

## La normativa sui licenziamenti nel diritto tedesco: un primo bilancio del più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale\*

Raffaello Santagata

1. Il sistema tedesco nel quadro comparato	342
1.2 Principi costituzionali in tema di licenziamento	346
2. L'ambito di applicazione del KSchG e le causali del licenziamento: cenni	348
3. Il licenziamento per motivi legati alla persona (personenbedingte Kündigung): cenni	349
4. Licenziamento per ragioni economiche o aziendali	351
5. Licenziamenti per motivi oggettivi ed obbligo di reimpiego	353
6. La scelta sociale (Sozialauswahl)	356
7. Il licenziamento per ragioni legate al comportamento inadempiente del lavoratore (verhaltensbedingte Kündigung)	361
8. Il licenziamento straordinario	364
9. Il sistema sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo	367
10. L'indennità risarcitoria e la transazione in sede di conciliazione giudiziale	372
11. Il sistema di tutela collettiva (cenni). La reintegrazione nelle more del giudizio	375
12. Il dibattito più recente	380

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 96/2012

## 1. Il sistema tedesco nel quadro comparato

Benché in quest'ultimo ventennio nel sistema tedesco non siano mancate riforme emanate all'insegna di una flessibilizzazione dei licenziamenti (v. *infra*), secondo una constatazione diffusa la disciplina tedesca sui licenziamenti (contenuta in particolare nella *Kündigungsschutzgesetz*, d'ora in poi, *KSchG*) è contrassegnata tuttora da un tasso di rigidità particolarmente elevato<sup>1013</sup> e si presenta ancora profondamente permeata dall'idea di stabilità del rapporto di lavoro che l'ha originariamente ispirata<sup>1014</sup>.

Non è un caso che i dati pubblicati dall'Ocse, nel rapporto del 2008, collochino la Germania, insieme alla Svezia, al Portogallo e a Lussemburgo, in cima alla graduatoria dei Paesi che dispongono dei vincoli più penetranti al potere del datore di lavoro di dimensionare l'organico previsto in caso di crisi aziendali o di modifiche all'organizzazione del lavoro<sup>1015</sup>.

Ad un esito analogo era già approdato qualche anno prima uno studio più approfondito svolto in chiave comparata nel 2003 secondo cui i rapporti elaborati precedentemente dall'OCSE erano incorsi in una serie di inesattezze e di imprecisioni nell'utilizzare gli indici di rigidità, finendo in qualche misura per "declassare" l'*Employment protection Legislation* tedesca<sup>1016</sup>.

I risultati a cui perviene l'Ocse sono apparsi poco affidabili per almeno due le ragioni: anzitutto tale organizzazione include nella sua valutazione indici che travalicano la tutela contro i licenziamenti illegittimi, come la previsione di indennità in caso di licenziamento legittimo o giustificato (*Abfertigungen*) e la durata dei termini di preavviso, trascurandone invece altri più pertinenti<sup>1017</sup>.

<sup>1013</sup> In quest'ordine di idee v. di recente B. WAAS, *Kündigungsschutz und Befristungskontrolle: Optionen für eine Flexibilisierung des Arbeitsrechts*, in *Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung* (ZAF) 1/2007, p. 99. R. REBHANN, *Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU* in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht* (ZfA) 2003, 163-235. Sulla disciplina dei licenziamenti in Germania v., in lingua italiana, in particolare L. GAETA, *L'esperienza della disciplina dei licenziamenti nella Repubblica federale tedesca*, in *Giorn. Dir. Lav. rel. Ind.*, 1986, 733 ss.; P. BALDASSARRE, *La tutela contro il licenziamento nell'ordinamento tedesco*, in *Dir. lav.*, 2001, I, 199 ss.; W. DÄUBLER, *Il caso tedesco*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, QDLRI, n. 26/2002, 195 ss.; M. CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? (Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania)*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, 365; E. ALES, *Modello tedesco: di cosa stiamo parlando?*, in *Rass. Sind.* del 5-11 aprile 2012.

<sup>1014</sup> W. DÜTZ, G. THÜSING, *Arbeitsrecht*, München, 2011, 199, secondo cui lo scopo della *KSchG* risiede tuttora nella tutela della stabilità del posto di lavoro, che "rappresenta in generale per il lavoratore il fondamento della propria esistenza" (*Existenzgrundlage*). V. anche W. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht: Das Arbeitsrechtverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz*, 2, Rowohlt Verlag, 2009, 546: il salto di qualità nella tutela contro i licenziamenti che la *KSchG* del 1951 compie rispetto alle normative previste dai *Länder* costituiti dopo la seconda guerra mondiale (e in particolare alla *KSchG* di Berlino ovest del 24.5.1950) sta nell'aver introdotto un regime di stabilità del posto di lavoro in virtù del quale in presenza di un licenziamento privo di giustificazione sociale il rapporto di lavoro prosegue *ipso iure*.

<sup>1015</sup> OECD, *Employment Outlook*. Paris, 2008. Nel nuovo rapporto l'OCSE prende in considerazione tre profili della disciplina sui licenziamenti individuali: "(i) procedural inconveniences that employers face when starting the dismissal process, such as notification and consultation requirements; (ii) notice periods and severance pay, which typically vary by tenure of the employee; and (iii) difficulty of dismissal, as determined by the circumstances in which it is possible to dismiss workers, as well as the repercussions for the employer if a dismissal is found to be unfair (such as compensation and reinstatement)". Nel valutare invece i costi aggiuntivi per i licenziamenti collettivi: "this focuses on additional delays, costs or notification procedures when an employer dismisses a large number of workers at one time. This measure includes only additional costs which go beyond those applicable for individual dismissal. It does not reflect the overall strictness of regulation of collective dismissals, which is the sum of costs for individual dismissals and any additional cost of collective dismissals".

<sup>1016</sup> R. REBHANN, *op. cit.*, 181.

<sup>1017</sup> In particolare, secondo R. REBHANN, *op. cit.*, 181, il rapporto Ocse avrebbe sottovalutato il fatto che il sistema in esame prevede che se sussiste una "modificazione della struttura aziendale" (*Betriebsänderungen*) i datori di lavoro sono tenuti, ai sensi del § 102 del *BetrVG*, a contrattare con il consiglio aziendale [oltre ad un accordo di interessi (*Interessenausgleich*)] un apposito *Sozialplan* che serve

Il sistema tedesco ne esce così fortemente “penalizzato” nella graduatoria rispetto ad alcuni Paesi come il nostro che riconoscono al lavoratore *validamente* licenziato un’indennità commisurata all’anzianità maturata; ma anche rispetto ad altri, come l’Olanda, che sottopongono il licenziamento ad un’approvazione statale, subordinandola di regola alla corresponsione di un’indennità.

In secondo luogo, la ricerca Ocse, nel misurare la rigidità del sistema previsto in ciascun ordinamento, sopravvaluta il peso che riveste la previsione di una tutela di tipo reintegratoria. In effetti, l’incidenza di tale indicatore dipende dall’accertamento che il giudice è chiamato ad effettuare “a monte” sulla legittimità o illegittimità prima di individuare la sanzione applicabile al licenziamento illegittimo. Infatti, l’effettività di un apparato sanzionatorio, anche se molto rigido (come, in passato, quello italiano che concepiva la reintegrazione come sanzione unica per i licenziamenti illegittimi intimati nell’area c.d. della tutela reale oppure quello svedese che prevede una sanzione risarcitoria di importo alquanto elevato) varia sensibilmente a seconda che il controllo giudiziale sui presupposti per l’esercizio del potere di recesso sia più o meno severo, anche perché le soluzioni interpretative accolte dai tribunali sulle cosiddette causali possono influire sul tasso di litigiosità giudiziale.

Da questo punto di vista il sistema tedesco, che, come vedremo, circoscrive l’ambito di autonomia dei giudici in merito alla scelta dei rimedi previsti a favore del lavoratore illegittimamente estromesso dall’azienda (v. *infra* § 9), riveste valore paradigmatico.

In tale contesto, infatti, la giurisprudenza, forse più che in altri Stati, ha giocato un ruolo cruciale nell’assestamento e nello sviluppo di una fitta rete di regole e criteri limitativi del potere di licenziare, tracciando un vero e proprio percorso ad ostacoli per il datore di lavoro che intenda esercitare con successo il potere di recesso<sup>1018</sup>.

Basti per ora evidenziare che i giudici tedeschi, non solo si richiamano costantemente e rigorosamente al criterio di *ultima ratio*, ma impongono, anche, al datore di lavoro di effettuare una “previsione” per valutare oggettivamente se, in considerazione delle mutate condizioni esistenti nel rapporto contrattuale delle persone coinvolte, ci si possa aspettare la prosecuzione di una collaborazione fruttuosa (licenziamento personale e disciplinare), o se, anche in futuro, vi sarà la perdita di opportunità di lavoro (licenziamenti economici) (*Prognoseprinzip*).

Peraltro, i Tribunali del lavoro hanno anche esteso buona parte dei criteri elaborati in sede giudiziale in funzione protettiva del lavoratore ai casi in cui non sono applicabili né la *KSchG* né la legislazione speciale, sul presupposto che il lavoratore debba beneficiare di una qualche forma di

---

a mitigare e compensare gli svantaggi subiti dai singoli lavoratori mediante la corresponsione di un premio di fine rapporto. In Germania in molti casi il *Betriebsrat* riesce ad ottenere coattivamente, tramite l’intervento del collegio di conciliazione, il *Sozialplan*.

<sup>1018</sup> V. per esempio, sin d’ora, B. WAAS, *op cit.*, p. 101. Sul ruolo essenziale svolto dalla giurisprudenza v. criticamente F. BAYREUTHER, *Thesen zur Reform des Kündigungsschutzes*, in NZA 2006, 417, In lingua italiana U. ZACHERT, *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Università degli Studi di Trento, 1995, p. 133-138; W. DÄUBLER, *Il caso tedesco*, cit., 195 ss.

tutela contro il licenziamento anche nelle piccole imprese, alle quali non si applica la disciplina generale della *KSChG* ai sensi del § 23 paragrafo 1, comma 2 e 3<sup>1019</sup><sup>1020</sup>.

Proprio per queste ragioni la normativa di protezione contro il licenziamento prevista nella *Rft*, da qualche tempo, è stata attaccata su più fronti con l'accusa di avere effetti negativi sull'occupazione e sulla mobilità professionale<sup>1021</sup>.

Di "flessibilità in uscita" e di un allentamento dei vincoli legali al licenziamento si iniziò a parlare negli anni '90: un primo importante passo in questa direzione si realizza con la *Beschäftigungsförderungsgesetz* del 1996 che opta per un deciso abbassamento della soglia di tutela contro i licenziamenti. Infatti, tale legge, da un lato, estende l'ambito di applicazione della c.d. clausola di esenzione della *KSChG* (*Kleinbetriebsklausel*) alle imprese che occupano fino a dieci lavoratori (non più fino a cinque dipendenti) e include nel computo i part-timer *pro rata*, dall'altro, indebolisce il criterio della selezione sociale (su cui v. § 6) e autorizza il consiglio d'azienda ed il datore di lavoro a concordare una lista delle persone da licenziare (*Namenliste*) all'interno del cosiddetto *Interessenausgleich* (che è l'accordo con il quale il consiglio aziendale e il datore di lavoro, in caso di modifiche della struttura aziendale, stabiliscono se, quando, ed in qual modo debba essere realizzata la progettata modificazione).

Nel nuovo scenario politico che si apre nel 1998 con il governo Schröder (SPD/Verdi) viene però emanata una legge (*Gesetz zu Korrekturen der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten*) che segna un brusco cambiamento di rotta nelle politiche del lavoro e sopprime gran parte di queste innovazioni.

Da allora, il tema della flessibilizzazione dei licenziamenti, come in Italia, non è mai più uscito di scena, anzi raggiunge il suo apice di attualità nel dibattito svoltosi in occasione dell'emanazione della legge di riforma del mercato del lavoro varata nel 24 dicembre 2003 (*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*), che, nel tentativo di superare alcuni profili di criticità della disciplina sui licenziamenti e di immettere nuove dosi di flessibilità in uscita, recupera in buona parte le misure già prefigurate nel '96 con il governo Kohl, aggiungendo però solo poche novità<sup>1022</sup>.

<sup>1019</sup> La base giuridica su cui poggia questa "tutela contro i licenziamenti posta al di fuori del *KSChG*" è costituita dai §§ 242 BGB (principio di buona fede) e § 138 BGB, secondo cui i negozi giuridici, contro i buoni costumi, sono nulli.

<sup>1020</sup> Non è un caso dunque che – come documentano alcuni autori come W. MOSCHEL, *Kündigungsschutz und Beschäftigung: ein Scheinproblem?*, in *Juristenzeitung* 3, 2006, p. 113 e B. RÜTHERS, *Der geltende Kündigungsschutz. Beschäftigungsbremse oder Scheinproblem?*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 23, 2006, 1640 – i proprietari di piccole imprese percepiscano la normativa sui licenziamenti come un peso e al contempo dichiarino in prevalenza che senza di essa avrebbero un atteggiamento più aperto verso nuove assunzioni.

<sup>1021</sup> Nel dibattito in corso (per il quale si rinvia al § 12) si discute, come da noi, sui pro e i contro di una tutela rigida contro i licenziamenti e ci si chiede se la normativa in materia espliciti, per un verso, un effetto disincentivante (*prohibitive Wirkung*), e cioè se la sua negativa percezione da parte dei datori di lavoro e dei responsabili delle risorse umane possa scoraggiarli dall'assumere a tempo indeterminato, e per l'altro verso, un effetto preventivo (*präventive Wirkung*), e cioè se essa renda eccessivamente costoso il licenziamento anche in considerazione della lunghezza del processo. Confermerebbe l'effetto preventivo, secondo J. VIERING (*Arbeitsgerichte erschweren Kündigungen kaum*, in *Süddeutsche Zeitung* del 15.4.2005), il basso tasso di litigiosità dovuto al fatto che la normativa prevede vincoli troppo rigidi ed il datore di lavoro sembra disposto a tutto pur di evitare l'alea del processo. Sul dibattito v. tra gli altri U. ZACHERT, *Der Arbeitsrechtsdiskurs und die Rechtsempirie – Ein schwieriges Verhältnis*, in *WSI Mitteilungen* 8/2007.

<sup>1022</sup> Tale riforma ha fatto molto discutere ed è stata valutata in gran parte con toni critici. V. tra gli altri B. WAAS, *op. cit.*, T. RAAB, *Der Abfindungsanspruch gemäß § 1a KSChG in Recht der Arbeit* (RdA) 2005, 1 12, il quale evidenzia che le speranze che erano riposte in una delle principali novità, ossia la *Abfindungsanspruch* (la previsione, a determinate condizioni, di un diritto all'indennità a favore del lavoratore licenziato per motivi aziendali) in caso di licenziamento per ragioni economiche (*KSChG* § 1a), sono in gran parte naufragate.

Ciò non toglie che in Germania il dibattito sul tema abbia avuto un sbocco molto diverso che in Italia, come testimoniano i percorsi divergenti intrapresi dai due legislatori nazionali.

Se il legislatore italiano, sotto la pressione dei mercati finanziari, ha dovuto mettere mano ad una riforma strutturale che modifica profondamente l'apparato sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi e riduce in modo drastico il diritto alla reintegrazione, lasciando ampio spazio alla sanzione meramente risarcitoria (l. 28 giugno 2012, n. 92), in Germania, invece, le riforme attuate negli ultimi anni hanno introdotto solo alcuni correttivi alla disciplina in esame, lasciando essenzialmente immutato il regime sanzionatorio. In tale contesto, viene dunque superata l'idea che una forte riduzione della tutela reale e la sua sostituzione con un regime di tutela indennitaria (*Abfindungslösung*) sia l'unica strada per rendere il mercato del lavoro più fluido e ed eliminare il dualismo.

Peraltro, è significativo che, in occasione delle recenti riforme, il legislatore tedesco, pur avendo assecondato per certi versi le istanze di flessibilità, non ha mai dato seguito alle proposte di revisione della storica normativa del '72 (*Betriebsverfassungsgesetz*, d'ora in poi BetrVG) volte ad indebolire i poteri di codecisione che essa riconosce ai consigli aziendali sulle questioni cruciali del licenziamento<sup>1023</sup>.

In Italia, al contrario, la legge n. 92 del 2012, ponendosi in continuità con le tradizioni specifiche del nostro sistema di relazioni industriali, ha abbandonato qualsiasi intento di prefigurare un ruolo per le rappresentanze sindacali in azienda nella gestione delle questioni del licenziamento, perdendo in tal modo un'importante occasione per allinearsi al cosiddetto modello tedesco ed aprire la strada ad un modello di *co-partnership* nella materia in esame.

Nel prosieguo della presente trattazione, ponendo in risalto, di volta in volta, le similitudini e le divergenze con il sistema italiano, passeremo ad illustrare, sia pure a grandi linee, lo stato dell'arte sul sistema di tutela contro i licenziamenti previsto nell'ordinamento tedesco, soprattutto al fine di verificare se, ed in che modo, l'idea di stabilità a cui si è originariamente ispirato il *KSchG* ha trovato effettivo radicamento nel "diritto vivente". Partendo dall'esame del contenuto dei principi costituzionali, soffermeremo anzitutto l'attenzione sui limiti sostanziali e procedurali che il *KSchG* pone al datore di lavoro tedesco nell'esercizio del potere di recesso, sui vincoli derivanti dalla cosiddetta "selezione sociale" dei lavoratori da licenziare e, ancora, sul ruolo che il consiglio aziendale è chiamato a svolgere nella gestione collettiva dei problemi relativi al licenziamento<sup>1024</sup>. L'analisi si concentrerà poi sull'apparato sanzionatorio, e in particolare sul ruolo essenziale del giudice nell'individuazione dei rimedi previsti a favore del lavoratore illegittimamente estromesso dall'azienda, nonché sull'ambito di applicazione riservato alla reintegrazione ordinata nel corso del giudizio. Infine verrà offerta una rapida panoramica critica sulle più importanti proposte di riforma in campo.

<sup>1023</sup> Tali proposte sono state formulate in considerazione dell'atteggiamento di particolare rigore con cui la giurisprudenza valuta il mancato rispetto dell'obbligo di ascolto. V. B. SCHIEFER, *Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit -Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis* in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (NZA) 2002, 770, 771, J.H. BAUER, *Arbeitsrechtlicher Wunschkatalog für mehr Beschäftigung* in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (NZA) 2005, 1046, 1050.

<sup>1024</sup> Come ben noto, l'ordinamento tedesco si contraddistingue nel panorama comparato in quanto la legge, indipendentemente dall'esistenza di un licenziamento collettivo, riconosce diritti di partecipazione ad un organismo di rappresentanza dei lavoratori di tipo elettivo, denominato *Betriebsrat* (v. § 11).

## 1.2 Principi costituzionali in tema di licenziamento

Prima di entrare nel merito della disciplina legislativa dei licenziamenti individuali vigente nel sistema tedesco sembra utile interrogarsi, sulla scorta delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali, in ordine alla portata dei principi costituzionali che vengono in gioco in questa materia anche al fine di stabilire, in un secondo momento (v. § 12), quale sia il margine di intervento del legislatore e quali siano i limiti a cui è soggetto per poter disporre e strutturare un regime di stabilità.

Per quanto riguarda l'individuazione del fondamento costituzionale del potere di recesso del datore di lavoro (*Kündigungsfreiheit*), va osservato che la questione è tuttora dibattuta anche perché nella Costituzione tedesca non esiste, come da noi, una norma che proclama la libertà d'impresa<sup>1025</sup>.

La giurisprudenza costituzionale tedesca ha posto alcuni punti fermi.

Pur non escludendo, come da alcuni evidenziato<sup>1026</sup>, che il potere di recesso si ponga in stretta connessione con l'autonomia contrattuale, tutelata dall'art. 2, Abs. 1 del GG – nella quale rientra infatti non solo la possibilità di stipulare contratti e determinarne il contenuto ma anche quella di disporre la cessazione del vincolo contrattuale – la Corte costituzionale tedesca ne rinviene essenzialmente il fondamento nella libertà professionale (*Berufsfreiheit*) sancita nell'art. 12, Abs. 1 del GG<sup>1027</sup>, negando invece qualsiasi rilievo alla garanzia del diritto di proprietà contenuta nell'art. 14, Abs 1 del GG<sup>1028</sup>.

Dal principio contenuto nell'art. 12 la Corte tedesca fa discendere la libertà dell'imprenditore di decidere come organizzare al suo interno la propria attività aziendale<sup>1029</sup>, e dunque anche la libertà di scegliere i collaboratori di cui avvalersi nella propria organizzazione e di determinare la dimensione da dare al proprio organico<sup>1030</sup>.

Secondo la Corte, tale norma, nel tutelare la libertà di esercitare la professione (*Berufsfreiheit*) e di scegliere il luogo di lavoro e le sedi di preparazione e di perfezionamento professionale<sup>1031</sup>, utilizza l'espressione "*Beruf*" in un'accezione molto ampia e comprensiva di ogni forma o modo di esplicazione della personalità dell'individuo sì da garantire a ciascuno il diritto di intraprendere

<sup>1025</sup> V. da ultimo, M. FRANZEN, *Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmer als Grundlage des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes*, in Krause R, Schwarze R (a cura di), *Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag am 23. Mai 2008*, 71 e ss C.W. HERGENRÖDER, *Kündigung und Kündigungsschutz im Lichte der Verfassung*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2002, 356 e ss.

<sup>1026</sup> V. S. URBAN, *Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes*, Duncker & Humblot. 2001, p. 39;

<sup>1027</sup> V. C.W. HERGENRÖDER, *Kündigung und Kündigungsschutz im Lichte der Verfassung*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2002, 358.

