima il licenziamento, l'opposizione del Consiglio non sospende il licenziamento a meno che il lavoratore non intraprenda prima una azione davanti al giudice in questo caso il lavoratore deve continuare la sua attività fino alla fine del processo. Questo dà come pratico risultato il diritto di continuare a essere retribuito fino alla conclusione del processo e oltre, cosa che non avviene se il lavoratore fosse licenziato in un'impresa senza il Consiglio⁴⁷⁵.

Scopo di questa consultazione dovrebbe essere condurre ad un accordo di conciliazione degli interessi in gioco⁴⁷⁶. Durante questo periodo il datore di lavoro non può licenziare e se questi cerca di eludere il divieto il Consiglio può richiedere alle corti di lavoro una ingiunzione per bloccare i licenziamenti fino a che la procedura di consultazione non sia terminata.

Il Consiglio non ha diritto di veto ma il diritto di codeterminare gli eventuali interventi di attenuazione delle conseguenze sociali del

⁴⁷⁵ ALGAN Y., DUSTMANN C., GLITZ A., MANNING A., *The Economic Situation offirstand Second-Generation Immigrants in France, Germany, and the United Kingdom*, in the *Economic Journal*, 2010, p.542

⁴⁷⁶ Altra previsione significativa stabilisce il diritto dei lavoratori ad essere indennizzati qualora il curatore fallimentare non abbia fatto il possibile per addivenire ad un "contemperamento degli interessi" con il consiglio d'azienda, dalla quale si ricava un'ulteriore indicazione della sostanziale necessità di una consultazione del consiglio d'azienda da parte degli organi fallimentari.

licenziamento⁴⁷⁷. Queste negoziazioni devono terminare con un accordo collettivo chiamato *programma sociale*⁴⁷⁸, giuridicamente vincolante, relativo all'indennità spettante ai lavoratori che subiscono la decisione imprenditoriale. Questo negoziato è discusso da una commissione di conciliazione che deve tener conto delle conseguenze sociali riguardanti i lavoratori e deve programmare lo schema di compensazione finanziaria che include alcuni pagamenti dipendenti dalla durata dell'impiego e dell'età.

Se un licenziamento di massa è la conseguenza di una riduzione di attività o della chiusura di tutto lo stabilimento o di parti sostanziali, la negoziazione per i piani sociali non viene attivata se la riduzione di personale non coinvolge un numero minimo di lavoratori⁴⁷⁹.

Se i licenziamenti vengono pronunciati a seguito di un cambiamento aziendale, "l'accordo di interessi" dovrà interessare il consiglio aziendale e l'imprenditore allo scopo di stabilire in che forma sarà sviluppato il cambiamento aziendale medesimo, e contestualmente individuare le persone da licenziare⁴⁸⁰.

Parte della dottrina si è pure chiesta se la scelta del licenziamento possa essere decisa anche in virtù, o meno, della condizione lavorativa del coniuge del lavoratore licenziato, ovvero se questi abbia o meno un suo reddito⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ Parte della dottrina concorda sulla previsione che rapidi mutamenti della domanda finale, frequenti innovazioni tecnologiche e la disponibilità di capitale umano è destinata a costituire per il sistema delle imprese un fattore strategico.

⁴⁷⁸ KITZELMANN, *Schrankt das neue Betriebsverfassungsgesetz den individuellen Kündigungsschutz ein?*, Aur 1973, p.302

⁴⁷⁹ PEDRAZZOLI M., *Introduzione a Wolfgang DÄUBLER*, Diritto sindacale e cogestione nella Germania Federale, Milano, 1981, pp. 396-399

⁴⁸⁰ WEISS M., *Licenziamenti collettivi per riduzione di personale in Germania*, in Dir. Rel. Ind., Milano, 1992, p. 164

⁴⁸¹ SANTAGATA R., *I licenziamenti in Germania: presupposti di legittimità*, in *I licenziamenti in Italia e Germania*, pp.39-59, 2013, e-book series n.17, www.adapt.it

La conclusione cui si è giunti è stata quella di escluderlo, in quanto il coniuge del lavoratore licenziato non è legato al rapporto in essere.

Particolare tutela riceve il lavoratore più anziano, infatti questi può risentirne maggiormente di un eventuale cambiamento rispetto ad uno più giovane, e dunque tra i due si opta per mantenere in azienda quello più anziano⁴⁸².

L'altro criterio di scelta è fornito dall'obbligo del lavoratore al mantenimento, qualora il lavoratore che sia uomo o donna, si trovi nella condizione di dover mantenere da solo, o da sola, la prole⁴⁸³.

Spetterà, infine, al datore di lavoro nel caso di licenziamenti escludere coloro che per l'azienda rappresentano un concreto interesse, ovvero in virtù delle conoscenze acquisite, l'azienda non può farne a meno

4. LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI LICENZIAMENTI COLLETTIVI

La Corte costituzionale tedesca del 1998 con una sentenza interpretativa di rigetto rese possibile il controllo giudiziale sulla non arbitrarietà del licenziamento così come il sindacato sul fatto che sia dovuto o no a motivi estranei al caso concreto o se nella scelta del lavoratore siano state considerate o meno le conseguenze sociali che il licenziamento comporta per quest'ultimo. All'esito negativo di tale giudizio consegue la nullità del licenziamento con la possibilità di richiedere il risarcimento del danno; l'onere della prova è a carico del lavoratore⁴⁸⁴.

⁴⁸² Ibidem

⁴⁸³ PANUCCIO V., Studi in memoria di Domenico Napoletano, Milano, 1986, p. 771 e ss.

⁴⁸⁴ NOGLER L., *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, pagine 667-675

Si osservò a tal proposito che la Germania non aveva ancora ratificato la Carta sociale europea rivisitata dal Consiglio d'Europa il 3.5. 1996 la quale riconosce, il “diritto alla protezione in caso di cessazione del rapporto di lavoro” (art 24)

Le direttive europee in materia di licenziamento collettivo sono state formulate nella nuova direttiva del 20 luglio 1998, n.98/56⁴⁸⁵.

Con riferimento proprio alla nozione di licenziamento collettivo il Tribunale di Berlino ha fatto ricorso alla Corte di giustizia europea al fine di precisare meglio il significato di “*licenziamento collettivo*” sancito nella direttiva europea del 1998.

La Corte di giustizia europea nella sentenza n. 27 gennaio del 2005, C-188/03 “*sottolinea che il datore di lavoro deve iniziare le consultazioni con i rappresentanti, e notificare il progetto di licenziamento all’Autorità pubblica competente quando i licenziamenti sono allo stato progettuale*”⁴⁸⁶.

La definizione di “*licenziamento collettivo*”, riportata dall’art. 1 della direttiva, contiene requisiti che ne risentono della disposizione contenuto nel diritto tedesco fin dal 1951.

I presupposti del licenziamento collettivo sono molteplici; innanzitutto si parte da un requisito qualitativo ovvero con riferimento “*ad uno o più motivi non inerenti la persona del prestatore di lavoro*”; con riferimento al secondo requisito di ordine quantitativo, si precisa “*come si lascia agli Stati membri di scegliere tra due diverse soluzioni*”⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ WEISS M., *Limiti e potenzialità del Trattato di Amsterdam*, in *Trattato di Amsterdam e dialogo sociale*, Milano, 1998, p.700

⁴⁸⁶ Ibidem

⁴⁸⁷ ZANINI R., op. cit. p. 145

Il testo attuale ha sostituito la frase “ *non inerenti la persona del prestatore di lavoro*” con “*in particolare di ordine economico o tecnico ed indipendentemente dal comportamento individuale dei lavoratori stessi*”⁴⁸⁸.

Nella definizione attuale della direttiva non è contemplata quella causa di licenziamento che trova la causa diretta ed immediata nei comportamenti oppure nelle condizioni soggettive del lavoratore, come ad esempio la sopravvenuta incapacità a prestare l'attività lavorativa.

La Corte di giustizia europea ancora precisa che la nozione di licenziamenti collettivi per motivi economici “*non ricomprende la totalità dei casi di licenziamenti collettivi oggetto della direttiva. In particolare non ricomprende i casi in cui i lavoratori vengono licenziati in seguito ad una ristrutturazione dell'impresa indipendentemente dal livello di attività di quest'ultima*”⁴⁸⁹.

La Corte specifica ancora che per avviare il licenziamento collettivo, non necessariamente ci deve essere una crisi aziendale, nemmeno un ridimensionamento strutturale della produzione aziendale.

I giudici europei specificano inoltre che ai fini del licenziamento collettivo “*non è essenziale che l'unità di specie abbia o meno una direzione che possa effettuare licenziamenti collettivi in maniera indipendente, né è necessaria una separazione geografica rispetto alle altre unità e installazioni dell'impresa, né infine è pertinente la circostanza che le decisioni riguardanti le spese di funzionamento di ciascuna delle tre unità produttive, all'acquisto dei materiali e al calcolo dei costi dei prodotti siano adottate nella sede della società*

⁴⁸⁸ BALDASSARE P., *Crisi d'impresa di gruppo e tutela dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Merc. lav.*, 2004, n. 3, p. 800

⁴⁸⁹ WEISS M., *op. cit.* p. 200

dove esiste un servizio di ragioneria comune”⁴⁹⁰. La Corte di giustizia valorizza ad ogni buon conto, l’organizzazione aziendale, piuttosto che la produzione medesima.

In virtù di questo principio quello che conta non è la capacità produttiva, ai fini del licenziamento collettivo, ma la capacità organizzativa⁴⁹¹.

5. IL POTERE DISCIPLINARE NEL SETTORE PRIVATO E PUBBLICO

Non esiste nell’attuale ordinamento giuridico sull’impiego privato della Repubblica Federale Tedesca una norma di legge che conferisca l’esercizio, da parte del datore di lavoro, del potere disciplinare nei confronti dei dipendenti⁴⁹².

La giurisprudenza è costante nell’affermare che , ove non sussista questo “*potere disciplinare preventivamente codeterminato*” non è possibile infliggere legittimamente la sanzione; e ciò neppure nel caso in cui vi sia stata, sul singolo provvedimento, la codeterminazione del consiglio interno e quindi il consenso dell’organo di rappresentanza diretta dei lavoratori nell’unità lavorativa. Infatti , il consiglio interno ha diritto di codeterminazione (Mitbestimmungsrecht) sui “*problemi relativi all’ordine e al comportamento dei lavoratori nell’unità produttiva*”.

Il livello della codeterminazione nell’unità di lavoro riguarda gli aspetti “istituzionali” del rapporto, mentre sono precluse alla stessa le vicende contrattuali, attinenti al rapporto interindividuale. Ai sensi del

⁴⁹⁰ WEISS M., op. ult. cit. p. 250

⁴⁹¹ BALDASSARE P., op. cit. p.890

⁴⁹² DÄUBLER W, *Il caso tedesco*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, QDLRI, n. 26/2002, p. 200

§ 77 II del BetrVG, gli eventuali accordi di codeterminazione, o “pattuizioni aziendali” raggiunti tra le parti contrapposte , devono essere redatti per iscritto e sottoscritti da entrambe le parti ;

il datore deve esporre gli stessi “in un luogo appropriato all’interno dell’azienda” , dando perciò pubblicità agli stessi⁴⁹³.

L’eventuale inadempienza di quest’ultimo non implica l’inefficacia della sanzione aziendale , ma solo il risarcimento del danno. L’accordo acquisisce un valore “*cogente e immediato*” e, quindi, inderogabile se non in melius. Secondo quanto dispone dal § 87 II del BetrVG , se non viene raggiunto l’accordo tra consiglio interno e datore di lavoro decide *l’organo di conciliazione* (Einigungsstelle) , composto da soggetti prescelti in egual misura dall’imprenditore e dal consiglio interno, con presidente neutrale scelto di comune accordo oppure in seconda battuta, dalla magistratura⁴⁹⁴ . Riguardo alle garanzie sul procedimento disciplinare deve essere garantito il diritto di difesa: *il lavoratore deve avere la possibilità* , personalmente o a mezzo di un rappresentante , di difendersi. La previsione della necessità di codeterminazione del consiglio interno rappresenta “*la miglior forma organizzativa per realizzare la neutralità e obiettività del procedimento di giustizia aziendale*”

Il settore dei lavoratori in servizio pubblico, e cioè dei lavoratori alle dipendenze di datori di lavoro che siano persone giuridiche di diritto pubblico, invece, è suddiviso in funzionari (Beamten), impiegati (Angestellten) e operai (Arbeiter). Il rapporto di impiego pubblico dei *Beamten* è disciplinato totalmente dalla legge, dai regolamenti e dalle disposizioni amministrative di carattere generale⁴⁹⁵ .

⁴⁹³ www.altalex.com

⁴⁹⁴ TAMAJO R., DELL’OLIO M., CARINCI F., LISO F., TOSI P., *Il potere disciplinare*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali n.9, Torino, 1991, pp 243-260

⁴⁹⁵ *Ibidem*

Innanzitutto sussiste infrazione disciplinare allorché vi sia stata una colpevole violazione dei doveri d'ufficio che incombono sul Beamten in servizio⁴⁹⁶. I comportamenti tenuti fuori dagli orari di servizio sono rilevanti se sono in grado di pregiudicare in misura notevole il rispetto e la fiducia nel Beamten. Infatti il § 54 III BBG pone in capo a quest'ultimo il dovere, durante e fuori dal servizio di comportarsi in modo da non ledere il rispetto (Achtung) e la fiducia (Vertrauen) risposti nei suoi confronti dalla Stato e dal cittadino⁴⁹⁷.

Le sanzioni disciplinari sono rappresentate dalla multa, dalla riduzione dello stipendio, dal trasferimento in un altro ufficio nella stessa carriera ma con minore stipendio finale di base, dall'allontanamento e dalla riduzione dell'indennità di buonuscita⁴⁹⁸.

Il "superiore gerarchico" allorquando viene a conoscenza di circostanze che potrebbero individuare una violazione dei doveri d'ufficio, dispone gli accertamenti necessari per chiarire lo svolgimento dei fatti. Egli dà impulso ad un vero e proprio procedimento caratterizzato dall'informalità. Il Beamte ha comunque diritto ad essere sentito, oralmente o per iscritto, a propria difesa. Il procedimento può sfociare nell'archiviazione, nell'inflizione di un provvedimento disciplinare oppure nell'inizio di un procedimento disciplinare formale. Si avrà archiviazione, per esempio, in caso di prescrizione, nel secondo caso quando sussistono i presupposti della censura e della multa e per tutte le altre sanzioni ha luogo il procedimento disciplinare⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ GAETA L., *L'esperienza della disciplina dei licenziamenti nella Repubblica federale tedesca*, in DLRI, p. 571 e ss.

⁴⁹⁷ Ibidem

⁴⁹⁸ ULRICH R., *La riforma del lavoro nel panorama comparato: l'esperienza tedesca e austriaca*, in Lavoro nella giurisprudenza, 2004, pp. 945- 948

⁴⁹⁹ Ivi

6. L'INTERPRETAZIONE DEL § 613 IV co. BGB: *il divieto di licenziamento nel caso di trasferimento d'azienda*

Nell'ordinamento italiano, così come in quello tedesco, è posta la questione sulla legittimità di un licenziamento intimato dal datore in prossimità di un trasferimento d'azienda.

Nel nostro ordinamento il trasferimento d'azienda non può essere considerato come giustificato motivo di licenziamento ma è controverso se e in quale misura, il licenziamento individuale o collettivo, possa essere adottato legittimamente dal datore di lavoro, in costanza di un trasferimento d'azienda⁵⁰⁰.

La Corte di Cassazione con la recente sentenza n. 7665 del 27.03.2013 ha precisato che, in caso di cessione d'azienda, la norma di garanzia per i lavoratori, contenuta nell'articolo 2112, comma 1 del Cc, si applica anche ai lavoratori licenziati poco prima del trasferimento solo se si è accertata l'illegittimità dell'estinzione del rapporto, che costituisce dunque “una dato pregiudiziale ed autonomo” sul piano logico e giuridico⁵⁰¹.

Per la Suprema Corte “*solo dall'accertamento dell'illegittimità del recesso e dalle conseguenze da esso derivate (annullamento del licenziamento se disposto in vista del trasferimento d'azienda) sarebbe potuta derivare la declaratoria di continuità del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'imprenditore cessionario*”⁵⁰².

L'articolo 2112, comma 4 afferma che il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui

⁵⁰⁰ SANTUCCI R., *I licenziamenti collettivi tra questioni applicative e nuove regole: Atti dell'Incontro di studio di Benevento 23/11/2004*, Milano, 2005, p. 82 e ss.

⁵⁰¹ www.cnai.it

⁵⁰² *Ibidem*

condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui al 2119.

L'art. 4 della direttiva comunitaria n.77/87 sancisce che il trasferimento d'azienda, o di una parte di questa, non possa costituire causa di licenziamento; tale assunto però non pregiudica che i licenziamenti possano avere luogo per motivi economici, o tecnici che incidono sull'occupazione medesima.

L'argomentazione è stata sollevata anche nell'ordinamento tedesco, fattispecie disciplinata dal § 613 IV co. BGB, che sancisce il divieto del licenziamento riconducibile alla fattispecie del trasferimento d'azienda⁵⁰³.

Il § 613 IV co. BGB non si limita a riprodurre l'orientamento comunitario, ma statuisce come invalido il licenziamento ordinato dal cedente o dall'alienante in ragione del trasferimento d'azienda oppure di una sua parte.

Pur volendo sviluppare uno studio comparato con il nostro ordinamento, questo non produrrebbe alcun risultato, e dunque sarebbe alquanto problematico in quanto la normativa in materia è completamente diversa.

Il § 1, 2 comma della legge sui licenziamenti del 1951 stabilisce che il licenziamento è "socialmente ingiustificato" se non è ricollegabile ad urgenti necessità aziendali⁵⁰⁴.

Il giudice tedesco non può sindacare certamente il merito della decisione imprenditoriale, e questo starebbe ad esprimere come a

⁵⁰³ NATULLO G., *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004, p. 33

⁵⁰⁴ *Ibidem*

differenza dell'ordinamento italiano potrebbero essere ammesse fattispecie eccezionali in cui questo si realizza.

Pertanto è da escludere che questo sindacato giudiziale possa aver pregiudicato l'interpretazione prevalente sul § 613 IV co. BGB.

Anche se nel nostro ordinamento esista una chiara differenza tra i licenziamenti individuali, e collettivi rispetto al recesso per il trasferimento d'azienda, occorre altresì aggiungere come nell'ultimo periodo anche nel nostro ordinamento questa tipologia di recesso viene considerata come legittima, se il licenziamento va a configurare una organizzazione aziendale alquanto più agevole e più competitiva in caso di cessione della medesima⁵⁰⁵.

Seguendo questa linea di pensiero⁵⁰⁶ vi è chi sostiene che i motivi soggettivi ed interni al licenziamento sono irrilevanti ai fini di una sua ammissibilità; il licenziamento risulta dunque ammissibile anche qualora il trasferimento d'azienda ne rappresenta la ragione posteriore, ed anche qualora il promittente acquirente dell'azienda pone come condizione per l'acquisto il licenziamento del personale.

Altra dottrina⁵⁰⁷ sostiene invece che fatta salva la grave crisi aziendale, la legittimità dei licenziamenti nel caso di specie è da escludersi se ricorrono ragioni di carattere oggettivo come trasformazione o riduzione dell'attività.

In Germania il dibattito assume un certo valore qualora la richiesta del licenziamento provenga dal promittente acquirente, ovvero nel caso di specie si configura come non legittimo.

⁵⁰⁵ NOGLER L., *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, pp. 661-691

⁵⁰⁶ CORTI M., *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Milano, 2005 fasc. 3, pp. 380 - 393

⁵⁰⁷ *Ibidem*

Nell'ordinamento tedesco ci si è chiesti se il promittente acquirente dell'azienda nel porre come condizione per l'acquisto dell'azienda il licenziamento del personale, possa o meno configurarsi come una minaccia⁵⁰⁸.

Tale fattispecie però non è apparsa alquanto convincente, poiché la dichiarazione dell'acquirente perché giustifichi la legittimità del licenziamento deve poter concretamente realizzare una pressione che da sola sull'alienante costituisca la scelta per procedere con il licenziamento⁵⁰⁹ altrimenti sarebbe vanificato il divieto sancito dal § 613 a IV BGB che è invece tutto orientato ad essere garantista delle posizioni e tutele dei lavoratori.

Nel regime tedesco rispetto all'ordinamento italiano, si è sviluppato l'orientamento in ragione del quale il trasferimento d'azienda, e nello specifico nel § 613, co. 4, BGB è fatto divieto procedere al licenziamento prodottosi a causa di un trasferimento d'azienda, in quanto andrebbe a configurarsi come una chiara violazione di quelli che sono i diritti fondamentali legati alla questione lavoristica.

L'art. 2112 c.c. a differenza del § 613 BGB non contiene alcuna norma con riguardo alle sanzioni, o al divieto imposto nel caso di licenziamento causato per trasferimento d'azienda. Nel nostro ordinamento si farebbe strada una sorta di sindacato di carattere giurisdizionale volto ad appurare l'effettività dei presupposti causali del licenziamento e contestualmente una attenta analisi che mira ad individuare il nesso causale tra licenziamento e trasferimento d'azienda⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ LAMBERTUCCI P., *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, p. 60
⁵⁰⁹ Ibidem

Questo studio dovrà vertere non sui requisiti oggettivi del trasferimento d'azienda, ma su quelli soggettivi dell'alienante volti ad individuare le motivazioni che lo hanno spinto a decidere sulle ragioni del licenziamento.

7. LA REINTEGRAZIONE DEL LAVORATORE

La KSchG, definita “legge di monetizzazione della tutela”, prevede che il recesso del datore dal rapporto di lavoro che riguarda un lavoratore con un'anzianità aziendale di almeno sei mesi è inefficace qualora sia socialmente ingiustificato. L'interesse alla continuità occupazionale trova protezione solo di riflesso in quanto si contrasta l'abuso⁵¹¹.

