Quaderni
di Diritto del Lavoro
e delle Relazioni
Industriali

I LICENZIAMENTI INDIVIDUALI

Direzione:
F. Carinci - R. De Luca Tamajo - P. Tosi - T. Treu

UTET

INDICE SOMMARIO

IL TEMA

Elogio della stabilità ..... *p.* 9
di MARIO NAPOLI

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l'instabile equilibrio tra le ragioni dell'impresa e i diritti dei lavoratori..... » 19
di GISELLA DE SIMONE

Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali..... » 37
di STEFANO LIEBMAN

Le limitazioni convenzionali al potere di recesso: il caso dei dirigenti » 65
di ANTONELLO ZOPPOLI

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA

Giusta causa e giustificato motivo soggettivo ..... » 105
di ANDREA MORONE

Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale.. » 131
di STEFANIA BRUN

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie.... » 171
di SILVIA TOZZOLI

Il caso tedesco..... » 195
di WOLFGANG DÄUBLER

Il caso inglese ..... » 233
di PIERA LOI

DOCUMENTAZIONE

Fonti normative ..... » 253

IL CASO TEDESCO *

di WOLFGANG DÄUBLER,
Professore di diritto del lavoro tedesco e comunitario, di diritto civile e di diritto dell'economia nell'Università di Brema.

SOMMARIO: Sez. I. *Il quadro generale.* — I.1. Questioni terminologiche. — I.2. Le fonti giuridiche. — I.3. Gli effetti del licenziamento. — I.3.a. Le conseguenze dirette. — I.3.b. Le conseguenze indirette. — Sez. II. *I presupposti generali di un licenziamento efficace.* — II.1. La forma. — II.2. I termini di preavviso. — II.3. Limiti generali di contenuto. — Sez. III. *I motivi di licenziamento nell'ambito di applicazione della* Kündigungsschutzgesetz. — III.1. Licenziamento per ragioni legate al comportamento manchevole del lavoratore. — III.1.a. La sussistenza di una violazione dei doveri del lavoratore. — III.1.b. Il bilanciamento degli interessi. — III.1.c. Il cosiddetto principio di prognosi (*Prognoseprinzip*). — III.1.d. La priorità del richiamo (*Abmahnung*). — III.1.e. Trasferimento ed altre misure più lievi. — III.1.f. Dettagli del bilanciamento degli interessi. — III.1.g. Il momento decisivo. — III.1.h. Licenziamento straordinario o ordinario? — III.1.i. Il datore di lavoro è vincolato al principio di parità di trattamento? — III.2. Motivi concernenti la persona del lavoratore. — III.2.a Il licenziamento per malattia. — III.2.b. Il bilanciamento degli interessi. — III.2.c. La casistica in tema di licenziamento per malattia. — III.2.d. Altri motivi legati alla persona del lavoratore. — III.2.e. Casi in cui il licenziamento straordinario è solo eccezionalmente ammissibile. — III.3. Motivi connessi all'azienda. — III.3.a. Osservazioni generali. — III.3.b. Possibilità di occupazione alternativa. — III.3.c. Criteri di scelta. — III.3.d. Nuovi principi? — Sez. IV. *Protezione contro i licenziamenti al di fuori della* KSchG. — Sez. V. *Casi particolari di protezione contro i licenziamenti.* — V.1. Membri del consiglio aziendale e soggetti equiparati. — V.2. Disabili gravi. — V.3. Donne in gravidanza e soggetti in congedo parentale. — V.4. Soggetti in formazione professionale. — V.5. Lavoratori non licenziabili. — Sez. VI. *Riflessioni di politica del diritto.* — VI.1. Prima rendere effettivo e poi deregolamentare. — VI.2. Valutazione critica delle più recenti tendenze. — VI.3. Funzione economica della tutela contro i licenziamenti. — VI.4. Dimensione politica della protezione contro i licenziamenti. — VI.5. Tutela contro i licenziamenti illegittimi e *dumping* sociale. — VI.6. Proposte di miglioramento.