<sup>1028</sup> Si astiene dall'utilizzare l'art. 14 GG come metro di valutazione dei limiti posti dalla legge ai poteri del datore di lavoro BVerfG 18.12.1985, NJW, 1986, 1601. Ipotizza invece che il fondamento del potere di recesso possa essere ancorato, almeno in parte, anche all'art. 14 GG: R. THUM, *Betriebsbedingte Kündigung und unternehmerische Entscheidungsfreiheit*, Peter Lang, 2002, p. 14, 24.

<sup>1029</sup> È appena il caso di rimarcare una differenza rispetto all'elaborazione teorica sviluppatasi attorno al nostro art. 41 Cost.: l'art. 12, secondo la Corte, si pone come fondamento delle attività inerenti alla costituzione e alla conduzione di un'impresa anche se non tutela indistintamente qualsiasi attività economica, ma solo quelle attività che soddisfano i requisiti di una "professione" (*Beruf*). BVerfG 1.3.1979, E 50, 290 = AP Nr. 1 zu § 1 *MitbetG*.

<sup>1030</sup> BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - mwN, BAGE 115, 92.

<sup>1031</sup> Secondo l'art. 12, Abs. 1 "Tutti i tedeschi hanno diritto di scegliere liberamente la professione, il luogo di lavoro e le sedi di preparazione e di perfezionamento professionale". Secondo il primo capoverso della norma l'esercizio della professione può essere regolato mediante leggi.

una qualsiasi attività per la quale si reputa adatto nella prospettiva della compiuta realizzazione della propria vita<sup>1032</sup>.

La Corte costituzionale si è anche pronunciata sulla questione, ugualmente assai dibattuta, del fondamento costituzionale dei vincoli al potere di recesso<sup>1033</sup>.

A tal proposito va ricordato che il *BVerfG* e la dottrina maggioritaria tradizionalmente ritengono che la disciplina di tutela contro i licenziamenti poggi sul principio della libertà professionale previsto dall'art. 12 Abs. 1, del GG, sul principio dello Stato sociale (art. 20, Abs. 1 art. 28, Abs. 1, GG) e su quello posto a garanzia della dignità umana (art. 1, GG)<sup>1034</sup>.

Vi è anche chi ritiene tuttavia che la tutela del lavoratore alla stabilità del posto non possa essere direttamente ancorata all'art. 12 del GG, ma debba essere piuttosto inquadrata nell'ambito dei valori personalistici (art. 2 Abs. 1 GG), essendo anzitutto funzionale a garantire la possibilità di esercitare liberamente i diritti derivanti dal rapporto di lavoro (*Freiheitssicherung*). Il richiamo all'art. 12, secondo tale dottrina, sarebbe precluso a priori in virtù del fatto che l'esercizio della libertà di scelta del posto di lavoro è condizionato ad un (tacito) consenso del datore, il quale, solo richiedendo la prestazione del lavoratore sul mercato del lavoro, pone le condizioni affinché questi possa esercitarla<sup>1035</sup>.

La dottrina prevalente non sembra invece dubitare che l'art. 12 GG, nel proclamare la libertà di scelta del posto di lavoro<sup>1036</sup>, ponga le basi giuridiche affinché il lavoratore sia anche tutelato contro la possibilità di perderlo senza motivo legittimo<sup>1037</sup>.

La giurisprudenza del *BVerfG* è giunta ad ammettere che tale norma, pur senza garantire al lavoratore, in caso di perdita del posto di lavoro, un diritto immediatamente azionabile in giudizio nei confronti del proprio datore di lavoro<sup>1038</sup>, contenga non soltanto un diritto di natura difensiva

<sup>1032</sup> BVerfG 11.6.1958, E 7, 377 (397) = AP Nr. 13 zu Art. 12 GG; 16.3.1971, E 30, 292 (334) = AP Nr. 48 zu Art. 12 GG secondo cui tale previsione, pur mantenendo distinte sul piano testuale la "scelta" dall' "esercizio", riconosce la libertà professionale (*Berufsfreiheit*) come diritto fondamentale di carattere unitario.

<sup>1033</sup> In Germania ci si è anche chiesti se, con riferimento al posto di lavoro, il singolo prestatore di lavoro possa essere considerato titolare di una posizione giuridica assimilabile a quella di un proprietario e tutelata dall'art. 14 del GG. Ciò sulla base di una presunta assimilazione della posizione giuridica del lavoratore a quella del conduttore che la giurisprudenza ritiene tutelata costituzionalmente al pari del locatore in considerazione dello stretto legame che si crea tra i due soggetti mediante il diritto di locazione sociale. Nonostante il BAG abbia lasciato aperta la questione (BAG 4.6.1998, E 89, 80 = AP Nr. 7 zu § 823), l'opinione prevalente esclude che si possa parlare di proprietà del posto di lavoro (*ein Recht auf Eigentum am Arbeitsplatz*). Sul punto v. C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 355. In Italia un'idea di proprietà del posto di lavoro è invece sottesa alle proposte formulate da Pietro Ichino che anche in un recente saggio (*La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in corso di pubblicazione in *Liber amicorum* Marcello Pedrazzoli, ed. Franco Angeli) concepisce la reintegrazione come *property rule*.

<sup>1034</sup> F. GAMILLSCHEG, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, 58 e ss; T. DIETERICH, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 7 Aufl. 2007, Art. 12 GG, Rn 34. Per l'idea che il *KSchG* sia permeato dall'idea dello Stato sociale (*Sozialstättgedanken*) v. KR/Etzel, *KSchG*, 6 Aufl. 2002, § 1 Rdnr. 18.

<sup>1035</sup> M. FRANZEN, *op. cit.*, 71 e ss, 77.

<sup>1036</sup> BVerfG 24 4 1991 AP Nr. 70 zu art. 12 GG; BVerfG 27 1 1998.

<sup>1037</sup> U. PREIS, *Autonome Unternehmerentscheidung und "dringendes betriebliches Erfordernis"*, in NZA 1995, 241 (242).

<sup>1038</sup> A ciò si oppone il mancato accoglimento della teoria della immediata *Drittwirkung* dei diritti fondamentali. Per il tentativo nella giurisprudenza italiana di affermare la pre-esistenza di un diritto soggettivo alla stabilità del posto rispetto alla fonte regolativa collettiva v. Cass., S.U., 10.1.2006 n. 141. V. però le giuste critiche di L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in GDLRI, 2008, 593

(*Abwehrrecht*), ma anche un dovere di protezione a carico dello Stato (*Schutzpflicht*), il quale è chiamato a preservare la posizione giuridica costituzionalmente tutelata (del lavoratore) da qualsiasi indebita intromissione<sup>1039</sup>.

La norma costituzionale in questione, alla stregua di altre norme poste a garanzia di diritti fondamentali, si rivolge tanto al legislatore<sup>1040</sup>, che agli organi giurisdizionali, i quali sono tenuti ad interpretare le norme del diritto del lavoro in modo conforme alla Costituzione<sup>1041</sup> e a contemperare l'interesse del datore di lavoro a dimensionare il proprio organico con l'interesse del lavoratore alla conservazione del suo posto di lavoro, in modo da garantire di volta in volta "il bilanciamento migliore possibile" secondo il criterio della "*praktische Konkordanz*"<sup>1042</sup>. In caso di conflitto tra diritti fondamentali, la tutela prevista in caso di licenziamenti, da un lato, non deve comportare un sacrificio sproporzionato dei diritti fondamentali di altri soggetti privati (*Übermaßverbot*) e dall'altro, non deve scendere al di sotto di uno standard minimo di tutela inderogabile (*Untermäßigverbot*).

## 2. L'ambito di applicazione del KSchG e le causali del licenziamento: cenni

Nell'ordinamento tedesco l'ambito di applicazione della normativa sui licenziamenti, come s'è visto, è stato ridisegnato a più riprese dal legislatore interno. La linea di discriminazione è attualmente individuata dalla legge con riferimento a due importanti condizioni: a) si deve trattare di un licenziamento ordinario di un lavoratore intimato in aziende nelle quali siano occupati più di dieci lavoratori (§ 23 Abs. 1, S. 2 KSchG); b) il rapporto deve aver avuto una durata di almeno sei mesi (§ 1, Abs. 1 KSchG) senza alcuna proroga in caso di malattia, ferie o sciopero (perché si considera la continuità giuridica)<sup>1043</sup>. Per quanto riguarda il primo requisito va ricordato che la Corte costituzionale tedesca ha chiarito da tempo che l'esclusione delle piccole imprese dal campo di applicazione della normativa sui licenziamenti non contrasta né con l'art. 3, Abs. 1, GG né con l'art. 12, Abs. 1 del GG poiché il lavoratore interessato, in tal caso, gode di una tutela di base – deducibile dalla Costituzione – fondata sulle clausole generali (§§ 138 e 242 BGB)<sup>1044</sup>. Quanto al secondo requisito va precisato che durante il periodo di prova previsto per legge (*gesetzliche Probezeit*) il datore di lavoro può licenziare senza dover addurre alcuna giustificazione ai sensi dei § 1, 4 del KSchG, pur restando sottoposto ad altri vincoli legali, e in particolare al rispetto del preavviso e ai diritti di codeterminazione del consiglio aziendale.

Come accade in tutti i Paesi dell'Europa occidentale, nel sistema tedesco esiste la forma di tutela storicamente più antica contro i licenziamenti, per cui il datore di lavoro non può mandare un

<sup>1039</sup> Obbligo, questo, al quale il legislatore si è conformato nella disciplina vigente in tema di licenziamenti. BVerfG 21.6.2006, NZA 2006, 913 che si pronuncia sulla costituzionalità del c.d. "*Wartezeit*" di cui al § 1 Abs. 1 del KSchG.

<sup>1040</sup> V. BVerfG, 30.5.1990, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, 2246 nella quale la Corte costituzionale ha ritenuto che la differenziazione dei termini di preavviso prevista allora dal § 622 Abs. 2 BGB per gli impiegati e per gli operai fosse in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 del GG.

<sup>1041</sup> T. DIETERICH, *Unternehmensfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat*, in *AuR*, 2007, 65, 67. V. anche C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 377-378, secondo cui se un datore di lavoro licenzia in quanto deve ristrutturare la propria impresa per motivi di redditività, il giudice nel valutare la giustificazione sociale del licenziamento ai sensi del § 1 del KSchG deve considerare il principio sancito dall'art. 12 GG direttamente a favore del datore di lavoro.

<sup>1042</sup> BVerfG 21.06.2006, NZA 2006, 213. V. anche HERGENRÖDER, *op. cit.*, 370. Per l'idea che l'art. 12 GG possa giocare un ruolo anche nella disciplina sulla distribuzione dell'onere della prova. BVerfG 27.1.1998, E 97, 169 (179)

<sup>1043</sup> W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 573; W. DÜTZ, G. THÜSING, *op. cit.*, 198.

<sup>1044</sup> W. DÜTZ, G. THÜSING, *op. cit.*, 198; W. DAÜBLER, *Il caso tedesco*, cit., 218-219;



lavoratore sulla strada da un giorno all'altro, ma deve concedergli un congruo periodo di preavviso per metterlo in condizioni di trovare una nuova occupazione. Il potere di recesso del datore di lavoro viene inoltre circondato da una serie di vincoli assai penetranti, secondo una concezione ben precisa della tutela della stabilità che traspare già dalla nozione-chiave utilizzata dal § 1 del *KSchG* per qualificare il licenziamento illegittimo: il licenziamento nei confronti di un lavoratore non produce effetto – si afferma – se è “socialmente ingiustificato” (*sozial ungerechtfertigte*).

Il cambiamento più importante nell'approccio al tema è riconducibile all'emanazione nel 1951 del *KSchG* con la quale il legislatore compie quel salto qualitativo che da noi si è verificato con qualche anno di ritardo, prima con la l. 604 del '66, e poi con l'art. 18 dello Statuto: infatti, la *KSchG*, superando definitivamente la concezione liberista del rapporto di lavoro (che presuppone il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro), consente la piena affermazione della logica del licenziamento vincolato e segna il passaggio da una tutela puramente indennitaria del lavoratore licenziato illegittimamente ad una vera e propria tutela alla continuità del posto di lavoro<sup>1045</sup>. La logica sottesa al sistema introdotto con tale legge, già nella versione del '51, comporta la completa cancellazione degli effetti del licenziamento privo di giustificazione sociale, che, infatti, è da ritenere *sozialwidrig* e dunque inefficace (*unwirksam*).

Va peraltro considerato che, diversamente da quanto accade in Italia, dove oggi esiste una gamma tipologica molto ampia e variegata di licenziamenti<sup>1046</sup>, in Germania la legge di protezione contro i licenziamenti illegittimi distingue essenzialmente tre tipi di licenziamento ordinario sulla base della causale che viene adottata a sostegno. In particolare, il § 1 Abs 2 *KSchG* prevede che il datore di lavoro può licenziare: a) per motivi legati alla persona (*personenbedingte Kündigung*), come nel caso dell'impossibilità di adempiere ai compiti assegnati in caso di malattia; b) per motivi afferenti al comportamento del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*) se le ragioni integrano un grave inadempimento contrattuale che rende inaccettabile la prosecuzione del rapporto; ed infine c) per “gravi (*dringende*) motivi legati all'attività aziendale” (*betriebsbedingte Kündigung*) se sussistono motivi economici che ostano alla rioccupazione del lavoratore. Il licenziamento ordinario è “socialmente giustificato” quando sussistono motivi tali da far sembrare ad un datore di lavoro che un licenziamento sia oggettivamente e ragionevolmente necessario sulla base di un contemperamento di interessi.

### 3. Il licenziamento per motivi legati alla persona (*personenbedingte Kündigung*): cenni

Nel sistema tedesco il licenziamento può essere giustificato da “motivi personali” nelle ipotesi di impossibilità fortuita della prestazione lavorativa collegate ad impedimenti che colpiscono la persona del lavoratore. Il licenziamento per malattia, come anticipato, costituisce il caso paradigmatico. Ma si possono ipotizzare, tra l'altro, anche un licenziamento per alcolismo o per tossicodipendenza; un licenziamento per AIDS, un licenziamento per incompetenza (*mangelnder Eignung*), un licenziamento per persistente incapacità di rendimento, etc.

<sup>1045</sup> V. W. HROMADKA, *Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung?*, in *ZfA*, 2002, 383, 387. Peraltro, è sbagliato pensare che tale concezione sia un dato ormai acquisito ovunque perché come fa notare W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 543 negli Usa il datore di lavoro può interrompere il rapporto di lavoro da un momento all'altro, potendo scegliere liberamente se fornire “buone ragioni”, “cattive ragioni” o “nessuna ragione”. Ma ciò è legato senz'altro al fatto che nel contesto giuridico nordamericano il principio del diseguale potere delle parti nel rapporto, considerato come ragione causale dello sviluppo del diritto del lavoro nei Paesi occidentali, ha ceduto il passo al principio del volontario scambio delle prestazioni (*employment at will*).

<sup>1046</sup> L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92), prima, durante e dopo*, in corso di pubblicazione.

In Germania, a differenza che nel nostro ordinamento – dove, come è noto, il codice civile prevede come causale a sé stante di licenziamento la malattia che perduri oltre la soglia del comporto (art. 2110, c. 2) – non è possibile evincere né dalla legge né dalla giurisprudenza un catalogo preconstituito di “motivi legati alla persona” la cui esistenza valga a giustificare automaticamente un licenziamento. Il KSchG non chiarisce neppure se l’incapacità al lavoro dovuta a malattia del lavoratore sia riconducibile ad uno di questi motivi. Il licenziamento non è dunque inefficace per il solo fatto che sia stato intimato durante la malattia. Al contrario, secondo una giurisprudenza costante, la malattia può giustificare socialmente un licenziamento in via indiretta quando la vacanza del posto di lavoro che ne consegue renda impossibile sul piano economico-aziendale una prosecuzione del rapporto di lavoro, quando si sia in presenza di malattie lunghe o malattie brevi che si ripetono frequentemente o ancora 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 appartenenza.

In particolare, in caso di licenziamento per malattia (*krankheitsbedingten Kündigung*) la giurisprudenza tedesca opera un controllo assai rigoroso che si articola sul cosiddetto schema trifasico<sup>1047</sup>. La giustificazione sociale presuppone anzitutto una valutazione prognostica sullo stato di salute futuro per verificare se esiste la possibilità di una ripresa del lavoro e di una utile collaborazione in tempi ragionevoli<sup>1048</sup>. Infatti, il licenziamento non può essere considerato una sorta di punizione (*Bestrafung*) per le assenze. In caso di malattie di lunga durata il licenziamento è ammesso solo se la fine della malattia non sia prevedibile. Il che deve essere stabilito sulla base di una perizia medica. Peraltro, se al momento in cui il licenziamento è intimato la prognosi è negativa e prima della scadenza del preavviso lo stato di salute del lavoratore interessato si modifica in modo inaspettato, egli ha diritto ad essere reintegrato in base ai §§ 241 Abs. 2, 242 BGB laddove riesca ad ottenere una prognosi positiva<sup>1049</sup>.

In secondo luogo la giurisprudenza è unanime nel richiedere che le conseguenze verificatesi nel frattempo e quelle prognosticate conducano ad un pregiudizio rilevante degli interessi aziendali. Vengono in considerazione disturbi al buon funzionamento dell’azienda dovuti a improvvisi e necessari cambi di programma o oneri economici del datore di lavoro, come ad esempio spese aggiuntive per il lavoro interinale o costi per il mantenimento della retribuzione. Un pregiudizio rilevante degli interessi aziendali si presume nell’ipotesi di una permanente impossibilità della prestazione lavorativa oppure nel caso in cui una ripresa del lavoro nei ventiquattro mesi successivi sia un’eventualità del tutto remota<sup>1050</sup>. 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 marginalmente.

Infine, la sussistenza della giustificazione sociale va attentamente valutata alla luce di un contemperamento di interessi per poter stabilire se il pregiudizio sostanziale arrecato all’organizzazione aziendale sia o no economicamente sostenibile a carico del datore di lavoro nonostante tutte le

---

<sup>1047</sup> W. DÜTZ, G. THÜSING, op. cit., 201.

<sup>1048</sup> BAG 24.11.2005 - 2 AZR 514/04, in NZA 2006, 665

<sup>1049</sup> BAG 17.06.1999 - 2 AZR 639/98, in NZA 1999, 1328.

<sup>1050</sup> BAG 11.4.2006 – 9 AZR 610/05 NZA 2007, 1042.

misure che questi potrebbe adottare. Ai fini della valutazione delle particolarità del caso occorre considerare, oltre alla durata del rapporto di lavoro e alle cause della malattia, anche l'età e la situazione familiare del lavoratore. I costi legati alla corresponsione del salario giustificano un licenziamento solo se risultano eccezionalmente onerosi, come accade se ogni anno deve essere corrisposto il salario per un periodo superiore a sei settimane<sup>1051</sup>.

#### 4. Licenziamento per ragioni economiche o aziendali

Sebbene nella Rft la legge sottoponga i licenziamenti, indipendentemente dalla ragione giustificatrice, ad una rigorosa proceduralizzazione ed attribuisca ad un organismo di rappresentanza dei lavoratori, qual è il *Betriebsrat*, un ruolo essenziale per reagire in una situazione critica come questa (v. *infra* § 11), ciò non significa che la definizione dell'ambito e dei limiti del controllo giudiziale sul recesso per motivi oggettivi sia una questione di scarso rilievo in questo Paese. Al contrario, proprio con riguardo alla definizione dei confini del controllo giudiziale sui motivi economici alla base del licenziamento è attualmente in corso un ampio dibattito in dottrina come in giurisprudenza.

Stando alla formulazione del *KSchG*, un licenziamento per ragioni economiche o aziendali si configura quando sussistono "gravi esigenze aziendali" ("*dringende betriebliche Erfordernisse*") che rendono necessaria la soppressione di uno o più posti di lavoro purché – come vedremo – non si prospetti la possibilità di evitare il licenziamento con il ricorso ad una misura meno drastica (v. *infra* § 5) e purché il datore di lavoro, nella scelta del lavoratore da licenziare, abbia rispettato alcuni criteri di rilevanza sociale (v. § 6).

La legge non chiarisce quali siano le "urgenti esigenze aziendali" che il datore di lavoro può porre a fondamento del licenziamento, lasciando trasparire soltanto che queste debbano importare una riduzione del fabbisogno di personale e dunque una riduzione del numero dei posti di lavoro esistenti rispetto al numero dei lavoratori occupati sino a quel momento (per es.: in conseguenza di una decisione di variare la gamma dei prodotti o i metodi di produzione).

La giurisprudenza tedesca è da tempo orientata nel senso di ritenere che alla base del licenziamento possa esservi qualsiasi ragione economica seria e non pretestuosa<sup>1052</sup>. Pertanto, la soppressione dei posti di lavoro può essere determinata indifferentemente tanto da cause esterne all'impresa (ad es. una contrazione permanente della domanda) che da ragioni inerenti alla gestione della stessa (potendo essere giustificata ad es. da una decisione imprenditoriale di limitare o razionalizzare la produzione per ridurre i costi, o di chiudere alcuni reparti e spostare la produzione in un paese con costi del lavoro più bassi per aumentare gli utili)<sup>1053</sup>.

<sup>1051</sup> BAG 29.7.1993, 2 AZR 155/93, in NZA 1994, 67; BAG 08.11. 2007 - 2 AZR 292/06 2008, 593.

<sup>1052</sup> Peraltro la giurisprudenza 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 esso riferirsi ad un'altra parte dell'azienda. BAG 28.10.2004 - 8 AZR 391/03 NZA 2005, 673.

<sup>1053</sup> V. W. BERKOWSKY, *Die Betriebsbedingte Kündigung*, in AA.Vv., *Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht II*, Beck, München, 1993, p. 395; BAG 7.12.1978 AP Nr. 6 zu § 1 KschG 1969. *Betriebsbedingte Kündigung* = NJW 1979, 1902; 30.5.1985 AP Nr. 24 zu § 1 KSchG 1969 *Betriebsbedingte Kündigung* = NJW 1986, 2849.