Infatti i tentativi, fatti di recente in dottrina, di ricostruire un diritto “generale” alla continuazione del rapporto di lavoro durante il processo e cioè indipendentemente dall'opposizione del consiglio d'azienda, si scontrano con la giurisprudenza del BAG, che, pure se contestata da diversi giudici di merito, la ammette nei soli e limitati casi in cui il licenziamento è manifestamente inefficace o arbitrario, o realizza un evidente abuso di diritto⁵¹². I processi sono piuttosto lunghi e agevolano quindi soluzioni transattive in cui il lavoratore accetta di lasciare il posto di lavoro in cambio di una somma di denaro. In un primo momento neanche una sentenza definitiva che dichiari l'illegittimità del licenziamento riesce in concreto a garantire la reintegrazione nel posto di lavoro ma solo la corresponsione di un indennizzo.

La giurisprudenza del 1985 ha invece statuito che se il licenziamento è

⁵¹¹ NOGLER L., *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, pagine 680- 687

⁵¹² PANUCCIO V., *Studi in memoria di Domenico Napoletano*, Milano, 1986, pp.776-777

considerato illegittimo dinanzi al giudice del lavoro di primo grado, questi ha diritto ad essere reinserito fino al passaggio in giudicato della pronuncia, a prescindere dell'azione esperita dal *Betriebsrat*⁵¹³.

In Germania è previsto, accanto all'azione di accertamento dell'inefficacia del licenziamento, anche il diritto alla continuità effettiva dell'occupazione (*Weiterbeschäftigung*). Nel § 102 BetrVG si afferma che la domanda di condanna del datore di lavoro è volta non solo al ripristino giuridico ma anche effettivo del rapporto di lavoro.

In Italia, invece, la legge 92 del 2012 differenzia, in primo luogo, l'ipotesi in cui il giudice accerta *“che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro”*, in questo caso scatta o la tutela indennitaria forte oppure la tutela reintegratoria depotenziata quando si versi nella situazione dell' *“insussistenza del fatto contestato ovvero il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero di codici disciplinari”*. (art 18, comma 4). La reintegrazione depotenziata scatta, in secondo luogo, in ogni caso in presenza di un difetto di giustificazione del licenziamento intimato *“per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore”* o in violazione del 2110. 2 comma. Infine, la tutela reintegratoria depotenziata può essere applicata dal giudice *“nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo”*, mentre *“nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica”* la tutela indennitaria forte. (art 18, comma 7).

Tornando al sistema tedesco quando il dipendente ha diritto alla reintegrazione a seguito della declaratoria di invalidità del licenziamento, questo se inizialmente era stato considerato valido, il

⁵¹³ WAAS V.B., *Kündigungsschutz*, op. cit., p. 99

lavoratore potrà ottenere la reintegrazione solo in due casi:

- Qualora sia stato licenziato per ragioni oggettive che successivamente sono venute meno e il datore si trovi nella necessità di svolgere la prestazione lavorativa a cui era addetto.
- Qualora il lavoratore sia stato licenziato a causa del perdurare del suo stato di malattia e successivamente riacquisti la capacità di svolgere la prestazione lavorativa cui era addetto.

In entrambi i casi, in genere, la reintegrazione può essere concessa soltanto qualora i presupposti per la stessa si verificano prima della scadenza del periodo di preavviso⁵¹⁴.

In un'ultima analisi il KSchG, a differenza della nostra giurisprudenza, detta regole più incisive per quel che concerne l'obbligo di *repechage*, non si limita a imporre al datore di lavoro prima di licenziare, di verificare la possibilità di utilizzare altrimenti la professionalità del lavoratore eccedente ma grava sul datore di lavoro l'onere di adottare tutte le possibili misure di aggiornamento professionale del lavoratore che valgono a consentire il ripescaggio. Infatti il BAG ha condannato la Lufthansa che aveva licenziato un pilota senza disporre le misure di riqualificazione necessarie a consentirgli di guidargli un altro tipo di aeroplano⁵¹⁵.

⁵¹⁴ TOFFOLETTO F. e NESPOLI E., *I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione Europea*, Milano, 2008, p.138

⁵¹⁵ SANTAGATA R., *Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*, in *Diritti lavori mercati*, 2012, pagine 561 e ss.

CAPITOLO IV

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEL LICENZIAMENTO NEL REGNO UNITO

1. PREMESSA

Nel sistema inglese, prima del 1971 il datore di lavoro poteva agevolmente recedere dal rapporto di impiego per qualsiasi motivazione, ovvero anche in assenza di essa, salvo preavviso⁵¹⁶. Proprio l' inadeguatezza della protezione contro i licenziamenti illegittimi fornita dal diritto consuetudinario dei contratti di lavoro, ha favorito — sulla scorta delle raccomandazioni del Donovan Report 1968 e dell'influenza dell'ILO raccomandation n. 119 of 1963 — l'emanazione nel 1971 dell'*Industrial Relations Act*, che ha introdotto il diritto statutario del lavoratore a non essere licenziato ingiustamente. Preliminarmente si deve rilevare che la normativa non trova applicazione indifferentemente per tutti i lavoratori subordinati. La Gran Bretagna, nel 1964, aveva dato la propria adesione alla Raccomandazione n.119 dell'O.I.L., con la quale si era espresso il principio secondo cui: *“Nessun licenziamento può essere intimato per motivi diversi da quelli relativi all’attuazione e al comportamento dei lavoratori”*. Per assicurare una tutela generalizzata del posto di lavoro, il partito conservatore, allora al Governo, attraverso un documento programmatico, *“Fair Deal at Work”*, nel quale formulavano proposte poco convincenti di disciplina della materia ed il partito laburista, con un progetto di legge nel 1968, poi promulgò una legge complessa e contestata⁵¹⁷. La legge introdusse per la prima volta il diritto di ogni

⁵¹⁶ CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*; Napoli, 1995, pp. 59-61

⁵¹⁷ BENVENUTI M.I., *Il problema della qualificazione del rapporto di lavoro nell'ordinamento inglese: profili comparativistici*, in RIDL, 1994, I, p. 95.

lavoratore , purché ricompreso nel campo di applicazione della legge stessa, a non essere licenziato ingiustificatamente dal proprio datore di lavoro. Tale tutela, successivamente estesa e intensificata dal *Trade Union and Labour Relation Act* (T.U.L.R.A.) 1974, realizzò con l'*Employment Protection Act* (E.P.A.) 1975 e la legge di conferma, *Employment Protection Consolidation Act* (E.P.C.A.) 1978, un migliore soddisfacimento dell'aspettativa della classe lavoratrice ad una effettiva garanzia del posto di lavoro (*job security*).

La disciplina generale è contenuta nell'articolo 94 dell'*Employment Rights Act* del 1996, che ha efficacia in Inghilterra, Scozia, Galles e Irlanda. Tutti i dipendenti in possesso di determinati requisiti hanno il diritto di non essere licenziati illegittimamente, indipendentemente dalla consistenza della forza lavoro occupata presso il datore di lavoro. *Non esiste distinzione tra impiegati e operai.*

Analogamente a quanto si verifica nel nostro Paese, anche nel Regno Unito il contratto di lavoro subordinato costituisce la fattispecie di riferimento su cui si fonda l'intero sistema giuslavoristico inglese⁵¹⁸.

Infatti, come avviene nel nostro sistema, la qualificazione o meno di un contratto nello schema del lavoro subordinato determina l'individuazione della disciplina di legge e delle regole di *common law* applicabili al caso concreto⁵¹⁹.

Le garanzie di legge più significative sono, invero, attribuite espressamente soltanto al lavoratore che oltre ad essere assunto con contratto di lavoro subordinato, abbia anche maturato un'anzianità di servizio non inferiore a due anni.

⁵¹⁸ HEPPLER B., *The future of Labour Law*, in ILJ, 1995, p. 303 e ss.

⁵¹⁹ BENVENUTI M.I., *Il problema della qualificazione del rapporto di lavoro nell'ordinamento inglese: profili comparativistici*, in RIDL, 1994, fasc. I, p. 95

Tale anzianità, come esamineremo nello specifico di seguito, peraltro, deve consistere in una attività continuativa e duratura maturata presso il medesimo datore di lavoro⁵²⁰.

Ad esempio, legati al «*qualifying period of continuous service*» (periodo minimo continuativo di lavoro) sono anche i *redundancy payment*, il diritto al preavviso, i *maternity rights*, i permessi per lo svolgimento di attività sindacali, il diritto ad ottenere un documento scritto che contenga le clausole d'impiego, la tutela in caso di trasferimento⁵²¹.

I dipendenti in possesso di determinati requisiti, come l'anzianità di servizio, sono protetti non solo in caso di licenziamento ma anche in situazioni equiparate al licenziamento, quali: la scadenza di un contratto a tempo determinato quando questo spira senza che il contratto stesso sia stato rinnovato e il cd. *constructive dismissal*, dimissioni per giusta causa cioè determinate da un comportamento scorretto o vessatorio del datore di lavoro. In tal caso, è il dipendente a dover provare in giudizio che il datore di lavoro ha commesso dei gravi inadempimenti o d'azienda o di insolvenza del datore di lavoro, etc..⁵²².

Il legislatore inglese ha, invece, rinunciato ad una classificazione puramente concettuale delle diverse tipologie «legali» attraverso cui può essere resa una prestazione di lavoro, preferendo piuttosto ricollegare le molteplici tutele del lavoro subordinato al grado di maggiore o minore affinità della fattispecie concreta rispetto al modello o prototipo «normativo» di lavoratore dipendente⁵²³.

Come vedremo nel prossimo paragrafo, infatti, proprio in tema di tutela del lavoratore illegittimamente licenziato, la disciplina è applicabile non già a

⁵²⁰ EWING K.D., *The concept of subordination Great Britain*, in BCLR, 1992, p.71 e ss.

⁵²¹ HEPPLER B., *Forms of Employment*, in *Encyclopedia of Employment Law*, 1992, Sweet e Maxwell Green, London, p. 1211 e ss.

⁵²² TIRABOSCHI M., *Osservatorio sulla giurisprudenza straniera. Autonomia, subordinazione e contratti di lavoro sui generis: un recente revirement della giurisprudenza inglese*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 2/1996, p. 153 ss..

⁵²³ NAPIER B., *The Contract of Employment*, in *Lewis R., Labour Law in Britain*, 1986, Basil Blackwell, Oxford, p.331 e ss.

tutti i lavoratori subordinati, ma solo ai “dipendenti” che, in ogni caso, abbiano maturato una anzianità di servizio stabilita legislativamente.

2. IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE E LE SPECIFICHE IPOTESI DI PROTEZIONE CONTRO IL LICENZIAMENTO

In base al disposto dell’articolo 64, comma 1, dell’*Employment Protection (Consolidation) Act*, ai fini dell’applicazione della disciplina garantista in tema di licenziamento, occorre stabilire in via pregiudiziale se al momento del recesso ritenuto illegittimo il lavoratore possa essere qualificato “dipendente” ed abbia o meno conseguito il *qualifying period of continuous service*, ovvero se lo stesso abbia o meno maturato presso il proprio datore di lavoro un’anzianità di servizio di almeno due anni continuativi⁵²⁴.

Ai fini dell’applicabilità dell’*Employment Protection (Consolidation) Act* del 1978 (E.P.C.A.), in primo luogo si deve comprendere il concetto di lavoratore dipendente.

Pertanto, deve trattarsi non semplicemente del *worker* (lavoratore), ma di un *employee* (dipendente) che abbia un *contract of service* (contratto di lavoro dipendente) con il datore di lavoro⁵²⁵.

Il dipendente, nel diritto inglese, infatti è un individuo che ha stipulato un contratto di lavoro o che lavora con un contratto di lavoro; dunque, il termine “contratto di lavoro” comprende, a questo fine, il contratto di servizio o di apprendistato⁵²⁶.

Le due tipologie di contratto, in mancanza di definizione normativa vengono delineate dalla *common law* che sopperisce a tale lacuna attraverso l’individuazione di alcuni criteri generali sintomatici a cui fare riferimento: al ricorrere di tali elementi la legge inglese presume che il rapporto

⁵²⁴ DAVIES, *Cambiamenti nella legislazione sul conflitto industriale in Gran Bretagna negli anni ottanta*, in LD, 1991, p.48 e ss.

⁵²⁵ WEDDERBURN OF CHALTON, DEAKIN S., McKENDRICK E., *Il diritto del lavoro in Gran Bretagna (1984-1987)*, in DLRI, 1989, p. 501 e ss.

⁵²⁶ L’*employee* è colui che ha in corso con il datore di lavoro o un *contract of service* (contratto di lavoro dipendente) ovvero un *contract of apprenticeship* (contratto di apprendistato)

contrattuale sia quella di lavoro dipendente (*contract of service*) e non di lavoro autonomo (*contract for services*)⁵²⁷.

La *Common Law* ha, invero, identificato una serie di prove per individuare il contratto di lavoro, tra cui la prova del “controllo”, della “integrazione”, della “realtà economica” e della “reciprocità dell’obbligo”.

Non può sfuggire l’analogia con i criteri della subordinazione individuati nel diritto Italiano dalla Cassazione. In Italia, mancando un’elencazione normativa al di là di quanto disposto nell’art. 2094 c.c., attraverso un importante contributo giurisprudenziale, si sono così nel tempo enucleati quelli che vengono definiti i suoi indici c.d. empirici⁵²⁸:

- inserimento del prestatore nell’organizzazione dell’impresa
- continuità della prestazione lavorativa
- collaborazione
- orario di lavoro oggetto della prestazione, ovvero le energie lavorative applicate secondo le direttive ed il controllo del datore di lavoro
- assenza di rischio
- modalità della retribuzione e la sua predeterminazione
- organizzazione del lavoro, ricadente sul datore.

Il giudice, dunque, in caso di impugnazione del licenziamento è chiamato ad individuare – in via pregiudiziale- nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione l’esistenza/inesistenza di tali fattori sintomatici, al fine di accertare se sussista un contratto di lavoro dipendente, ovvero autonomo, attraverso il c.d. *economic reality test*⁵²⁹.

⁵²⁷ I criteri per l’individuazione del lavoro dipendente non sono chiariti nella legge in questione, ma sono derivati dal *Common Law*. S. DEAKIN, Regno Unito, *Profili Giuridici*, in La Gestione Delle Eccedenze di personale in Europa, Un’analisi giuridica ed economica I VOLUME, Roma 1995, p. 552 e ss.

⁵²⁸ TAMAJO R. e D’URSO F. B., *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, pp. 250-267

⁵²⁹ L’interprete deve guardare il complesso degli elementi che sussistono nella relazione contrattuale datore di lavoro/lavoratore e si inferisce l’esistenza di un contratto di lavoro dipendente se la prevalenza dei fattori è coerente con la natura di un rapporto di lavoro dipendente.

Questo indice che può essere tradotto come indice della “realtà economica” è quello che la giurisprudenza inglese individua sulla base di un elemento di dipendenza economica tra le parti. La “reciprocità dell’obbligo” , invece, è un criterio connesso alla subordinazione formale⁵³⁰.

Il giudice tuttavia, nei casi di dubbio, quando ad esempio non si recuperano tutti i tre fattori sopra citati, deve ricercare l’esistenza di un contratto di lavoro subordinato individuando la presenza di altri fattori come il pagamento dei collaboratori del lavoratore da parte del datore di lavoro; il rischio di impresa che viene assunto direttamente dal lavoratore; il pagamento della *social security* (previdenza)⁵³¹.

Il secondo requisito che il “dipendente” deve avere, per usufruire della protezione normativa del EPCA è quello della “continuità del lavoro”.

La continuità , per essere indice di “dipendenza” deve essere composta da due elementi autonomi: la regolarità/durevolezza del rapporto di lavoro e la durata dello stesso⁵³².

Per quanto riguarda la continuità/regolarità dell’impiego essa viene individuata attraverso un calcolo matematico del periodo di lavoro. Questo calcolo, fino al 1995 veniva effettuato su base oraria/settimanale e, dunque, per beneficiare delle tutele di legge il lavoratore doveva aver lavorato almeno sedici ore alla settimana, senza interruzioni di rilievo, che si riducevano ad otto ore dopo cinque anni di servizio⁵³³.

In seguito ad una revisione del principio operata dalla giurisprudenza ossia il riferimento alla decisione del 3 marzo 1994 (Regina v. Secretary of State for Employment ex parte Equal Opportunities Commission and Patricia Day), la House of Lords ha tuttavia stabilito che questa regola rappresenta una discriminazione indiretta per motivi di sesso (in considerazione del

GIOIA CARABELLESE P., *Analisi del quadro normativo dell’economic dismissal nel Regno Unito Un possibile modello di riferimento per l’Italia*, in Dir. Rel. ind., 4/2012

⁵³⁰ Ibidem

⁵³¹ www.uil.it

⁵³² Ibidem

⁵³³ GIOIA CARABELLESE P., *Analisi del quadro normativo dell’economic dismissal nel Regno Unito Un possibile modello di riferimento per l’Italia*, in Dir. Rel. ind., 4/2012

fatto che la maggior parte dei lavoratori a tempo parziale sono donne), e come tale è in contrasto con i principi del diritto comunitario (art. 119 del Trattato di Roma, nonché la Direttiva n. 75/117/CEE e la Direttiva n. 76/207/CEE relative alla parità di trattamento economico e normativo tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile). Le sentenze successive hanno fatto proprio il principio.

Il Legislatore inglese ha provveduto a rimuovere definitivamente la regola del calcolo su base ore/ settimane, limitandosi ad applicare un calcolo delle sole settimane effettivamente lavorate, indipendentemente da alcun limite orario⁵³⁴. Per quanto riguarda, invece, la durata del rapporto, il lavoratore potrà, poi, invocare la tutela prevista dall'*Employment Protection (Consolidation) Act* del 1978 per l'*unfair dismissal* solo se avrà maturato, alla data del licenziamento, l'anzianità di servizio di due anni. Si deve segnalare anche tale requisito di durata è stato modificato recentemente. Infatti, l'anzianità di servizio considerata come periodo idoneo ad attribuire la continuità necessaria per usufruire della tutela prevista per l'*unfair dismissal* (licenziamento illegittimo), a far data dal 6.4.2012, è passata da uno a due anni. Non si applica anche se il lavoratore ha raggiunto la normale età per il pensionamento oppure, ove manchi un'indicazione in tal senso, il sessantacinquesimo anno di età⁵³⁵. La disciplina, anche alla luce della novella del 2012, nell'ottica della flessibilità del mercato del lavoro, esclude dal campo di applicazione della tutela contro i licenziamenti ingiustificati un ampio numero di rapporti di lavoro caratterizzati, appunto, dalla temporaneità e dall'occasionalità.

⁵³⁴ In questo modo anche i lavoratori a tempo parziale sono stati ammessi a beneficiare della tutela accordata in ambito dell'*unfair dismissal*. Si veda *Employment Protection ACT (Part-time Employees) Regulations* del 10 gennaio 1995 prevede infatti che tutti i lavoratori a tempo parziale che abbiano maturato il *qualifying period of continuous service* godono ora degli stessi diritti dei lavoratori a tempo pieno, a prescindere dal numero di ore effettive di lavoro settimanale. BENVENUTI M.I., Il problema della qualificazione del rapporto di lavoro nell'ordinamento inglese: profili comparativistici, in RIDL, 1994, I, p. 95..

⁵³⁵ TIRABOSCHI M., *Autonomia, subordinazione e contratti di lavoro sui generis: un recente revirement della giurisprudenza inglese?*, in Dir. Rel. Ind., fasc. 2, 1996, p. 153 e ss.

Esaminando le fattispecie di contratti di lavoro subordinato esistenti in Inghilterra si rileva come nella maggior parte di essi non si possa riscontrare il requisito del *minimum period of qualifying service*: si pensi alle ipotesi di lavoratori subordinati con orario di lavoro irregolare o saltuario ed in quelle di lavoro temporaneo, occasionale o stagionale⁵³⁶.

Se il lavoratore dimostra che il licenziamento è stato irrogato per motivi diversi dalla ragione originariamente addotta dal datore di lavoro e collegati ad un diritto tutelato dalla legge, il licenziamento diventa automatically unfair⁵³⁷. In tali casi il lavoratore che è stato licenziato illegittimamente, in virtù di un licenziamento nullo ha un diritto statutario ad un risarcimento e al pagamento di una ulteriore somma per la perdita economica causata dal licenziamento che deve tenere in considerazione anche la cd. loss of statutory rights. Tale somma non incontra alcun limite statutario, nel caso di licenziamento discriminatorio, diversamente da quanto avviene in tutti gli altri casi di unfair dismissal⁵³⁸. Il licenziamento sarà unfair automaticamente quando si eserciti *in relazione all'esercizio della libertà sindacale, sciopero, gravidanza, discriminazione per razza o sesso e salute e sicurezza dei lavoratori*⁵³⁹. In questi casi il licenziamento sarà illegittimo per il solo fatto che è intervenuto per uno di questi motivi.

Il relativo onere della prova è a carico del lavoratore. Secondo l'articolo 58 dell'E.P.C.A., il licenziamento di un lavoratore dovrà essere considerato automaticamente illegittimo quando fosse intervenuto per il fatto che il lavoratore era membro di un sindacato indipendente, oppure perché aveva preso parte, at an appropriate time⁵⁴⁰, all'attività di un sindacato

⁵³⁶ SIGEMAN T., *The Concept of Employee: Some Comparisons between British and Swedish Law*, in Neal A., Victorin A., *Law and the weaker party*, London, 1992, p.51 e ss.

⁵³⁷ WEDDERBURN OF CHALTON, DEAKIN S., McKENDRICK E., *Il diritto del lavoro in Gran Bretagna (1984-1987)*, in DLRI, 1989, p. 501 e ss.