Sez. I. *Il quadro generale.*

I.1. Questioni terminologiche.

Tramite il *Kündigung* colui che intende licenziare, ovvero dimettersi, dichiara di voler estinguere il rapporto di lavoro al momento indicato. Questa definizione viene

* La traduzione dal tedesco è di Matteo Borzaga.

consapevolmente considerata assai generale e comprende fenomeni diversi, che in altri ordinamenti giuridici non soltanto hanno una propria specifica denominazione, ma costituiscono anche un istituto a sé stante.

Il *Kündigung* può essere dichiarato sia dal datore di lavoro che dal lavoratore. Non esiste, nell'ordinamento tedesco, una distinzione fra licenziamento del datore di lavoro e recesso del lavoratore, sebbene l'estinzione del rapporto di lavoro voluta dal lavoratore sia sottoposta a regole diverse, per il fatto, in particolare, che essa non deve necessariamente essere supportata alla sussistenza di un particolare motivo.

Diversamente da molti ordinamenti stranieri il diritto tedesco non conosce nemmeno la figura del licenziamento collettivo. Quando molti lavoratori (di solito a causa della cessazione dell'attività di un'impresa) vengono colpiti da un licenziamento, sussiste una sommatoria di licenziamenti individuali. Nel caso in cui nell'arco di 30 giorni si raggiunga un certo numero di licenziamenti, allora si parla di licenziamento di massa (*Massenentlassung*), per il quale vigono alcune regole particolari. In questo caso vengono inclusi nel calcolo anche i contratti di cessazione dell'attività lavorativa imposti dal datore di lavoro e le dimissioni incentivate.

Il diritto tedesco distingue fra licenziamento ordinario e straordinario e recesso ordinario e straordinario. Il licenziamento ed il recesso straordinari presuppongono, a mente del § 626, comma I del *BGB* un «grave motivo» (*wichtiger Grund*), che in considerazione degli interessi di entrambe le parti rende inaccettabile la continuazione del rapporto di lavoro. Tale forma di estinzione è, di regola, in tronco, e tuttavia la parte recedente può, a propria discrezione, accordare un termine di preavviso (*Auslauffrist*). Il licenziamento ordinario intimato dal datore di lavoro presuppone un motivo meno grave; a parte qualche eccezione vanno rispettati, in quest'ultimo caso, i termini di preavviso previsti dalla legge o dal contratto. Nella prassi prevale di gran lunga il licenziamento ordinario; dalle statistiche emerge un rapporto di quattro ad uno. Il recesso ordinario del lavoratore non deve essere supportato da motivi particolari, ma deve rispettare soltanto i termini di preavviso legali o contrattuali.

Nel prosieguo, conformemente all'oggetto di questo saggio, verrà trattato soltanto il tema del licenziamento intimato dal datore di lavoro, nelle forme del licenziamento straordinario ed ordinario. Rimarrà quindi escluso anche il caso in cui, in conseguenza di motivi economici o tecnici, un elevato numero di lavoratori perda il proprio posto di lavoro.

I.2. Le fonti giuridiche.

Poiché manca, in Germania, una codificazione del diritto del lavoro, le disposizioni in materia di licenziamento intimato dal datore di lavoro sono disperse in diverse fonti legislative.

Il *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch*, codice civile) regola la forma della dichiarazione del licenziamento (§ 623), i presupposti del licenziamento straordinario (§ 626), nonché i termini di preavviso che vanno rispettati nel caso di licenziamento ordinario (§ 622). Il codice civile contiene, inoltre, disposizioni su alcune ulteriori questioni, come il diritto alla liberazione dall'obbligo del termine di preavviso al fine di cercare

una nuova occupazione (*Freistellungsanspruch zur Stellensuche*) (§ 629), ovvero il diritto ad ottenere dal datore di lavoro un certificato che attesti lo svolgimento dell'attività lavorativa prima del licenziamento (*Zeugnisanspruch*) (§ 630).

La procedura di informazione del consiglio aziendale prima dell'intimazione dei licenziamenti è regolata dal § 102 della legge sull'ordinamento aziendale (*Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG*).