In particolare, in base all'orientamento prevalente del Tribunale federale del lavoro le "urgenti esigenze aziendali" che giustificano il licenziamento possono derivare, oltre che da una situazione economica sfavorevole dovuta ad esigenze di mercato, anche da decisioni stabilite dal datore di lavoro con l'intento di ridurre i costi o incrementare i profitti.

Il che si giustifica in quanto all'autorità giudicante è precluso sindacare la scelta imprenditoriale posta a monte del licenziamento sotto il profilo dell'opportunità e congruità (*Zweckmäßigkeit*)<sup>1054</sup>, e a maggior ragione, 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 scopi imprenditoriali da perseguire (art. 12 del GG), 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 nesso eziologico, inteso nel senso di logica connessione tra la decisione dell'impresa e la soppressione di uno o più posti di lavoro.

In giurisprudenza si è peraltro talvolta ammesso che il vaglio giudiziario possa entrare nel merito delle scelte imprenditoriali, sia pure in via del tutto eccezionale, e cioè quando il datore di lavoro abbia abusato della propria libertà imprenditoriale (*Rechtsmissbrauch*), assumendo una decisione "manifestamente non obbiettiva, illegale o arbitraria"<sup>1055</sup>. Si pensi al caso in cui il licenziamento abbia comportato un pregiudizio per il personale che rimane in azienda oppure a quello in cui la decisione sia presa allo scopo di liberarsi di determinati lavoratori il cui contratto di lavoro sia divenuto troppo oneroso senza che il fabbisogno di personale sia rimasto oggettivamente invariato<sup>1056</sup>.

Tuttavia, la giurisprudenza, nella stragrande maggioranza dei casi, facendo propria un'interpretazione formalistica del dettato normativo, è giunta a ritenere di fatto "intangibile" la decisione imprenditoriale che conduce alla soppressione del posto di lavoro. Tale orientamento di favore verso la parte datoriale ha suscitato non poche riserve in dottrina.

Per alcuni i Tribunali del lavoro, nel ritenere socialmente giustificato il licenziamento fondato su una qualsiasi ragione economica, avrebbero in sostanza sostituito il precetto di contenuto posi-

<sup>1054</sup> C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 377; U. PREIS, *Autonome Unternehmerentscheidung*, cit., 241 (245), BAG 21.6.1995, AP. Nr. 16 zu § 1 BetrVG 1972.

<sup>1055</sup> BAG 23.2.2012 2 AZR 548/10 BAG 16.12. 2010 - 2 AZR 770/09 - Rn. 13, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 186 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 165; BAG 10.7.2008 - 2 AZR 1111/06 - Rn. 24, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 181 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 163.

<sup>1056</sup> BAG 22.5.2003 - 2 AZR 326/02 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 126. In particolare, la giurisprudenza ha ravvisato gli estremi dell'arbitrarietà della decisione imprenditoriale nel caso di un'impresa ospedaliera costituita in forma di società a responsabilità limitata che aveva "esternalizzato" i servizi di pulizia ad una società figlia costituita *ad hoc* che avrebbe beneficiato di un più basso costo del personale. Secondo il BAG (26.09.2002 – 2 AZR 636/01 NZA 2003, 549) l'arbitrarietà di una simile decisione organizzativa si spiegherebbe in quanto la scelta della forma organizzativa era stata effettuata con il pretesto di liberarsi di persone non gradite e di aggirare la normativa sui licenziamenti. In un'altra occasione i giudici hanno dichiarato invalido il licenziamento speculativo c.d. *shareholdervalue*, e cioè quello in cui la giustificazione economica per la perdita dei posti di lavoro risiede nel proposito di aumentare la redditività a favore dei posti di lavoro al di sopra di un livello già considerevole. ArbG Berlin 17.2.2000 - 4 Ca 32471/99 in *AuR* 2001, 72.

tivo, previsto dalla legge là dove fa riferimento ad “urgenti esigenze aziendali”, con quello di contenuto negativo della “non arbitrarietà”. In quest’ottica, tali autori si domandano in cosa si sostanzierebbe il controllo del giudice oltre all’accertamento dell’inevitabilità del licenziamento e della presenza di una scelta socialmente corretta<sup>1057</sup>.

Altri ritengono che un controllo giudiziale nel merito di alcune decisioni imprenditoriali – come quella di compiere la stessa attività svolta in precedenza con il 10% in meno del personale o quella di sostituire i lavoratori addetti ad un servizio esterno con collaboratori autonomi – pur essendo difficilmente praticabile (visto che il giudice non possiede competenze squisitamente economiche, e non sempre può pronunciarsi tempestivamente a causa della lunga durata dei processi), sia imposto da una lettura costituzionalmente orientata dei limiti posti al potere di recesso<sup>1058</sup>.

Se il giudice non fosse nelle condizioni di poter censurare un licenziamento intimato nel quadro di un’operazione di *outsourcing* posta in essere con il fine puramente egoistico di aumentare i profitti (e non dunque per porre rimedio alle difficoltà economiche), il diritto al lavoro, tutelato come diritto fondamentale (art. 12 del GG), sarebbe destinato a retrocedere nel momento stesso in cui entra in conflitto con la libertà di impresa.

Del resto, una simile restrizione degli spazi valutativi del controllo giudiziale, oltre ad essere estranea all’esperienza maturata nelle realtà europee più avanzate (come quella francese), sarebbe poco coerente con alcune recenti dinamiche in atto nel sistema tedesco: in tale sistema, infatti, il contratto collettivo sta occupando spazi sinora propri della codeterminazione e sta estendendo il campo della propria azione regolatrice anche su questioni economiche inerenti alla sfera dell’impresa là dove non siano nettamente distinguibili il profilo sociale da quello economico<sup>1059</sup>. A tal riguardo, è sintomatica un’importante decisione, con la quale il BAG, proprio su tali basi, ha riconosciuto che le questioni attinenti al *Sozialplan* – che come detto il datore di lavoro è tenuto a presentare in caso di ristrutturazione e di crisi – possono essere oggetto anche di contratto collettivo e costituire motivo di sciopero<sup>1060</sup>.

Per concludere sul punto, appare chiaro da quanto detto che anche in un sistema, fortemente connotato dalla *Mitbestimmung*, nel quale il *Betriebsrat* è chiamato a prendere posizione sulle decisioni datoriali inerenti alla situazione dei dipendenti e al futuro dell’azienda e a fungere di fatto da filtro preventivo sulla legittimità delle scelte datoriali, non è possibile ipotizzare che qualsivoglia 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 codecisione.

## 5. Licenziamenti per motivi oggettivi ed obbligo di reimpiego

Come si è osservato all’inizio, in Germania più che altrove, i giudici hanno offerto un contributo di particolare importanza nell’opera di consolidamento e di sviluppo di una serie di regole e criteri

<sup>1057</sup> C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 378 (in particolare nota 137). Sui dubbi di costituzionalità H. OETKER, *Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung*, Boorberg, 1996, 42.

<sup>1058</sup> W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 596-598.

<sup>1059</sup> In tal senso v. anche T. DIETERICH, *L’autonomia contrattuale collettiva, in comparazione*, relazione svolta durante un ciclo di seminari in memoria di Mario Grandi, 27 ottobre 2011, p. 14 del dattiloscritto.

<sup>1060</sup> BAG 24.4.2007 AP TVG § 1 *Sozialplan* Nr. 2.

che pongono vincoli assai incisivi e pervasivi al potere di recesso del datore di lavoro; ma, al contempo, è opportuno porre in luce che in questo Paese il quadro normativo si presenta già di per sé più rigido che negli altri Paesi.

Anzitutto, è significativo che il § 1, *KSchG* Abs. 2 non si limiti a richiedere che, in conseguenza delle modifiche dell'organizzazione dell'azienda, si verifichi una soppressione del precedente posto di lavoro, ma imponga anche che le esigenze aziendali poste alla base di un licenziamento per ragioni oggettive socialmente giustificato siano "gravi" (urgenti), confermando in tal modo l'idea che il recesso per ragioni oggettive, così come quello intimato per motivi legati alla persona o al comportamento del lavoratore, debba essere concepito come un rimedio estremo (*unvermeidbar*).

Peraltro, il *KSchG*, non solo impone al datore di lavoro, prima di licenziare, di verificare la possibilità di riutilizzare altrimenti la professionalità del lavoratore eccedente (c.d. obbligo di *repêchage*) – e in particolare ricollocarlo in un altro posto di lavoro nella stessa azienda o in un'altra azienda dell'impresa – ma deduce dall'obbligo di *repêchage* regole molto più incisive di quelle elaborate dalla nostra giurisprudenza.

a) Va detto anzitutto che l'offerta del reinserimento<sup>1061</sup> costituisce per il datore un onere qualora vi sia la disponibilità di "un altro impiego di lavoro conforme al contratto" (e a meno che il reinserimento in seno all'azienda comporti una modifica dell'organizzazione aziendale insostenibile)<sup>1062</sup>. Il che si deve ammettere se si verifica una mera variazione del turno di lavoro (notturno anziché giornaliero) oppure se di regola il posto è ricoperto da un lavoratore somministrato<sup>1063</sup>. Diverso è il discorso, però, se il datore di lavoro ha assunto il lavoratore somministrato a tempo indeterminato, oppure se il posto di lavoro è ricoperto da un lavoratore assente per malattia che ha il diritto di conservarlo. Nel caso in cui il licenziamento riguardi più lavoratori e non sia disponibile un numero sufficiente di posti di lavoro, va allora effettuata una scelta secondo criteri sociali in base al § 1 Abs. 3 del *KSchG*.

b) Il diritto tedesco, a differenza del nostro, accolla al datore di lavoro l'onere di adottare tutte le possibili misure di aggiornamento professionale del lavoratore che valgono a consentire il ripescaggio. Infatti, in base al § 1 Abs. 2, S. 3 del *KSchG*, il licenziamento è socialmente ingiustificato allorché il datore di lavoro avrebbe potuto reimpiegare il lavoratore in un altro posto di lavoro dopo aver esperito ragionevoli misure di riqualificazione o di formazione<sup>1064</sup>. Si ritiene però che il posto di lavoro debba risultare disponibile al termine del periodo di riqualificazione; se ciò avviene

<sup>1061</sup> Come in Italia anche in Germania si è aperta in passato una disputa dottrinale sul fondamento dell'obbligo di ricollocamento. Secondo la giurisprudenza e parte della dottrina l'obbligo di prevenire la soppressione del posto di lavoro mediante misure di ricollocamento trova il fondamento nel principio di *ultima ratio* (o nel principio della necessità). Si tratta della "*Eintopf*" *Theorie* accolta da E. STAHLHACKE, U. PREIS, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, Beck C.H., 1991, RdNr. 634. Altri sostengono però che tale obbligo si possa dedurre dalla circostanza che in base al § 1 Abs. 2 S. 2, 3 del *KSchG* le esigenze aziendali per la "soppressione del posto di lavoro" devono essere *urgenti*. W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 403.

<sup>1062</sup> M. KITTNER O. DEINERT, in M. KITTNER, W. DAÜBLER, B. ZWANZIGER (Hrsg), *Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis*, 7 Aufl. Frankfurt, 2008, Rn. 369.

<sup>1063</sup> LAG Bremen, 02.12.1997 - 1 (2) Sa 340/96, in BB 1998, 1211.

<sup>1064</sup> Proprio nel § 1 Abs. 2, S. 3 del *KSchG* viene rinvenuto il fondamento giuridico di un obbligo (accessorio) del datore di lavoro di riqualificare il lavoratore in relazione alle mutate esigenze del lavoro. V. sulla questione W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 366-369.

più tardi, la ragionevolezza delle misure di riqualificazione deve essere valutata diversamente. In giurisprudenza ha destato scarso interesse questo tipo di palliativo. In una delle poche decisioni il BAG ha condannato la Lufthansa che aveva licenziato un pilota senza disporre le misure di riqualificazione necessarie a consentirgli di guidare un altro tipo di aeroplano<sup>1065</sup>. Ma talvolta i giudici hanno addossato il rischio indotto dall'innovazione anche sul lavoratore, che, come si afferma in un'altra pronuncia, deve essere disponibile ed idoneo, in base alle proprie capacità e qualificazioni, ad apprendere nuove tecniche e competenze<sup>1066</sup>.

c) Un altro profilo che differenzia la disciplina tedesca dal nostro diritto vivente è dato dal fatto che in Germania il datore di lavoro, prima di licenziare, è tenuto per legge anche ad offrire al lavoratore un posto di lavoro alternativo a condizioni contrattuali meno favorevoli rispetto a quelle pattuite originariamente (per esempio un posto che corrisponda a mansioni inferiori) (§ 1 Abs. 2, S. 3 del *KSChG*)<sup>1067</sup>. Il lavoratore, dal canto suo, deve rifiutare o accettare un'offerta di questo tipo entro un termine ragionevole<sup>1068</sup>.

Una questione specifica che si è posta in giurisprudenza è se, ed in che termini, il datore di lavoro sia obbligato anche ad introdurre una riduzione del tempo di lavoro (*Kurzarbeit*) onde evitare che un licenziamento per ragioni oggettive venga dichiarato inefficace nel corso del processo. Il BAG, in una sentenza più risalente, pur ammettendo che il lavoratore possa contestare in giudizio la legittimità del licenziamento nell'ipotesi in cui il datore di lavoro avrebbe potuto evitarlo con il ricorso al *Kurzarbeit*, aveva posto a carico del primo l'onere di allegare e dimostrare che la riduzione del tempo di lavoro fosse ragionevole e possibile (cosa che non accade se il *Betriebsrat* si oppone ad una simile misura)<sup>1069</sup>. Più di recente si è invece affermata l'opinione secondo cui, dal momento che il licenziamento deve fondarsi su "urgenti" esigenze aziendali ed essere per sua natura inevitabile, nel caso in cui la mancanza di lavoro sia indotta da una situazione di difficoltà economica di carattere soltanto passeggero, la prova dell'impossibilità di accordare il *Kurzarbeit* è a carico del datore di lavoro<sup>1070</sup>. Peraltro, qualora il consiglio aziendale eserciti il suo diritto di iniziativa e ottenga coattivamente l'introduzione del lavoro a tempo parziale con l'intervento del collegio arbitrale, il datore di lavoro, solo se si munisce di un parere di economisti esperti, può controbattere che si tratta di una riduzione durevole<sup>1071</sup>.

<sup>1065</sup> BAG AP nr. 18 zu § 1 KSChG citata da DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 605.

<sup>1066</sup> LAG Düsseldorf 17.10.1972, in DB 1973, 2307.

<sup>1067</sup> BAG 27.9.1984 2 AZR 62/83, in DB 1985, 1186. In Italia è invece controverso se l'offerta di ricollocamento a mansioni inferiori sia una mera facoltà per il recedente oppure un vero onere. Nel secondo senso v. Cass. 25033 del 2006; Cass. 21035/2006. Per una critica degli argomenti portati a sostegno di questa tesi v., tra gli altri, L. NOGLER, *op. cit.*, 647-648.

<sup>1068</sup> Peraltro secondo l'opinione prevalente in dottrina può venire in considerazione anche una ricollocazione a condizioni più favorevoli. Il fatto che non esista un diritto alla promozione non può costituire un ostacolo a tale forma di reimpiego che è pur sempre giustificabile alla luce del principio di *extrema ratio*.

<sup>1069</sup> BAG 25.6.1964, AP Nr. 14 zu § 1 KSChG *Betriebsbedingte Kündigung*.

<sup>1070</sup> In dottrina è pacifico che il *Kurzarbeit* possa rappresentare un mezzo mite per evitare il licenziamento. V sul punto A.A.V.v., *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, Neuwied 2007, Rn. 526.

<sup>1071</sup> Da ultimo, BAG 23.02.2012 - 2 AZR 548/10, in DB 2012, 1630-1632; BAG 26.5.1997 - 2 AZR 494/96 - AP KSChG 1969 § 1 *Betriebsbedingte Kündigung* Nr. 86 = *EZA KSChG § 1 Betriebsbedingte Kündigung* Nr. 93. Nel caso in cui venga concordata una riduzione del tempo di lavoro, il datore di lavoro non può più addurre che nella realtà esiste una riduzione durevole dell'attività aziendale. I licenziamenti per ragioni aziendali sono dunque esclusi. Diversamente stanno (le cose) se si presentano nuove circostanze che hanno come conseguenza una riduzione ulteriore dell'occupazione.

Nella prassi negoziale è ormai frequente che un contratto collettivo preveda, nel caso di difficoltà economiche dell'impresa, la possibilità delle parti aziendali di contrattare, mediante un accordo di codeterminazione aziendale, una riduzione dell'orario di lavoro per tutti i dipendenti con corrispondente diminuzione della retribuzione. Quale contropartita di questa perdita il lavoratore ottiene una rinuncia del datore di lavoro ad intimare licenziamenti per un periodo in genere di due anni. Qualora il datore di lavoro dovesse licenziare per ragioni aziendali i singoli dipendenti senza ottemperare a questa pattuizione si configurerebbe una violazione del principio di *extrema ratio*.

## 6. La scelta sociale (Sozialauswahl)

In Germania, come in molti altri paesi europei, esiste una disciplina specifica che si occupa di una questione cruciale legata al licenziamento per motivi economici e, in particolare, ai licenziamenti plurimi o collettivi, vale a dire la selezione dei lavoratori da licenziare. Il licenziamento, nonostante la sussistenza di ragioni oggettive, è socialmente ingiustificato, e dunque inefficace (*unwirksam*), qualora il datore di lavoro, nella scelta delle persone da licenziare, abbia ignorato, o non abbia tenuto nel dovuto conto, i criteri di rilevanza sociale. L'intento perseguito è che la scelta possa ricadere sul lavoratore che meno ha l'esigenza, secondo i criteri di rilevanza sociale previsti dalla legge, di conservare il posto di lavoro.

Un passaggio preliminare alla selezione sociale è la delimitazione sia dell'ambito entro il quale debbono essere applicati i criteri previsti dalla legge sia della cerchia dei lavoratori comparabili. Sotto il primo profilo, la giurisprudenza tedesca, diversamente da quella italiana, ha sviluppato un orientamento secondo cui il datore di lavoro è obbligato ad utilizzare come ambito di riferimento della sua scelta *l'intera azienda*<sup>1072</sup>, senza dunque consentirgli di rapportare la sua *soziale Auswahl* soltanto a quelle parti di azienda interessate dal progetto di chiusura o di ristrutturazione. Per quanto riguarda, invece, la delimitazione della cerchia dei lavoratori comparabili, i giudici ritengono possibile includere, ai fini della selezione sociale, tutti i lavoratori che svolgono mansioni tra loro fungibili<sup>1073</sup>, ritenendo che la fungibilità sussista anche se la sostituzione richiede un breve periodo di addestramento per impratichirsi. Tuttavia, il datore di lavoro non può accollarsi il costo dell'addestramento laddove per ristabilire la comparabilità sia necessario un periodo troppo lungo di formazione<sup>1074</sup>.

Negli anni più recenti si sono susseguiti due importanti interventi legislativi che hanno modificato profondamente la regolamentazione dei criteri per la selezione sociale. Si allude anzitutto alla già richiamata legge di promozione dell'occupazione del 1996 che ha recepito i tre parametri già applicati in sede giurisprudenziale (l'anzianità aziendale, l'età, gli obblighi di mantenimento) (§ 1, c. 3-5 del KSchG) e, in secondo luogo, alla riforma del 2003, che, invece, ha aggiunto a tali criteri la grave invalidità del lavoratore (*Schwerbehinderung*) ed ha disposto un trattamento privilegiato per alcune categorie. In particolare il legislatore del 2003 ha consentito espressamente al datore

<sup>1072</sup> Per esempio, BAG 2.6. 2005 – 2 AZR 158/04, BAGE 115, 82 = AP Nr.73 zu § 1 KSchG 1969. Soziale Auswahl = NZA 2005, 1175.

<sup>1073</sup> BAG 2.03.2006 – 2 AZR 23/05, in NZA 2006, 1350.

<sup>1074</sup> W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 418.



di lavoro di escludere dalla selezione sociale i lavoratori la cui prosecuzione dell'attività sia necessaria per esigenze tecniche, economiche o per altre legittime esigenze aziendali oppure di coloro i quali al momento della dichiarazione del licenziamento non possono essere licenziati per ragioni legate alla tutela speciale in caso di licenziamento. Si tratta di un'innovazione di non poco conto. Infatti, in passato, la disciplina tedesca, al pari di quella svedese<sup>1075</sup>, lasciava intendere che la scelta non potesse dipendere principalmente dalle capacità e dal rendimento del lavoratore ma dovesse essere effettuata soltanto secondo criteri sociali.

In questa materia anche il diritto tedesco, come il nostro, riconosce all'autonomia collettiva alcuni spazi di intervento: il § 1 Abs 4 *KSchG* non affida però al contratto collettivo (o all'accordo di codeterminazione aziendale) il compito di determinare, in prima battuta, i criteri di scelta come avviene da noi, bensì quello, non meno delicato, di stabilire come debbano essere valutati, in rapporto tra loro, i criteri legali<sup>1076</sup>. Peraltro, il legislatore tedesco, aprendo in qualche misura la strada ad un sindacato giurisdizionale sul prodotto dell'autonomia collettiva sotto il profilo della ragionevolezza – come da noi si è verificato con la sentenza della Corte costituzionale del 30.6.1994 n. 268 – prevede che l'accordo così raggiunto possa essere sottoposto ad un controllo giudiziale nel caso di “manifesta erroneità” (“*grober Fehlerhaftigkeit*”)<sup>1077</sup>. Come già anticipato qualora i licenziamenti vengano pronunciati sulla base di una “modificazione dell'azienda” secondo il disposto del § 111 *BetrVG*, il cosiddetto accordo di interessi, con il quale in base al § 112 Abs. 1 del *BetrVG* il consiglio aziendale e il datore di lavoro stabiliscono se, quando, ed in qual modo debba essere realizzata la progettata modificazione, può individuare nominativamente le persone da licenziare (§ 1 Abs. 5 *KSchG*)<sup>1078</sup>.