⁵³⁸ DEAKIN S., *Regno Unito, Profili Giuridici*, in *La Gestione Delle Eccedenze di personale in Europa, Un'analisi giuridica ed economica I VOLUME*, Roma 1995, p. 552 e ss..

⁵³⁹ CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Op. cit.*, p. 83 e ss.

⁵⁴⁰ Per an appropriate time si intende la partecipazione all'attività di un sindacato indipendente sia fuori dell'orario di lavoro sia entro l'orario di lavoro. Se non ricorre questo requisito la tutela non varrà e il lavoratore potrà essere tutelato dalle regole generali sull'unfair dismissal.

indipendente, oppure perché non era membro di un sindacato in genere o di un particolare sindacato. L'articolo 58 sanciva la legittimità del licenziamento comminato per mancata affiliazione sindacale, in presenza di uno union membership agreement (u.m.a.), intervenuto con un sindacato indipendente, secondo cui tutti i lavoratori appartenenti ad una determinata categoria dovessero iscriversi al sindacato.

Il quadro normativo è stato modificato con l'E.A. 1988, che ha sancito l'illegittimità "in ogni caso del licenziamento del lavoratore per la sua mancata adesione al sindacato"⁵⁴¹.

La questione dei licenziamenti per *strike* è affrontata nell'articolo 62 dell'E.P.C.A. Si prevede che se il datore di lavoro licenzia tutti gli scioperanti e rifiuta di riassumerli, *L'Industrial Tribunal* non avrà alcuna competenza a giudicare sul licenziamento. Tuttavia, perché sia esclusa tale competenza è necessario che il licenziamento sia intervenuto quando gli scioperanti erano in azione. E' ammesso il ricorso dei lavoratori licenziati per sciopero: quando il licenziamento riguarda solo alcuni lavoratori aderenti allo sciopero e non tutti gli scioperanti nel complesso (c.d. victimization), oppure nel caso in cui ad alcuni lavoratori e non a tutti è stato offerto, entro tre mesi dalla data di licenziamento il re-engagement⁵⁴².

In sostanza, *in Gran Bretagna lo sciopero costituisce un inadempimento del contratto, che dà diritto al datore di lavoro di licenziare gli scioperanti*⁵⁴³.

La giurisprudenza è unanime nel ritenere che la stessa disciplina si applica in caso di *ostruzionismo (work to rule)*, *occupazione d'azienda (sit in)* e *rallentamento concertato della produzione (go slow)*. La dottrina ha precisato che, in Gran Bretagna, è raro che queste ipotesi non comportino

⁵⁴¹ EVANS, S., GOODMAN, J. AND HARGREAVES, L., *Unfair Dismissal Law and Employment Practice in the 1980s.*, Department of Employment, London, 1989

⁵⁴² Il re-engagement è un offerta di reinserimento del lavoratore nel vecchio impiego o in altro ragionevolmente adatto.

⁵⁴³ LEWIS R., *Labour Law in Britain*, in British Journal of Industrial Relations, Oxford, 1986, p.26 e ss.

inadempimento del contratto⁵⁴⁴. Poi le ipotesi di unfairness concernono il licenziamento intimato a causa dello stato di gravidanza o per qualsiasi altra ragione connessa alla gravidanza, anche quando esso ponga termine al periodo di astensione dal lavoro che spetta alla lavoratrice madre. *Il licenziamento è illegittimo ogni volta che il datore di lavoro avrebbe dovuto disporre una sospensione del lavoro*⁵⁴⁵. Un'ipotesi particolare è quella dell'*eccedenza di personale* che si verifichi durante il periodo di astensione dal lavoro per *maternità*. La *redundancy* può costituire un legittimo motivo di licenziamento se non rende *practicable* per il datore di lavoro la prosecuzione del rapporto, né vi è disponibilità alcuna di un lavoro alternativo, anche alle dipendenze di un diverso datore di lavoro, purché successor al primo. La lavoratrice madre che sia licenziata durante lo stato di gravidanza o nel corso del periodo di astensione dal lavoro, ha diritto senza doverne fare apposita richiesta, a che le siano comunicate per iscritto le ragioni del licenziamento. Tale diritto spetta a tutte le lavoratrici, a prescindere dall'anzianità di servizio⁵⁴⁶.

Anche il licenziamento discriminatorio e per ragioni di razza o sesso è automaticamente unfair; la nuova normativa garantisce i lavoratori che rifiutano di lavorare in *unsafe conditions* dal rischio di subire ritorsioni o, anche, il licenziamento da parte del datore di lavoro⁵⁴⁷.

2.1 LICENZIAMENTI PER RAGGIUNGIMENTO DEI REQUISITI PENSIONISTICI

La recente legge sui licenziamenti per raggiungimento dei requisiti pensionistici è molto complessa, prevede che il datore di lavoro possa, nel

⁵⁴⁴ DICHENS L., *Dismissed: A study of unfair dismissal and the Industrial Tribunal System*, Oxford, p.78

⁵⁴⁵ DIMARTINO G., *Il licenziamento della lavoratrice madre tra diritto interno e dell'Unione Europea*, in *Il Corriere del Merito*, 2012 fasc. 6, pp. 572 – 577

⁵⁴⁶ *Ibidem*

⁵⁴⁷ ANDERMAN S.D., *The law of Unfair Dismissal*, London, 1992, p.56

rispetto di una specifica procedura, legittimamente licenziare il lavoratore che abbia compiuto almeno 65 anni. Il mancato rispetto di tale procedura determina l'illegittimità del licenziamento, in alcune ipotesi anche la possibile qualificazione del licenziamento come discriminatorio⁵⁴⁸

La procedura che il datore deve rispettare è la seguente:

- Il datore di lavoro deve comunicare al lavoratore, in forma scritta, la sua intenzione di licenziarlo;
- La comunicazione che deve pervenire almeno 6-12 mesi prima dell'effettiva cessazione del rapporto, deve specificare la data a partire dalla quale il rapporto si intende cessato e informare il lavoratore del proprio diritto di richiedere la prosecuzione del rapporto;
- Qualora il lavoratore chieda la prosecuzione del rapporto il datore di lavoro ha l'obbligo di fissare un incontro con il lavoratore per prendere in considerazione la sua richiesta. Terminata la discussione, il datore di lavoro deve comunicare per scritto la propria decisione e in caso di mancato accoglimento della richiesta di prosecuzione, deve informare il lavoratore del proprio diritto di impugnare la decisione;
- Se il lavoratore impugna la decisione il datore di lavoro deve fissare un nuovo incontro con il lavoratore e valutare nuovamente la richiesta di quest'ultimo. Terminata la discussione il datore di lavoro deve comunicare per iscritto la propria decisione che, in caso di rigetto della richiesta del lavoratore, confermerà la data del recesso⁵⁴⁹.

Qualora il datore non adempia perfettamente e nel termine previsto, all'obbligo di informare per iscritto il lavoratore della propria intenzione

⁵⁴⁸ TOFFOLETTO F. e NESPOLI E., *I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione Europea*, Milano, 2008, p 219

⁵⁴⁹ NOGLER L., *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, pagine 661-691

di procedere al licenziamento, il licenziamento potrebbe essere considerato illegittimo e/o discriminatorio. Se il datore segue in maniera corretta la procedura e il contratto termina alla data indicata dal datore di lavoro, il licenziamento è considerato giustificato e non discriminatorio anche se il reale motivo era effettivamente dal raggiungimento dei requisiti di età⁵⁵⁰.

3. IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE : LE RAGIONI GIUSTIFICATRICI DEL LICENZIAMENTO

Dal 1 ottobre 2004 il datore di lavoro è obbligato a rispettare una complessa procedura prima di intimare il recesso che consta di diversi passaggi: contestare al lavoratore i fatti, i comportamenti o altre circostanze, che potrebbero giustificare un licenziamento o altre sanzioni disciplinari; spedire una copia della lettera di contestazione al dipendente, con l'invito a partecipare a una riunione per discutere delle contestazioni sollevate; concordare quindi tale riunione, nella quale al dipendente è data la possibilità di giustificarsi; dopo la riunione prendere la decisione e informare il dipendente della decisione e del suo diritto ad impugnarla; se il dipendente comunica al datore di lavoro la sua intenzione di contestare la decisione, il datore di lavoro invita il dipendente a partecipare ad un altro incontro e, infine il datore informa il dipendente della decisione definitiva⁵⁵¹. La mancata osservanza della procedura comporta automaticamente che il licenziamento sia considerato illegittimo. Tale illegittimità si traduce in un aumento dal 10% al 50% dell'indennità prevista per l'ipotesi di licenziamento illegittimo che può essere riconosciuta al lavoratore dall'Industrial Tribunal. Viceversa la mancata

⁵⁵⁰ Ibidem

⁵⁵¹ BARBATO MR e CHIAROMONTE W., Seminario internazionale di diritto comparato del lavoro, PONTIGNANO XXIV, *La disciplina dei licenziamenti individuali in Europa*, in Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007, Milano, 2008, p. 534

collaborazione a tale procedura da parte del dipendente può comportare la riduzione tra il 10 % e il 50 % di ogni indennità che risultasse allo stesso dovuta⁵⁵².

Il datore di lavoro, per evitare le conseguenze ripristinatorie /risarcitorie⁵⁵³ previste dalla disciplina a tutela dell'unfair dismissal, deve provare che il licenziamento è stato irrogato per una ragione idonea e correlata a comportamenti o cause legate alla persona del lavoratore, dimostrando in giudizio che la giustificazione del recesso rientra in una delle ipotesi elencate dalla legge. Nell'ordinamento inglese, al di fuori dell'ipotesi in cui il licenziamento si considera automaticamente illegittimo, cioè tale per il solo fatto di essersi verificato per uno di quei motivi, il giudizio di legittimità si articola in due fasi, per cui, ad a una prima verifica della sussistenza di una delle cause giustificative ammesse dalla legge, segue una valutazione sulla ragionevolezza.

L'Employment Protection (Consolidation) Act del 1978 individua nell'articolo 57, comma 2, una lista di *substantial reasons* (motivi legittimi di licenziamento) che rendono legittimo il recesso del datore di lavoro.

Il datore di lavoro potrà dunque recedere legittimamente in caso di:

1. "capability" (capacità del dipendente in ordine allo svolgimento del lavoro per il quale è stato assunto). Il motivo si sostanzia in una mancanza o assenza di attitudine fisica e professionale del lavoratore rispetto alle mansioni ed alle competenze tecniche. Il datore di lavoro, chiamato in giudizio per la declaratoria di unfair dismissal dovrà dimostrare che lo stato di salute del lavoratore è incompatibile con la mansione assegnata. Ad esempio, il licenziamento di un lavoratore sieropositivo asintomatico sarà fair solo se il suo stato di sieropositività influisca negativamente sulle sue capacità lavorative. Va precisato che difficilmente la semplice sieropositività incide in

⁵⁵² TOFFOLETTO F. e NESPOLI E., *I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione Europea*, Milano, 2008, p. 217

⁵⁵³ Come vedremo la legge inglese prevede in alternativa il reinstatement o la re-engagement.

maniera negativa sulla salute del soggetto. A fronte di brevi periodi di malattia (short-term sickness) il potere del datore di lavoro di licenziare risulta più limitato. Il Social Security and Housing Benefits Act (S.S.H.B.A.) riconosce al lavoratore il diritto a ventotto settimane di permesso retribuito per malattia. Al datore dovrebbe quindi essere preclusa la possibilità di licenziare per malattia il lavoratore, durante il periodo protetto.

2. “qualifications”, il motivo attiene strettamente alle qualità professionali ed alla preparazione tecnica del dipendente⁵⁵⁴;
3. La misconduct in senso letterale “cattiva condotta”, il motivo lo si evince dalla traduzione letterale, ha ad oggetto comportamenti gravi che incidono sul rapporto di fiducia tra datore e lavoratore⁵⁵⁵. Secondo la dottrina ci sono due grosse categorie di misconducts, quelle inside the employment e quelle outside the employment. Le prime ricomprendono tutte quelle condotte poste in essere durante l’orario di lavoro e tali da provocare effetti sfavorevoli sul contratto (ubriachezza, furto, immoralità, condotta negligente). Il Code of Practice accenna alla classificazione operata tra minor, major e gross misconducts inside the employment a seconda della gravità. Nei casi di gross misconduct non è necessario neppure il preavviso; nei casi di minor misconduct si suggerisce di far fronte con un avviso dapprima informale e poi formale e nei casi di major misconduct si procede con un unico avviso finale. Le misconducts outside the employment ricomprendono condotte tenute dal lavoratore fuori dall’orario di lavoro.
4. “illegality”, il motivo si riferisce all’impossibilità di portare avanti un rapporto di lavoro senza violare una norma di legge. Si pensi ad esempio all’assunzione di un lavoratore straniero che,

⁵⁵⁴ PROGRAMMA SOCRATES, *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari , 2001, p. 387 e ss.

⁵⁵⁵ Ibidem

successivamente all'assunzione, non sia in regola con la normativa in tema di immigrazione⁵⁵⁶;

5. "redundancy", il motivo si riferisce a circostanze connesse con la persona del datore di lavoro. In termini generali può essere qualificato come un licenziamento per motivi economici per esubero del personale⁵⁵⁷. Ai sensi dell'art. 81 e 82 dell'EPCA, il licenziamento di un lavoratore è considerato per eccedenza se è attribuibile interamente o principalmente ad una delle due seguenti circostanze: *"al fatto che il datore di lavoro ha cessato, o intende cessare, l'attività per la quale aveva assunto il lavoratore, o intende cessare di svolgere quell'attività nel luogo dove era stato assunto il lavoratore; al fatto che sono cessate, diminuite o si prevede che cessino o diminuiscano le condizioni di quell'attività economica presso la quale i lavoratori erano stati chiamati a svolgere un determinato lavoro o presso la quale i lavoratori erano stati chiamati a svolgere un determinato lavoro nel luogo nel quale erano stati assunti"*⁵⁵⁸.

6. SOSR, infine il datore di lavoro potrà legittimamente recedere per "Some other substantial reason" che tradotto significa altri motivi sostanziali (SOSR). Questa è una norma di chiusura generica che ammette che si possa licenziare, anche per motivi diversi da quelli espressamente codificati, che non rientrano nelle altre quattro ragioni potenzialmente considerate a priori giuste e legittime⁵⁵⁹. Per esempio, la categoria SOSR è stata utilizzata per coprire un caso in cui un lavoratore è stato licenziato per essersi rifiutato di accettare

⁵⁵⁶ TIRABOSCHI M., *Osservatorio sulla giurisprudenza straniera Licenziamento ingiustificato, continuità dell'impiego e categorie protette di lavoratori: il caso inglese*, in Dir. Rel. Ind. 1995,II, 171 ss.

⁵⁵⁷ Ad esempio a causa della chiusura di uno stabilimento o per esubero

⁵⁵⁸ section 91 2. dell'EPCA

⁵⁵⁹ EVANS, S., GOODMAN, J. AND HARGREAVES, L., *Unfair Dismissal Law and Employment Practice in the 1980s.*, Department of Employment, London, 1989

modifiche all'orario di lavoro, apportate nell'interesse dell'attività svolta dal datore di lavoro.

È tuttavia importante notare che, quando il licenziamento viene giustificato invocando una SOSR, il datore di lavoro avrà l'onere di dimostrare che il motivo di recesso è notevole e rilevante, e quindi lo stesso non deve risultare insignificante o futile e deve essere tale da giustificare il licenziamento⁵⁶⁰.

Come anticipato l'art. 57 comma 3 dell'Employment Protection (Consolidation) Act prevede anche una norma di interpretazione che i giudici devono seguire nell'applicare i criteri che legittimano il licenziamento.

La norma in discorso prevede che le *substantial reasons* legittimano il recesso del datore di lavoro devono essere valutate tenendo in considerazione le circostanze del caso concreto⁵⁶¹. La norma si preoccupa di precisare che la capacità come causa di licenziamento deve essere valutata con riferimento alle abilità (skills), alle attitudini, allo stato di salute o ad altra qualità fisica o mentale del lavoratore e che il titolo, che può influire sulla decisione del datore, indica ogni laurea, diploma o titolo tecnico rilevante per le mansioni che il dipendente deve svolgere⁵⁶².

In pratica, la disciplina inglese contiene una clausola di flessibilità che rende meno rigida l'applicazione delle ipotesi di "*fair dismissal*" idonea ad attribuire al giudice il potere di apprezzare e valutare la ragionevolezza della causa di recesso invocata "*with equity and the substantial merits of the case*" ("secondo equità e in base al merito sostanziale del caso")⁵⁶³.

Nel decidere circa la ragionevolezza del licenziamento la giurisprudenza giuslavorista deve, dunque, operare un contemperamento tra valutazione

⁵⁶⁰TIRABOSCHI M., *Osservatorio sulla giurisprudenza straniera Licenziamento ingiustificato, continuità dell'impiego e categorie protette di lavoratori: il caso inglese*, in Dir. Rel. Ind. 1995,II, 171 ss.

⁵⁶¹DEAKIN S., MCKENDRICK E., *Il diritto del lavoro in Gran Bretagna (1984-1987)*, in DLRI, 1989, p. 501 e ss.

⁵⁶²PITT G., *Employment Law*, London, 1992, p.65

⁵⁶³REDMOND P.W.D., *General Principles of English Law*, Singapore, 1900, p.90 e ss.

oggettiva e valutazione soggettiva delle circostanze del caso concreto applicando il criterio del *reasonable employer* o meglio quello del “band of reasonable responses”⁵⁶⁴.

Il giudice, dunque, per decidere se il licenziamento è giusto o ingiusto deve considerare la ragionevolezza della condotta del datore di lavoro non in base ad una valutazione strettamente personale, ma sulla scorta di una visione il più possibile oggettiva.

In base al principio dei criteri di ragionevolezza (band of reasonableness) un datore di lavoro non è ritenuto responsabile di aver violato i criteri dell’*unfair dismissal* a meno che agisca come nessun altro datore di lavoro ragionevole avrebbe agito in tali circostanze⁵⁶⁵. Nel caso *Lister v. Thom e Sons Ltd* si è affermato che “è necessario che ci sia un’obbligazione contrattuale espressa o implicita che attribuisca rilevanza al titolo”; infatti sebbene il contratto non preveda espressamente nulla in ordine alla *qualification*, è la natura stessa del lavoro che può giustificarne la necessità.

L’unica precisazione è relativa all’opportunità di una consultazione del lavoratore, mirata a dargli la possibilità di chiarire la sua situazione⁵⁶⁶. Non esiste, però, per il datore alcun obbligo legale di consultare il lavoratore prima di accedere al licenziamento anche se, in sede di giudizio, la mancanza di tale consultazione potrà avere un suo peso, per valutare la condotta del datore. Se risulta chiaro che il licenziamento sarebbe intervenuto comunque, la mancata consultazione del lavoratore non lo renderà illegittimo⁵⁶⁷.

Peraltro, il giudizio di ragionevolezza al quale è chiamato il tribunale non può essere modificato nei gradi successivi, a meno che il giudice non abbia

⁵⁶⁴ BARBATO MR e CHIAROMONTE W., Seminario internazionale di diritto comparato del lavoro, PONTIGNANO XXIV, *La disciplina dei licenziamenti individuali in Europa*, in Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007, Milano, 2008, p. 534

⁵⁶⁵ Section 57 1. EPCA.

⁵⁶⁶

⁵⁶⁷ CARUSO B., D’ANTONA M., SCIARRA S., *Il diritto del lavoro nell’Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*; Napoli, 1995, p. 76 e ss.

fatto un cattivo uso delle regole ovvero abbia commesso un chiaro errore giuridico nell'applicazione della prova.

4. LA TUTELA DEL LAVORATORE ILLEGITTIMAMENTE LICENZIATO

In Gran Bretagna, il dipendente che ritiene essere stato licenziato ingiustamente e, dunque, in assenza della causa prevista dalla legge, potrà contestare tale illegittimità convenendo il proprio datore di lavoro in giudizio.

Il dipendente che assume di aver subito un unfair dismissal, tuttavia, dovrà fare ricorso al Tribunale, entro e non oltre tre mesi dalla data di cessazione del rapporto⁵⁶⁸.

Ai sensi della section 67, comma 2, dell'Employment Protection (Consolidation) Act è infatti considerata inammissibile la domanda che non sia presentata entro tre mesi dalla data di effettiva cessazione del rapporto. Le controversie concernenti diritti che trovino la loro fonte in previsioni normative contenute nella legislazione protettiva non sono di competenza dei tribunali ordinari, bensì dell'Industrial Tribunal (I.T.)⁵⁶⁹, un organismo locale tripartito con un presidente giurista e due componenti a latere in rappresentanza dei datori di lavoro e dei sindacati. Gli appelli contro le sentenze dei tribunali del lavoro si propongono davanti all'*Employment Appeal Tribunal* (E.A.T.) anch'esso tripartito ma presieduto da un giudice

⁵⁶⁸ Nel nostro ordinamento è previsto un termine di 60 giorni (art. 6 L. 604/66) per l'impugnativa stragiudiziale del licenziamento, decorrente dalla data di comunicazione del licenziamento ed un termine per il deposito del ricorso giudiziale di 180 giorni decorrenti dall'impugnazione stragiudiziale. Si veda la legge La riforma del lavoro attuata con legge 92/2012 (cd. legge Fornero).

⁵⁶⁹ L'Industrial Tribunals Extension of Jurisdiction (England and Wales) Order No. 1623 dell'11 luglio 1994 ha provveduto ad estendere la giurisdizione dei Tribunali Industriali con riferimento ai ricorsi diretti ad ottenere il risarcimento dei danni in caso di inadempimento del contratto di lavoro subordinato. La nuova giurisdizione dei Tribunali Industriali è circoscritta alle controversie relative alla cessazione del rapporto di lavoro o ad altre circostanze che danno già luogo alla giurisdizione dei Tribunali Industriali.

togato mentre gli appelli contro le decisioni dell'E.A.T. vanno diretti all'ordinaria Court of Appeal e quindi alla House of Lords, che opera attraverso il proprio "comitato giurisdizionale" in cui siedono solo giudici anziani⁵⁷⁰.