Nella letteratura è controverso se l'elencazione dei criteri di scelta contenuta nel § 1, a. 3 S.1 del *KSchG* abbia carattere tassativo oppure solo esemplificativo e dunque sia ammessa la possibilità di dar rilievo a circostanze ulteriori oggettivamente verificabili. La formulazione letterale induce

<sup>1075</sup> V. R. REBHANN, *op. cit.*, p. 202, il quale riferisce che in Svezia il datore di lavoro deve licenziare anzitutto i lavoratori che hanno meno anzianità di servizio anche se sono più qualificati.

<sup>1076</sup> Nella prassi si predispone normalmente un catalogo con un punteggio (es. per ogni anno di anzianità 2 punti, per ogni anno di età 1 punto, per dieci gradi di invalidità, 3 punti etc.) e vengono poi licenziate le persone con il punteggio più basso. Né il contratto collettivo né l'accordo di codeterminazione sono da ritenere legittimati a regolare la questione di chi rientra nell'ambito della nozione di lavoratore comparabile o di chi deve essere sottratto alla selezione sociale a causa di interessi legittimi dell'impresa. In tal senso W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 618.

<sup>1077</sup> Secondo il BAG (2.12.1999, 2 AZR 757 / 98, in *DB* 2000, 1338) questo vizio ricorre quando uno dei criteri non è preso affatto in considerazione.

<sup>1078</sup> Il lavoratore, incluso nella lista, che agisce in giudizio si deve accollare l'onere di dimostrare che la decisione imprenditoriale non conduce alla soppressione del suo posto di lavoro o che esiste una diversa possibilità di impiego nell'impresa. A tal proposito W. DAÜBLER (*Das Arbeitsrecht*, cit., p. 619) solleva alcuni dubbi di costituzionalità dal momento che la giurisprudenza della Corte costituzionale ritiene che al lavoratore “non potrebbe essere addossato integralmente l'onere di allegare e dimostrare quelle circostanze che non ricadono nella sua sfera”. BVerfG 6.10.1999, in *NZA* 2000, 110. Il BAG ha sottolineato espressamente che nel caso sia stata prevista una lista di nomi il datore di lavoro deve, su richiesta, comunicare al lavoratore i motivi che hanno indotto ad eseguire quella determinata scelta sociale. Se la scelta sociale può essere contestata soltanto a causa della “manifesta erroneità”, il lavoratore può sempre chiedere che venga verificato giudizialmente che la lista di nomi non si attiene ai criteri a cui la decisione interessata si dovrebbe conformare.

a ritenere che il legislatore abbia voluto perseguire un intento di certezza del diritto e determinare dunque una volta per tutte la gamma dei criteri utilizzabili. Tuttavia, la dottrina<sup>1079</sup>, pur auspicando un chiarimento sul punto da parte del legislatore, propende per un'interpretazione elastica, ammettendo la piena legittimità anche di una scelta dei lavoratori da licenziare operata dando rilievo a circostanze di natura diversa, come un eventuale infortunio sul lavoro subito dal lavoratore, il fatto di dover crescere un figlio da soli, o di avere familiari bisognosi di assistenza infermieristica<sup>1080</sup>. E ciò purché si accerti, a seguito di una valutazione rigorosa, che tali circostanze abbiano un qualche nesso diretto con i quattro criteri legali, come nel caso della malattia professionale o dell'infortunio non addebitabile a colpa del lavoratore. Sotto questo profilo Wolfgang Daübler suggerisce un'interpretazione costituzionalmente orientata, facendo notare che la Corte costituzionale ha ritenuto da tempo che il legislatore (o il giudice) non possono astenersi dal considerare la situazione sociale di chi è interessato da un licenziamento, e in particolare, quella di chi è più anziano, o ha una grave disabilità, o è obbligato da solo al mantenimento del proprio figlio o si "trovi una situazione analoga"<sup>1081</sup>. L'art. 12, Abs 1 del GG impone di valutare in modo differenziato chi è obbligato al semplice mantenimento e chi deve affrontare da solo i carichi familiari.

Passando ad esaminare singolarmente i quattro criteri di scelta previsti dalla legge, va osservato che se già prima del '96 si discuteva in merito al loro fondamento, oggi si pone anche la questione della conformità di essi rispetto all'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* del 2006 (AGG), la legge con la quale l'ordinamento tedesco traspone in Germania il diritto antidiscriminatorio europeo (e, dunque anche la dir. 2000/78/EC). Per quanto riguarda l'anzianità aziendale secondo l'opinione prevalente in dottrina la previsione di tale criterio non dà luogo ad una discriminazione indiretta ai sensi del § 3, Abs 2 dell'AGG né per ragioni di sesso né per ragioni di età. Nella specie si configura una giustificazione oggettiva dal momento che i mezzi per raggiungere l'obiettivo perseguito sono da ritenere appropriati e necessari. Ed infatti, quanto più a lungo una persona resta legata dallo stesso rapporto di lavoro, tanto più difficile diventa adattarsi ai cambiamenti in quanto quella persona acquisisce una conoscenza specifica di quella azienda che non può più spendere in modo utile con un altro datore di lavoro<sup>1082</sup>.

Neppure l'anzianità anagrafica si pone in contrasto con la normativa antidiscriminatoria<sup>1083</sup> anche se il fondamento di tale criterio è stato sempre assai controverso. Alcuni ritengono che esso si

<sup>1079</sup> W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 611.

<sup>1080</sup> Da tempo parte della dottrina si domanda se la scelta possa essere operata in relazione al fatto che il coniuge del lavoratore coinvolto dal licenziamento abbia un proprio reddito. Numerose voci in dottrina lo escludono rilevando, da un lato, che tale fattore non è legato al rapporto di lavoro in quanto tale, e dall'altro, che così facendo si accetterebbe implicitamente il principio della "Sippenhaft" in base al quale le famiglie condividono le responsabilità per un atto commesso da uno dei componenti, il che è in contrasto con l'art. 6 del GG. Un'interpretazione in senso diverso sarebbe anche in contrasto con l'art. 3, Abs. 2 del GG in quanto la considerazione di tale fattore configura di fatto una discriminazione indiretta per le donne. In questo senso W. BERKOWSKY, *op. cit.*, pp. 430-431.

<sup>1081</sup> BverfG 24.4.1991, BVerfGE 84 133, 154 = NJW 1991, 1667.

<sup>1082</sup> G. THUSING, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote*, C.H. Beck, 2007, p. 186.

<sup>1083</sup> Sul punto v. tra gli altri G. THUSING, *op. cit.*, p. 186, il quale ritiene che la considerazione dell'età nella selezione sociale operata in occasione di un licenziamento per ragioni oggettive sia espressamente consentita dal § 10 Nr. 6 AGG nella misura in cui l'età non venga utilizzata come parametro privilegiato rispetto agli altri criteri di selezione ma siano le particolarità del singolo caso e le differenze individuali dei lavoratori comparabili a decidere le chance sul mercato del lavoro.

giustifichi in virtù del fatto che “le conseguenze connesse alla perdita del posto di lavoro, e in particolare l’assunzione presso una nuova azienda ed un qualsiasi cambio di residenza possono essere sopportate più facilmente da chi è più giovane”<sup>1084</sup>; altri fanno notare che non sempre, in conseguenza del licenziamento, il lavoratore anziano è penalizzato rispetto a quello più giovane dal momento che, in relazione ad alcuni tipi di attività, un’età più avanzata, grazie ad un’esperienza normalmente più elevata, può agevolare il ricollocamento nel mercato del lavoro<sup>1085</sup>. Altri ancora considerano l’età una “grandezza ambivalente”, ritenendo che essa possa assumere rilievo solo se si coniuga con una lunga anzianità di servizio<sup>1086</sup>, dovendo peraltro considerarsi che normalmente le *chance* sul mercato del lavoro peggiorano a partire dai 40 anni.

L’altro criterio da considerare in via prioritaria, accanto all’anzianità aziendale e all’età, è costituito dagli obblighi di mantenimento, criterio, questo che assume particolare rilievo se il/la dipendente, nella sua qualità di padre o di madre, si trova a dover crescere un figlio da solo/a. La circostanza che la perdita del lavoro incida economicamente su più di una persona è un motivo sufficiente per giustificare ai sensi del § 3 AGG la penalizzazione “statistica” delle donne (che più raramente degli uomini sono obbligati al mantenimento del loro coniuge).

Con riguardo infine al criterio della grave invalidità non si pone alcun problema se ricorrono i presupposti previsti dal § 2, Abs. 2 o 3 del *Sozialgesetzbuch* (SGB) IX. In particolare deve essere formalmente attestato che il lavoratore interessato mantenga almeno un grado di invalidità del 50% o nel caso di un grado d’invalidità del 30% se si tratti di persone gravemente invalide il cui licenziamento sia stato approvato dall’ufficio per l’integrazione.

La legge impone al datore di lavoro di tenere conto dei quattro criteri di cui sopra sebbene, non avendo previsto in che modo debbano essere contemperati l’uno con l’altro, lasci in capo al datore un certo margine di discrezionalità (“*Wertungsspielraum*”) nella loro applicazione. Il BAG, lungi dal pretendere che la selezione sociale da lui compiuta sia la “migliore possibile”, richiede che la valutazione sia almeno equilibrata (“*ausgewogen*”) e ragionevole, anche se effettuata mediante l’applicazione di un sistema a punteggio<sup>1087</sup>. Il datore di lavoro deve dunque ponderare nella giusta misura tutti e quattro i criteri e, di regola, decidere di volta in volta anche in base alle circostanze del caso concreto: sicché il criterio dell’età potrebbe perdere rilevanza in considerazione della situazione economica generale e in particolare dell’attuale disoccupazione di massa<sup>1088</sup>, mentre il criterio dell’obbligo al mantenimento potrebbe assumere un peso diverso a seconda che la persona in questione rappresenti o no l’unico genitore.

Con una decisione del 9 novembre del 2006<sup>1089</sup> il Tribunale federale del lavoro ha anche mitigato le conseguenze legate alla mancanza di una selezione sociale corretta, superando un orientamento precedente, assai discutibile, in base al quale qualsiasi soggetto interessato dalla selezione avrebbe potuto invocare tale vizio. Secondo il nuovo orientamento giurisprudenziale qualora la selezione sociale venga effettuata in modo erroneo non tutti i licenziamenti intimati dal datore di

<sup>1084</sup> W. HERSCHEL, M. LÖWISCH, *Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz*, 1984, *Bücher des BB*, Rd Nr. 228.

<sup>1085</sup> F. ROST, *Die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung*, in *ZIP*, 1982, 1397.

<sup>1086</sup> E. STAHLHACKE, U. PREIS, *op. cit.*, RdNr. 668.

<sup>1087</sup> BAG 6.7.2006, 2 AZR 443/05, NZA 2007, 197, 203.

<sup>1088</sup> BAG 24.3.1983 AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung zu B IV, 2, b).

<sup>1089</sup> In NZA 2007, 549.

lavoro dovranno essere invalidati a catena (così come accadeva in passato secondo la c.d. *Dominanztheorie*). Pertanto, la legittimazione ad agire in giudizio per far valere l'inefficacia del licenziamento spetta solo a quei lavoratori che non sarebbero stati licenziati nell'ipotesi di una corretta selezione sociale. Il licenziamento resta valido se il datore di lavoro può dimostrare che il lavoratore nel caso di corretta selezione sociale sarebbe stato ugualmente licenziato.

Sempre a proposito della scelta del personale, come già anticipato, il datore di lavoro può escludere dalla cerchia dei lavoratori per i quali deve aver luogo la selezione sociale le persone la cui permanenza in azienda risponde ad un "legittimo" interesse per la stessa "in ragione delle loro conoscenze, competenze e prestazioni, o al fine di assicurare una equilibrata struttura del personale all'interno dell'impresa stessa" (§ 1 Abs. 3 S. 2 *KSchG*). Il legislatore allude a quel nucleo di dipendenti il cui contributo si rivela di importanza strategica per la crescita dell'impresa nella misura in cui la prosecuzione del rapporto di lavoro può portare ad un aumento degli utili o ad evitare alcune perdite<sup>1090</sup>. Tuttavia - come ha posto in evidenza giustamente il BAG<sup>1091</sup> - la legge parla di un "legittimo" (*berechtigtes*) interesse, lasciando intendere che l'interesse dell'impresa non valga di per sé a giustificare l'esclusione di un singolo lavoratore dall'ambito delle persone comparabili nella selezione sociale. Pertanto l'interesse dell'impresa a continuare ad avvalersi di una determinata persona deve pur sempre essere temperato di volta in volta con l'interesse - ugualmente meritevole di protezione - degli altri lavoratori socialmente deboli a mantenere una qualità di vita dignitosa<sup>1092</sup>.

Con riferimento alle due ipotesi tipizzate nelle quali si configura un "legittimo" interesse aziendale in base al § 1 Abs. 3 S. 2 *KSchG* si può svolgere una valutazione differenziata<sup>1093</sup>: il riferimento a persone in possesso di conoscenze e competenze distintive appare senz'altro significativo nel quadro della cosiddetta economia della conoscenza, laddove la capacità di operare con criteri di efficienza è sempre più legata al *know-how* e alle competenze specialistiche del dipendente. Si pensi al caso della conoscenza delle lingue: se l'impresa sta cominciando a coltivare affari con un cliente tedesco può avere un "legittimo" interesse a licenziare una commessa monoglotta, invece di un'altra che sa parlare tedesco. Ancora, l'imprenditore può decidere di non licenziare un venditore esperto di un settore merceologico in crisi che sostiene di essere in grado di vendere prodotti diversi trattati dall'azienda in settori nei quali il mercato "tira" e gli addetti alle vendite sono sovraccarichi di lavoro.

Più problematica è l'altra ipotesi in cui si configura un legittimo interesse: quella in cui l'esclusione è finalizzata a garantire "una composizione equilibrata della forza lavoro"<sup>1094</sup>. Tale previsione ridimensiona il forte impatto dell'età come criterio di selezione sociale anche se la norma fa riferimento in generale alla "struttura del personale" e non necessariamente all'età. Il BAG consente

<sup>1090</sup> Secondo la dottrina ciò significa che il vantaggio dovrebbe essere di una certa consistenza e riflettersi sui risultati dell'impresa P. BADER, *Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und Befristungsrecht*, in NZA 2004, 65.

<sup>1091</sup> BAG NZA 2003, 43.

<sup>1092</sup> In tal senso, W. DAÜBLER, *Das reformierte Kündigungsschutzrecht oder: Was vom Schutz übrig blieb*, in *Arbeitsrecht im Betrieb (AiB)*, 2005, 387, 389.

<sup>1093</sup> M. KITTNER in M. KITTNER, W. DAÜBLER, B. ZWANZIGER (Hrsg), *op. cit.*, Rn. 495.

<sup>1094</sup> V. al riguardo W. DÜTZ, G. THÜSING, *op. cit.*, 210.

la costituzione di gruppi di lavoratori ripartiti per età se ciò risponde ad un fondato interesse aziendale, rendendo possibile in tal modo eseguire la scelta sociale all'interno degli stessi e fare sì che in caso di ridimensionamento dell'organico si ritrovi la stessa quota di lavoratori giovani ed anziani<sup>1095</sup>. È però dubbio se la costituzione di gruppi di lavoratori ripartiti per età possa essere giustificata in considerazione del divieto di discriminazione per età previsto nel § 7, Abs. 1, AGG<sup>1096</sup>.

### 7. Il licenziamento per ragioni legate al comportamento inadempiente del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*)

Oltre alle ipotesi già esaminate il sistema tedesco, in analogia con quanto prevede il nostro ordinamento, consente al datore di lavoro di licenziare il lavoratore assunto a tempo indeterminato sia se ricorre il "grave motivo" (*wichtiger Grund*) idoneo come tale a giustificare un licenziamento in tronco ai sensi del § 626, Abs. 1 del BGB (v. *infra* § 8), sia in presenza di ragioni meno gravi "connesse al comportamento del lavoratore", causale, questa, di cui la *KSChG* non offre però alcuna nozione al § 1 (licenziamento ordinario).

La giurisprudenza, anche con riferimento a tale tipologia di licenziamento, ha svolto un'importante opera di integrazione interpretativa. Si è anzitutto ritenuto che per configurare il licenziamento per ragioni legate al comportamento del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*) non basti un qualsiasi inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro, ma debba sussistere una violazione degli obblighi contrattuali illegale (*rechtswidrig*) e colpevole (*schuldhaft*) che non integri gli estremi del "grave motivo" (*wichtiger Grund*) di cui al § 626 del BGB. Come nel nostro sistema, dottrina e giurisprudenza hanno per lo più ammesso che un licenziamento ordinario possa ricorrere tanto in caso di violazione dell'obbligo fondamentale (e in particolare, dell'obbligo di eseguire la prestazione lavorativa o di osservare le direttive impartite dal datore di lavoro), che in caso di inadempimento di un obbligo accessorio.

Nell'ipotesi che ha assunto di recente grande rilievo pratico nel nostro ordinamento, quella cioè del licenziamento per scarso rendimento (*Schlechtleistung*), la giurisprudenza tedesca – in analogia con quella italiana – dando particolare risalto all'elemento soggettivistico, ravvisa un inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro imputabile al lavoratore laddove questi esegua la prestazione senza sfruttare in modo adeguato la propria capacità produttiva<sup>1097</sup>. In una recente pronuncia si osserva che il lavoratore non è inadempiente per il solo fatto che il suo rendimento sia stato inferiore alla media dei lavoratori addetti a quella specifica attività anche perché – si rileva – in un gruppo c'è sempre chi rappresenta il "fanalino di coda" e non può escludersi che tutti gli altri membri siano particolarmente produttivi; ma il fatto che il livello di rendimento

<sup>1095</sup> BAG 6.11.2008, AZ. 2 AZR 523/07, NZA 2009, 361.

<sup>1096</sup> Il BAG si è recentemente pronunciato in senso affermativo. BAG 6.9.2007 – 2 AZR 387/06, in NZA 2008, 405.

<sup>1097</sup> BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, in NZA 2008, 693; BAG 21.5.1992 - 2 AZR 551/91 - AP KSChG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 28 = EzA KSChG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 42, zu II 3 a der Gründe. Non ha trovato seguito in giurisprudenza l'opinione contrapposta (W. HUNOLD, *Unzureichende Arbeitsleistung als Abmahn- und Kündigungsgrund*, in *BB* 2003, 2345) secondo cui il lavoratore ai sensi del § 243 BGB risponde sulla base di uno "standard di rendimento obiettivo". Secondo il BAG questo punto di vista non considera sufficientemente che il contratto di lavoro in quanto *Dienstvertrag* non conosce una "responsabilità oggettiva" del dipendente ed il debitore della prestazione di lavoro è titolare di una obbligazione di mera attività.

di un lavoratore si mantenga per lungo tempo al di sotto di tale soglia può essere considerato un indizio della sussistenza di un inadempimento degli obblighi contrattuali, anche in considerazione del numero, del tipo, della gravità delle mancanze commesse, nonché delle conseguenze dell'inesatta esecuzione della prestazione di lavoro<sup>1098</sup>. Sicché, se il datore di lavoro allega in giudizio elementi in tal senso, il dipendente dovrà farsi carico di chiarire le ragioni per cui, nonostante lo sforzo profuso, il suo rendimento sia stato sensibilmente inferiore alla media, potendo, a tal fine, invocare anche cause di infermità<sup>1099</sup>.

La violazione di un obbligo accessorio può ricorrere invece nel caso in cui il lavoratore si sia reso inottemperante ad alcune regole di condotta in azienda, come il divieto di fumo, oppure abbia violato l'obbligo al segreto, o ancora abbia sporto denuncia penale contro il datore di lavoro senza documentarsi a sufficienza<sup>1100</sup>. Il riferimento al concetto di "fiducia" assume in questo ambito un significato ben preciso. Ed infatti la violazione degli obblighi accessori, come tali estranei all'obbligazione fondamentale, può giustificare il licenziamento solo se è legittimo ritenere sia stato pregiudicato l'affidamento del creditore nella corretta esecuzione in futuro della prestazione lavorativa. Anche i comportamenti posti in essere nella vita privata possono assumere rilievo nella misura in cui si debbano considerare vietati in virtù di tali obblighi.

Peraltro, la violazione degli obblighi contrattuali, che di regola deve essere imputabile a colpa, può venire in considerazione anche in occasione di un licenziamento basato su un semplice "sospetto" (*Verdachtskündigung*): in tal caso occorre un grave sospetto, oggettivamente documentabile, di violazioni rilevanti degli obblighi contrattuali tali da menomare la fiducia richiesta per la prosecuzione del contratto di lavoro. Tuttavia, per scongiurare l'eventualità che un licenziamento venga intimato con troppa leggerezza, si ritiene che il datore di lavoro prima di determinarsi alla decisione di licenziare, debba assumere tutte le misure ragionevoli per chiarire lo stato dei fatti, e in particolare dar modo al lavoratore di far valere le proprie ragioni<sup>1101</sup>.

Il controllo giudiziale per verificare se il licenziamento è "socialmente giustificato" si articola in due passaggi.

<sup>1098</sup> BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, cit.

<sup>1099</sup> Per questa ragione l'ipotesi del licenziamento per scarso rendimento può essere ricondotta, a seconda dei casi, ai motivi legati alla persona oppure a quelli legati al comportamento del lavoratore. In dottrina si pone il problema di tracciare una linea di demarcazione. V. W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 372. Si ritiene peraltro che se lo scarso rendimento è imputabile al lavoratore, il datore di lavoro, dopo aver contestato l'addebito, sia tenuto a concedere al lavoratore un periodo ragionevole per riparare (*Umlernphase*). In caso contrario, il licenziamento, nonostante la mancanza di prestazione, è contrario al principio di *extrema ratio*. Come vedremo al § 9, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato socialmente ingiustificato, la giurisprudenza riconosce al datore di lavoro la facoltà di richiedere lo scioglimento del rapporto di lavoro ove dimostri il venir meno del rapporto fiduciario per scarso rendimento. Per una critica all'orientamento dei giudici del lavoro italiani in materia di scarso rendimento v. da ultimo B. CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT – 140/2012; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., 19.

<sup>1100</sup> BAG 12.01.2006, 2 AZR 21/05, in NZA 2006, 917, secondo cui, "come in ogni altro rapporto contrattuale, anche nel contratto di lavoro può venire in considerazione la violazione di un obbligo di protezione (*Rücksichtnahmepflicht*) (§ 241 Abs. 2 BGB) dal momento che i contraenti sono tenuti alla tutela e alla promozione dello scopo contrattuale".

<sup>1101</sup> BAG 11.4.1985 – 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674; BAG 13.03.2008 – 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809.

a) Innanzitutto, il giudice può e deve accertare se il licenziamento è “di per sé” giustificato ai sensi del § 1, Abs. 2, S 1 KSchG e se dunque non sia possibile un reimpiego, né misure più “miti” (*Generelle Eignung*).

b) in secondo luogo, una volta appurato che il licenziamento è “di per sé” giustificato, può e deve procedere di regola al contemperamento degli interessi di entrambe le parti con riferimento al singolo caso concreto. Infatti, non esistono motivi di licenziamento validi in assoluto.

Anche con riferimento alla tipologia di licenziamento in esame, il giudice, nel valutare se il licenziamento sia di per sé giustificato, dispone di margini di discrezionalità alquanto ampi<sup>1102</sup>. Anzitutto, deve eseguire una prognosi per stabilire se è ragionevole attendersi che anche in futuro si avrà a che fare con analoghe violazioni del rapporto di lavoro (*Prognoseprinzip*). In proposito, la giurisprudenza tedesca, in analogia con la nostra, è costante nell'affermare che l'inadempimento idoneo a giustificare il licenziamento è soltanto quello in grado di far venir meno il ragionevole affidamento del datore di lavoro nel regolare adempimento futuro. Il licenziamento non deve avere un carattere punitivo e fungere da deterrente contro i comportamenti irregolari<sup>1103</sup>.

Se la prognosi ha esito negativo, il giudice dovrà sottoporre il licenziamento ad un giudizio di proporzionalità o di *extrema ratio* e può giungere ad ammetterne la legittimità solo in assenza di una misura più lieve per indurre il lavoratore in futuro ad un comportamento rispettoso degli obblighi contrattuali. L'applicazione del principio di *extrema ratio* assume diverse implicazioni. In primo luogo, tale principio può imporre al datore di lavoro di trasferire il lavoratore in un altro posto di lavoro, nel quale sia lecito presumere che violazioni simili a quelle perpetrate non possano ripetersi (si pensi ad un trasferimento per incompatibilità aziendale)<sup>1104</sup>. Come s'è visto negli altri casi di licenziamento, il datore di lavoro deve prendere in considerazione la possibilità di un reimpiego del lavoratore ed offrirgli un posto di lavoro adeguato anche a condizioni diverse da quelle pattuite in precedenza. Se il lavoratore ha rifiutato l'offerta di un'altra occupazione (senza dimettersi seduta stante), il datore di lavoro è tenuto di regola ad intimare il cosiddetto licenziamento modificativo ai sensi del § 2 del KSchG. Con il consenso del lavoratore è anche possibile un trasferimento ad un altro posto di lavoro a condizioni peggiori.

Un'altra importante regola che la giurisprudenza fa discendere dal principio dell'*extrema ratio* è quella secondo cui il datore di lavoro deve preventivamente ammonire il lavoratore sulle conseguenze a cui egli andrà incontro laddove non cambi il proprio comportamento. Un simile ammonimento (*Abmahnung*) è necessario se è legittimo presumere che in virtù dell'ammonimento ricevuto il lavoratore non reiteri in futuro la condotta. Sulle ipotesi in cui scatta l'obbligo di richiamo si deve però registrare un cambiamento di rotta in giurisprudenza. In un primo momento il BAG aveva ritenuto necessario il richiamo nel caso in cui la violazione dei doveri si ripercuotesse

<sup>1102</sup> È quanto contestano da tempo diversi autori i quali fanno notare che l'ampio potere di apprezzamento dei giudici genera una forte divaricazione degli indirizzi giurisprudenziali che rischia di svilire ogni certezza nei rapporti giuridici. V. B. RÜTHERS, *op. cit.*, che cita il caso scandaloso di un conducente della metropolitana di Berlino, che viene trovato completamente ubriaco al volante della sua auto, eppure i giudici nel corso dei tre gradi di giudizio ritengono ugualmente di non poter accogliere il licenziamento disciplinare (BAG 4.6.1997, Nr. 137 del § 626 BGB).

<sup>1103</sup> BAG 12.1.2006, 2 AZR 179/05, in NZA 2006, 980.

<sup>1104</sup> BAG 6.10.2005, 2 AZR 280/04, NZA 2006, 431.

sull' "ambito della prestazione" e per contro non necessario se si riflettessero sull' "ambito della fiducia"<sup>1105</sup> sulla base della considerazione che un richiamo non può valere a ristabilire nuovamente la fiducia una volta che questa sia stata compromessa. Tale orientamento aveva suscitato alcune perplessità, facendosi notare come non fosse affatto agevole determinare una netta linea di discriminazione tra i due ambiti<sup>1106</sup>. Ciò ha indotto il BAG a ritenere che un richiamo non possa mancare nel caso in cui la violazione dei doveri riguardi l' "ambito della fiducia" se esso sia idoneo a ristabilire il fondamento fiduciario ed il comportamento del lavoratore si presti in qualche misura ad essere corretto (es. la violazione di un obbligo al segreto che non ha alterato irreversibilmente il rapporto fiduciario)<sup>1107</sup>. Per contro, il BAG ha ritenuto che nel caso di violazioni che incidono sull'ambito della prestazione non sia necessario un richiamo se per varie ragioni non sia possibile presumere che esso possa prevenire future violazioni<sup>1108</sup>.

Se il giudice ritiene che il datore di lavoro non avrebbe potuto riutilizzare la professionalità del lavoratore in un altro posto di lavoro dell'impresa (c.d. obbligo di *repêchage*), è chiamato allora ad operare un contemperamento degli interessi in gioco. La valutazione circa l'idoneità del comportamento del lavoratore a giustificare il licenziamento può essere influenzata da una pluralità di circostanze. Oltre alla gravità oggettiva deve essere valutata l'intensità del dolo o della colpa: ad es. il lavoratore che riceve dal proprio legale l'informazione che il suo comportamento è in regola potrebbe aver fatto un ragionevole affidamento su di essa, per cui la colpa assume un'intensità minima al punto da escludere la legittimità del licenziamento<sup>1109</sup>. Al contrario, le violazioni ripetute di un dovere, anche se in sé di scarso rilievo, possono, se valutate nell'insieme, rappresentare un notevole inadempimento (si pensi ad assenze ingiustificate ripetute). Inoltre, una determinata violazione di un obbligo può assumere un peso diverso a seconda della posizione professionale che occupa il lavoratore e dei vincoli fiduciari a cui è sottoposto<sup>1110</sup>.

## 8. Il licenziamento straordinario

Come anticipato, in Germania il licenziamento straordinario senza preavviso è valido soltanto se sussistono gli estremi del "grave motivo" (*wichtiger Grund*). A differenza di quanto si è detto con riferimento ai "motivi connessi al comportamento del lavoratore", per i quali nella KSchG manca una qualsiasi definizione, il § 626, Abs. 1 del BGB contiene una nozione di *wichtiger Grund*<sup>1111</sup>. In particolare, il § 626, Abs. 1 del BGB prevede che un *wichtiger Grund* ricorre ogniqualvolta, sulla base delle circostanze del caso concreto e di un bilanciamento degli interessi in gioco, risulta ir-

<sup>1105</sup> BAG 4. 4. 1974 AP. Nr. 1 zu § 626 BGB *Arbeitnehmernvertreter im Aufsichtsrat*; BAG 18.11. 1986 AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 *Verhaltensbedingte Kündigung*; 10. 11. 1988 AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 *Abmahnung*= NZA 1989, 633.

<sup>1106</sup> U. PREIS, *Die verhaltensbedingte Kündigung*, in *DB*, 1990, 630.

<sup>1107</sup> BAG 4.6.1997, Az. 2 AZR 526/96, NZA 1997, 1281.

<sup>1108</sup> BAG 12.1.2006 - 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917.

<sup>1109</sup> L' esempio è tratto da W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 589.

<sup>1110</sup> W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 590.

<sup>1111</sup> Ed è per questa ragione che in Germania l'elaborazione interpretativa su questo concetto si è sviluppata forse in modo più lineare che in Italia dove invece, come ben noto, l'introduzione della nozione di giustificato motivo accanto a quella di giusta causa ha portato tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ad una riconsiderazione di quest'ultima nozione, ovviamente, in rapporto alla prima.



ragionevole aspettarsi la prosecuzione del rapporto. Anche in questo caso, la valutazione giudiziale si articola in due passaggi: bisogna anzitutto accertare se la fattispecie in esame è di per sé idonea a configurare un “*wichtigen Grund*” per un recesso straordinario (a titolo esemplificativo ci si chiede se un furto del lavoratore nei confronti del datore di lavoro o una persistente mancanza di puntualità possano essere considerate grave motivo). Se tale verifica ha esito positivo si passa a valutare nel singolo caso la ragionevolezza della prosecuzione del rapporto di lavoro. Il licenziamento straordinario è ammissibile solo come *extrema ratio* e cioè quando risultano “impossibili, inutili o irragionevoli”<sup>1112</sup> misure più lievi (come il trasferimento, il licenziamento ordinario) per consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro, anche soltanto per un breve periodo.

La giurisprudenza ha svolto un ruolo di particolare rilievo nell’elaborazione della nozione di *wichtiger Grund* che, in fin dei conti, come la nostra giusta causa o il giustificato motivo, può essere qualificata come clausola generale. In linea di principio, i comportamenti che rientrano nella sfera privata del dipendente non possono configurare un “grave” motivo di licenziamento giacché le esigenze di tutela della persona del lavoratore impongono di limitare la sfera di incidenza degli obblighi contrattuali entro i cancelli della fabbrica. I fatti o comportamenti penalmente perseguibili (lesioni fisiche, ingiurie) che il lavoratore commette contro il datore di lavoro assumono dunque rilevanza solo se presentano una certa gravità: ad esempio, gli insulti rivolti al datore di lavoro sono considerati “grave motivo” solo se si risolvono in una rilevante diffamazione<sup>1113</sup>. Peraltro, analogamente a quanto accade nel caso di licenziamento ordinario, la giurisprudenza, nel valutare se la mancanza è idonea a giustificare il licenziamento in tronco, tende ad attribuire particolare peso all’entità del danno cagionato e alla natura del vincolo fiduciario del lavoratore. La commissione di reati che coinvolgono la sfera patrimoniale del datore di lavoro e comportano una rottura sostanziale del rapporto fiduciario (come il tentativo di furto o l’appropriazione indebita) viene valutata con particolare rigore al punto che in varie occasioni si è ritenuto sufficiente a giustificare il licenziamento straordinario il furto di oggetti di scarso valore<sup>1114</sup>, come tre Kiwi<sup>1115</sup>, un pezzo di pane del valore di 2,50 euro<sup>1116</sup>, o un pezzo di torta ricoperta di mandorle del valore di 1, 30 euro<sup>1117</sup>. Il mero sospetto di un reato o di altre gravi violazioni degli obblighi contrattuali può fondare il “grave motivo” richiesto per il recesso straordinario ai sensi del § 626 BGB solo se le ragioni del sospetto sono così rilevanti da intaccare l’affidamento del datore di lavoro nell’onestà del lavoratore e dunque pregiudicare la prosecuzione del rapporto di lavoro, oppure se supera la soglia di tollerabilità<sup>1118</sup>. Il sospetto deve essere però grave e basato su fatti oggettivi, per cui il lavoratore può dimostrare nel corso del processo l’infondatezza del sospetto e far valere il diritto al reintegro.

<sup>1112</sup> R. WANK, *Die Kündigung in AA.Vv., Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht II*, Beck, München, 1993, p. 112.

<sup>1113</sup> BAG 13.12. 1984 AP Nr. 81 zu 626 BGB.

<sup>1114</sup> BAG 11.12.2003 - 2 AZR 36/03 NZA 2004, 486; BAG 13.12.2007 – 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008.

<sup>1115</sup> BAG AP. Nr. 80 zu § 626 BGB.

<sup>1116</sup> LAG Düsseldorf, 16.08. 2005, NZA-RR 2006, 576.

<sup>1117</sup> LAG Köln LAGE § 626 BGB Nr. 86.

<sup>1118</sup> BAG 26.3.1992 AP Nr. 23 zu § 626 BGB citata da R. WANK, *op. cit.*, p. 123.

Il *wichtiger Grund* si configura anche in presenza di una grave violazione delle regole di condotta rivolte alla tutela dell'organizzazione aziendale. In passato si è ritenuto giustificato il licenziamento di un lavoratore che aveva diffuso nell'impresa volantini nei quali indirizzava accuse non veritiere nei confronti di altri membri dell'impresa<sup>1119</sup>. La stessa conclusione vale se il disturbo alla quiete aziendale (*Betriebsfrieden*) o al regolare funzionamento dell'organizzazione aziendale (*reibungslosen Betriebsablauf*) deriva dall'inosservanza di un divieto di assumere bevande alcoliche o di fumare o dalla violazione di un divieto di avere diverbi o risse con colleghi di lavoro. Inoltre, sono stati ritenuti gravi motivi di licenziamento anche la partecipazione ad azioni di mobbing, l'aver introdotto armi all'interno dell'azienda, l'utilizzo non autorizzato del telefono privato<sup>1120</sup>, specie ove non avvenga "in casi eccezionali" ed ecceda una soglia temporale pari a 142 minuti in 4 mesi.

Per quanto riguarda l'uso (non autorizzato) di internet per scopi personali, la giurisprudenza pur operando alcuni distinguo, ha ritenuto legittimo un licenziamento in tronco laddove non si sia formato un uso aziendale. In particolare il licenziamento è giustificato se l'uso di Internet abbia compromesso il corretto adempimento della prestazione di lavoro prevista nel contratto, oppure abbia arrecato un pregiudizio alla reputazione del datore di lavoro, oppure ancora si sia tradotto nella diffusione di immagini pornografiche<sup>1121</sup>. Un "motivo grave" è escluso se non c'è chiarezza sull'esistenza di un divieto.

Un *wichtiger Grund* di regola sussiste anche in caso di violazione dell'obbligo di fedeltà e in particolare quando il lavoratore durante la vigenza del contratto di lavoro viola l'obbligo al segreto<sup>1122</sup> oppure il divieto di concorrenza<sup>1123</sup>, oppure accetta "bustarelle" (*Schmiergeldern*) da parte di un terzo<sup>1124</sup> anche se in quest'ultimo caso bisogna tuttavia verificare se non si è trattato soltanto di mance o di regali occasionali. Più recentemente il Tribunale regionale di Hessen ha ritenuto legittimo il licenziamento in tronco di un lavoratore che aveva modificato, senza autorizzazione, la password principale del computer aziendale in modo da precludere l'accesso ai dati relativi agli affari all'intera azienda per un certo periodo di tempo<sup>1125</sup>.

Le opinioni politiche, come l'appartenenza ad un partito politico, di regola, non possono essere alla base di un licenziamento. La libertà di manifestazione del proprio pensiero in pubblico è tutelata dall'art. 5 del GG anche quando si esprime nell'esercizio di un diritto di critica del comportamento del datore di lavoro. Tuttavia, esistono diverse eccezioni: la giurisprudenza riconosce l'esistenza di un "grave motivo" di licenziamento quando il rapporto di lavoro è stato concretamente danneggiato per effetto di un'agitazione politica, e cioè quando è stata messa seriamente in discussione la pace aziendale. Si comprende poi la tendenza a valutare con particolare sfavore i comportamenti di propaganda neonazista, come avvenuto nel caso di un lavoratore che aveva

<sup>1119</sup> BAG 15. 12.1977 AP Nr. 69 zu § 626 BGB = EzA § 626 BGB nF Nr. 61.

<sup>1120</sup> BAG 5.12.2002 - 2 AZR 478/01, in DB 2003, 1685.

<sup>1121</sup> BAG 07.07.05, NZA 2006, 98.

<sup>1122</sup> BAG 25.08.1966 AP Nr. 1 zu § 611 BGB *Schweigepflicht*.

<sup>1123</sup> BAG 19.10.1987, DB 1988, 225; BAG 16.08.1990 NJW 1991, 518.

<sup>1124</sup> BAG 17.08.1972, AP Nr. 65 zu § 626 BGB.

<sup>1125</sup> Lag Hessen RDV 2003, 148 citata da da W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 628.

inscenato davanti a propri colleghi un disumano scherzo razzista<sup>1126</sup>. La prosecuzione del rapporto di lavoro può essere resa irragionevole, anche in mancanza di una violazione di obblighi contrattuali, da fatti che ineriscono alla persona del lavoratore e in particolare quando il lavoratore non può più eseguire la prestazione o non è più idoneo a tal fine. Il BAG ritiene che, di regola, la malattia non possa giustificare un recesso straordinario, neppure quando sia tale da non lasciar prevedere una ripresa del lavoro<sup>1127</sup>.

## 9. Il sistema sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo

Concluso l'esame delle singole tipologie di licenziamento, è necessario ora spostare l'attenzione sul profilo sanzionatorio allo scopo di verificare, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, che ruolo ha il giudice in Germania nell'individuazione dei rimedi posti a tutela del lavoratore illegittimamente estromesso dall'azienda.

Proprio su questo tema si è incentrato il dibattito che ha accompagnato il tormentato iter di gestazione della recente riforma Fornero, nel corso del quale si è prospettata insistentemente l'idea di un tendenziale adeguamento del nostro ordinamento a quello tedesco; ma va subito detto che la nuova regolamentazione italiana ha in buona parte frustrato le aspettative di una convergenza tra i due sistemi in quanto sembra utilizzare solo in parte il *KSchG* come fonte di ispirazione.

La legge 92 si muove nella direzione di una marcata flessibilizzazione in uscita nella misura in cui, non solo elimina l'unicità e l'automaticità della reintegrazione, ma – come si è constatato – offre “chiare indicazioni a sostegno dell'eccezionalità” di tale sanzione<sup>1128</sup>: in base al nuovo art. 18, il giudice può pronunciare una sentenza che annulla il licenziamento e ordina la reintegrazione solo in alcune ipotesi determinate, come nel caso dei licenziamenti intimati per mancanze del lavoratore quando emerge che il fatto contestato non sussiste oppure sia meritevole di una minore “sanzione conservativa” e nel licenziamento per ragioni oggettive quando risulta la “manifesta infondatezza” del motivo addotto dall'impresa; in diverse altre ipotesi, tuttavia, dichiara risolto il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità (nuovo art. 18, c. 5 e 7), senza però rimuovere gli effetti del licenziamento.

Passando all'esame della disciplina prevista in Germania (*KSchG*), già ad una prima comparazione con l'attuale normativa italiana emerge che il legislatore tedesco persegue in modo assai più incisivo di quello italiano l'obiettivo della tutela della stabilità del posto di lavoro<sup>1129</sup>. Il § 9 stabilisce *in linea generale* che il licenziamento “socialmente ingiustificato” o inficiato da altri vizi di illegit-

<sup>1126</sup> BAG 5.11.1992 - 2 AZR 287/92, in AuR 1993, 124.

<sup>1127</sup> Così AP Nr. 3 zu § 626 BGB Krankheit. W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 628 V. però Wank p. 115 secondo cui un licenziamento straordinario può ipotizzarsi in caso di malattia di lunga durata se si tratta di malattie repellenti, nauseabonde e contagiose.

<sup>1128</sup> M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, intervento al seminario *La riforma del mercato del lavoro*, Facoltà di Giurisprudenza, Università Roma Tre, 13 aprile 2012; M.V. BALLESTRERO, *Nuove declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lav. dir.*, 2012, 441, 459.

<sup>1129</sup> V. quanto osservato nel § 10.

timità non produce alcun effetto con la conseguenza che il giudice è chiamato a dichiarare giuridicamente ripristinato il rapporto di lavoro estinto dall'illegittimo licenziamento, *a prescindere dal tipo di causale*. A differenza che nel diritto italiano, la norma in esame non prevede (espresamente) che il giudice, nella sentenza con la quale annulla il licenziamento, disponga contestualmente anche l'ordine di reintegrazione; ma ciò non va enfatizzato in quanto l'ordinamento tedesco non esclude che il lavoratore, ove non venga reinserito effettivamente all'interno dell'azienda e adibito alle medesime mansioni, possa adire le vie legali per far valere il suo diritto ad essere reintegrato con le stesse mansioni svolte in precedenza<sup>1130</sup>.

Il tratto caratteristico di questo sistema risiede peraltro nel fatto che sempre in base al § 9 del KSchG, il giudice, anche se valuta il licenziamento "socialmente ingiustificato" e ritiene dunque fondata l'azione giudiziaria promossa dal lavoratore, può essere chiamato a svolgere, su istanza del lavoratore o del datore di lavoro, un ulteriore accertamento allo scopo di valutare la possibilità di risolvere il contratto e condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità (*Abfindung*).