Solo in casi eccezionali il lavoratore può essere rimesso in termini, cioè quando "non era ragionevolmente possibile che la domanda fosse presentata prima della fine del periodo di tre mesi"⁵⁷¹.

Se il giudice deciderà per la declaratoria di illegittimità del licenziamento potrà ordinare la reintegrazione o — in alternativa — la riassunzione del lavoratore ingiustamente licenziato.

I rimedi contro l'unfair dismissal sono individuati dall'Employment Protection (Consolidation) Act all'art. 68, *re-employment/ reinstatement o re-engagement e*, in alternativa, un *award compensation*. Nel decidere se ordinare o meno il *re-employment*, il tribunale deve valutare anche l'eventuale contributo del ricorrente al suo licenziamento, se cioè questi sia colpevole di una riprovevole (blameworthy) condotta.

I due istituti *reinstatement o re-engagement* possono essere considerati, sotto il profilo degli effetti, analoghi ai nostri rimedi di reintegra e riassunzione previsti rispettivamente dall'art 18 dello Statuto dei Lavoratori e dell'art. 8 della legge 604 del 15 luglio 1966. Infatti, in caso di *reinstatement* il dipendente (come avviene in Italia per il dipendente reintegrato) deve essere *reinserto* , dal suo datore o da un successore nella mansione dalla quale è stato il legittimante sottratto, come se non si fosse verificato il licenziamento e senza alcuna perdita finanziaria, o perdita di anzianità o di perdita di continuità del servizio; diversamente con il *re-engagement* (come avviene per il dipendente riassunto) il dipendente deve essere *reimpiegato* nuovamente dal datore di lavoro in un lavoro paragonabile (*comparable*) a quello svolto prima del licenziamento o in

⁵⁷⁰ PITT G., *Employment law*, London,1992, p.25 e ss.

⁵⁷¹ GIACOMELLI G., CASELLA L, SCUDIER, *La disciplina dei licenziamenti in Italia e in Europa*, Padova, 1985,p. 107

altro impiego adatto ma non necessariamente nello stesso posto di lavoro o agli stessi termini e condizioni di impiego⁵⁷².

Il re-engagement rappresenta una soluzione proponibile solo quando il reinstatement non sia praticabile. Il contenuto di un ordine di re-engagement dovranno specificare l'identità del datore di lavoro, la natura dell'impiego, la relativa remunerazione, ogni somma che il ricorrente avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi ma che non ha ricevuto a causa del licenziamento; anche in questo caso l'ordine dovrà specificare i diritti e i vantaggi, compresi anzianità e diritti di pensione, che dovranno essere ripristinati⁵⁷³. Anche l'ordine di *reinstatement* avrà contenuto analogo a quello precedente cioè dovrà specificare l'ammontare che il datore dovrà pagare come somme che il ricorrente avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi, ma che non ha ricevuto a causa del licenziamento, inclusi i salari arretrati per il periodo compreso tra la data di cessazione del contratto e quella della reintegrazione. *In Francia, Germania e Gran Bretagna, la reintegrazione è un rimedio solo facoltativo*, che spetta al giudice proporre, ma che ciascuna delle parti può rifiutare optando per la risoluzione del rapporto⁵⁷⁴. Per motivare questa scelta, al datore di lavoro in Gran Bretagna basta dichiarare che tale soluzione è per lui *not practicable*, mentre l'imprenditore tedesco deve dimostrare l'impossibilità della prosecuzione del rapporto, in relazione al perseguimento degli scopi tipici dell'impresa⁵⁷⁵. In alternativa alla reintegrazione, normalmente in questi ordinamenti viene riconosciuta al lavoratore un'indennità a titolo di risarcimento del danno, il cui ammontare è determinato discrezionalmente dal giudice, commisurato al pregiudizio subito dal lavoratore e all'anzianità

⁵⁷² TIRABOSCHI M., *Osservatorio sulla giurisprudenza straniera, Licenziamento ingiustificato, continuità dell'impiego e categorie protette di lavoratori: il caso inglese*, in *Diritto delle relazioni industriali*, fascicolo 1, 1995, p. 171 e ss.

⁵⁷³ *Ibidem*

⁵⁷⁴ TIRABOSCHI M., *Osservatorio sulla giurisprudenza straniera, Autonomia, subordinazione e contratti di lavoro sui generis: un recente revirement (più apparente che reale) della giurisprudenza inglese*, in *Diritto delle relazioni industriali*, fasc. 2, 1996, p. 153 e ss.

⁵⁷⁵ *Ibidem*

di servizio, ma nel rispetto dei limiti, minimi e massimi, eventualmente stabiliti dal legislatore.

Un fattore alla base di questa riluttanza è attribuibile anche alla mancanza di potere da parte del Tribunale di imporre e poi eseguire un ordine di reintegrazione. Il datore di lavoro ha infatti la facoltà di rifiutarsi di eseguire questo ordine, pagando semplicemente un'indennità aggiuntiva fino a 5.330 sterline (o 10.660 sterline nei casi di discriminazione sessuale o razziale). Il datore di lavoro non incorrerà in alcuna problematica in quanto l'indennità è già prestabilita in alternativa alla reintegra⁵⁷⁶.

Incidentalmente si segnala che anche nel nostro ordinamento la sentenza di condanna alla reintegra ed alla riassunzione del lavoratore non è coattivamente eseguibile costituendo una *facere* infungibile. Nel nostro sistema, il lavoratore a fronte del mancato spontaneo adempimento da parte del datore di lavoro, può richiedere un risarcimento del danno, ma mai potrà ottenere la reintegra coattiva⁵⁷⁷. Nel regime di tutela reale ex art. 18 L. n. 300 del 1970 avverso i licenziamenti illegittimi, la predeterminazione legale del danno in favore del lavoratore (con riferimento alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione) non esclude che il lavoratore possa chiedere il risarcimento del danno ulteriore che gli sia derivato dal ritardo della reintegra e che il Giudice, in presenza della relativa prova - il cui onere incombe sul lavoratore ma che, in presenza di precise allegazioni, può essere soddisfatto mediante ricorso alla prova presuntiva - possa liquidarlo equitativamente⁵⁷⁸. Nel sistema inglese, vale lo stesso principio di incoercibilità ma, il lavoratore che è stato licenziato illegittimamente ha già automaticamente riconosciuto dalla legge un diritto ad un risarcimento del danno e al pagamento di una

⁵⁷⁶ HESELER H. e MUCKENBERGER U., *Managing Labour Redundancies in Europe: Instruments and Prospects-The case of Germany*, Labour, 1999, p. 218 e ss.

⁵⁷⁷ TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012, pp. 13-116

⁵⁷⁸ *Ibidem*

ulteriore somma per la perdita economica causata dal licenziamento che deve tenere in considerazione anche la cd. *loss of statutory rights*⁵⁷⁹.

In caso di declaratoria di un fair dismissal al provvedimento di reintegra/riassunzione si aggiungerà, anche quello contenente una condanna al pagamento di sanzioni di carattere risarcitorio.

Il datore, infatti, sarà condannato al pagamento in favore del lavoratore della “basic award” al fine di veder indennizzate le perdite relative ai diritti maturati durante il rapporto di lavoro. In caso di un’incompleta esecuzione l’I.T. prevedrà un “award of compensation”, avendo presente la perdita subita dal ricorrente per l’esecuzione solo parziale dell’ordine.

Tale somma incontra un limite massimo stabilito dalla legge⁵⁸⁰.

Infine nel caso di mancata ottemperanza dell’ordine di reintegra/riassunzione, il lavoratore avrà diritto anche all’*additional award*, il cui ammontare è compreso tre tredici e ventisei settimane di paga, aumentato da ventisei a cinquantadue settimane in caso di licenziamento discriminatorio⁵⁸¹.

Per un quadro completo della materia un’ultima precisazione resta necessaria, collegata agli articoli 133 e ss dell’E.P.C.A. 1978, che propongono gli stessi rimedi descritti adottati in una procedura di conciliazione da intendersi prima dell’istruzione della causa davanti all’I.T.⁵⁸². L’art. 134 dispone che la conciliazione può essere intentata qualora il ricorso sia presentato all’I.T. e una copia di esso sia stata spedita al funzionario conciliatore; in tal caso sarà dovere di quest’ultimo

⁵⁷⁹TIRABOSCHI M., *Osservatorio sulla giurisprudenza straniera Licenziamento ingiustificato, continuità dell’impiego e categorie protette di lavoratori: il caso inglese*, in Dir. Rel. Ind. 1995,II, 171 ss

⁵⁸⁰La section 75, infatti, individua il limite massimo entro il quale dovranno essere contenute tali indennità. Si pensi, anche in tal caso, all’analogia con il nostro nuovo dettato dell’art. 18 Statuto dei Lavoratori nel quale in linea generale, nel caso di tutela indennitaria, il lavoratore avrà diritto ad una somma che viene compresa tra le 12 e le 24 retribuzioni globali di fatto.

⁵⁸¹VENEZIANI B., *The Evolution of the Contract of Employment*, in Hepple B., *The Maxing of Labour Law in Europe*, Mansell, London,1986, p. 31 e ss.

⁵⁸²CARUSO B.,D’ANTONA M.,SCIARRA S., *Il diritto del lavoro nell’Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*; Napoli, 1995, p.91 e ss.

promuovere una conciliazione tra le parti se queste lo richiedono o, in assenza di tale richiesta, se ritiene che sussistono ragionevoli possibilità di successo. Il tentativo sarà esperito affinché le parti si accordino su un *reinstatement* o un *re-engagement*, ma anche in questo caso la volontà del ricorrente di essere *re-employed* e la praticabilità dei rimedi da parte manageriale saranno condizioni determinanti, nella scelta dei rimedi da parte dei contendenti. Ove, infatti, manchino tali condizioni, il funzionario conciliatore cercherà di promuovere un accordo in termini di risarcimento. In alternativa alle forme di *re-employment* l'art. 72 dell'E.P.C.A. prevede un risarcimento che consiste in un premio base (*basic award*), un premio risarcitorio (*compensatory award*) e, laddove il licenziamento sia comminato per *trade union membership* o *non membership of union* in un premio speciale (*special award*)⁵⁸³. L'ammontare del *basic award* sarà calcolato con riferimento al periodo durante il quale il lavoratore è stato con continuità impiegato presso il suo datore di lavoro, accordando una settimana e mezzo di paga per ogni anno di impiego in cui il lavoratore aveva meno di 41 anni di età; una settimana di paga per ogni anno di impiego in cui il lavoratore non era al di sotto dei 22 anni di età; mezza settimana di paga per ogni anno di impiego che non ricade nei casi precedenti⁵⁸⁴. Il *compensatory award*⁵⁸⁵ sarà dell'ammontare che il tribunale considererà giusto ed equo nelle circostanze, avendo riguardo alla perdita sostenuta dal ricorrente in conseguenza del licenziamento, in quanto attribuibile all'azione del datore. L'ammontare dello *special award* sarà pari a una settimana di paga moltiplicata per 156, salvo che il datore di lavoro non dimostri che l'esecuzione dell'ordine rappresenta per lui una soluzione non praticabile. In tal caso, la somma si riduce ad una settimana

⁵⁸³ Ibidem

⁵⁸⁴ TIRABOSCHI M., *Tribunali Industriali e tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori: il caso inglese*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fascicolo 2, 1996, pp. 161-182

⁵⁸⁵ La sentenza *Norton Tool Co v. Tewson* in cui la corte ha precisato che il risarcimento comprenderà le perdite finanziarie ma non includerà i danni morali

di paga moltiplicata per 104 ed è assoggettata ad un tetto minimo e massimo.

Un particolare rimedio è costituito dall'*interim relief*⁵⁸⁶. Se un lavoratore ricorre ad un I.T., entro sette giorni dal licenziamento, producendo un attestato firmato da un rappresentante del sindacato che affermi che vi sono ragionevoli motivi per ritenere che il licenziamento sia legato all'affiliazione sindacale o attività sindacali, il tribunale, qualora consideri probabile che nel giudizio definitivo sarà provata la sussistenza di tali ragioni, concede un'ordinanza provvisoria di reintegrazione a favore del lavoratore⁵⁸⁷. Se il datore di lavoro rifiuta di ottemperare a tale richiesta, la corte può ordinare che il lavoratore sia *suspended on full pay* (sospeso a stipendo pieno).

5. LE ALTRE IPOTESI DI LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO CON PARTICOLARE ATTENZIONE ALLA REGOLA DEL PREAVVISO

Dalla fattispecie di *unfair dismissal* (*licenziamento senza giusta causa*), deve distinguersi l'ipotesi di *wrongful dismissal* (*licenziamento illegittimo*) prevista dalla giurisprudenza di *common law*⁵⁸⁸.

In base alle regole di *common law*, un dipendente può essere licenziato per giusta causa senza preavviso, o indennità sostitutiva dello stesso, qualora il comportamento sia talmente grave da provocare una rottura irrimediabile del vincolo fiduciario che deve necessariamente intercorrere tra il datore di lavoro e il dipendente. In sostanza tale ultima fattispecie consiste in una violazione da parte del datore di lavoro delle obbligazioni scaturenti dal

⁵⁸⁶ JAMES P., *Introduction to English Law*, London, 1989, p.78

⁵⁸⁷ Trade Union and Labour Relations Consolidation Act 1992, art 161-166

⁵⁸⁸ Rammentiamo che nel diritto inglese esiste anche il sistema parallelo di Common Law. In ambito generale il Common law fissa i principi della responsabilità civile, secondo l'interpretazione della giurisprudenza. Si veda S. DEAKIN, Regno Unito, *Profili Giuridici*, in *La Gestione Delle Eccedenze di personale in Europa, Un'analisi giuridica ed economica I VOLUME*, Roma 1995, 559 ss.

contratto di lavoro e, dunque, si concretizza in una classica azione per inadempimento contrattuale⁵⁸⁹. Tradizionalmente il common law riconosce l'assoluto diritto del datore di lavoro di risolvere il contratto dando semplicemente al lavoratore il preavviso previsto.

Dopo un mese di lavoro i dipendenti hanno diritto ai seguenti periodi di preavviso: una settimana, fino a due anni di anzianità di servizio; un'ulteriore settimana per ogni successivo anno di servizio fino a un massimo di 12 settimane. Tali sono i periodi minimi di preavviso. I datori di lavoro spesso pagano una somma di denaro in luogo del preavviso, qualora non abbiano interesse a che il dipendente licenziato lavori durante tale periodo.

Secondo i principi della *common law* si verifica una ipotesi di *wrongful dismissal* quando il recesso sia stata intimato al lavoratore senza il rispetto del termine di preavviso cui ha diritto, ovvero quando il lavoratore sia stato licenziato da un rapporto di lavoro a tempo determinato prima della scadenza del termine⁵⁹⁰.

Anche nel sistema di diritto inglese, come in quello italiano, infatti, è previsto che il lavoratore in caso di licenziamento debba avere un congruo preavviso, la cui estensione dipende in linea di massima dalle intese negoziali delle parti, dagli *implied terms* del contratto o dagli usi⁵⁹¹.

Il mancato rispetto del preavviso costituisce un inadempimento da parte del datore di lavoro che può essere sanzionato con una condanna in favore del lavoratore al pagamento di una indennità sostitutiva che viene quantificata sulla base della durata del rapporto di lavoro risolto, come dalla section 49 dell'Employment Protection Consolidation Act (EPCA)⁵⁹².

⁵⁸⁹ BARBATO MR e CHIAROMONTE W., Seminario internazionale di diritto comparato del lavoro, PONTIGNANO XXIV, *La disciplina dei licenziamenti individuali in Europa*, in Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007 Milano, 2008, 534.

⁵⁹⁰ TIRABOSCHI M., *Osservatorio sulla giurisprudenza straniera Licenziamento ingiustificato, continuità dell'impiego e categorie protette di lavoratori: il caso inglese*, in Dir. Rel. Ind. 1995,II, p. 171 e ss.

⁵⁹¹ Ibidem

⁵⁹² WEDDERBURN OF CHALTON, *Labour Law: From Here to Autonomy?* in ILJ, 1986, p. 1 e ss.

La norma prevede che il lavoratore possa accettare un pagamento in sostituzione del preavviso (*payment in lieu*). Da tale tutela sono esclusi i soggetti che normalmente lavorano fuori dalla Gran Bretagna, i mariners (i marinai) (art 144) e i dock workers (i lavoratori portuali) (art. 145). Queste categorie trovano una tutela analoga nella disciplina della Common Law che , riconosce un diritto al preavviso. In passato in applicazione della giurisprudenza di Common Law il periodo richiesto di preavviso derivava normalmente dalla prassi e consuetudine prevalenti nello stabilimento o nel comparto industriale di appartenenza⁵⁹³.

Inoltre, in ragione della parità della parti contrattuali, il preavviso era normalmente lo stesso per ciascuna parte. Questo indirizzo si fa risalire alle decisioni assunte nel XIX secolo. In relazione al preavviso, si sosteneva che “gli usi generali sono tacitamente annessi a tutti i contratti relativi all’attività economica con riferimento alla quale vengono stipulati, a meno che tali contratti li escludano espressamente o implicitamente”.

Esistono, tuttavia, nel Regno unito ipotesi di recesso *in tronco* per le quali non è dovuto alcun preavviso. Sono questi i casi di *summary dismissal* nei quali la mancanza del lavoratore è talmente grave⁵⁹⁴ da legittimare il recesso *without notice*. Altro obbligo che la legge pone a carico del datore di lavoro che commina un licenziamento è quello di fornire le motivazioni , su richiesta del lavoratore⁵⁹⁵.

Giustificano, ad esempio, un recesso senza preavviso eventi tipizzati nella common law quali la volontaria disobbedienza (*wilful disobedience*), volontaria negligenza (*wilful neglect*) e la cattiva condotta (*misconduct*).

⁵⁹³ COLLINS H., *Justice in Dismissal, The law of Termination of Employment*, Oxford,1992, p.45

⁵⁹⁴ Si pensi alla nostra giusta causa ex art. 2118 c.c. che giustifica il licenziamento senza preavviso se la causa invocata è talmente grave da far venir meno i presupposti per la prosecuzione anche temporanea del rapporto di lavoro.

⁵⁹⁵ Il lavoratore può richiedere al suo datore una dichiarazione scritta, contenenti le ragioni del licenziamento. Il datore deve fornirla entro 14 giorni ma solo per i lavoratori con sei mesi di anzianità di servizio.

La differenza tra i due tipi di recesso si traduce- in termini pratici - anche in una diversa competenza giurisdizionale.

Infatti, l'*unfair dismissal* è attribuito come esaminato in precedenza alla competenza esclusiva dal Tribunale del Lavoro (*Industrial Tribunal*) mentre il (*wrongful dismissal*) consistendo in un giudizio volto all'accertamento di una responsabilità contrattuale per inadempimento posto in essere da parte del datore di lavoro resta di competenza dell'*High Court*, cioè del Tribunale ordinario⁵⁹⁶.

Nel caso *Polkey v. A.E. Dayton Services Ltd*, la Camera dei Lords ha annullato la sentenza *Wass v. Binns*, sostenendo che la ragionevolezza del licenziamento deve essere determinata in riferimento ai fatti noti all'imprenditore al tempo del licenziamento; gli avvenimenti successivi al recesso non rilevano ai fini di un giudizio di legittimità, sebbene possano valere a ridurre l'ammontare l'indennità dovuta al lavoratore. Un altro caso importante è quello di *Smith v. Glasgow City D.C.*, Lord Mackay ha segnalato che il datore di lavoro deve addurre ragioni chiare al momento del licenziamento e che esse devono essere motivate , quando al lavoratore viene consentito di difendersi.

Attualmente, come anticipato, la nuova giurisdizione dei Tribunali Industriali come modificata dalla riforma del 1993 è stata ampliata fino a comprendervi anche alcuni ricorsi di Common Law, relativi a indennità derivanti dalla risoluzione del contratto di lavoro o in relazione a qualche caso di risarcimento ai sensi di legge.

L'attore, dunque, non sarà più obbligato a rivolgersi ai due diversi organi giurisdizionali, ognuno nell'ambito delle proprie competenze esclusive, per la soluzione di un'unica controversia, nel caso in cui nel corso di un

⁵⁹⁶ Ciò in quanto questa figura di recesso, soggetta alla disciplina di *common law* e non alla legislazione di tutela dei lavoratori, segue il rito previsto per l'inadempimento del contratto. TIRABOSCHI M., *Tribunali Industriali e tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori: il caso inglese*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc. 2, pp. 161-182

processo per *unfair dismissal* fossero emerse situazioni secondarie riconducibili a una violazione del contratto (*breach of contract*)⁵⁹⁷.

Altra differenza tra i due tipi di licenziamento si rinviene anche nei termini di decadenza dell'azione.

Infatti, sotto altro profilo, l'azione per far accertare un *wrongful dismissal*, in applicazione delle regole generali di diritto comune, non ha un termine decadenziale breve, come avviene per l'*unfair dismissal* (tre mesi), ma deve essere esercitata entro il termine ordinario di 6 anni decorrenti dalla data del licenziamento.

Infine, contro il *wrongful dismissal* è prevista un'azione volta ad ottenere in giudizio il solo risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento contrattuale, ovvero al *breach of contract*⁵⁹⁸.