Per la presenza di questo istituto, come da più parti si è messo in luce, il KSchG assai di rado è riuscito a perseguire la propria ragion d'essere e, cioè la tutela di una vera e propria stabilità del posto di lavoro, verificandosi nella normalità dei casi che anche un licenziamento socialmente ingiustificato (specie se si tratta di *betriebsbedingte Kündigung*) conduca allo scioglimento del vincolo negoziale<sup>1131</sup>.

Tuttavia, ciò non significa che la tutela alla stabilità a cui il KSchG si inteso conformare sia rimasta soltanto sulla carta e sia uscita irrimediabilmente compromessa per effetto dell'applicazione giudiziale del § 9 KSchG.

In primo luogo va osservato che l'apparato sanzionatorio è congegnato in modo da incoraggiare *indirettamente* la stabilità del posto di lavoro, rendendo di fatto costoso e rischioso per il datore di lavoro licenziare il dipendente adducendo motivi meno consistenti di quelli che legittimano un qualsiasi licenziamento<sup>1132</sup>.

In caso di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro si deve far carico di un costo "occulto" considerevole: infatti se nel frattempo non ha continuato ad occupare il lavoratore, cade in *mora credendi* ed è obbligato a corrispondergli gli arretrati ai sensi del § 615 BGB, potendo soltanto detrarre l'*aliunde perceptum*<sup>1133</sup>. Secondo la giurisprudenza del BAG la mora deve essere esclusa

<sup>1130</sup> Sul "*Beschäftigungsanspruch*" v. W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 663 e 359. In ordine alla possibilità di proporre al giudice istanza di riammissione nel posto di lavoro nel corso dello svolgimento del processo v. § 11.

<sup>1131</sup> Tra gli altri, v. R.S. KAMANABROU, *Die kalkulierbare Kündigung – Leitlinien eines Abfindungssystems*, in V. RIEBLE (Hrsg.), *Transparenz und Reform im Arbeitsrecht*, ZAAR Verlag München, 2006, 78, 80. V. anche analogamente L. GAETA, *op. cit.*, 579.

<sup>1132</sup> R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 79.

<sup>1133</sup> In considerazione di questi costi occulti connessi alla cessazione del rapporto di lavoro, non sorprende che il regime di tutela in caso di licenziamento sia considerato dalla prospettiva dei datori di lavoro come un ostacolo alla assunzione. Il datore di lavoro già al momento della decisione di assumere si porrà il problema se un'assunzione definitiva è sostenibile sul piano economico in vista dei costi imminenti del licenziamento.

solo se il datore di lavoro offre il reintegro al lavoratore durante il processo ed accetta la prestazione offerta come adempimento dell'obbligo derivante dal rapporto di lavoro<sup>1134</sup>.

Peraltro, il datore di lavoro, quand'anche scelga di continuare ad occupare il dipendente in corso di giudizio, non ha alcuna certezza di essere sgravato da ogni carico economico. Al contrario, si espone a tutte le conseguenze legate all'applicazione della legge sul part-time e sul contratto a tempo determinato del 2000 (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, TzBfG*). In una decisione del 2003 il BAG ha infatti chiarito che l'impiego volontario del dipendente nel corso di giudizio instaurato a seguito del suo licenziamento trova un fondamento contrattuale ed è dunque soggetto all'applicazione della *TzBfG*<sup>1135</sup>. Il datore di lavoro corre così il rischio di dover costituire con il lavoratore licenziato un nuovo rapporto di lavoro a tempo indeterminato per mancanza della forma scritta o per qualsiasi altro difetto nell'apposizione del termine.

In secondo luogo, è significativo che la giurisprudenza abbia elaborato una serie di criteri a cui il giudice, nel caso di dichiarazione di inefficacia del licenziamento, deve attenersi per individuare la sanzione applicabile *ex* § 9 *KSchG* a fronte della richiesta di risoluzione del rapporto di lavoro (e di pagamento di un'indennità), mostrando in particolare un orientamento diverso a seconda che la richiesta provenga dal lavoratore o dal datore di lavoro<sup>1136</sup>.

Per quanto riguarda il caso in cui viene avanzata dal lavoratore<sup>1137</sup> - che, dunque, a differenza che nella normativa italiana non ha un diritto potestativo di richiedere la "monetizzazione" della reintegrazione -<sup>1138</sup> in base alla formula normativa, il giudice è chiamato a valutare se sia ragionevole attendersi (dal lavoratore) una collaborazione ulteriore per un tempo indefinito.

La giurisprudenza, che in passato si era orientata nel senso di ammettere la richiesta di risoluzione soltanto in via eccezionale, e in particolare in presenza di una causale (*wichtiger Grund*) che giustifichi un recesso in tronco da parte del lavoratore ai sensi del § 626 del BGB (si pensi al caso del datore che insulta il proprio dipendente)<sup>1139</sup>, nelle decisioni più recenti, ha riconosciuto maggiore spazio alle esigenze del lavoratore, prendendo atto in tal caso che l'estinzione del rapporto di

<sup>1134</sup> BAG 7.11.2002 – 2 AZR 650/00, AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA § 615 BGB 2002 Nr. 2; BAG 14.11.1985 – 2 AZR 98/84, AP Nr. 39 zu § 615 BGB = NJW 1986, 2846. In tal senso O. RICKEN, *Annahmeverzug und Prozeßbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits*, in NZA 2005, 323, 325; M. LÖWISCH, *Die Beendigung des Annahmeverzugs durch ein Weiterbeschäftigungsangebot während des Kündigungsrechtsstreits*, in DB 1986, 2433; B. OPOLONY, *Möglichkeiten des Arbeitgebers zur Minimierung des Verzugslohnrisikos gemäß § 615 BGB*, in DB 1998, 1714, 1716.

<sup>1135</sup> BAG 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG con nota critica di M. LÖWISCH, *Ausführlich zur Ausgestaltung der Prozeßbeschäftigung*. O. RICKEN, *op. cit.*, 323, 327.

<sup>1136</sup> V. sul punto W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 663-668; E. STAHLHACKE, U. PREIS, R. VOSSEN, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, Beck C.H., 2010, 2087-2130; W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 528-559; W. DÜTZ, G. THÜSING, *op. cit.*, 223-225.

<sup>1137</sup> La richiesta deve rendere chiaro che il lavoratore desidera ottenere lo scioglimento del rapporto. Non è necessaria la richiesta di condannare il datore di lavoro alla corresponsione di un'indennità. Questo deve risultare invece necessariamente dalla decisione di risoluzione.

<sup>1138</sup> In Italia il lavoratore può richiedere un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto, in sostituzione della reintegrazione entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza che ordina al datore di lavoro il reintegro; ma la giurisprudenza è orientata ad ammettere che il lavoratore possa anche fare la richiesta senza dover attendere la condanna del datore di lavoro e la conclusione dell'iter giudiziario. Lo fa notare M.V. BALLESTRERO, *La stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni*. (2007-2009), Giappichelli, Torino, 2009, 150.

<sup>1139</sup> BAG 5.11.1964 AP Nr. 20 zu § 7 KSchG.

lavoro è voluta da *entrambe* le parti<sup>1140</sup>. La facoltà di rinunciare alla riammissione in servizio in cambio di un'indennità viene garantita infatti anche in presenza di una causa meno grave rispetto al *wichtiger Grund* laddove non sia ragionevole pretendere la continuazione del rapporto di lavoro in vista di una futura collaborazione<sup>1141</sup>: si pensi al caso in cui il datore di lavoro, senza una ragione valida, non abbia posto il lavoratore in condizione di poter aggiornare la propria professionalità (un pilota Lufthansa che non è stato avviato alla guida di un nuovo aeroplano).

Passando all'esame dell'ipotesi in cui la risoluzione del rapporto di lavoro provenga dal datore di lavoro, occorre anzitutto precisare che il sistema tedesco, a differenza di quanto dispone il nuovo art. 18 *Stat. Lav.*, consente di formulare tale richiesta soltanto nel caso in cui l'illegittimità riguardi il licenziamento ordinario, non invece in quello di recesso straordinario o di recesso intimato senza consultare il consiglio aziendale.

Inoltre, mentre il nuovo art. 18 *Stat. Lav.* prevede regimi sanzionatori differenziati in relazione alla causale e, come s'è detto, tanto nel caso del licenziamento per ragioni soggettive quanto in quello per ragioni oggettive, configura la reintegrazione come ipotesi residuale – e cioè operante quando il datore di lavoro ponga a fondamento del licenziamento un fatto materiale del quale si possa accertare l'insussistenza manifesta – viceversa, il § 9 del *KSchG* contempla un regime unitario che lascia al giudice la facoltà di sciogliere il rapporto solo se si configura una situazione tale da far presumere che non sia più possibile in futuro una collaborazione tra datore di lavoro e lavoratore utile (*dienlich*) al perseguimento degli obiettivi aziendali.

Il fatto che il § 9 *KSchG* consenta *anche* al datore di lavoro di richiedere la risoluzione del rapporto in presenza di un licenziamento illegittimo, non deve indurre a pensare che il legislatore abbia voluto lasciare soltanto nelle sue mani la facoltà di produrre l'effetto estintivo del rapporto di lavoro. Infatti, il giudice, per stabilire in quali ipotesi il datore di lavoro debba ripristinare giuridicamente il rapporto, si deve attenere ad un criterio piuttosto stringente in quanto è tenuto a valutare il venir meno dell'interesse del datore di lavoro medesimo alla conservazione del posto di lavoro<sup>1142</sup>.

Non a caso, i Tribunali del lavoro, nel pronunciarsi in merito alle richieste di risoluzione *ex* § 9 *KSchG*, mostrano una chiara propensione a valutare in modo rigido e scrupoloso la ricorrenza dei presupposti adottati a fondamento delle stesse<sup>1143</sup>. Proprio dalla *ratio* della *KSchG*<sup>1144</sup> – la quale a

<sup>1140</sup> Lo pone in luce W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 555.

<sup>1141</sup> BAG 26.11.1981 AP Nr. 8 zu § 9 *KSchG* 1969, BB 1982, 1113 = DB 1982, 757.

<sup>1142</sup> Secondo parte della dottrina (W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 556) la previsione riduce al minimo i margini di discrezionalità del giudice il quale, ove accerti la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge, sarebbe vincolato a disporre la risoluzione del rapporto di lavoro.

Il Tribunale deve stabilire, per la risoluzione del rapporto di lavoro, il momento nel quale esso si sarebbe concluso laddove si fosse trattato di licenziamento giustificato. Come è stato opportunamente rilevato, dal momento che la risoluzione ha effetto retroattivo, nel caso di una lunga durata del processo, il datore di lavoro può avere una certa convenienza a fare la richiesta di risoluzione e offrire in cambio l'indennità il cui ammontare è comunque contenuto in base alle previsioni contenute nel § 10, in quanto, in tal modo, non dovrà farsi carico anche degli arretrati. R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 79.

<sup>1143</sup> Lo fa notare anche E. ALES, *op. cit.*, 3.

<sup>1144</sup> BAG 23.6.2005 - 2 AZR 256/04 - AP *KSchG* 1969 § 9 Nr. 52 = EzA *KSchG* § 9 nF Nr. 52; BAG 30.9.1976 - 2 AZR 402/75 - BAGE 28, 196, 200.

rigore impone che, in mancanza di una “giustificazione sociale” del licenziamento, il rapporto di lavoro, di regola, prosegue *ipso iure* (*Bestandsschutz*) —<sup>1145</sup> si argomenta che la risoluzione del rapporto di lavoro è ammessa *solo in via eccezionale*<sup>1146</sup>.

In particolare, secondo il BAG, il datore di lavoro per poter avanzare con successo la richiesta di risoluzione deve dimostrare che il licenziamento, ancorché socialmente ingiustificato, si fonda su alcuni fatti idonei a pregiudicare in modo irreparabile il suo affidamento in ordine ad una collaborazione futura utile del lavoratore al perseguimento degli obiettivi aziendali<sup>1147</sup>. Quali ragioni di risoluzione vengono dunque in rilievo “circostanze tali da influire sul rapporto personale col dipendente, sulla valutazione della sua personalità, sul suo rendimento o sulla sua idoneità allo svolgimento dei compiti assegnati e sulle sue relazioni con gli altri dipendenti”<sup>1148</sup>, oppure comportamenti particolarmente gravi che incrinano il rapporto fiduciario, come avviene nel caso di “insulti, commenti diffamatori o di qualsiasi altro attacco personale del dipendente contro il datore di lavoro o i suoi colleghi”<sup>1149</sup>.

Le ragioni economiche o aziendali (*wirtschaftliche oder betriebliche Gründe*), dunque, non valgono di per sé a giustificare la richiesta di risoluzione a meno che non siano, anch’esse, idonee a incidere in qualche modo sulla base fiduciaria del rapporto di lavoro<sup>1150</sup>. In particolare, il giudice, nell’effettuare il giudizio di prognosi, può attribuire un peso ad alcune modifiche organizzative, come la sostituzione di un manager o il cambiamento della struttura del personale, ove ritenga, anche in tal caso, che “in considerazione delle concrete esigenze aziendali” non sia più possibile una collaborazione proficua per l’azienda<sup>1151</sup>.

Una chiara indicazione nel senso dell’eccezionalità della risoluzione emerge anche dall’orientamento della giurisprudenza costituzionale del *Bundesverfassungsgericht*, la quale, oltre a respingere i dubbi di costituzionalità sollevati con riferimento al § 9 del *KSChG* per contrasto con la

<sup>1145</sup> BAG 9.9.2010, 2 AZR 482/09.

<sup>1146</sup> BAG 9.9.2010, 2 AZR 482/09; BAG 7.3.2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSChG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSChG § 9 nF Nr. 45; BAG 14.1.1993 - 2 AZR 343/92 - EzA KSChG § 1 *Krankheit* Nr. 39; APS/Biebl 3. Aufl. § 9 KSChG Rn. 49; KR/Spilger 8. Aufl. § 9 KSChG Rn. 52. Si ritiene che per valutare se sia possibile in futuro una collaborazione tra datore di lavoro e lavoratore utile al perseguimento degli obiettivi aziendali si debba assumere come riferimento temporale l’ultima udienza dinanzi al giudice competente Cfr. BAG 29.3.1960 - 3 AZR 568/58 - BAGE 9, 131, 134; BAG 7.3.2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSChG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSChG § 9 nF Nr. 45).

<sup>1147</sup> BAG 23.6.2005, cit.

<sup>1148</sup> BAG 23.6.2005, cit.

<sup>1149</sup> In tali casi, per valutare se dal dipendente ci si possa attendere in futuro una collaborazione futura utile al perseguimento degli obiettivi aziendali, assume rilievo non decisivo lo stato soggettivo, doloso o colposo, del dipendente. BAG 24.3.2011, 2 AZR 674/09; BAG 8.10.2009 - 2 AZR 682/08 - Rn. 15, EzA KSChG § 9 nF Nr. 57; 7.3.2002 - 2 AZR 158/01 - zu B II 2 b der Gründe, AP KSChG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSChG § 9 nF Nr. 45).

<sup>1150</sup> BAG 7.3.2002, NZA 2003, 261 (263). BAG 14.10.1954, AP § 3 KSChG Nr. 6; BAG 14.10.1954, AP § 3 KSChG Nr. 6.

<sup>1151</sup> BAG 23.6.2005, cit. I comportamenti posti in essere da terzi possono rilevare ai fini della risoluzione solo se siano stati in qualche misura indotti dal lavoratore (in un caso in cui un quotidiano locale aveva criticato un licenziamento ingiustificato del datore e definito il datore di lavoro un “uomo senza scrupoli” e “ approfittatore”, si ritiene indifferente che il lavoratore abbia scritto l’articolo di sua spontanea volontà oppure avesse soltanto indotto l’autore a tali esternazioni) mentre le dichiarazioni prodotte da un rappresentante legale del lavoratore durante il processo solo se il lavoratore non se ne sia dissociato.

libertà di scelta dell'impiego tutelata dall'art. 12, Abs., 1 GG, ha mostrato particolare rigore nel vagliare i motivi che giustificano la risoluzione del contratto di lavoro ai sensi di tale disposizione.

Innanzitutto, la Corte costituzionale ha affermato che nel caso di applicazione del § 9 del *KSchG* si tratta di valutare e contemperare i due diritti fondamentali in gioco – quello del lavoratore a mantenere il proprio impiego e a non subire un licenziamento in modo arbitrario, da un lato, e quello del datore di lavoro a decidere il se, il quanto ed il come dell'attività d'impresa, dall'altro – allo scopo di garantire che ciascuno possa esplicare la propria efficacia nella misura più ampia possibile<sup>1152</sup>. In questa prospettiva la Corte ha ritenuto che la realizzazione del diritto del lavoratore di cui all'articolo 12, Abs. 1 GG, al pari di qualsiasi altro diritto fondamentale, richieda una tutela adeguata *anche sul piano processuale*, per cui il datore di lavoro, nel presentare la domanda di risoluzione, non potrebbe limitarsi a fare un mero rinvio a quei motivi che aveva addotto in precedenza – tra l'altro con esito negativo – a sostegno del licenziamento (oppure limitarsi ad addurre "il semplice venir meno del vincolo fiduciario"), ma debba allegare, nel corso del processo, e ove necessario dimostrare, le circostanze di fatto che rendono assai improbabile che il dipendente possa continuare a lavorare in modo proficuo nell'interesse dell'azienda.

In un altro caso rilevante<sup>1153</sup> la Corte costituzionale è giunta persino a respingere la richiesta di risoluzione di un'organizzazione di tendenza (nella specie un'impresa editoriale)<sup>1154</sup>, richiamando anche qui la concezione di base a cui si ispira la *Kündigungsschutzgesetz* come legge a tutela della stabilità. In tale occasione, la Corte, pur riconoscendo che le imprese di tendenza, anche in quanto titolari di un interesse costituzionalmente protetto al perseguimento di un fine ideologico, sono legittimate a richiedere la risoluzione del rapporto di lavoro nel caso di una condotta dei propri lavoratori non compatibile con gli indirizzi ideologici, afferma, tuttavia, che neppure con riferimento ad un rapporto di lavoro di questo tipo la tutela alla stabilità può essere subordinata alle esigenze di tutela della tendenza e dunque il datore di lavoro non potrebbe sottrarsi all'obbligo di riferire le circostanze fatto che osterebbero in futuro ad una utile cooperazione del lavoratore rispetto alle finalità aziendali<sup>1155</sup>.

## 10. L'indennità risarcitoria e la transazione in sede di conciliazione giudiziale

Nonostante la giurisprudenza, come poc'anzi richiamato, nel pronunciarsi sulla richiesta di risoluzione avanzata dal datore di lavoro appaia più disponibile a sposare le ragioni del lavoratore, nel sistema tedesco si è assistito nel corso degli anni ad uno scollamento tra il disegno ispiratore originario della *KschG* del '69, incentrato sul perseguimento di una vera e propria stabilità del posto di lavoro („echter“ *Bestandsschutz*), e la sua effettiva applicazione. Come evidenziato da

<sup>1152</sup> BVerfG 22.10.2004 - 1 BvR 1944/01, in NZA 2005, 41.

<sup>1153</sup> BVerfG, 14.1.2008, 1 BvR 273/03 Absatz-Nr. (1 - 26).

<sup>1154</sup> O. HANSJÖRG, *Arbeitsrecht*, Gruyter, 2008, 211.

<sup>1155</sup> In questo senso v. anche BVerfG 9.2.1990 - 1 BvR 717/87 -, NJW 1990, p. 2053. HANSJÖRG, *Arbeitsrecht*, Gruyter, 2008, 211.



più parti, in caso di licenziamento “socialmente ingiustificato”, e soprattutto in caso di *betriebsbedingte Kündigung*, lo scioglimento del rapporto di lavoro è divenuto la regola e la tutela reintegratoria l’eccezione<sup>1156</sup>.

Al contempo, si riconosce che la *KSchG* funge, almeno in parte, da effettivo deterrente, ponendo i presupposti affinché la stabilità del rapporto di lavoro sia tutelata almeno indirettamente come valore<sup>1157</sup>.

Lo conferma il basso tasso di litigiosità del sistema<sup>1158</sup>: l’indeterminatezza delle ragioni giustificative del licenziamento e la crescente oscillazione degli indirizzi applicativi dei giudici, che anche nel sistema tedesco come in quello italiano, contrariamente alle intenzioni enunciate, talora effettuano un sindacato di merito sulle decisioni imprenditoriali, fa sì che gli imprenditori tedeschi non siano sempre disposti a sottoporsi, recedendo dal rapporto di lavoro, all’aleatorietà di un eventuale giudizio in materia di licenziamenti.

In secondo luogo, il sistema tedesco – a differenza del nostro, dove con la riforma Monti/Fornero “è sicuramente meno rischioso e meno costoso per il datore di lavoro licenziare il lavoratore, persino senza un giustificato motivo soggettivo o oggettivo”<sup>1159</sup> – rende di fatto assai poco conveniente assumersi l’alea di un processo in quanto – come già anticipato – pone a carico del datore di lavoro “costi” assai elevati – oltre che imprevedibili – in caso di licenziamento illegittimo. In tal caso, peraltro, la scelta di non reintegrare non sempre è quella più conveniente per il datore di lavoro, il quale, come s’è visto, se nel corso del processo non ha impiegato il lavoratore, cade in mora ed è obbligato a corrispondere tutti gli arretrati ai sensi del § 615 BGB.

Inoltre, il § 9 del *KSchG* prevede che se il giudice accoglie la richiesta di scioglimento del rapporto, il datore è condannato a corrispondere al lavoratore illegittimamente licenziato un’indennità di importo tutt’altro che irrisorio. Il tetto massimo (dodici mensilità) è più basso rispetto a quello previsto dal nuovo art. 18 (in quanto nelle ipotesi in cui il giudice italiano sanziona con il risarcimento l’illegittimità del licenziamento intimato per g.m.s. o per giusta causa o per g.m.o. quando non sussiste la manifesta infondatezza del fatto, determina l’indennità tra un minimo di dodici mensilità ad un massimo di ventiquattro), ma garantisce certamente un trattamento di gran lunga migliore rispetto a quello riservato ai lavoratori italiani il cui licenziamento cade nell’area della tutela obbligatoria: in tal caso, se il licenziamento risulta ingiustificato l’indennità che il datore di

---

<sup>1156</sup> Per tutti v. R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 81.

<sup>1157</sup> R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 81 e ss.

<sup>1158</sup> V. W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 668 che riporta i dati dell’indagine empirica svolta presso l’istituto Max-Planck di Amburgo: soltanto il 7,74 di tutti i processi viene deciso con sentenza. In un’altra ricerca risulta invece che soltanto una minoranza dei lavoratori licenziati (il 15%) impugna il licenziamento davanti al giudice. S. BOTHFELD, K. ULLMANN, *Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis: nicht Schreckgespenst, sondern Sündenbock*, 57 in *WSI-Mitteilungen* 262, 264 (2004).

<sup>1159</sup> L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 4.

lavoro è tenuto a versare a titolo di risarcimento del danno risulta di “importo compreso tra un minimo di 2,5 mensilità ad un massimo di 6 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto”<sup>1160</sup>.

Il basso tasso di litigiosità del sistema tedesco si spiega con i risultati di una ricerca empirica effettuata nel 2002, che mostra come lo strumento più utilizzato per la risoluzione delle controversie in tema di licenziamento sia rappresentato dalla transazione: più della metà di tali controversie si conclude con un *Abfindungsvergleich*, in base al quale il lavoratore accetta lo scioglimento del rapporto in cambio di un’indennità<sup>1161</sup>.

In Germania le parti possono decidere liberamente di servirsi di una transazione durante il giudizio<sup>1162</sup>, nel quale è stato impugnato il licenziamento ed, in tal caso, godono di ampia discrezionalità nel determinare il contenuto dell’accordo<sup>1163</sup>.

In primo luogo, i contraenti possono esprimere nella transazione l’intento di far proseguire il vecchio rapporto di lavoro “non risolto” (*Bestandsvergleich*), o annullando il licenziamento in questione, o decidendo la costituzione di un ulteriore rapporto di lavoro, alle stesse o a diverse condizioni, ove necessario, prevedendo la corresponsione al dipendente del mancato guadagno temporaneo. Nel caso in cui le parti concordano che il rapporto di lavoro debba proseguire a tempo determinato, la giurisprudenza del BAG ritiene che il fatto che l’apposizione del termine sia stata concordata in una transazione giudiziale sia una ragione oggettiva sufficiente a giustificare l’apposizione del termine<sup>1164</sup>. In tal caso il lavoratore non può più addurre la mancanza di un motivo oggettivo per l’apposizione del termine.

Nella stragrande maggioranza dei casi le controversie in tema di licenziamento si concludono con una transazione nella quale le parti non dispongono la prosecuzione del rapporto di lavoro tra esse costituito bensì la sua estinzione (*Aufhebungsvergleich*), oppure il differimento della data di

<sup>1160</sup> Nella determinazione dell’importo del risarcimento, tanto il legislatore tedesco quanto quello italiano attribuiscono espressamente rilevanza all’anzianità: in Germania, nel caso in cui il rapporto duri da almeno quindici anni l’ammontare può raggiungere le quindici mensilità, mentre se dura da più di venti anni, tale ammontare può raggiungere le venti mensilità (§ 10 del *KSchG*). Peraltro il giudice, nel determinare la liquidazione deve tenere conto non solo dell’anzianità di servizio, ma anche delle *chance* del lavoratore di trovare un nuovo posto di lavoro e della situazione finanziaria delle parti del contratto di lavoro. In Italia, invece, in base all’art. 8 della l. n. 604 del 1966 la misura massima dell’indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro.

<sup>1161</sup> H. BIELENSKI, *Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit*, in *AuR* 2003, 81. Secondo la ricerca più risalente riportata da W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 559, terminano con una transazione circa il 60% dei processi di prima istanza e il 44% dei processi di seconda istanza. Al contrario soltanto il 16% dei processi di prima istanza e circa il 44% dei processi di seconda istanza si risolvono con una sentenza. HÜMMERICH, *Die arbeitsgerichtliche Abfindung*, NZA 1999, 342, sottolinea inoltre che le soltanto nel 6 % delle transazioni è stata pattuita la prosecuzione del rapporto.

<sup>1162</sup> Talune previsioni in tema di transazione si rinvengono nell’*Arbeitsgerichtsgesetz* (ArbGG), al § 107, e nel *Zivilprozessordnung* (ZPO), anche se non riguardano la transazione giudiziale: nel § 144a ZPO viene regolata la transazione compiuta davanti al collegio arbitrale (*Schiedsvergleich*).

<sup>1163</sup> Sulle tipologie di *Kündigungsvergleichen* cfr. W. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 561 e ss.

<sup>1164</sup> BAG 22 febbraio 1984 AP Nr. 80 zu § 620 BGB, NZA 1984, 34.

efficacia del licenziamento stesso; non a caso si è giunti a qualificare la legge sui licenziamenti alla stregua di una “*Abfindungsgesetz*”<sup>1165</sup>.

Entrambe le parti del rapporto di lavoro, disponendo, anche nella specie, di ampia libertà nella scelta delle modalità, di regola, sono ben consapevoli della convenienza a concludere una transazione di questo tipo<sup>1166</sup>. Ciò vale *in primis* per il datore di lavoro che, come s'è visto, si espone al rischio di una sentenza di condanna a pagare gli arretrati maturati per tutta la durata del processo senza aver ricevuto alcuna prestazione in cambio (si calcola che tale somma può arrivare fino ad un ammontare di 100.000 euro per uno o due anni di processo); ma anche per il prestatore di lavoro che potrebbe aver trovato un nuovo posto di lavoro. La legge in qualche modo incoraggia tale esito in quanto prevede che l'assicurazione in caso di disoccupazione possa essere percepita dal singolo lavoratore solo se egli è disposto ad accettare un qualsiasi posto di lavoro purché sia adatto. Se invece il lavoratore è senza lavoro o ha trovato un'alternativa meno appetibile, teoricamente dovrebbe aspirare ad ottenere la prosecuzione del rapporto, ma, nel soppesare costi e benefici, potrebbe anche essere indotto ad accettare un “uovo oggi” piuttosto che “una gallina domani”: con ogni probabilità, infatti, il lavoratore, nel corso della durata del processo perderà il contatto con l'ambiente originario, vedrà allentare le proprie relazioni sociali, rischierà di disperdere il proprio patrimonio professionale e di renderlo inutilizzabile al rientro, senza poter prevedere nella maggior parte dei casi l'esito della lite. L'incertezza è accresciuta dal fatto che il giudice, nei primi due gradi del giudizio, potrebbe essere portato ad accogliere la richiesta di risoluzione avanzata dal datore di lavoro e rendere se non impossibile per lo meno improbabile una sua futura riammissione in servizio.

### 11. Il sistema di tutela collettiva (cenni). La reintegrazione nelle more del giudizio

Uno dei tratti peculiari del sistema tedesco che attira maggiormente l'interesse degli studiosi e degli operatori italiani<sup>1167</sup> è costituito dalla stretta connessione che esiste tra la tutela prevista sul piano individuale dalla *KSchG* e la disciplina speciale di natura collettiva sulla codeterminazione (*Mitbestimmungsrecht*), che, tra l'altro, impone prima di ogni licenziamento di sottoporre ad un confronto dialettico le ragioni delle parti dinnanzi al *Betriebsrat*, l'organismo al quale in Germania è demandata la rappresentanza generale dei lavoratori<sup>1168</sup>.

In Italia, l'idea di una “procedimentalizzazione” di matrice sindacale del potere di recesso era stata evocata a vari livelli nel dibattito che ha preceduto l'approvazione della legge 92. In un appello intitolato “per una buona modifica dell'art. 18” una parte della dottrina giuslavorista, manifestando un certo interesse verso la cultura partecipativa che contraddistingue il modello tede-

<sup>1165</sup> U. PREIS, *Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis*, in *Recht der Arbeit* (RdA) 2003, 65, 69.

<sup>1166</sup> W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 668-670.

<sup>1167</sup> L. GAETA, *op. cit.*, spec. p. 600.

<sup>1168</sup> Come è noto sul piano formale i consigli d'azienda non sono legati ai sindacati da un rapporto organico in quanto ricevono un'investitura direttamente dai lavoratori presenti in azienda. Ma al di là di quanto il dato normativo formale lasci immaginare, esistono di fatto stretti legami tra sindacati e consigli di impresa, stante la capacità dei sindacati di influire sulla composizione di questi ultimi. V. tra gli altri A.A.V.V., *Germany: Facing new challenges*, in A. KERNER, R. HYMAN (eds), *Changing industrial relations in Europe*, Blackwell Oxford, 1998, 190.

sco, auspicava che la nuova disciplina sui licenziamenti rimettesse “al giudice la facoltà di chiedere, per i licenziamenti motivati da ragioni economiche e organizzative, un parere alle Rappresentanze sindacali unitarie, elette da tutti i lavoratori, ovvero, in mancanza di queste, alle Rsa, ovvero alle organizzazioni sindacali territoriali”.

Tuttavia, il legislatore italiano ha preso le distanze da tale proposta, puntando ad incoraggiare una soluzione ben lontana dalla tradizione culturale del sistema partecipativo previsto in Germania: in particolare viene introdotta una procedura conciliativa che si svolge presso un organo di carattere amministrativo (la commissione di conciliazione costituita presso la Direzione provinciale del lavoro) e che è confinata in una prospettiva puramente individuale considerando che la presenza delle organizzazioni sindacali è rimessa alla scelta del lavoratore<sup>1169</sup>.

In Germania<sup>1170</sup>, al contrario, il licenziamento, qualunque ne sia la causale (e dunque non solo nell'ipotesi di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo e di licenziamento collettivo), è sottoposto ad un controllo assai penetrante da parte del *Betriebsrat*, il quale, se si tratta di licenziamenti collettivi, ha anche la titolarità di una serie di diritti di codeterminazione ai sensi dei §§ 111-112 del *BetrVG* con riferimento ai cosiddetti piani sociali, nei quali viene generalmente contrattata la corresponsione di compensi per la riqualificazione e la formazione dei lavoratori.

In particolare, sempre che in azienda esista un *Betriebsrat*, la partecipazione si concretizza anzitutto nell'obbligo del datore di lavoro di informarlo e di metterlo al corrente delle persone coinvolte, del tipo di licenziamento che intende adottare (ordinario o straordinario), dei motivi e del termine a partire dal quale l'atto produce effetto (§ 102 comma 1 *BetrVG*)<sup>1171</sup>. Il *Betriebsrat* deve essere posto nelle condizioni di poter esprimere opinioni in merito al licenziamento e valutare la legittimità dei motivi senza dover svolgere accertamenti ulteriori<sup>1172</sup>.

Il licenziamento si intende approvato se il consiglio aziendale non esprime alcuna riserva per iscritto nell'arco di una settimana.

Se ricorre uno dei motivi indicati nel § 102 (per esempio, il datore, nel selezionare i lavoratori, non ha tenuto in debito conto gli “aspetti sociali” connessi alla scelta oppure il lavoratore di cui si prevede il licenziamento possa essere reimpiegato nella stessa o in un'altra unità produttiva, con o senza la necessità di un addestramento professionale) e si tratta di un licenziamento ordinario, il *Betriebsrat* può esercitare anche un diritto di opposizione contro il licenziamento ai sensi del comma 3 del § 102.

Tale opposizione ha conseguenze di non poco conto e, per quanto interessa ai nostri fini, può assumere rilevanza ai fini del riconoscimento del reintegro: infatti, qualora il lavoratore promuova

<sup>1169</sup> Su tale innovazione v. tra gli altri, F. CARINCI, *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, § 10; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in corso di pubblicazione su ADL, p. 28 del dattiloscritto.

<sup>1170</sup> Le valutazioni sottese alla scelta del legislatore italiano sono facilmente intuibili: in un ambito fortemente influenzato dal contesto socio-politico, qual è quello dei rapporti collettivi, come insegna l'analisi comparativa, sarebbe stato tutt'altro che agevole effettuare un trapianto di norme relative ai rapporti di forza da un ordinamento ad un altro, senza scatenare reazioni di rigetto.

<sup>1171</sup> DÜTZ, THÜSING, *op. cit.*, 214.

<sup>1172</sup> BAG 15.11.1995-2 AZR 974/94 - AP § 102 BetrVG 1972 Nr. 73 = NZA 1996, 419; BAG 23.6. 2009, NZA 2009, 1136.

un'azione in giudizio ex § 4 KSchG (*Kündigungsschutzklage*) ed il consiglio si opponga, il § 102 Abs. 5, del *BetrVG* obbliga il datore di lavoro a rioccupare in servizio il lavoratore a condizioni di lavoro immutate fino a che non sia intervenuta una sentenza sfavorevole a quest'ultimo<sup>1173</sup>.

La previsione è volta a garantire, anche se in via indiretta, una tutela contro il licenziamento al lavoratore che tema di vedersi preclusa la possibilità di rientrare in azienda qualora il posto di lavoro non sia più disponibile nelle more del giudizio<sup>1174</sup>; in tal caso, il coinvolgimento del consiglio aziendale costituisce un filtro che lo tutela anche ai fini della decisione conclusiva: il datore di lavoro che intende “sbarazzarsi” di un proprio dipendente in cambio di una somma di denaro, di fatto potrebbe incontrare qualche difficoltà a dimostrare che la sua collaborazione non è più utile al perseguimento degli obiettivi aziendali se il prestatore di lavoro è riuscito ad ottenere la riasunzione in servizio durante il processo.

Tuttavia, sarebbe sbagliato enfatizzare l'importanza di questo strumento e ritenere che esso possa rappresentare la chiave di volta per risolvere il problema della stabilità<sup>1175</sup>.

a) Anzitutto, va tenuto conto che questa previsione ha avuto scarsa rilevanza sul piano pratico<sup>1176</sup> e, allo stato, non trova applicazione in molte piccole e medie imprese giacché i lavoratori non prendono l'iniziativa per costituire consigli di impresa (cosa ancora abbastanza frequente nonostante la novella del 2001 ne abbia favorito la costituzione prevedendo procedure elettorali più snelle).

b) L'obiettivo principale della norma, come ha chiarito il BAG in una importante pronuncia del 1985<sup>1177</sup>, è quello di rafforzare, non la posizione del singolo lavoratore licenziato sul piano della stabilità (seppure provvisoria) del rapporto di lavoro, bensì il diritto di *Mitbestimmung* del consiglio aziendale e dunque un interesse collettivo.

Ed infatti la legge sulla costituzione aziendale subordina la richiesta di rioccupazione all'opposizione del *Betriebsrat*, il quale, essendo chiamato ad esercitare un diritto partecipativo (*Beteili-*

<sup>1173</sup> Sul diritto alla riammissione in azienda previsto dal § 102, Abs. 5, 2 Nr del *BetrVG* v. W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 672-680; R. WANK, *Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers* in AA.Vv., *Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht II*, Beck, München, 1993, p. 138-172; V. RIEBLE, *Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102, Abs. 5, Nr. 2 BetrVG*, in *Betriebs-Berater*, 2003, 844. Come rileva G. THÜSING, in: R. RICHARDI (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar*, C. H. Beck, München, 2006, Rn. 119, la giurisprudenza, facendo propria la cosiddetta *Sphärentheorie* secondo la quale il vizio procedurale non ricade nella responsabilità del consiglio aziendale, valuta con particolare severità l'inosservanza dell'obbligo di ascolto sino a considerare nullo per violazione di legge (*unwirksam*) il licenziamento intimato senza ascoltare il consiglio anche nel caso in cui la fase di consultazione presenti “soltanto” lacune. Per tale motivo nella discussione che si è aperta alcuni anni fa intorno ad un possibile allentamento dei vincoli posti dalla normativa di protezione contro il licenziamento alcuni avevano proposto una riduzione dei poteri del coinvolgimento del consiglio di fabbrica in caso di licenziamento.

<sup>1174</sup> V. RIEBLE, *op. cit.*, 844.

<sup>1175</sup> Mette in guardia da questo rischio W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 672.

<sup>1176</sup> Nell'ultima ed. del manuale Daübler fa riferimento ad una ricerca empirica, sia pure risalente, secondo cui su 10.000 lavoratori licenziati soltanto 4 vengono riassunti con questo strumento.

<sup>1177</sup> BAG 27.2.1985, 7 AZR 525/83 in *BB*, 1985, 1978.

*gungsrecht*), non agisce in rappresentanza di singoli lavoratori, bensì nella veste di organo deputato alla tutela di interessi collettivi<sup>1178</sup>. Per usare le parole del BAG il rafforzamento della posizione individuale del lavoratore licenziato trova “la sua radice nell’ambito del diritto collettivo”<sup>1179</sup>, semmai dunque è solo una conseguenza derivante dal diritto collettivo rafforzato del consiglio aziendale.

c) Ma soprattutto va tenuto conto che il § 102 Abs. 5, Nr. 2 *BetrVG* concede al datore di lavoro la possibilità di liberarsi dall’obbligo di riassumere in ipotesi tutt’altro che eccezionali: a parte i casi in cui la domanda del lavoratore non abbia alcuna ragionevole *chance* di successo o sia fatta temerariamente e l’opposizione del consiglio sia palesemente priva di fondamento, la legge fa riferimento all’ipotesi in cui la prosecuzione del rapporto costituisca per lui un “peso economico insostenibile”<sup>1180</sup>.

Proprio la previsione di quest’ultima ipotesi pone l’ostacolo maggiore alla riassunzione: la giustificazione dell’esonero non è collegata dalla norma a motivi che attengono al licenziamento stesso o ai comportamenti del lavoratore o del consiglio aziendale, bensì ad una circostanza ben definita: il potenziale pregiudizio che la rioccupazione del lavoratore potrebbe arrecare alla posizione economica del datore di lavoro (la liquidità o la capacità di concorrenza dell’impresa).

Peraltro, è opinione prevalente che per dichiarare economicamente insostenibile la riassunzione non occorra che il datore di lavoro veda minata la possibilità di continuare ad esercitare la propria attività. L’insostenibilità economica della riassunzione deve essere valutata solo in relazione a quei fattori che si ripercuotono negativamente sull’andamento economico e sul bilancio dell’impresa (si pensi ai costi della retribuzione oppure all’onere economico di una ristrutturazione dell’organizzazione dell’impresa nel caso in cui mancasse la possibilità di rioccupazione nel vecchio posto di lavoro)<sup>1181</sup>.

Un ulteriore ostacolo alla riassunzione deriva dal fatto che, secondo l’opinione più accreditata, nell’ipotesi in cui a seguito di un licenziamento collettivo più lavoratori fanno valere simultaneamente un diritto ad essere riammessi in servizio, per poter stabilire se la riammissione è economicamente (in)sostenibile, si deve tener conto non solo del costo della riammissione del singolo lavoratore, ma anche dell’aggravio economico che il datore di lavoro dovrà sopportare allor-

<sup>1178</sup> V. RIEBLE, *op. cit.*, 844.

<sup>1179</sup> BAG 27.2.1985, cit., 1980.

<sup>1180</sup> Rimane aperta la questione relativa alla nozione di datore di lavoro, se il parametro di riferimento rilevante è l’insostenibilità economica dell’azienda (*Unternehmen*) oppure quella dell’impresa (*Betrieb*). Sul punto V. RIEBLE, *op. cit.*, 845 secondo cui nonostante la natura giuridica del rapporto di rioccupazione come rapporto costituito sul piano individuale potrebbe suggerire il riferimento al datore di lavoro e dunque alla *Unternehmen*, il “danno economico insostenibile” deve essere valutato con riferimento alla *Betrieb*.

<sup>1181</sup> Non manca peraltro chi ritiene che l’insostenibilità del carico economico debba valutata anche in relazione a fattori legati alla persona del lavoratore e alle “prospettive di un suo reinserimento”. V. D. STEGE, F.K. WEINSPACH, B. SCHIEFER, *Betriebsverfassungsgesetz: Handkommentar für die betriebliche Praxis*, Köln: Dt. Inst.-Verl., 2002, Rn. 182.

quando riammette in servizio gli altri lavoratori. Ed infatti, se tale aggravio fosse trascurato, si darebbe luogo ad un'immagine distorta della situazione economica dell'impresa e la previsione in esame opererebbe soltanto in casi del tutto residuali<sup>1182</sup>.

Proprio in considerazione della scarsa rilevanza sul piano pratico dello strumento in esame, in passato si è anche posta la questione se, a parte lo specifico caso previsto dal § 102 Abs. 5, Nr. 2 *BetrVG*, vi sia un obbligo generale del datore di impiegare il lavoratore licenziato fino alla conclusione del giudizio, a prescindere dal fatto che si tratti di un licenziamento ordinario o straordinario, e a prescindere dalla ipotetica reazione del consiglio aziendale.

Inizialmente la Corte federale del lavoro aveva risposto negativamente, ritenendo che il diritto alla rioccupazione richiedesse l'esistenza attuale di un rapporto di lavoro e potesse configurarsi nei soli e limitati casi in cui il licenziamento è manifestamente inefficace<sup>1183</sup>.

Questa posizione è stata superata con una sentenza del 1985, nella quale il BAG riconosce per la prima volta che se il licenziamento viene considerato illegittimo dinanzi al tribunale del lavoro di prima istanza, il lavoratore licenziato ha un diritto ad essere temporaneamente occupato fino al passaggio in giudicato della pronuncia, e ciò indipendentemente dall'opposizione del *Betriebsrat*<sup>1184</sup>. La sentenza suscitò a suo tempo opinioni divergenti: secondo alcuni il BAG avrebbe in tal modo rafforzato e reso più effettiva la tutela contro i licenziamenti<sup>1185</sup>; ad altri la soluzione adottata è apparsa invece troppo compromissoria in quanto consente all'interesse del lavoratore alla continuità dell'occupazione di prevalere su quello datoriale solo se la prosecuzione del rapporto non sia considerata economicamente insostenibile da una decisione in prima istanza<sup>1186</sup>.