Questo è, dunque, un evidente limite della disciplina di Common Law in tema di licenziamento, in quanto il lavoratore normalmente, in caso di violazione degli obblighi contrattuali, potrà ottenere esclusivamente un risarcimento dei danni patiti dall'inadempimento del contratto da parte del datore di lavoro che, in termini pratici, si traduce nel corrispettivo per salario non corrisposto o per il salario relativo al periodo di preavviso. In rari casi la giurisprudenza ha riconosciuto che tale risarcimento può estendersi fino a coprire i salari per un periodo successivo al recesso durante il quale il lavoratore aveva un diritto contrattuale a che una procedura disciplinare venisse applicata a suo favore, ma appare molto difficile che possa rivendicare salari per un periodo superiore.

⁵⁹⁷ JAMES P., Op. Cit., p.99

⁵⁹⁸ BARBATO MR e CHIAROMONTE W., Seminario internazionale di diritto comparato del lavoro, PONTIGNANO XXIV, *La disciplina dei licenziamenti individuali in Europa*, in Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007 Milano, 2008, p. 534.

6. LA CATEGORIA DEL LICENZIAMENTO PER ECCEDEXA: I LICENZIAMENTI PER REDUNDANCY INDIVIDUALI E COLLETTIVI

Come anticipato nei paragrafi precedenti tra le ragioni che possono rendere legittimo il licenziamento vi è anche quella che nel nostro sistema viene definita economica, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

L'Employment Rights Act del 1996 disciplina espressamente l'economic dismissal nella Section 139 disponendo che il lavoratore può essere licenziato per redundancy⁵⁹⁹. In Gran Bretagna, in presenza di *redundancy*, l'ordinamento accorda la medesima tutela, sul piano sia individuale che collettivo, anche al licenziamento di un solo lavoratore, ma dopo le riforme degli anni 90, devono essere almeno venti i licenziamenti che l'imprenditore intenda porre in essere, affinché sorga l'obbligo di procedere alla *consultazione dei rappresentanti dei lavoratori*. Tuttavia, ai fini del relativo computo, vengono in considerazione tutti i licenziamenti "per motivi non inerenti alla persona del lavoratore"⁶⁰⁰. L'interpretazione giurisprudenziale si è svolta nel senso di escludere il configurarsi della redundancy nelle fattispecie concrete, di volta in volta riconoscendo ai datori di lavoro ampia facoltà di rimaneggiare unilateralmente termini e condizioni contrattuali, oppure riconducendo numerose ipotesi di licenziamento per motivi economici alla già diversa causa giustificatrice della s.o.s.r., così da consentire ai datori di lavoro di sottrarsi agli obblighi che scaturivano a loro carico in presenza di un'eccedenza di personale⁶⁰¹.

I casi di licenziamento economico riguardano le ipotesi:

⁵⁹⁹ DE GIOIA CARABELLESE P., *Analisi del quadro normativo dell'economic dismissal nel Regno Unito Un possibile modello di riferimento per l'Italia*, in Dir. Rel ind., fasc.4, 2012.

⁶⁰⁰ PROGRAMMA SOCRATES I licenziamenti per riduzione di personale in Europa. - Bari, 2001., p. 544 e ss.

⁶⁰¹ DEAKIN S., *Regno Unito, Profili Giuridici*, in *La Gestione Delle Eccedenze di personale in Europa, Un'analisi giuridica ed economica*, I VOLUME, Roma 1995, pp. 576-582

1. in cui il datore di lavoro abbia cessato o intenda cessare l'attività in ragione della quale l'intera forza-lavoro è stata assunta e tuttora lavora,
2. ovvero qualora il datore di lavoro intenda cessare l'attività solo nel luogo di lavoro ove il dipendente presta il suo servizio;
3. infine quando l'attività svolta da quello specifico lavoratore, non è più richiesta in assoluto ovvero non è più richiesta nel luogo di lavoro dove viene prestata⁶⁰².

Anche in questo caso il datore di lavoro prima di intimare il recesso è tenuto a rispettare una specifica procedura: *avvisare* i lavoratori della possibilità di una soppressione del loro posto di lavoro; *consultare* i dipendenti che potrebbero essere coinvolti nel licenziamento; *stabilire* criteri oggettivi e non discriminatori di selezione dei dipendenti da licenziare con i sindacati o le rappresentanze dei lavoratori; *assicurarsi* che la selezione sia corretta ed effettuata in base ai criteri di selezione definiti; *cercare* soluzioni alternative di impiego da offrire ai dipendenti che saranno licenziati⁶⁰³. I criteri di selezione devono essere oggettivi e ragionevoli ed essere applicati in maniera coerente e verificabile e non comportare alcuna discriminazione tra i dipendenti, ad esempio in base all'età. Il datore deve poi valutare se esistono delle valide possibilità alternative di ricollocazione dei dipendenti interessati dalla procedura, che vanno offerte prima della cessazione del rapporto. Il nuovo rapporto di lavoro deve iniziare immediatamente al termine del precedente rapporto o al massimo nelle quattro settimane successive. Qualora le condizioni del nuovo contratto differiscano da quello originario, al dipendente è concesso un periodo di quattro settimane per decidere se accettare o meno il nuovo impiego. Un

⁶⁰² Ibidem

⁶⁰³ TOFFOLETTO F. e NESPOLI E. ,*I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione Europea*, Milano, 2008, p.218 e ss.

rifiuto non giustificato comporta la perdita del diritto alle indennità previste per il caso di licenziamento per riduzione di personale⁶⁰⁴.

Il lavoratore licenziato per motivi economici nell'ambito del *dismissal by way of redundancy* avrà diritto ad ottenere una speciale indennità la c.d. *statutory redundancy payment*, somma erogata a titolo di “monetizzazione” del danno conseguente alla perdita dell'occupazione, che varia a seconda del reddito del lavoratore, dell'età e dell'anzianità di servizio. Deve essere corrisposta dall'employer, a meno che questi sia insolvente, in tale ipotesi il pagamento dell'indennità graverà sullo Stato. Infatti, ai sensi dell'ERA 1996, Section 166, in caso di insolvenza del datore di lavoro, il dipendente farà una richiesta al Secretary of State for Business, Innovation and Skills; il lavoratore dovrà dimostrare che è legittimato al pagamento e dovrà dare prova del fatto che ha ragionevolmente adottato misure per richiedere il pagamento⁶⁰⁵. Infatti, in Italia, in caso di insolvenza del datore di lavoro il lavoratore può chiedere il pagamento attingendo al fondo appositamente gestito dall'INPS.

La previsione di una indennità in caso di licenziamento economico è stata inserita con il *Redundancy Payment Act* del 1965⁶⁰⁶ con l'intento di ricercare metodi alternativi di compensazione tra domanda e offerta di lavoro. Infatti, secondo il legislatore, l'erogazione di una indennità avrebbe assistito il lavoratore espulso nella ricerca di un altro lavoro e avrebbe accelerato la mobilità della manodopera verso nuove aree di crescita occupazionale nell'economia⁶⁰⁷. Nel Regno Unito vige il principio della massima libertà dell'impresa nella determinazione dei propri comportamenti, e per la gestione delle eccedenze ci si affida completamente alle capacità riallocative del mercato del lavoro esterno e, quindi, alla mobilità del fattore lavoro. Concretamente tale buonuscita

⁶⁰⁴ PROGRAMMA SOCRATES, op. cit., p.561

⁶⁰⁵ Ibidem

⁶⁰⁶ DEAKIN S., *Regno Unito, Profili Giuridici, in La Gestione Delle Eccedenze di personale in Europa, Un'analisi giuridica ed economica*, I VOLUME, Roma 1995,p.552 e ss.

⁶⁰⁷ Ibidem

ammonta ad un salario di una settimana lavorativa per ogni anno di servizio in cui il lavoratore abbia avuto non meno di 22 anni, con un tetto massimo di 400 sterline; 1 settimana e ½ di stipendio per ciascun anno di servizio in cui il dipendente abbia avuto 41 o più anni ; ½ settimana di stipendio per ciascun anno di servizio che non rientra in nessuno dei punti precedenti⁶⁰⁸.

Ad esempio se il lavoratore ha lavorato per 20 anni con una salario di 500 sterline a settimana, la base di calcolo sarà pari a 400 sterline da moltiplicare per 1,5, nel caso del lavoratore che risultasse aver precedentemente prestato servizio in età di 41 anni e più. Il risultato va a sua volta moltiplicato per gli anni di servizio prestato (x un massimo di 20 anni). Quindi l'assegno complessivo si ragguaglierebbe a 12 mila sterline, importo che, come sopra detto, rappresenta anche il costo massimo che, a seguito di redundancy, un datore di lavoro dovrà sostenere per unità lavorativa.

Ciò non toglie che il datore di lavoro possa offrire somma superiori al minimo di legge per incentivare il lavoratore come previsto dal disposto della *Section* 141 dell'ERA 1996.

Il lavoratore, in ogni caso, perderà il diritto alla redundancy pay nel caso in cui lo stesso rifiuti una offerta di *suitable alternative employment*, dunque una adeguata offerta di lavoro alternativa da parte del datore di lavoro ovviamente nel caso di contrazione della forza-lavoro o chiusura parziale dell'attività di impresa. Tale alternativa però deve avere le stesse caratteristiche del lavoro dal quale il dipendente viene licenziato, sia in termini di stipendio, sia in termini di parità mansioni, sia in termini di luogo della prestazione.

Il datore di lavoro, infatti, in tutte le ipotesi di economic dismissal, prima intimare il licenziamento per redundancy deve avviare una trattativa o con

⁶⁰⁸ TOFFOLETTO e NESPOLI, op. cit., p.218

l'intera forza lavoro ovvero con quello specifico lavoratore individuato come eccedente all'esito della quale comunicare il recesso⁶⁰⁹.

Infatti, lo scopo di tale fase preliminare da intavolare con le *trade unions* britanniche, è quella di attivare l'attività di negoziazione e rendere trasparente il processo preliminare al *redundancy dismissal*, una volta che viene annunciato dal datore di lavoro⁶¹⁰.

La redundancy pertanto non si prospetta immediata ed il suo iter non è privo di sorveglianza in fase attuativa, atteso che viene comunicata alle organizzazioni sindacali le quali, informate delle ragioni e dei meccanismi di selezione, intervengono se del caso per reprimere eventuali abusi.

In sede di economic dismissal il lavoratore è tutelato da eventuali discriminazioni che il datore di lavoro potrebbe compiere al momento della scelta dei dipendenti da licenziare.⁶¹¹

Il datore di lavoro che procede al licenziamento economico, per contrazione di forza lavoro, infatti, per non imbattersi in un unfair dismissal deve operare la scelta dei lavoratori in esubero usando il criterio -già esaminato- della reasonableness (ragionevolezza). Ovviamente nell'ipotesi diverse dalla chiusura dell'intera attività, in quanto in tal caso si imporrà la scelta di coloro che devono rimanere e di quelli che devono lasciare.

In tal modo il dipendente è tutelato anche da eventuali illegittime discriminazioni in violazione dei principi legislativi, da ultimo contenuti nell'Equality Act del 2010, secondo cui è fatto divieto di discriminare i lavoratori sul posto di lavoro per determinate caratteristiche (le c.d. protected characteristics), ovvero applicando eventuali forme di discriminazione razziale o sessuale⁶¹². Ad esempio, al fine della redundancy

⁶⁰⁹ NAPIER, *Flessibilità e diritto del lavoro nel Regno Unito*, in LD, 1992.

⁶¹⁰ GHITTI C., *Il controllo sindacale nei licenziamenti collettivi. Spunti dal Regno Unito, in atti del convegno Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali*, Venezia, 2013.

⁶¹¹ CRAIG V., *Unfair dismissal – British Labour Pump revisited*, in *Employment Law Bulletin*, 1994, n. 2, 6-7..

⁶¹² DEAKIN S., Regno Unito, *Profili Giuridici*, in *La Gestione Delle Eccedenze di personale in Europa, Un'analisi giuridica ed economica I VOLUME*, Roma 1995, p. 552 e ss.

è stata valutata discriminatoria la scelta di lavoratori anziani a beneficio dei giovani, in quanto andrebbe ad incidere sull'età quale protected characteristic; una selezione ai fini della redundancy che pregiudicasse una delle protected characteristics renderebbe il dismissal by way of redundancy automaticamente unfair (illegittimo). Nello stesso senso è stato valutato il licenziamento di tutti i lavoratori a tempo parziale di uno stabilimento, precedente al licenziamento di qualsiasi lavoratore a tempo pieno, in quanto è stata considerata una forma di discriminazione indiretta basata sul sesso, poiché la grande maggioranza del personale a tempo parziale era femminile. In caso di mancato rispetto della disciplina il lavoratore viene licenziato ingiustamente e, per tale ragione, avrà diritto ad un'indennità base equivalente all'indennità di eccedenza, unitamente ad un risarcimento del danno.⁶¹³

A differenza dell'Italia, l'economic dismissal può essere utilizzato anche nel settore pubblico, in quanto nel Regno Unito il lavoratore, presta la sua opera in virtù di una identica relazione giuridica, la quale si fonda su di un contratto, il *contract of service*, il quale conferisce al worker lo status speciale di employee, indipendente dal fatto che questo venga esperito nel settore privato o nel settore pubblico. Esiste infatti anche un dismissal governed by public law, che attiene al rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici. In tali ipotesi il lavoratore oltre a giovare delle garanzie previste per il dipendente in generale per la protezione del lavoro può contare anche su rimedi di diritto pubblico ed in particolare il controllo giurisdizionale del giudice ordinario sugli atti della Pubblica Amministrazione.

L'economic dismissal è, pertanto, uno strumento di tutela giuslavorista, applicabile a tutti coloro che, nel Regno Unito, risultino essere dipendenti,

⁶¹³ Ibidem

ove ricorrano i presupposti della redundancy e, dunque, qualora si verificano i presupposti di cui alla già citata Section 139 dell'ERA 1996⁶¹⁴. Il licenziamento collettivo si applica alle grandi imprese, ai piccoli esercenti (small businesses), ai datori di lavoro privati e pubblici comprese le categorie dei magistrati. Ciò, in quanto la redundancy fa riferimento al lavoratore dipendente che abbia un contract of service con il datore di lavoro, indipendentemente da altri requisiti.

7. LE PECULIARITÀ DEL COLLECTIVE DISMISSAL

La legge, è bene ribadire, vieta che il lavoratore, il quale sia occupato con continuità da almeno due anni presso lo stesso imprenditore, e al quale possa essere riconosciuto lo status di "employee" sia licenziato in mancanza di validi motivi giustificativi⁶¹⁵.

Le obbligazioni previste dalla parte IV dell'Employment Protection Act del 1975 sono di due tipi: il dovere di consultazione posto a carico del datore di lavoro in caso di *redundancies* e il dovere di *notificazione* concernente i licenziamenti collettivi. Sebbene il datore di lavoro possa riconoscere un sindacato per i fini della contrattazione collettiva, in modo tale che quel sindacato può beneficiare dei diversi diritti legali di cui fruisce in forza dello status di riconoscimento, è possibile per quel datore di lavoro, in ogni momento, disconoscere quel sindacato⁶¹⁶. Il secondo aspetto dell'obbligo imposto dalla legge in presenza di una procedura di licenziamento collettivo emerge dall'articolo 100 dell'Employment Protection Act del 1975, che pone un dovere a carico del datore di lavoro che intende progettare un

⁶¹⁴DE GIOIA CARABELLESE P., *Analisi del quadro normativo dell'economic dismissal nel Regno Unito. Un possibile modello di riferimento per l'Italia*, in Dir. Rel ind., fasc.4, 2012.

⁶¹⁵CARABELLI U., *Gli studi-paese a confronto: Il quadro giuridico*, in Documenti CNEL, Roma, 1995, p.51 e ss.

⁶¹⁶NEAL A. C., *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Gran Bretagna*, in Diritto delle relazioni industriali, fascicolo 2, 1992, pp. 181-190

licenziamento collettivo ricadente nella previsione legale, di notificare preventivamente all'autorità pubblica le sue intenzioni.

Questo obbligo previsto dalla sezione III sorge:

- 90 giorni prima che il primo licenziamento abbia effetto, nel caso ci siano 1090 o più lavoratori in ogni stabilimento, siano da licenziare nel periodo di 90 giorni o meno
- Per un periodo di 430 giorni se il numero dei lavoratori da licenziare sia almeno pari a 10, 30 giorni prima che il primo licenziamento venga effettuato.

I licenziamenti collettivi che coinvolgono meno di dieci lavoratori non prevedono l'obbligo di notifica⁶¹⁷.

La fase preliminare di informazione/consultazione sindacale assume una rilevanza particolare in tema di licenziamento collettivo.

Nell'ambito infatti del licenziamento collettivo l'ERA 1996 richiama le norme di diritto sindacale inglese delineate dal Trade Union and Labour Relations Con-solidation Act del 1992 (TULRCA 1992) il quale prescrive che il datore di lavoro che, per ragioni economiche, sia in procinto di proporre licenziamenti, che coinvolgano venti o più lavoratori di una stessa attività produttiva, deve consultare, con un anticipo i rappresentanti dei lavoratori che possano essere destinatari di licenziamenti e, dunque, i rappresentanti delle *trade unions*, ossia i "sindacalisti" di quei lavoratori in redundancy⁶¹⁸. In realtà l'obbligo di consultazione anticipata sorge anche quando il datore di lavoro proponga di rendere esuberante anche un singolo lavoratore. Nel caso in cui però i lavoratori da licenziare per esubero siano in numero superiore a trenta la legge inglese facendo riferimento al momento in cui il datore di lavoro propone i licenziamenti, la legge fissa un termine per l'avvio della consultazione.

⁶¹⁷ NEAL A.C. , *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Gran Bretagna*, in *Diritto delle relazioni industriali*, fascicolo 2, 1992, pp. 181-190

⁶¹⁸ DEAKIN S., Regno Unito, *Profili Giuridici*, in *La Gestione Delle Eccedenze di personale in Europa, Un'analisi giuridica ed economica*, I VOLUME, Roma, 1995,p.552 e ss.

Si deve rilevare che nell'ambito dei licenziamenti collettivi la legge definisce l'ipotesi di *redundancy* in una maniera più ampia e complessa rispetto a quanto indicato nella section 98 dell'ERA come causa di legittimazione al licenziamento, ricomprendendo anche ipotesi che non attribuiscono al lavoratore il diritto ad ottenere la c.d. *redundancy compensation*.

Come rilevato, nel caso di licenziamenti collettivi il datore di lavoro deve rispettare un termine di preavviso per le consultazioni.

Il periodo di preavviso nelle consultazioni deve essere di almeno 30 giorni, se i lavoratori in esubero da licenziare sono in numero compreso fra 20 e 99; dovrà essere, invece, di almeno 90 giorni se i lavoratori interessati siano 100 o più di 100.

Lo scopo delle consultazioni preliminari, come anticipato, consente all'organismo sindacale la conoscenza anticipata delle ragioni di *redundancy* e permette alle medesime di esprimere, nell'interesse dei lavoratori, il proprio punto di vista sugli argomenti⁶¹⁹. La legge britannica definisce anche il significato di consultazione. Infatti, il datore di lavoro è tenuto a prendere in considerazione le richieste presentategli, a rispondergli e, se le respinge, ad illustrare le ragioni di questo. Inoltre, la consultazione deve prendere in esame ogni possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti e di mitigarne gli effetti e "sarà intrapresa dal datore di lavoro al fine di giungere ad un accordo con i rappresentanti sindacali".

Il datore di lavoro è, infatti, tenuto ad esporre i motivi alla base delle sue proposte, il numero e la descrizione dei lavoratori interessati dalla proposta, il numero totale di lavoratori dello stabilimento secondo le principali categorie; il metodo proposto per la selezione dei lavoratori da collocare in esubero, compresi i tempi di attuazione e il periodo nel corso del quale si effettueranno i licenziamenti; le modalità di calcolo delle indennità di

⁶¹⁹DEAKIN S., Regno Unito, *Profili Giuridici*, in *La Gestione Delle Eccedenze di personale in Europa, Un'analisi giuridica ed economica*, I VOLUME, Roma 1995, p. 552 e ss.

eccedenza, siano esse di ammontare inferiore o superiore a quanto previsto dalla legge.

Tale previsione, peraltro, è in linea con la direttiva comunitaria sui licenziamenti economici di tipo collettivo, la quale si fonda su tre principi: a) comunicazione ovvero informativa alle parti interessate; b) consultazione di tipo collettivo; c) La direttiva 98/59/CE fa obbligo infatti ai datori di lavoro che prevedono di effettuare licenziamenti collettivi di procedere a consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori al fine di giungere a un accordo. Nelle consultazioni devono essere esaminate le possibilità di evitare i licenziamenti collettivi o di ridurre il numero di lavoratori interessati, nonché di attenuare le conseguenze dei licenziamenti ricorrendo a misure sociali di accompagnamento intese in particolare a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati.

La consultazione con la trade union a cui fa seguito la consultazione individuale con ogni lavoratore interessato seppure generalmente prevista anche nei licenziamenti economici individuali è obbligatoria solo per le collective redundancy come individuate dal TULRCA.

A tale obbligo preliminare il datore di lavoro non può mai sottrarsi in quanto la sec. 188 1B) del TULRCA, pur assegnando una posizione prioritaria ai rappresentanti della trade union riconosciuta dal datore di lavoro, obbliga il medesimo, ove questa manchi, ad informare e consultare comunque i rappresentanti dei lavoratori appositamente eletti a tal fine⁶²⁰.

Il datore di lavoro, poi, oltre a tale obbligo consultivo ha, anche, il dovere di informare il Dipartimento del lavoro quando propone di licenziare almeno 10 lavoratori⁶²¹.

L'unica possibilità per il datore di lavoro per evitare tale fase obbligatoria di consultazione/informazione preliminare è quella di invocare l'esistenza

⁶²⁰GHITTI C., *Il controllo sindacale nei licenziamenti collettivi. Spunti dal Regno Unito, in atti del convegno Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali*, Venezia, 2013.