Ad ogni modo, occorre rilevare che la giurisprudenza, pur avendo ammesso in linea di principio che il lavoratore possa ottenere la provvisoria riammissione in servizio senza dover attendere la sentenza in primo grado, ove vi sia il pericolo che il licenziamento possa ledere o ostacolare alcune situazioni costituzionalmente protette (analogamente a quanto accade con riguardo al procedimento d'urgenza previsto dall'art. 700 c.p.c.), non sempre sembrano operare un equo contemperamento degli interessi in gioco.

<sup>1182</sup> Lo fa notare WOLFF (*Vorläufiger Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses durch Weitebeschäftigung nach des § 102 Abs. 5 BetrVG*, Diss. 2000, 210), il quale aggiunge che la riammissione in servizio di un singolo lavoratore potrebbe incidere in modo rilevante soltanto sull'andamento economico di una piccola impresa.

<sup>1183</sup> BAG 26.5.1977, BAGE 29 S. 195 (200) = DB 1977 S. 2099.

<sup>1184</sup> BAG 27.2.1985, cit., 1980. È interessante constatare che nello stesso periodo la legge per la promozione per l'occupazione (*Beschäftigungsförderungsgesetz*) del 1985, per favorire la creazione di nuovi posti di lavoro, aveva previsto la possibilità di concludere contratti a termine fino a 18 mesi senza controllo giudiziale.

<sup>1185</sup> Così U. ZACHERT, *Lezioni*, cit., p. 141; M. SCHMIDT, M. WEISS, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, p. 130 i quali pongono in luce che la sentenza ha segnato un cambiamento radicale, rilevando che se il lavoratore è riuscito ad ottenere dal giudice in prima istanza la possibilità di essere temporaneamente rioccupato, per il datore di lavoro che ha fatto richiesta di risoluzione sarà più difficile dimostrare l'impossibilità di una collaborazione fruttuosa con quel lavoratore.

<sup>1186</sup> W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 674, il quale ritiene che il BAG avrebbe dovuto basarsi su un diverso contemperamento di interessi.

Nel concedere tale provvedimento i giudici di merito si riservano, di volta in volta, un margine di discrezionalità più o meno ampio: in alcune pronunce si ritiene necessario che il licenziamento sia “manifestamente inefficace”<sup>1187</sup>, in altre ci si accontenta di una probabilità, più o meno alta, che il lavoratore possa risultare vittorioso nel giudizio<sup>1188</sup>.

Peraltro, anche sotto questo profilo, si contesta, da un lato, che il pericolo del lavoratore di perdere definitivamente il posto di lavoro spesso viene in rilievo solo dopo che si è valutata la sostenibilità economica della rioccupazione<sup>1189</sup>, dall'altro, che la riammissione in azienda viene garantita soltanto in casi particolari come quando senza di essa viene messo gravemente in pericolo un diritto afferente alla sfera della personalità del lavoratore, quale il diritto alla formazione e alla elevazione professionale<sup>1190</sup>.

## 12. Il dibattito più recente

Come in Italia, anche nella Rft, il tema della flessibilità in uscita, specie nell'ultimo decennio, ha riaperto un'accesa disputa nella quale la disciplina sui licenziamenti individuali è stata al centro di aspre polemiche<sup>1191</sup>.

Il timore maggiore è che l'eccessiva rigidità di cui tale normativa è accusata possa avere l'effetto di ostacolare il dinamismo delle imprese e la creazione di posti di lavoro, aggravando il dualismo del mercato del lavoro ed il *gap* di protezione tra i lavoratori già occupati e i potenziali aspiranti del posto di lavoro<sup>1192</sup>.

In particolare, la tutela attualmente garantita contro i licenziamenti, limitando la libertà di azione delle imprese nel determinare dimensioni e assetti produttivi e organizzativi, potrebbe creare una barriera all'accesso sul mercato per chi è in cerca di occupazione (*Marktzutrittsschranke*)<sup>1193</sup>. Anzi, secondo alcuni una disciplina di tutela come quella attuale che tiene conto soltanto degli interessi degli *insiders* realizzerebbe una lesione intollerabile della libertà professionale, costituzionalmente tutelata, di cui è titolare chi aspira a trovare un'occupazione, e cioè gli *outsiders* (art. 12, Abs. 1 GG)<sup>1194</sup>, aggravando la disparità di trattamento tra tali gruppi di lavoratori.

<sup>1187</sup> Per esempio LAG Hamburg 15.8.1974, DB 1974, 2408.

<sup>1188</sup> LAG Frankfurt/M, AuR 1977, 155 citata da Daübler in nota 904.

<sup>1189</sup> W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 679.

<sup>1190</sup> LAG Hamburg 15.8.1974, cit.

<sup>1191</sup> Il dibattito, molto acceso agli inizi del decennio scorso, sembra affievolirsi solo negli ultimissimi anni anche in considerazione del fatto che molti studi hanno confermato che la rigidità della disciplina sui licenziamenti ha uno scarso impatto sulla crescita dell'occupazione. Ne prende atto il Parlamento Europeo (2007), Relazione su *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, 25 giugno 2007, www.europarl.europa.eu, p. 1 ss.

<sup>1192</sup> Per la tesi che nega invece una connessione tra il tasso di rigidità della disciplina sui licenziamenti e la disoccupazione di determinati gruppi di lavoratori, in particolare i più giovani v. P. JANREN, *Arbeitsrecht und unternehmerische Einstellungsbereitschaft*, in: iw-trends (Hrsg.): *Initiative Neue soziale Marktwirtschaft*, 2004, p. 16–25 il quale pone in rilievo che solo di tanto in tanto dai sondaggi empirici emerge che la normativa vigente ostacola la creazione di nuovi posti di lavoro.

<sup>1193</sup> Sul dibattito v. C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 360.

<sup>1194</sup> V. B. WAAS, *Kündigungsschutz*, cit. 99. Il timore non viene fugato dalla giurisprudenza costituzionale che per i primi riconosce che lo Stato è obbligato a mantenere uno standard minimo di tutela in caso di licenziamenti (*Schutzpflicht*), mentre per chi è in cerca di



Peraltro, la disciplina sui licenziamenti, così come si è sviluppata grazie all'importante opera interpretativa svolta dalla giurisprudenza, è stata anche criticata per aver contribuito ad accrescere il margine di incertezza giuridica in ordine alla legittimità del licenziamento e alle sue ragioni giustificative<sup>1195</sup> e in ordine ai costi cui le imprese possono andare incontro nel caso in cui sorga un contenzioso giudiziario ed il licenziamento venga dichiarato illegittimo, specie se il licenziamento avviene per ragioni economiche<sup>1196</sup>.

La legge di riforma del mercato del lavoro del 24 dicembre 2003 (*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*) non è riuscita a smorzare i toni assai aspri di queste critiche; anzi, avendo introdotto solo correttivi marginali alla attuale disciplina sui licenziamenti<sup>1197</sup> (come la restrizione del suo campo di applicazione, la ridefinizione delle regole sui criteri di scelta, una modifica del termine di impugnazione giudiziale e, soprattutto, il diritto all'indennità a favore del lavoratore licenziato per ragioni attinenti all'attività aziendale nel nuovo § 1 a.)<sup>1198</sup>, se ne è attirata essa stessa delle altre.

Si tratta di critiche fondate giacché essa non solo alleggerisce solo in piccola parte i vincoli presenti nel sistema, ma adotta in certi casi soluzioni non del tutto soddisfacenti che sollevano più problemi di quanti non ne risolvono oppure rivestono un valore puramente simbolico, come nel caso della previsione di un *Abfindungsanspruch* in caso di licenziamento per ragioni economiche (*KSchG* § 1a)<sup>1199</sup>.

Per questa ragione, soprattutto a partire dal 2003, sono circolate varie proposte più radicali di riforma "al ribasso" della normativa sui licenziamenti, molte delle quali riecheggiano posizioni già emerse nel dibattito economico e si rifanno al pensiero liberale neoclassico, in particolare all'idea secondo cui una riduzione degli standard di tutela in materia di licenziamento farebbe aumentare la competitività delle imprese, soprattutto delle piccole e medie imprese, incentivando le stesse ad offrire il lavoro nella sua forma classica, quella del lavoro subordinato a tempo indeterminato.

---

un lavoro si astiene dal configurare un interesse al riconoscimento del diritto al lavoro garantito dall'art. 12. BVerfG 21.1.1998 AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>1195</sup> Come mette in rilievo U. ZACHERT, *Der Arbeitsrechtsrechtsdiskurs*, cit., p. 422, oggi viene messa sotto accusa soprattutto la presunta impenetrabilità (*Undurchschaubarkeit*) della normativa. Il tasso relativamente alto di incertezza nei rapporti giuridici viene denunciato anche in un recente studio empirico commissionato da un istituto di ricerca (W. EICHHORST, P. MARX, *Zur Reform des deutschen Kündigungsschutzes*, IZA, 2011, Report n. 38), specie con riguardo alle causali, ai criteri di selezione sociale e alla procedura.

<sup>1196</sup> J.-H. BAUER, *Arbeitsrechtlicher Wunschatalog für mehr Beschäftigung*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2005, p. 1046–1051.

<sup>1197</sup> In quest'occasione il legislatore non ha voluto neppure incidere sulle causali giustificative del licenziamento per ridurre l'indeterminatezza che le caratterizza come aveva auspicato invece J.-H. BAUER, *op. cit.*, p. 1046–1051.

<sup>1198</sup> In particolare, in virtù di tale previsione il lavoratore in caso di licenziamento per motivi economici ha diritto a percepire un'indennità a condizione che il datore di lavoro ne offra la corresponsione nella lettera di licenziamento e il lavoratore lasci spirare il termine decadenziale di tre settimane per l'impugnazione del licenziamento.

<sup>1199</sup> Essa, pur essendo valutata costituzionalmente legittima per il carattere opzionale di tale diritto, non è sembrata uno strumento adeguato rispetto all'obiettivo che il legislatore si era con esso proposto e cioè quello di deflazionare il contenzioso e rendere contestualmente meglio calcolabili i costi dei licenziamenti per le imprese. V. tra gli altri, T. RAAB, *Der Abfindungsanspruch gemäß § 1a KSchG in Recht der Arbeit* (RdA) 2005, 1, 12.

Il disegno di fondo che ha ispirato tali proposte non si allontana di molto da quello perseguito dalla riforma recentemente approvata in Italia in quanto consiste nell'introdurre nel sistema di tutela contro i licenziamenti un nuovo paradigma concettuale finora estraneo alla tradizione tedesca: si prefigura cioè il passaggio da un regime – qual è quello attuale – che riconosce un peso preponderante alla tutela di tipo reintegratorio e all'interesse alla conservazione del posto di lavoro (*Bestandsschutz*) ad un assetto più blando che si fonda su una tutela indennitaria più o meno ampia (*Abfindungslösung*)<sup>1200</sup>.

Coloro i quali mostrano una pur cauta apertura verso simili opzioni di riforma pongono in evidenza che l'ordinamento costituzionale lascia al legislatore ordinario un ampio margine di discrezionalità in merito alla scelta delle tecniche normative più idonee a sanzionare il licenziamento illegittimo, senza potersi ritenere preclusa la scelta di un regime sanzionatorio incentrato sulla corresponsione dell'indennità (fatta eccezione per alcuni casi, come quello del licenziamento per mero capriccio). Si fa notare anzitutto che la giurisprudenza costituzionale tedesca, come quella italiana, ha sempre negato che un diritto al reintegro possa ritenersi costituzionalmente imposto, ritenendo, come s'è visto, che dall'art. 12 del GG (libertà professionale) possa dedursi tutt'al più una garanzia costituzionale al solo diritto a non subire un licenziamento arbitrario<sup>1201</sup>. Peraltro, si osserva che il legislatore ordinario, come si è detto, nel predisporre i vincoli limitativi del potere di recesso non possa avere riguardo solo agli interessi di chi il posto di lavoro già ce l'ha, ma debba necessariamente tener conto anche di quelli degli *outsiders*<sup>1202</sup>.

<sup>1200</sup> Le opinioni in merito divergono soprattutto con riguardo al tipo di tutela indennitaria da introdurre: una tesi più radicale sembra prefigurare un vero e proprio smantellamento della normativa sui licenziamenti in quanto sostiene che il datore di lavoro dovrebbe essere messo nelle condizioni di poter licenziare anche senza motivazione e senza selezione sociale, essendo tenuto soltanto al rispetto del periodo di preavviso. La tesi propone peraltro di potenziare la sicurezza nel mercato (*security*), imponendo al datore di finanziare l'attività post-occupazione dei servizi per l'impiego per il ricollocamento e le misure di formazione (si tratta della tesi proposta dalla Camera di commercio di Amburgo, IHK Hamburg, „Mehr Markt für den Arbeitsmarkt“, S. 22 ff., reperibile su <http://www.hk24.de/HK24/HK24.pdf>, del 17.02.2006); secondo un'altra tesi si dovrebbe puntare ad imporre una tutela di tipo indennitario per qualunque tipo di licenziamento e rendere del tutto residuale la tutela della stabilità (H. BUCHNER, *Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechtes*, in NZA, 2002, 533, 534; J.-H. BAUER, *Arbeitsrechtlicher* cit., p. 1046–1051; la tesi è stata fatta propria anche in un rapporto redatto dalla BDA in „BDA-pro-job.de“, S. 8 f., reperibile su <http://www.bda-pro-job.de>, del 17.02.2006 su cui v. le critiche di R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 85 e ss.); altri autori ritengono che mentre con riferimento al licenziamento per motivi economici non ha più molto senso continuare a perseguire l'obiettivo della tutela di una autentica continuità – alla quale peraltro nessuna delle parti del contratto di lavoro aspira – e dunque si potrebbe ipotizzare una tutela risarcitoria, viceversa, ciò non è vero nel caso di licenziamenti disciplinari e personali là dove dal lato del dipendente occorre soddisfare un interesse alla continuità del rapporto (tra gli altri, R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 83 e ss.; U. PREIS, *Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis in Recht der Arbeit* (RdA) 2003, 65); altri ancora, infine, ritengono che, nel caso in cui il licenziamento per ragioni economiche e per ragioni inerenti alla persona del lavoratore sia ingiustificato, la scelta tra la tutela di tipo indennitario e quella di tipo reintegratorio debba essere rimessa al lavoratore. P. HANAU, *Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?* Deutscher Juristentag, 2000, C-90.

<sup>1201</sup> Secondo C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 355 “i diritti fondamentali non possono giocare un ruolo molto rilevante nelle questioni che riguardano la disciplina sui licenziamenti” in quanto “la Costituzione traccia soltanto il quadro all'interno del quale si muovono il legislatore ordinario ed il giudice. E questo stesso ambito è fluido: alla fine nessuno è nella condizione di poter individuare con chiarezza il nucleo intangibile della libertà di impresa o della garanzia del posto di lavoro. Questo può essere stabilito soltanto nel caso concreto”.

<sup>1202</sup> V. sul punto B. WAAS, *Kündigungsschutz*, cit., 102, il quale ritiene inoltre che anche il diritto europeo lasci al legislatore ordinario un ampio margine di autonomia in ordine alle tecniche di limitazione del recesso del datore di lavoro. La normativa di diritto secondario (e in particolare le direttive) regola solo aspetti marginali della tutela in caso di licenziamento. Pur avendo in linea di principio una competenza a legiferare anche mediante una normativa che preveda una tutela generale contro il licenziamento ex art. 137, paragrafo 1, CE, l'UE non ha ancora fatto uso di queste competenze.

Più convincenti sembrano però le ragioni di chi da tempo, manifestando una ferma contrarietà nei confronti di una riforma volta ad allentare la protezione legale contro il licenziamento (ed una modulazione della disciplina della reintegrazione), si mostra convinto fautore di una modifica *in melius* delle tutele in materia di licenziamenti.

Tale posizione si giustifica in considerazione delle finalità – ancora attuali – sottese al sistema di tutela individuale contro i licenziamenti. In particolare si deve riconoscere non solo che la tutela contro i licenziamenti garantisce un vantaggio dal punto di vista economico alle imprese – le quali, per mantenere un grado elevato di efficienza economica e produttività, hanno bisogno di avere un nucleo stabile di forza lavoro, qualificata e in grado di adattarsi ai cambiamenti strutturali – ma anche che essa ha alla base un fondamento di carattere politico nella misura in cui contribuisce ad evitare conflitti sociali e a garantire la stabilità del sistema di relazioni industriali<sup>1203</sup>.

Una riforma che si proponga di ammorbidire le conseguenze sanzionatorie di un licenziamento invalido e di dare più spazio alla sanzione indennitaria (*Abfindungslösung*) potrebbe mettere in discussione la funzione di tutela preventiva (*Präventivfunktion*) che la disciplina sui licenziamenti è chiamata ad assolvere per scongiurare licenziamenti manifestamente o molto probabilmente ingiustificati, rischiando di indebolire la garanzia dei diritti fondamentali della persona del lavoratore che vengono in gioco nel licenziamento<sup>1204</sup>. Come riconosce anche la nostra giurisprudenza costituzionale la disciplina in esame pone le basi per garantire al lavoratore non solo una sicurezza sul piano economico, ma soprattutto la possibilità di esercitare liberamente i diritti derivanti dal rapporto di lavoro (*Freiheitssicherung*): chi si trova in una condizione di debolezza contrattuale nei confronti della controparte e teme di perdere il posto di lavoro potrebbe in qualche modo essere indotto a non far valere i propri diritti.

Fondato sembra infine il pericolo che in un contesto di economia globale ed altamente competitiva un allentamento dei vincoli legali al licenziamento – ammesso (e non concesso) che serva realmente ad attrarre gli investimenti da parte di imprenditori stranieri – possa incoraggiare il fenomeno del *dumping* sociale o della “concorrenza tra regole”. È infatti indubitabile che in un simile contesto le imprese multinazionali siano più inclini a sfruttare le divergenze esistenti nelle legislazioni nazionali e selezionare la legislazione del lavoro più favorevole: come mostra una sentenza dell'*Arbeitsgericht* di Düsseldorf<sup>1205</sup> tali imprese spesso decidono di chiudere le sedi in Germania, e non in altri Paesi, approfittando del fatto che in questo paese raramente rischiano di dover accollarsi, sulla base di un *Sozialplan*, gli ingenti premi di fine rapporto che sarebbero tenute a corrispondere altrove<sup>1206</sup>.

<sup>1203</sup> W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 713-719.

<sup>1204</sup> M. FRANZEN, *op. cit.*, p. 90. V. W. HRONADKA, *Unternehmerische*, cit., 383; R.S. KAMANABROU, *op. cit.*, 78 e ss R. REBHANN, *op. cit.*, 186 secondo cui “qualsiasi tutela contro i licenziamenti, anche quella più debole, ha l'importante funzione di garantire l'effettività del diritto del lavoro nel suo complesso”.

<sup>1205</sup> Sentenza del 11 febbraio 2004 – 10 Ca 19769/o3 di cui dà notizia M. GOTTHARDT, *Standortvergleich bei Betriebsschließungen*, in NZA, 2005, 739.

<sup>1206</sup> W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., 717.

Forse il nostro legislatore, nel pianificare la recente riforma della disciplina dei licenziamenti in Italia, avrebbe potuto valutare più attentamente questi argomenti ed evitare di introdurre un apparato sanzionatorio disomogeneo che rende assai incerta l'aspettativa del lavoratore di conservazione del posto di lavoro, anche quando è in gioco la lesione della sua personalità.

Del resto, è significativo che in Germania anche chi si dichiara in linea di principio a favore di un nuovo assetto della disciplina che sostituisca in parte la tutela alla stabilità (*Bestandsschutz*) con una tutela indennitaria (*Abfindungsschutz*)<sup>1207</sup> e propone, in certi casi, una graduazione della sanzione risarcitoria in base al presupposto del licenziamento<sup>1208</sup>, evidenzia la necessità di tenere nettamente distinte e separate le ipotesi in cui la causale del licenziamento tocca il diritto della personalità ancorato nell'art. 2 del GG e dunque la dignità, l'onorabilità e la libertà morale del lavoratore da quelle in cui è in gioco soltanto un suo interesse economico e professionale. Nel primo caso ci sono buone ragioni persino per ritenere che il diritto al reintegro (*Wiedereinstellungsanspruch*) sia costituzionalmente imposto dal momento che la lesione dell'onore e del decoro che il lavoratore illegittimamente licenziato potrebbe subire – si pensi al licenziamento emesso sulla base del sospetto che il lavoratore ha compiuto un reato o una grave violazione dei suoi obblighi (c.d. *Verdachtskündigung*) – difficilmente sarebbe compensata in modo adeguato mediante la corresponsione di una somma di denaro.

---

<sup>1207</sup> Si è anche discusso sulla possibilità delle parti di prevedere deroghe contrattuali alla disciplina di tutela contro i licenziamenti e sulla inderogabilità della normativa in questione. Accordi in deroga sono considerati ammissibili solo se sussiste una ragione oggettiva (si pensi ai casi particolari di un tossicodipendente o di un alcolista).

<sup>1208</sup> V. C.W. HERGENRÖDER, *op. cit.*, 355, il quale sostiene che una tutela di questo tipo possa fungere da deterrente e consentire di evitare le conseguenze di un processo dagli esiti assai incerti. Secondo tale a. anche la Corte costituzionale avrebbe in qualche misura riconosciuto che una tutela di tipo indennitario ha un'efficacia in via preventiva. BVerfG 27 gennaio 1998, Nr 18, AR Blattei ES 830 con nota di T. DEIETERICH, 1020 Nr. 346.