⁶²¹Sec. 193 del TULRCA. La mancata trasmissione di queste informazioni può rendere il datore di lavoro responsabile di un reato punibile con un'ammenda come previsto dalla set. 194

di *speciali circostanze che rendono* “non ragionevolmente praticabile” il rispetto per il datore di lavoro conformarsi a tutti i requisiti indicati dalle sottosezioni, o che il datore ha percorso tutti i passaggi necessari per conformarsi con ciò che è richiesto per quanto fosse praticabile in quelle circostanze verso il conformarsi a quanto legalmente richiesto⁶²². Il datore di lavoro dovrà dimostrare di aver fatto tutto ciò che era ragionevolmente possibile per adempiere agli obblighi previsti nelle circostanze del caso⁶²³ e, qualora la prova venga ritenuta soddisfacente, egli non dovrà sopportare alcuna conseguenza sanzionatoria per l'inadempimento degli obblighi preliminari di consultazione⁶²⁴. Una ipotesi di "special circumstance" potrebbe ricorrere nel caso di insolvenza, il datore di lavoro può sfuggire agli obblighi di fornire informazioni dettagliate e di consultare i rappresentanti sindacali se può dimostrare che “circostanze speciali” non hanno reso “ragionevolmente praticabile” il rispetto della legge. Si consideri anche che, nel Regno Unito, i rappresentanti delle aziende sono perseguibili per frode se continuano l'attività oltre il momento in cui appare loro evidente il fallimento dell'azienda.

In ogni caso si deve segnalare che la violazione degli obblighi di informazione e consultazione potrà essere sanzionata su richiesta del sindacato o dei rappresentanti dei lavoratori attraverso un protective award ed una condanna del datore di lavoro a corrispondere ai lavoratori licenziati la normale paga settimanale per un periodo massimo di 90 giorni. In caso di mancata informazione o consultazione, il sindacato può ricorrere al Tribunale del lavoro, che ha il potere di emettere una “sentenza protettiva” (protective award), in cui garantisce ai lavoratori il loro normale livello di remunerazione per il periodo in cui avrebbe dovuto aver luogo la consultazione. Il Tribunale, tuttavia, ha la discrezionalità di emettere una

⁶²² PROGRAMMA SOCRATES, *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001, p. 564 e ss.

⁶²³ Ibidem

⁶²⁴ DEAKIN S., Regno Unito, *Profili Giuridici*, in *La Gestione Delle Eccedenze di personale in Europa, Un'analisi giuridica ed economica*, I VOLUME, Roma, 1995, p. 552 ss.

sentenza per un periodo più breve e nella prassi pochi Tribunali hanno interpretato il loro ruolo in modo da utilizzare queste sentenze come deterrente per il datore di lavoro di violare la legge. E' dunque sottratto al Tribunale sia il potere di annullare i licenziamenti intimati, sia di imporre la ripetizione della procedura viziata⁶²⁵

Il quadro così descritto, completato dal dato relativo al livello di affiliazione sindacale in costante calo, appare in linea con un ordinamento in cui la tutela dei lavoratori incontra un limite forte nella contrapposta tutela delle prerogative imprenditoriali.⁶²⁶ In occasione di una situazione di eccedenza di personale le trade unions si occupano principalmente di concordare livelli di pagamento più elevati rispetto ai minimi, di stabilire i piani per le redundancy volontarie e di vigilare sul processo di selezione dei lavoratori da licenziare al fine di scongiurare il pericolo di abusi⁶²⁷.

All'applicazione di tali presupposti e principi sfugge la fattispecie delle dimissioni spontanee e del pensionamento.

Infatti, nei casi di "esuberanti volontari" (*voluntary redundancy*), il lavoratore a fronte delle dimissioni rilasciate spontaneamente percepisce un'indennità per eccedenza più alta del normale. La giurisprudenza, dunque, considera le dimissioni volontarie come motivo di risoluzione spontanea del rapporto e, per tale ragione, non ritiene di accordare al lavoratore alcuna indennità prevista dalla legge⁶²⁸. I dipendenti possono rinunciare al diritto di agire in giudizio per contestare la legittimità del licenziamento nell'ambito di un accordo transattivo, a fronte, naturalmente, della corresponsione di un incentivo all'esodo. Il parere deve essere dato da un avvocato che dimostri di essere assicurato e che deve sottoscrivere l'accordo.

⁶²⁵ HALL J., *Redundancy in the United Kingdom*, in AA.VV., *I Licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001, p. 471

⁶²⁶ S. DEAKIN, Regno Unito, *Profili Giuridici*, in *La Gestione Delle Eccedenze di personale in Europa, Un'analisi giuridica ed economica*, I VOLUME, Roma, 1995, p. 552 ss.

⁶²⁷ DE GIOIA CARABELLESE P., *Analisi del quadro normativo dell'economic dismissal nel Regno Unito. Un possibile modello di riferimento per l'Italia*, in *Dir. Rel ind.*, fasc.4, 2012

⁶²⁸ BARBATO MR e CHIAROMONTE W., Seminario internazionale di diritto comparato del lavoro, PONTIGNANO XXIV, *La disciplina dei licenziamenti individuali in Europa*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Venezia 25-26 maggio 2007 Milano, 2008, p. 534

Attualmente, non esiste nulla nella legislazione del Regno Unito che sia in grado di limitare la possibilità per il datore di lavoro di dare attuazione alla sua decisione di procedere ad un licenziamento collettivo, e anche le sanzioni per la violazione delle procedure del licenziamento non violano questa residua prerogativa del datore di lavoro⁶²⁹.

In un sistema come quello del Regno Unito dove i licenziamenti non richiedono alcuna autorizzazione amministrativa, diventa il caso che uno dei primari obiettivi della disposizione della notificazione prevista dall'articolo 100 della Direttiva del 1975 è quello di prevedere una statistica sul numero di licenziamenti confermati attuati a titolo di licenziamenti collettivi inerenti 10 o più dipendenti.

8. IL POTERE DISCIPLINARE IN GRAN BRETAGNA

La materia disciplinare in Gran Bretagna non ha conosciuto sviluppi differenziati tra settore pubblico e privato, giacché le linee di demarcazione fra l'uno e l'altro settore risultano in Gran Bretagna meno marcate che in altri paesi. In linea generale, non v'è dubbio che il licenziamento disciplinare sia configurato come la massima fra le sanzioni o pene disciplinari.

I limiti effettivi al potere del datore di lavoro di licenziare sono da ricercare non nei rimedi ma nello sviluppo delle salvaguardie procedurali⁶³⁰.

Il concetto, che non va riferito al solo potere di licenziare, ma si estende pure ai provvedimenti punitivi minori. Le procedure disciplinari applicate in azienda compaiono nel Code of Disciplinary Practice and Procedures in Employment del 1977 e possono essere sintetizzate nel modo seguente⁶³¹:

- Forma scritta e motivazione dei provvedimenti

⁶²⁹ NEAL A.C., op. cit., p. 189

⁶³⁰ VERGARI S., *La disciplina giuridica del potere disciplinare in Gran Bretagna*, Torino, 1991, pp.263-275

⁶³¹ Il potere disciplinare italiano adotta un sistema simile

- Pre-individuazione dei vari livelli di competenza del management sull'applicazione delle sanzioni e sulla relativa impugnativa
- Garanzia del contraddittorio e diritto di difesa
- Diritto all'assistenza del sindacato e di persona di fiducia
- Specificazione del diritto all'impugnazione e relative procedure

La persona che subisce un processo disciplinare deve poter conoscere l'accusa rivoltagli e quindi difendersi mentre il collegio di disciplina (disciplinary body), è chiamato a giudicare sull'infrazione commessa e se agisce con buona fede e imparzialità⁶³². Quanto, alla struttura dei procedimenti disciplinari, non sono rari gli schemi in gran parte a quelli che contraddistinguono i procedimenti giudiziari penali, come l'istituto della *cross examination*. Contro la decisione del collegio è ammesso ricorso sia all'autorità giudiziaria che ad organi arbitrali. Sulla composizione dei collegi arbitrali decide unilateralmente l'imprenditore, tenuto conto delle dimensioni d'azienda e delle circostanze del caso concreto. Non è indifferente la scelta dell'una o altra via.

Solo in ipotesi di ricorso arbitrale la decisione del collegio rimane sospesa durante il relativo procedimento; non anche nel caso di ricorso immediato all'autorità giudiziaria.

Nel caso *British Labour Pump v Byrne*, i giudici di prima istanza avevano ritenuto che, se un lavoratore viene licenziato senza il rispetto delle prescritte procedure, non per questo il licenziamento deve considerarsi illegittimo. Il giudice è tenuto a valutare se la violazione della procedura da parte del datore di lavoro influenza la legittimità del licenziamento. In pratica era prescritta una valutazione *ex post* della legittimità del provvedimento disciplinare, tenuto conto del fatto che non sempre la procedura permette al lavoratore di evitare la sanzione⁶³³. La tendenza a

⁶³² EAST HERTFORDSHIRE V., *District Council v Boyten*, in Selwyn, 1985, p.180

⁶³³ WEDDERBURN, DEAKIN, MCKENDRIK, *Il diritto del lavoro in Gran Bretagna (1984-1987)*, in DLRI, 1989

considerare vincolanti le procedure disciplinari risulta minata all'origine dallo sbarramento che la stessa giurisprudenza pone in essere rispetto al rimedio della reintegrazione (*re-instatement*) . Stime recenti informano che la condanna alla reintegrazione si verifica in Gran Bretagna solo in circa il 3 % dei casi in cui il tribunale sancisce l'illegittimità del licenziamento⁶³⁴.

⁶³⁴ ANDERMAN S.D., *The law of Unfair Dismissal*, London,1985, p. 89

CONCLUSIONI

La prospettiva di analisi, in chiave comparata, del licenziamento individuale e collettivo è diretto a valutare il bilanciamento che si realizza nelle diverse realtà nazionali.

La riforma Fornero, in base a quanto emerge dalla mia tesi, avvicina molto il nostro sistema di tutela a quello tedesco, in cui la tutela reintegratoria costituisce l'eccezione ed è disposta dai giudici solo nel caso in cui il motivo economico risulti inesistente e occulti in realtà un motivo discriminatorio.

La legge n. 92 del 2012 non avendo semplificato i criteri per accertare la legittimità del licenziamento ed avendo anzi introdotto una nuova distinzione tra le fattispecie di licenziamento avverso cui il lavoratore gode di una tutela reintegratoria o risarcitoria, rischia di incrementare l'incertezza dei giudizi invece di ridurla. Si finisce, pertanto, per rimettere esclusivamente alla discrezionalità dei giudici la valutazione sia della stessa qualificazione del licenziamento (se per motivi discriminatori, disciplinari o economici), sia della effettiva sussistenza delle cause di giustificazione del licenziamento, sia infine della tipologia (se reintegrazione o risarcimento economico) e dell'entità del provvedimento con cui sanzionare i licenziamenti disciplinari ed economici ritenuti illegittimi.

Indubbiamente il Governo non ha ignorato questo rischio e ha cercato di comprimerlo introducendo una procedura obbligatoria di conciliazione preventiva all'adozione del licenziamento per motivi economici e un rito processuale accelerato per i processi in materia di licenziamento.

Tali rimedi appaiono scarsamente efficaci al fine di evitare il contenzioso giudiziario⁶³⁵.

Eventualmente si potrebbe porre rimedio disponendo che l'indennità di licenziamento divenga automatica al momento del licenziamento e non solo all'esito positivo per il lavoratore di una controversia giudiziale⁶³⁶. Funziona già così in molti paesi europei tra cui Francia e Germania mentre il Regno Unito non prevede il reintegro.

Indubbiamente sarebbe più efficace per ridurre il contenzioso giudiziale l'adozione di un meccanismo analogo a quello introdotto nell'ordinamento tedesco dalla riforma Hartz approvata dal governo socialdemocratico di Schroeder che prevede nel caso in cui l'azienda intenda adottare un licenziamento per giustificato motivo debba corrispondere al lavoratore una indennità in cifra variabile a seconda dell'anzianità di servizio. Il lavoratore, se accetta la corresponsione della indennità, decade automaticamente dal diritto di impugnare il licenziamento. Laddove invece il lavoratore sia convinto della insussistenza del giustificato motivo di licenziamento o ritenga che celi delle finalità illecite e discriminatorie, può rifiutare la corresponsione della indennità e affrontare il giudizio per cercare di ottenere la reintegrazione o il risarcimento del danno.

L'aspetto che desta preoccupazione della riforma è quello di gravare sulla discrezionalità del giudice senza introdurre efficaci meccanismi di prevenzione e deflazione del contenzioso; inoltre appaiono anche eccessivi i margini di discrezionalità concessi al giudice nel determinare l'entità del risarcimento tra il minimo e il massimo

⁶³⁵ BUONCRISTIANI D., *Rito licenziamenti e: profili sistematici e problemi applicativi*, in rivista italiana di diritto del lavoro, 2013, fasc. 2, pp. 387-392

⁶³⁶ www.pietroichino.it

previsto per legge. Sul diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, la riforma ha inteso intervenire partendo dal presupposto che un'eccessiva rigidità in uscita risulta di ostacolo all'incremento occupazionale, in quanto il superamento delle soglie numeriche previste dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori (15 dipendenti in ambito comunale o di sede, filiale, stabilimento o unità produttiva, oppure 60 dipendenti a livello nazionale), comportando l'applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro, in conseguenza di un licenziamento illegittimo, diviene ostativa alla volontà datoriale di risolvere i vari rapporti di lavoro. In Italia, tra le novità più rilevanti apportate dalla riforma, è la "quasi" scomparsa del reintegro automatico tranne per il caso di licenziamento discriminatorio, qualunque sia il numero dei dipendenti dell'azienda. Il regime sanzionatorio si basa sulla corresponsione al lavoratore di un'indennità risarcitoria il cui importo dipende dal tipo di licenziamento e dall'anzianità di servizio del lavoratore. Viene però introdotta la possibilità, per il giudice, di disporre il reintegro e una indennità pari alla retribuzione dovuta dal momento del licenziamento qualora si accertasse che il dipendente non ha commesso il fatto (in caso di licenziamento disciplinare) o che il fatto posto alla base dell'atto di recesso (in caso di licenziamento economico) è manifestamente "insussistente". In conseguenza, il principio del reintegro automatico cede il posto all'indennizzo economico e permane solo a titolo di eccezione nel regime sanzionatorio del licenziamento. A una lettura più articolata della riforma la vera novità non è costituita dall'abolizione sic et simpliciter del principio della reintegrazione nel posto di lavoro, ma dal fatto che il principio non trova uno stabile e concreto riferimento applicativo,

giacchè la reintegrazione viene a costituire solo una delle possibili tutele riconosciute al lavoratore illegittimamente licenziato.

Alla luce della precedente analisi risulta che nel contesto del nuovo art. 18, la reintegrazione sia una tutela meramente residuale, dovendo concludersi che l'intento del legislatore sia quello di prevedere come tutela generale contro i licenziamenti illegittimi il solo risarcimento: risarcimento che nei casi concreti potrebbe essere quantificato in misura minima e dunque risultare una tutela manifestamente inidonea rispetto all'effettivo pregiudizio sofferto dal lavoratore. La modifica dell'art. 18 rappresenta dunque un passaggio fondamentale nel quadro della complessiva sistemazione e rivalutazione del diritto del lavoro che, consentendo la quantificazione preventiva del costo economico del licenziamento, restituisce alle imprese un pericoloso strumento di controllo dei lavoratori con evidenti ricadute negative sulle condizioni di lavoro.

Così facendo, il sistema Italiano si è avvicinato al modello Francese, in quanto "il giudice francese può proporre il reintegro del dipendente con diritto alla corresponsione di tutte le retribuzioni medio tempore maturate" nel caso in cui il licenziamento individuale sia "sans cause réelle et sérieuse", cioè senza giusta causa o ingiustificato. Tuttavia, detta possibilità è limitata dal fatto che a differenza del sistema Italiano, che prevede la facoltà di scelta tra il reintegro e l'indennizzo solo a favore del lavoratore, in Francia detto diritto di scelta appartiene a entrambe le parti. Ciò significa che il datore di lavoro può opporsi alla proposta del giudice di reintegrare il dipendente. In questo caso, a quest'ultimo viene corrisposto un indennizzo che non può essere inferiore a sei mensilità. Invero, nella prassi giurisdizionale

francese, la maggior parte delle cause lavorative avente ad oggetto l'impugnazione del licenziamento si concludono con la corresponsione di un indennizzo. Si precisa tuttavia che la facoltà del giudice di disporre il reintegro non si applica qualora il dipendente abbia un anzianità inferiore a due anni e l'azienda un numero di dipendenti inferiore a undici. In questo caso, l'indennizzo economico diventa l'unica sanzione possibile e il suo valore dipende dal danno subito.

La riforma Fornero ha introdotto nuove disposizioni in materia di motivazione del licenziamento: la comunicazione al lavoratore di qualsiasi tipo di licenziamento deve già contenere le motivazioni che hanno determinato la volontà di recedere mentre anteriormente il datore di lavoro aveva l'obbligo di inviare le motivazioni del recesso solo su richiesta da parte del lavoratore. In Francia, detta "novità" italiana può sorprendere dato che l'obbligo di motivare il licenziamento fin dalla lettera di notifica è un vero e proprio principio fondamentale esistente da tempo. In effetti, detto principio è talmente necessario che in mancanza di motivazione o anche in caso di insufficienza di motivazione nella lettera di licenziamento, la sanzione è delle più severe: l'inefficacia del licenziamento

La riforma Fornero ha introdotto, poi, il diritto per il datore di lavoro di revocare il licenziamento a condizione che ciò avvenga entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione del lavoratore al datore di lavoro dell'impugnazione del licenziamento stesso. In tale caso, il rapporto di lavoro prosegue come se nulla fosse avvenuto e il lavoratore deve riprendere immediatamente servizio. Quest'ultimo ha diritto alla sola retribuzione maturata nel periodo precedente alla

revoca⁶³⁷. Il sistema Francese ignora il diritto di revoca a favore del datore di lavoro e non sembra possibile da quanto analizzato che tale diritto possa essere introdotto.

Una ulteriore differenza di rilievo tra il sistema italiano e quello francese riguarda i tempi concessi al lavoratore per impugnare il licenziamento. La differenza era già esistente prima della riforma Fornero ma si può dire che l'introduzione di disposizioni vertendo ad accelerare i tempi con l'obiettivo di non esporre troppo a lungo le aziende al rischio legato all'eventualità di una impugnazione, evidenzia ancora di più la divergenza tra i due paesi.

Innanzitutto, la Francia non prevede nessun obbligo di impugnazione stragiudiziale. Mentre in Italia il licenziamento deve essere impugnato, con qualunque atto scritto, entro 60 giorni dalla ricezione della comunicazione, a pena di decadenza, in Francia il dipendente può ricorrere direttamente al tribunale anche se, in pratica, l'impugnazione stragiudiziale è consigliabile in quanto spesso dimostra la credibilità del dipendente.

E lo è ancora di più se si considera che il dipendente sottoposto al diritto francese dispone, salvo eccezioni, di un termine di prescrizione di 5 anni a partire della comunicazione del licenziamento per impugnarlo. Si ricorda che in Italia l'impugnazione stragiudiziale è inefficace se entro i successivi 180 giorni (270 prima della riforma) non viene depositato il ricorso nella cancelleria del Tribunale del lavoro competente oppure inviata alla controparte una richiesta di conciliazione o di arbitrato .

⁶³⁷ PESSI R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2013, p. 368

L'art. 18 della legge n. 300 del 1970 rappresenta un segno di civiltà per alcuni e di arretratezza per altri. Per i suoi sostenitori la sanzione in esso contenuta garantisce l'effettività dei diritti dei lavoratori, protetti dalla reintegrazione in caso di licenziamenti per i quali il datore di lavoro non riesca a dimostrare in giudizio, con onere della prova a suo carico, l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo⁶³⁸. Chi ne parla in termini di disposizione di civiltà giuridica ne valorizza quindi la capacità di riequilibrare la disparità di forza contrattuale esistente tra lavoratore e datore di lavoro e di attenuare, in conseguenza, la situazione di metus che il primo vive nei confronti del secondo. I denigratori dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 lo considerano invece inadeguato: da un punto di vista culturale, perché la sanzione della reintegrazione priverebbe il datore di lavoro della fondamentale libertà di selezionare i suoi collaboratori dopo la scadenza del forse troppo breve periodo di prova; da un punto di vista economico, in ragione dell'estrema aleatorietà del suo impatto sui conti dell'impresa. Elemento, quest'ultimo, cui prestano grande attenzione soprattutto gli investitori stranieri abituati nei loro paesi a predeterminare i costi del licenziamento prima di prendere la decisione di risolvere un rapporto di lavoro.

Il nostro legislatore ha perseguito, almeno nei suoi propositi, lo scopo di mutare una mentalità propria del nostro paese legata all'idea della "*sicurezza del posto lavoro*", fondata sulla costituzione di un rapporto quasi inscindibile tra il lavoratore e l'azienda inserendo, invece, una nuova disciplina che faciliti, come avviene negli altri paesi europei, il passaggio da lavoro ad un altro. La legge Fornero non stravolge l'impianto dell'istituto del licenziamento e non

⁶³⁸ http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_163138394.pdf

interviene sulla tipologia delle cause giustificatrici, che restano quelle regolate dal codice e dalle leggi preesistenti, ossia la giusta causa e il giustificato motivo. Lo scenario è cambiato radicalmente poiché sono stati introdotti molteplici di regimi applicabili: due reintegratori (uno forte e l'altro debole) e due risarcitori (12-24 mensilità e 6-12 mensilità).

La tutela reale non è più la norma, anzi diventa l'eccezione, in quanto la stessa viene garantita solo per le ipotesi di maggiore gravità.

In tutti gli altri casi il datore di lavoro che licenzia illegittimamente corre il rischio di dover corrispondere una indennità risarcitoria al lavoratore che, nella peggiore delle ipotesi, sarà pari a 24 mensilità.

Ecco che il nostro sistema si avvicina sempre di più agli altri sistemi europei. Si può cogliere la similitudine con alcuni aspetti della tutela del licenziamento nel diritto inglese dove, salvo pochissime eccezioni, il lavoratore illegittimamente licenziato potrà aspirare solamente ad un risarcimento commisurato ad un numero variabile di mensilità di stipendio. Per poter beneficiare della tutela apprestata dalla legge inglese in caso di illegittimità del licenziamento, occorre che il lavoratore abbia maturato un'anzianità pari a due anni di continuo servizio e non appartengano alle categorie escluse (raggiungimento età pensionabile). Quindi questo principio è dimostrazione della massima libertà di impresa nella determinazione dei propri comportamenti e per la gestione delle eccedenze ci si affida completamente alle capacità riallocative del mercato del lavoro esterno e alla mobilità del fattore lavoro.

Le modifiche legislative adottate in Gran Bretagna tra il 1992 e il 1995 sono state determinate dalla necessità di rispettare i vincoli di adeguamento all'ordinamento comunitario, tuttavia, perché tali disposizioni, intese essenzialmente a rafforzare i diritti di informazione e consultazione dei soggetti collettivi, si sono innestate su una tradizione di gestione delle eccedenze attraverso la monetizzazione dell'esodo dei lavoratori, incoraggiata fin dai tempi del Redundancy Payments Act del 1965, hanno costituito un debolissimo incentivo per gli imprenditori a ricercare metodi alternativi di compensazione tra domanda e offerta di lavoro.

Nel Regno Unito il grado di protezione dell'occupazione è sensibilmente inferiore alla media europea, ed anzi il più basso rispetto ai paesi esaminati; anche se la spesa per le politiche del lavoro è abbastanza rilevante; al contrario della Francia che risulta caratterizzata da un grado di protezione dal licenziamento intermedio e da una spesa per il mercato del lavoro in termini di Pil relativamente elevata e soprattutto caratterizzata dalla più alta componente relativa alle politiche attive.

Il governo britannico diventa in Europa il massimo sostenitore della visione secondo cui riduzioni della disoccupazione tramite job creation possono essere positivamente accompagnati da programmi di deregulation del mercato del lavoro.

In Francia è stato ridimensionato progressivamente il ruolo dell'autorità amministrativa rispetto alle riduzioni di personale proprio per valorizzare con riferimento all'attuazione di una diretta responsabilizzazione dell'impresa circa le conseguenze prodotte dalle proprie decisioni economiche, soprattutto con il ricorso agli istituti

del plan social e della convention de conversion, attraverso essi si realizza un'attenta politica di riqualificazione e riallocazione della forza lavoro⁶³⁹. Ma anche se in Francia si è abbandonato il regime dell'autorizzazione non si può dire che sono diminuiti i condizionamenti da parte della sponda pubblica, alla quale è riconosciuto un ruolo diverso ma non meno importante, anzi più penetrante rispetto al passato.

Germania e Francia hanno i sistemi di gran lunga più evoluti in quanto mirano al riassorbimento dei lavoratori eccedentari nel mercato del lavoro interno all'impresa; si pensi al sozial plan in Germania , che l'impresa deve concordare con il consiglio d'azienda o, in mancanza vederselo imporre da un collegio di conciliazione ed arbitrato o al plan social in Francia, predisposto dall'impresa ma soggetto ad un controllo di adeguatezza da parte della pubblica autorità, abilitata a contraddire pubblicamente gli argomenti posti dall'impresa a fondamento della decisione di ridurre gli organici, nonché all'obbligo di predisporre nell'ambito del plan social, un vero e proprio plan de reclassement dei lavoratori⁶⁴⁰. In Germania la protezione dell'occupazione e spese per la politica di intervento attive e passive non impediscono all'economia tedesca di presentare uno dei tassi d'occupazione più alti (oltre il 67 %), combinato con il tasso di disoccupazione più basso⁶⁴¹.

In Francia le due leggi del 1984 e 1985 sono rivolte a stabilire una specifica procedura finalizzate a permettere la salvaguardia

⁶³⁹ PROGRAMMA SOCRATES I licenziamenti per riduzione di personale in Europa. - Bari , 2001., pp. 570-575

⁶⁴⁰ DOCUMENTI CNEL, Gestione delle eccedenze di personale in Europa. Un'analisi giuridica ed economica, Roma,1995,pp. 9-13

⁶⁴¹ http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Employment_statistics/it

dell'impresa, il mantenimento dell'attività e dell'occupazione e la difesa del salario. In diverse situazioni, le conseguenze di una ristrutturazione sul livello dell'occupazione rendono indispensabili una strategia preventiva e l'avviamento di procedure di consultazione delle istituzioni rappresentative dei lavoratori. Il piano sociale tende sia al mantenimento di una parte dei lavoratori all'interno dell'impresa⁶⁴² sia ad assicurare l'esodo di altri nelle migliori condizioni⁶⁴³. Quando i posti di lavoro eccedentari vengono soppressi esistono due strumenti fondamentali: i congès de conversion e le conventions de conversion⁶⁴⁴. I congedi di conversioni mirano a reinserire professionalmente i lavoratori licenziati conservando la qualifica di dipendenti anche se non esercitano più alcuna attività e le imprese ricevono un contributo finanziario. La legge del 1986 introduce un nuovo strumento, le convention de conversion: hanno come scopo il ricollocamento dei lavoratori il cui contratto è stato rescisso per motivi economici attraverso un reddito di sostituzione, differenti tipi di formazione e aiuti al ricollocamento e alla mobilità.

I lavoratori interessati devono rispettare determinati requisiti: aver maturato un'anzianità lavorativa di almeno 2 anni e avere meno di 56 anni e due mesi alla fine del contratto ed essere fisicamente idonei per esercitare un lavoro. Le convenzioni sono adoperate da imprese di medio-grandi dimensioni e assicurano il 70% della retribuzione lorda percepita prima del licenziamento (contro il 65% dello strumento precedente) e meno oneroso per l'impresa, perché il loro

⁶⁴² Misure collettive di riqualificazione, misure collettive di governo dei posti di lavoro, misure individuali riferite a situazioni specifiche

⁶⁴³ Servizi reali per la ricerca di una nuova occupazione, aiuti per la formazione e riqualificazione, aiuti al ritiro anticipato, contratti e congedi di conversione e aiuti finanziari

⁶⁴⁴ <http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F884.xhtml>

contributo finanziario ridotto e le misure di reinserimento sono affidate ad apposite strutture⁶⁴⁵.

Come ampiamente dimostrato nella mia trattazione, in tutti i paesi il licenziamento collettivo viene considerato alla stregua di una vicenda dannosa per il lavoratore e pertanto a questi si riconosce, anche quando non sia riconosciuto esplicitamente sul piano di legge, il diritto a ricevere una particolare indennità compensativa.

Per il bilancio dell'impresa, il licenziamento rappresenta un costo, il cui ammontare è proporzionato generalmente all'anzianità del lavoratore ma ancor più spesso alla capacità economica dell'impresa stessa. Questo costo cresce nei casi in cui il licenziamento venga ritenuto per qualche ragione illegittimo. Il sistema italiano, francese e tedesco delle eccedenze di personale sembrano ispirarsi alla filosofia della conservazione dei rapporti di lavoro, di protezione prioritaria del lavoratore sul mercato del lavoro interno all'impresa; principio che traducendosi nell'*extrema ratio* pone sotto tensione la posizione del datore di lavoro mentre il sistema inglese è ispirato a una filosofia diversa, liberista che si affida completamente alle capacità riallocative del mercato del lavoro esterno all'impresa e alla mobilità del fattore lavoro.

La Germania è tra gli stati in cui è più difficile licenziare e il tema sui licenziamenti appare costantemente al centro di forti dibattiti ed interessi. Il meccanismo legale relativo ai licenziamenti collettivi ruota intorno al ruolo chiave svolto dai consigli d'azienda, che tende a favorire una gestione aziendale razionale, fondata sul presupposto

⁶⁴⁵ DOCUMENTI CNEL, *Gestione delle eccedenze di personale in Europa. Un'analisi giuridica ed economica*, I volume, Roma, 1995

che il processo democratico che porta all'elezione di questi organismi ne garantisca la correttezza e la coerenza della condotta.

In Germania, la normativa statuale ha avuto una forte vocazione protettiva nei riguardi dei lavoratori sempre orientata alla problematica occupazionale cercando di coniugare flessibilità e sicurezza. I critici osservano che rapporti di lavoro relativamente stabili rafforzano il legame d'azienda e per tal via determinano un incremento della produttività, incentivano "l'identità professionale e creano una base per lo sviluppo di competenza professionale, comportamenti innovativi e capacità di adattamento ai mutamenti di carattere tecnologico- organizzativo"⁶⁴⁶.

La tutela contro il licenziamento non rappresenta solo un fenomeno di rilevanza economica oppure il presupposto per poter lavorare in modo molto innovativo , essa svolge una funzione molto più ampia perché rappresenta una condizione per l'effettività delle disposizioni giuslavoriste che realizzano nelle aziende almeno taluni elementi di democrazia⁶⁴⁷. La proposta dello studioso Preis cerca di coniugare una maggiore certezza del diritto, invocata a gran voce dalle imprese , con la conservazione di un grado elevato di tutela della stabilità del posto di lavoro.

Dal 2003 sono state presentate diverse proposte in materia di licenziamenti tutte orientate ad alleggerire la normativa stessa, volte ad ispirarsi al modello liberale neoclassico, soprattutto nel settore delle piccole e medie imprese, favorendone così il rilancio dell'economia e del mercato del lavoro.

⁶⁴⁶ DÄUBLER W., *L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania*, Padova, 2005, pp. 622- 623

⁶⁴⁷ WEISS M. , *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, p. 135

La legge del 24/12/2003 ha introdotto, in primis, la modifica da cinque a dieci dipendenti e in secundis i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare in caso di licenziamento per motivi attinenti all'attività dell'impresa. In particolare tali criteri vengono esplicitati in anzianità, età, carichi di famiglia ed eventuali handicap del lavoratore; in precedenza KSchG stabiliva soltanto che la scelta dovesse avvenire secondo criteri sociali e l'applicazione della norma era fonte di notevole incertezza per il datore licenziante.

Va detto che rispetto alla disciplina previgente possono essere esclusi dal novero dei lavoratori da licenziare quelli per i quali sussista un giustificato interesse aziendale alla continuazione del rapporto, in particolare per le conoscenze, capacità e rendimento. Tra i criteri di scelta non vi è gerarchia.⁶⁴⁸ Suscita molte polemiche il fatto che il sindacato del giudice è limitato a errori grossolani. A differenza di quanto avviene con la legge 223/91 all'articolo 5, nell'ordinamento tedesco l'autonomia collettiva non è più autorizzata a modificare i criteri di scelta.

La terza novella riguarda il termine per l'impugnazione giudiziale del licenziamento, che viene unificato in tre settimane a prescindere dai motivi posti a base dell'azione. L'unica eccezione residua è costituita dall'impugnazione del licenziamento orale, per il quale non vi è obbligo di attivarsi entro tale termine. Questa novella porterà a una maggiore certezza del diritto. La vera novità introdotta nel 2003 è costituita dal diritto all'indennità (Abfindungsanspruch). Si prevede infatti che il lavoratore licenziato abbia diritto a percepire un'indennità (Abfindung) a condizione che il datore ne offra la

⁶⁴⁸ CORTI M., *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Milano, 2005 fasc. 3, pp. 364 - 393

corresponsione nella lettera di licenziamento e il lavoratore lasci spirare il termine decadenziale di tre settimane per l'impugnazione del licenziamento⁶⁴⁹.

Aver voluto introdurre in Germania una tutela indennitaria, ha significato e comportato due fattispecie ricorrenti e distinte, ovvero, la prima riferita ai casi in cui il licenziamento ricorra per motivi economici, e in tal caso non appare giustificata una tutela indennitaria, ma risarcitoria, lo stesso non si potrà dire nel caso dei licenziamenti disciplinari e personali invece il sistema tedesco ha previsto una tutela di carattere indennitario⁶⁵⁰.

Secondo parte della dottrina nei casi ricorrenti di licenziamento per ragioni economiche, personali e ingiustificate, la scelta di tipo indennitario o risarcitorio spetta al lavoratore, come anche in Italia prima della riforma Fornero.

La Costituzione consente al legislatore una certa autonomia discrezionale con riferimento alle decisioni normative più idonee ad infliggere sanzioni con riguardo al licenziamento illegittimo, senza neppure precludere la possibilità di decidere su un sistema sanzionatorio orientato sul riconoscimento della indennità, nelle fattispecie ricorrenti.

L'ordinamento tedesco rispetto quello italiano risulta essere sicuramente più flessibile mirando a garantire una protezione non solo del lavoratore, ma anche del datore di lavoro. La Germania, ed il suo ordinamento hanno voluto sviluppare risultati flessibili in materia

⁶⁴⁹ Ibidem

⁶⁵⁰ WEISS M., *Licenziamenti collettivi per riduzione di personale in Germania*, in *Dir. Rel. Ind.*, Milano, 1992, pp. 157-166

di diritti dei lavoratori, promuovendo una politica più sociale, e integrata.⁶⁵¹

In virtù della forte ingerenza della giurisprudenza, sempre più attenta in Germania a valutare le vere ragioni che hanno indotto l'imprenditore a licenziare, poiché dopo un giudizio eventualmente incardinatosi, il risultato se negativo, può comportare costi decisamente più pesanti rispetto all'aver reintegrato il lavoratore medesimo.

Infine dall'analisi effettuata emerge la complessità del sistema normativo relativo ai licenziamenti collettivi.

Sono state approvate in periodi successivi leggi speciali con obiettivi molto differenziati: la legge in materia di licenziamenti individuali, la legge relativa ai poteri dell'autorità statale e la legge relativa alle decisioni imprenditoriali implicanti modifiche significative all'interno dell'impresa. In ogni contesto sono stati attribuiti al consiglio d'azienda poteri specifici. Non c'è da stupirsi se tali poteri si sovrappongono in molti casi.

Il problema principale è se la partecipazione del consiglio d'azienda protegga solo quei gruppi privilegiati della forza lavoro che non sarebbero minacciati dalla strategia imprenditoriale. Non si può escludere che l'attività combinata dell'imprenditore e del consiglio d'azienda porti a misure rafforzate incentrate sui gruppi di minoranza. Esaminando il ruolo del consiglio d'azienda andrebbe ricordato che i consigli si sono mostrati molto validi nell'ottenere un "programma sociale". Può avvenire che un datore che intenda procedere a una razionalizzazione del processo produttivo rinunci a questo progetto in vista delle rivendicazioni del consiglio relative al "programma sociale". Questo può salvare posti di

⁶⁵¹ Ibidem

lavoro nel breve periodo ma sicuramente non rappresenta una soluzione a lungo termine. Questo significa che l'efficienza del sistema è fondata anche sul presupposto che il processo democratico che porta all'elezione dei consigli d'azienda induca questi ultimi a svolgere il loro compito in un modo conforme a quello auspicato dal sistema normativo⁶⁵². E' da tener presente infine che in Germania è esclusa la possibilità di licenziamento ordinario per i lavoratori che hanno raggiunto una certa età e anzianità aziendale.

In Gran Bretagna, invece, la tutela è molto meno garantista per i lavoratori, i lavoratori possono essere licenziati in maniera molto più semplice anche senza poter contare su alcun tipo di garanzia. In Inghilterra, a differenza del nostro paese dove i lavoratori sono uguali tra loro indipendentemente dalla durata e dalla tipologia di rapporto di lavoro, i dipendenti che possono contare sull'applicazione della legge a tutela del licenziamento illegittimo sono solo quelli che abbiano maturato un'anzianità di servizio superiore ai due anni o ai part-timers con una continuità occupazionale di almeno cinque anni. Nel Regno Unito gli effetti del licenziamento sul reddito dei lavoratori sono affrontati in maniera diversa rispetto a tutti gli altri paesi europei, in primis perché il sistema britannico non è collegato al reddito e poi perché il reddito dei disoccupati è regolato ad un livello sostanzialmente più basso che negli altri paesi. La reintegrazione, da quanto esaminato, è raramente concessa dai tribunali e le indennizzazioni finanziarie non hanno un'adeguata relazione con il reddito perduto.

Leggendo sul giornale la modifica che era stata apportata al titolo dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, appunto da "*reintegrazione nel*

⁶⁵² WEISS M., *Licenziamenti collettivi per riduzione di personale in Germania*, in Dir. Rel. Ind., Milano, 1992, pp. 165-166

posto di lavoro” del testo originario si è passato a *“tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo”* con la riforma Fornero cominciai a documentarmi su tutti i cambiamenti che stava subendo il mercato del lavoro, notando che il tema era ed è tra quelli che più mi appassionava e più tuttora mi interessa non ho avuto alcun dubbio a farlo diventare presto oggetto della mia tesi. Pensando poi che la crisi economica va avanti da diversi anni e nel corso di questi anni il numero delle persone che hanno perso l’impiego è andato progressivamente aumentando in tutti i paesi, ho voluto studiare e approfondire il tema dei licenziamenti non limitandomi al nostro paese ma facendo un confronto con i principali paesi europei per capirne le differenze e le diverse tutele.

BIBLIOGRAFIA

- ALES M., Modello tedesco: di cosa stiamo parlando?, in *Rass. Sind.* del 05/11/2012, p. 23
- ANDERMAN S.D., *The law of Unfair Dismissal*, London, 1985, p.89
- ANGIELLO L., Riforma Fornero. I licenziamenti collettivi nella riforma Fornero, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2012, fascicolo 10, p. 917 e ss.
- ASNAGHI A., GALLI C.A., *Licenziamenti individuali e dimissioni dopo la riforma del lavoro*, 2013, Verona, pp.9-47
- AUGUSTA A., Brevi note in tema di licenziamento: giustificato motivo e "cause reelle et serieuse". valutazioni comparative, in *Rivista di diritto del lavoro*, Milano, 1977 fasc. 2, pp. 347 – 350
- BALDASSARRE P., La tutela contro il licenziamento nell'ordinamento tedesco, in *Dir. Lav.*, Milano, 2001, fascicolo I, p. 200
- BALLESTRERO M.V., Nuove declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola, in *Lav. dir.*, 2012, p. 441
- BALLESTRERO M.V., *La stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni. (2007-2009)*, Torino, 2009, p.150.
- BARBATO M.R. e CHIAROMONTE W., Seminario internazionale di diritto comparato del lavoro, PONTIGNANO XXIV, *La disciplina dei licenziamenti individuali in Europa*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Venezia 25-26 maggio 2007 Milano, 2008, p. 534
- BASENGHI F., *Età e perdita dell'impiego: il quadro italiano*, in *Diritto delle relazioni industriali*, Milano, 2005 fasc. 4, pp. 1010 – 1018
- BAYREUTHER F., *Thesen zur Reform des Kündigungsschutzes*, in *NZA*, 2006, p. 500
- BELLOCCHI P., GAETA L., MARESCA A., SCARPELLI F., TULLINI P., ZOLI C., *I rapporti di lavoro nel diritto vivente Casi e materiali*, coordinamento di Lorenzo Zoppoli, Torino, 2013, p. 207 e ss.

- BIAGI M., TIRABOSCHI M., Istituzioni di diritto del lavoro, Milano, 2012, p. 504
- BELLAVISTA A., Lavoro pubblico e contrattazione collettiva in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, Milano, fasc. 2, pt. 2, Pp. 744 - 749
- BLANCHARD O. e TIROLE J., Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2004, Milano, fasc. 2, pp. 161 – 211
- BLOCH E., Essai d'une etude de la jurisprudence par masse, à partir de 58 arrêts de la chambre sociale de la Cour de Cassation, in Droit social, Novembre 1988, p. 764 e seguenti
- BONNETETE M.C., G. LYON-CAEN, La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973, in Dr. Soc., 1973, p. 493 e seguenti.
- BRONZINI M., Il risarcimento giudiziario delle aziende. (La nuova legge fallimentare del 1985 in Francia). in Il Diritto fallimentare e delle società commerciali, Padova, 1986 fasc. 2-3, pp. 367 – 383
- BAUER J. H. , Arbeitsrechtlicher Wunschkatalog für mehr Beschäftigung, in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2005, p. 1046 e seguenti
- BENASSI G., La Riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali, in Lav. giur., 2012, p. 752
- BENVENUTI M.I., Il problema della qualificazione del rapporto di lavoro nell'ordinamento inglese: profili comparativistici, in RIDL, 1994, fasc. I, p. 95 e ss.
- BOTHFELD S. , ULLMANN K., Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis: nicht Schreckgespenst, sondern Sündenbock, 57 in WSI-Mitteilungen, 2004, p. 165 e ss
- BOURN, Il trasferimento d'azienda nel Regno Unito, in Diritto delle Relazioni Industriali, 1992 ,pp. 150-164

- BRUNI A., Lineamenti di diritto comunitario, Rimini, 2007, p.178 e seguenti
- CANALI DE ROSSI S. ,Riforma lavoro: licenziamento individuale e collettivo, in Diritto e pratica del lavoro, 2013,p. 416
- CAMERLYNCK G.H., Le contract de travail, in Droit du travail. Dalloz,1984, p. 546 e ss.
- CARINCI M.T., Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexurity “ all’italiana” a confronto, DLRI, 2012, p. 527 e seguenti
- CARINCI F., Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro, relazione tenuta al convegno “La riforma del mercato del lavoro”, 13 aprile 2012, Roma, Università Roma Tre, 2012, p.10
- CARINCI F., Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in Diritto delle Relazioni Industriali, 2013,p.2
- CARUSO B.,D’ANTONA M.,SCIARRA S., Il diritto del lavoro nell’Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna. Napoli, 1995 ,pagine 25-124
- CARUSO B., Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull’art. 18: riformarlo senza cambiarlo, in W.P. C.S.D.L.E. Massimo D’Antona.IT – 140/2012, pp. 100-123
- CARINCI, F. Discutendo intorno all’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, in Riv. It. Dir. Lav., 2003, p. 35
- CARINCI F., Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in Diritto delle Relazioni Industriali, 2013, p.2
- CAVALLARO L., Costituzioni e diritto del lavoro : un’interpretazione dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori in Rivista italiana di diritto del lavoro, Milano 2003, pp. 227-258, fascicolo 2

- CERASI E., Quando la fabbrica chiude : due anni di lotta per impedire cassa integrazione e licenziamenti e per affermare il diritto al lavoro, Venezia ,1994, pp. 94-97
- CESTER C., Il progetto di riforme della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni, in ADL, 2012, p.547
- CHIREZ A., La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement?, D., 1981, p. 193 e ss.
- CORTI M., Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania, in Rivista italiana di diritto del lavoro, Milano, 2005 fasc. 3, pp. 364 - 393
- COSCIO R., Licenziamenti collettivi e datore di lavoro non imprenditore: dalla sentenza della Corte di giustizia causa C-32/02 del 2003 al d.lgs. 110, in Il Foro italiano, Perugia,2004 fasc. 12, parte 4, pp. 606 – 609
- COSIO R., La competenza della Corte di giustizia in merito all'obbligo di consultazione dei rappresentanti dei lavoratori nel contesto di un licenziamento collettivo, in Diritto delle relazioni industriali, 2013 fasc. 2, pp. 551 - 559
- COSIO R., Il diritto del lavoro nell'Unione Europea. Milano, 2011 , p.105
- COUTURIER G., Art. L. 122-12: vers un nouveau revirement?, in DS, 1988, pp. 455 - 463
- CHIREZ A. et LABIGNETTE J., La place du doute dans le contentieux de la relation de travail, Dr. Soc., Paris, 1997, p.669 e ss.
- CHIREZ A., La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ?, Dalloz, Paris, 1981, p.193 e ss.
- DALFINO, D., L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. 'rito Fornero': questioni interpretative, Il Foro italiano, 2013, 1, pp. 6-12.

- DALMASSO R., Essai sur le concept de licenciement économique - Etude comparée des droits français et italiens, Bibliothèque de droit social, Tomo 49, Paris, settembre 2009, p. 423 e seguenti
- DANISE G., L'impugnazione del licenziamento prima e dopo la riforma Fornero : l'intimazione e la motivazione: le novità della riforma del lavoro; il nuovo art. 18 e il rito speciale introdotto dalla legge 92/2012; giusta causa, giustificato motivo soggettivo e oggettivo: tutela reale e obbligatoria, distinzione; tecniche di tutela dei lavoratori colpiti da licenziamento invalido; licenziamenti nulli, inefficaci e non qualificati, Milano, 2012
- DÄUBLER W., Il caso tedesco, in AA.VV., I licenziamenti individuali, QDLRI, n. 26/2002, p. 200
- DÄUBLER W., Licenziamenti per motivi economici, piano sociale e cambiamenti nel diritto del lavoro in Germania, in Lavoro e Diritto, 1999, p. 435-450
- DÄUBLER W., L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania, Padova, 2005, pp. 611-623
- DE GIOIA- CARABELLESE P., Analisi del quadro normativo dell'economic dismissal nel Regno Unito. Un possibile modello di riferimento per l'Italia, in Diritto delle relazioni industriali, 4/2012, pp. 1-12.
- DEL VESCOVO D., La Corte di giustizia sembra considerare che una direttiva volta a combattere le discriminazioni possa essere invocata nell'ambito di una controversia tra singoli, in Europa e diritto privato, 2010 fasc. 3, pp. 919 – 936
- DEAKIN S., MCKENDRICK E., Il diritto del lavoro in Gran Bretagna (1984-1987), in DLRI, 1989, p. 501 e ss
- DEAKIN S., Regno Unito, Profili Giuridici, in La Gestione Delle Eccedenze di personale in Europa, Un'analisi giuridica ed economica I VOLUME, Roma 1995, p. 552 e ss.

- DIMARTINO G., Il licenziamento della lavoratrice madre tra diritto interno e dell'Unione Europea, in *Il Corriere del Merito*, 2012 fasc. 6, pp. 572 – 577
- DOCUMENTI CNEL, Gestione delle eccedenze di personale in Europa. Un'analisi giuridica ed economica, I volume, Roma, 1995
- EVANS, S., GOODMAN, J. AND HARGREAVES, L., *Unfair Dismissal Law and Employment Practice in the 1980s.*, Department of Employment, London, 1989
- EWING K.D., The concept of subordination Great Britain, in *BCLR*, 1992, p.71 e ss.
- FALASCA G., *Manuale di diritto del lavoro : costituzione, svolgimento e risoluzione del rapporto di lavoro*, Milano, 2013, pp. 3 e ss.
- FALASCA G., *Manuale di Diritto del Lavoro*, Milano, 2011, p. 65
- FERRANTE V., Modifiche nella disciplina dei licenziamenti collettivi, in MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, in *Le nuove leggi civili*, Milano, 2012, p. 271
- FROUIN J. Y., L'indemnisation des salaries protégés licenciés sans autorisation, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2011, fascicolo 11, p. 842 e ss.
- GAETA L., L'esperienza della disciplina dei licenziamenti nella RFT, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, p.800
- GAETANO C., La tutela dei diritti dei lavoratori immigrati (una ricerca empirica e qualche spunto di riflessione),in *Questione Giustizia*, Milano, 2006 fasc. 3, pp. 552 - 556
- GALARDI R., Licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali: dall'autonomia all'identità in *Diritto delle relazioni industriali*, Milano, 2008 fasc. 3, pp. 774 – 778
- GHITTI C., Il controllo sindacale nei licenziamenti collettivi. Spunti dal Regno Unito, in *atti del convegno Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali*, Venezia, 2013

- GAROFOLO R., La natura ontologicamente disciplinare del licenziamento per giusta causa: un dejavu, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1845
- AA.VV., *Giornate di studio di diritto del lavoro*, Venezia, 2007
Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro : atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007, in *Associazione italiana di diritto del lavoro e sicurezza sociale*, Milano, 2008 , pp. 5-80
- GIACOMELLI G., CASELLA L., SCUDIER, *La disciplina dei licenziamenti in Italia e in Europa*, Padova, 1985,pp. 107-129
- GRANDI M., *Studi sul diritto del lavoro inglese e nordamericano*, Milano, 1970, pp.81-130
- GRAGNOLI E., *Nuovi profili dell'impugnazione del licenziamento ADL*, 2011, fascicolo 1, p. 39 e ss.
- HALL J., *Redundancy in the United Kingdom*, in AA.VV., *I Licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari 2001, p. 471
- HENRY M., *La réintégration des salariés non protégés*, in *Dr. ouvrier*, 1995, pp. 371-381
- HENRY M., *La nullité du licenciement sanctionnant l'exercice de sa liberté d'expression par un salarié*, *Droit Ouvrier*, 1987
- HEPPLER B., *Forms of Employment*, in *Encyclopedia of Employment Law*, 1992, Sweet e Maxwell Green,London,p.1211 e ss.
- HEPPLER B., *The future of Labour Law*, in *ILJ*, 1995, p. 303 e ss.
- JANßEN P., *Arbeitsrecht und unternehmerische Einstellungsbereitschaft*, in: *iwtrends (Hrsg.): Initiative Neue soziale Marktwirtschaft*, 2004, p. 16
- JESGARZEWKI T., HOLZENDOF T., *Personenbedingte kündigung. Aktuelle Rechtsprechung zur krankheitsbedingten kündigung*, in *Arbeit und Recht*,2011, pp. 386-389

- LAMBERTUCCI P., Cassa integrazione guadagni, licenziamenti collettivi e mobilità, in G.SANTORO PASSARELLI (a cura di), Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Milano 2009,p. 1117 e ss.
- LOKIEC P., Droit du travail. Les relations individuelles de travail, Tomo 1, Thémis, 2011, pp.1580 e ss.
- LORENZON S., La Corte di giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive comunitarie: il caso Kucukdeveci., in Quaderni costituzionali, 2010 fasc. 2, pp. 430 - 434
- LYON-CAEN A. e PERULLI A., Trasformazioni dell'impresa e rapporti di lavoro : atti seminario dottorale internazionale Venezia 17-21 giugno 2002, Padova, 2004.
- LUCIANI V., Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori: il bilanciamento degli interessi nell'evoluzione dell'art. 2112 c.c., in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L., Napoli, p. 600
- LUIISO F.P. e TISCINI R., VALLEBONA A. , La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti, Torino, 2013, pp.1-28; pp.35-90
- MARAZZA M., L'art. 18, nuovo testo dello statuto dei lavoratori, ADL, 3/2012,p.613
- MARTELLONI F. e THOMAS P.,I licenziamenti in Italia e in Francia: la tutela del datore di lavoro, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, Milano, 2006 fasc. 4, pp. 779 – 818
- MARAZZA M., L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori, ADL, 3/2012, p. 613.
- MARESCA A., Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto Lavoratori, in Riv. it. dir. lav., 2012, p. 438
- MAZZOTTA O., Diritto del lavoro, Milano, 2012, p. 731
- MAZZOTTA O., I nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, Il nuovo mercato del lavoro, Torino, 2013,p. 235 e ss.

- MESITI D., Il licenziamento orale dopo la Riforma Fornero, *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, fascicolo 4, p. 329 e ss.
- MILET L., Les indemnités due aux représentants du personnel licenciés sans autorisation administrative, in *DS*, 2001, pp. 1053-1078
- MONTUSCHI L., Interventi a confronto. Dal Patto per Milano al Patto per l'Italia: quale ruolo per la concertazione? Tecniche sperimentali deregolative del mercato del lavoro: un'intesa contrastata, in *Diritto delle relazioni industriali*, Milano, 2003 fasc. 1, pp. 50 – 62
- MOULY J. «Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle: le retour discret de la perte de confiance», in *Dr. Soc.*, 2006, p. 839 e seguenti.
- NAPIER B., Flessibilità e diritto del lavoro nel Regno Unito, in *LD*, 1992, p. 65 e ss.
- NAPIER B., The contract of Employment, in Lewis R., *Labour Law in Britain*, 1986, Basil Blackwell, Oxford, 1986, p.331 e ss.
- NATULLO G., Il licenziamento collettivo, Milano, 2004, p. 187 e ss.
- NAUDE' F., Relexion à propos du project de loi modifiant le droit de licenciement, in *Droit social*. 1973, p. 137 e ss.
- NEAL A.C. , I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Gran Bretagna, in *Diritto delle relazioni industriali*, fascicolo 2, 1992, pp.181-190
- NOGLER L., La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali, in *GDLRI*, 2008, p. 600
- NOGLER L., La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, pp. 661-691
- OGRISEG C., Rischio economico e modelli di protezione del lavoro: contributo allo studio sulle tutele contro i licenziamenti negli ordinamenti italiano e francese. Milano, 2007, pp. 75-214

- ORLANDINI G., in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012 fasc. 136, pp. 619 -660, La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea - The protection against unjustified dismissal in the legal system of the European Union
- PAGAMICI B. , Il licenziamento della lavoratrice madre è nullo fino al compimento del primo anno del bambino, *PMI*, 2005,fascicolo 1, p. 49 e ss.
- PANUCCIO V., Studi in memoria di Domenico Napoletano,Milano,1986, p.739 e ss.
- PAPALEONI M., Il recente adeguamento comunitario della disciplina dei licenziamenti collettivi, in *Il Foro Toscano*, Perugia, 2004 , fasc. 2, pp. 290 – 292
- PARRAVICINI P.G., Il nuovo art. 18 st. lav.: problemi sostanziali e processuali, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 10.2012, p.748
- PASQUALETTO E., Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata, in *Commentario alla Riforma Fornero*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 41
- PEANO M.-A., L'intuitu personae dans le contrat de travail, *Dr. Soc.*, Paris, 1995, pp.136-158
- PEDRAZZOLI M., Introduzione a Wolfgang DÄUBLER, *Diritto sindacale e cogestione nella Germania Federale*, Milano, 1981, pp. 396-369
- PELISSIER J., *La réforme du licenciement*, Sirey, 1974, pp.90-130
- PELISSIER J., *Ambigüités et logique du contrôle de la Cour de cassation*, in *Dr. Soc.*, 1986, p. 180 e ss.
- PELLACANI G., Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, pp. 267 e ss.
- PELLACANI G., *Licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013
- PERONE G., *Lo statuto dei lavoratori*, Torino, 2010, p. 4

- PERSIANI M., Preliminari al potere disciplinare, in M. MARTONE, contratto di lavoro ed organizzazione, Padova, 2012, p. 774
- PEDRAZZOLI M., Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro, Milano, 2011, p. 211
- PERULLI A., "Efficient breach", valori di mercato tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna (Relazione al Seminario euromediterraneo "Il licenziamento di fronte alla sfida della crisi economica", Università "G. D'Annunzio", Pescara, 13 e 14 aprile 2012) in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2012, fasc. 3 pag. 561 - 586
- PESSI A., Iniziativa economica e tutela dell'occupazione: due modelli a confronto (il "licenziamento per motivo economico" in Francia ed i licenziamenti collettivi in Italia), in Argomenti Diritto del lavoro, n2, Padova, 2002, p. 405 e ss.
- PESSI R., Lezioni di diritto del lavoro, Torino, 2012, pp. 351-377
- PEZZUTO R., L'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la Legge Fornero, in Il lavoro nella giurisprudenza, 2013, fascicolo 5, p. 454 e ss.
- PIRONTI A., Licenziamento illecito, discriminatorio, illegittimo: uno spettro delle tutele in una sola ordinanza, Diritto e Lavoro., 2013, p. 174 e ss.
- PISANI C. Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012, in ADL, 2013, fascicolo 2, pp. 264-275
- PROGRAMMA SOCRATES I licenziamenti per riduzione di personale in Europa, Bari, 2001, p. 539 e ss.
- RAY J. E., Droit du Travail. Droit vivant, Parigi, 1996, pp. 72-87
- RAY J. E., Le nouveau droit du licenciement, in Dr. Soc., 1987, pp. 664-679

- RIDEOUT R.W., The Contract of Employment, in Current Legal Problems, 1966, p.111 e ss.
- RIZZARDO D., CONSOLO C., Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali , in Corriere giuridico, 2012, fascicolo 6, p. 729.
- ROCCELLA M., Manuale di diritto del lavoro : mercato del lavoro e rapporti di lavoro, Torino, 2010, pp. 428-467
- ROCCELLA M. e TREU T., Diritto del lavoro della comunità europea, Padova, 1995, p.323
- ROMEI R., Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda, art. 2112, in Commentario diretto da Schlesinger P., Roma, 2008, p. 100
- RUSSO C., Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato, Torino, 2011, p. 64 e p. 152
- SANTAGATA R., Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco, in Diritti lavori mercati, 2012, pp. 543-564
- SANTAGATA R., I licenziamenti in Germania: i presupposti di legittimità, in Diritto delle relazioni industriali, 2013, fascicolo 3, pp. 887-897
- SANTINI F. , Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), La nuova riforma del lavoro , Milano, 2012, p. 238
- SANTORO PASSARELLI G., Diritto dei lavori – Diritto sindacale e rapporti di lavoro, Torino, 2013, pp.358-387
- SAVATIER J., L'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs de licenciement doit-elle être contrôlée par la Cour de cassation?, in Dr. Soc., 1987, pp. 357-388

- SANTUCCI R., I licenziamenti collettivi tra questioni applicative e nuove regole: Atti dell'Incontro di studio di Benevento 23/11/ 2004, milano,2005, pp.82-95
- SCOGNAMIGLIO R., Diritto del lavoro e Corte costituzionale, 2006, Napoli, pp.75-102 e pp. 143-148
- SERVIDIO S., Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e tutela reale, in Diritto e pratica del lavoro, 2013,fascicolo 12, p. 772
- SPEZIALE V., Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo, in P. CHIECO (a cura di), Flessibilità e tutele nel lavoro, Bari, 2013, p.305
- STOLFA F., Licenziamento per giustificato motivo oggettivo : i nodi irrisolti e le soluzioni possibili In Rivista italiana di diritto del lavoro,Milano,2004, parte II, fascicolo 3, pp. 627 e ss.
- TAGLIENTI C., La disciplina dei licenziamenti nell' ordinamento giuridico francese: recenti posizioni della dottrina e della giurisprudenza, in Il Diritto del lavoro, Milano, 1984 fasc. 3-4, pp. 257 – 291
- TAMAJO R., DELL'OLIO M., CARINCI F., LISO F.,TOSI P. Il potere disciplinare, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali n.9,Torino, 1991, pp. 243- 296
- TATARELLI M., Il licenziamento individuale e collettivo, Padova, 2012
- TEYSSIE B., Personnes, entreprise et relations de travail, Dr. soc., Paris, 1988, p.376
- TIRABOSCHI M., Osservatorio sulla giurisprudenza straniera, Licenziamento ingiustificato, continuità dell'impiego e categorie protette di lavoratori: il caso inglese, in Diritto delle relazioni industriali, fascicolo 1, 1995, pp. 171-193
- TIRABOSCHI M., Osservatorio sulla giurisprudenza straniera, Autonomia, subordinazione e contratti di lavoro sui generis: un recente revirement (più apparente che reale) della giurisprudenza inglese, in Diritto delle relazioni industriali, fascicolo 2, 1996, pp. 153- 170

- TIRABOSCHI M., Tribunali Industriali e tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori: il caso inglese, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, . fascicolo 2, 1996, pp. 161-182
- TIRABOSCHI M., BIAGI M., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2012, p. 504.
- TOFFOLETTO F. e NESPOLI E., *I licenziamenti individuali in Italia e nell'Unione Europea*, Milano , 2008, pp. 1-138
- TOSI P., L'improbabile equilibrio tra flessibilità in entrata e flessibilità in uscita nella legge 92/2012 di riforma del mercato del lavoro, in *Arg. dir. Lav.*, 2012
- TOPO A., Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, in *Commentario alla Riforma Fornero*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 41
- THUSING G., *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote*, C.H. Beck, 2007, p.200
- TREMOLADA M., Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 st. lav., in *Commentario alla Riforma Fornero*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 41
- TREGLIA G., Brevi note sul nuovo processo per licenziamento introdotto dalla riforma del mercato del lavoro, in *Lav. giur.*, 2012, p. 766
- ULRICH R., La riforma del lavoro nel panorama comparato: l'esperienza tedesca e austriaca, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2004, pp. 943- 948
- VALLEBONA A. , *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012
- VALLEBONA A., L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori, in *Dir. Rel Ind*, fascicolo 3, 2012, p. 621
- VARVA S., Riforma del mercato del lavoro e indennità sostitutiva della reintegrazione, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, fascicolo 4, p. 333

- VENDITTI L., Licenziamento collettivo e tecniche di tutela, Napoli, 2012, p.98
- VIDIRI G., La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2012,fascicolo 4, p. 617 e ss.
- WEDDERBURN OF CHALTON, DEAKIN S., McKendrick E., Il diritto del lavoro in Gran Bretagna (1984-1987) ,1989,in DLRI, p.501 e ss.
- WANK R. , Die Kündigung in AA.VV., Muünchner Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht II, Beck, München, 1993, p. 112
- WEISS M., Licenziamenti collettivi per riduzione di personale in Germania, in Dir. Rel. Ind.,Milano, 1992, pp. 157-166
- WEIDMANN G., Il licenziamento nel quadro normativo e giurisprudenziale tedesco, in Diritto delle relazioni industriali, 2013
- WEISS M. , Labour Law and Industrial Relations in Germany, Kluwer Law International, 2008, p. 135
- ZACHERT U., Der Arbeitsrechtsrechtsdiskurs und die Rechtsempirie – Ein schwieriges Verhältnis, in WSI Mitteilungen 8/2007, p.23
- ZANGARI G., Contributo alla teoria del licenziamento nel diritto italiano e comparato, Milano, 1974, p. 267 e ss.
- ZANGARI e DI CERBO, Il diritto del lavoro dei paesi dell'Europa continentale partecipanti alla CEE, vol. II, in Enciclopedia giuridica del lavoro, diretta da MAZZONI, Padova, 1984, pp.645-766
- ZANINI R., La disciplina dei licenziamenti collettivi nell'ordinamento tedesco, in Dir. Lav. , Milano,1973, p. 140
- ZOLI C., Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2013, fascicolo 3, p. 657 e ss.

SITOGRAFIA

- www.utilla.it
- www.europeanrights.eu/public/commenti/Articolo_Cosio.pdf
- www.ecn.org/coord.rsu/schede/lavoro_europa/francia_tutela_licenziamento.htm
- www.fmb.unimore.it
- www.justlanded.com
- www.cnai.it
- www.uil.it
- www.wikilabour.it
- www.intrage.it
- www.marx21.it
- www.studium.unict.it
- www.italiansunited.com
- www.umanitanova.org
- www.huffingtonpost.it
- www.parliament.uk
- www.slatergordon.co.uk/employment-law/dismissal
- www.filodiritto.com/kuendigungsschutzgesetz-i-licenziamenti-in-germania
- www.gazzettadellavoro.com
- www.giustiziadellavoro.it
- www.guidelegali.it
- www.nonprofitonline.it
- www.licenziamentogiustacausa.it
- www.dirittierisposte.it
- www.dirittoegiustizia.it
- www.magistraturademocratica.it
- www.laleggepertutti.it; www.linkiesta.it
- www.dols.it