I motivi a sostegno del licenziamento ordinario si rinvengono nella legge di protezione contro i licenziamenti illegittimi (*Kündigungsschutzgesetz, KSchG*); secondo tali disposizioni si può procedere ad un licenziamento solo per ragioni connesse al comportamento o alla persona del lavoratore, ovvero ad urgenti esigenze aziendali. La *Kündigungsschutzgesetz* trova comunque applicazione solo in aziende nelle quali siano impiegati più di cinque lavoratori; inoltre, il rapporto di lavoro deve avere avuto una durata di almeno sei mesi. Nel caso in cui la *Kündigungsschutzgesetz* non sia applicabile sussiste una protezione minima contro i licenziamenti, estrapolata dalla Costituzione tedesca per opera della giurisprudenza.

Infine esistono, per singoli gruppi di occupati, disposizioni legislative che assicurano una forma particolare di protezione in caso di licenziamento. A mente del combinato disposto dei §§ 103 della *Betriebsverfassungsgesetz* e 15 della *Kündigungsschutzgesetz*, ad esempio, i membri del consiglio aziendale possono essere licenziati soltanto per un grave motivo; inoltre, il consiglio aziendale in quanto tale deve approvare il licenziamento. Il § 9 della legge per la protezione della maternità (*Mutterschutzgesetz*) prevede, per il licenziamento di donne in gravidanza e puerpere, un'autorizzazione statale basata su presupposti molto rigidi. Qualcosa di simile vale durante il cosiddetto congedo parentale. Di un'autorizzazione statale abbisogna altresì il licenziamento di un disabile grave, così come previsto dal § 85 Codice della Sicurezza Sociale, Libro IX (*Sozialgesetzbuch IX*)[1].

I.3. Gli effetti del licenziamento.

I.3.a. *Le conseguenze dirette.*

In Germania un lavoratore licenziato non ha automaticamente diritto ad una liquidazione. Nell'ordinamento tedesco non esiste, cioè, un trattamento di fine rapporto. Nel caso in cui il licenziamento sia contestato per ragioni inerenti alla sua efficacia ed il lavoratore agisca in giudizio, di solito si giunge ad un compromesso innanzi al Tribunale del lavoro, sulla base della quale il lavoratore accetta il licenziamento in cambio del pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento. Altrimenti è previsto, di regola, un risarcimento qualora a causa di una modificazione dell'attività aziendale venga soppresso un gran numero di posti di lavoro e venga per questa

[1] I testi di legge possono essere rinvenuti nella loro versione attuale in libri tascabili, reperibili in libreria, ma anche in internet, all'indirizzo http://www.bma.de. I riferimenti alla Gazzetta Ufficiale Federale non sono riportati per quest'ultima ragione. Ciascuna legge è accompagnata da una introduzione in Kittner 2001a.

ragione concordato un piano sociale (*Sozialplan*) tra datore di lavoro e consiglio aziendale.

Chi, a seguito del licenziamento, si trova disoccupato riceve un'indennità di disoccupazione, ma solo nel caso in cui nel corso degli ultimi tre anni abbia avuto un'occupazione per la durata di un anno almeno. Tale indennità consiste, a mente del § 129 del libro III del codice della sicurezza sociale (*Sozialgesetzbuch, SGB*), nel 60% della retribuzione netta percepita al momento del licenziamento; chi ha almeno un figlio a carico ottiene il 67%. In questo caso va comunque tenuto conto del fatto che non vanno considerate parte della retribuzione pagamenti particolari percepiti durante l'anno né il lavoro straordinario, tanto che di solito l'indennità di disoccupazione raggiunge soltanto il 50% della retribuzione netta realmente percepita dal lavoratore. La durata dell'erogazione dell'indennità di disoccupazione dipende dall'età del soggetto percettore, nonché da quanto a lungo quest'ultimo ha lavorato negli anni precedenti. Il § 127, comma II del libro III del codice della sicurezza sociale, in proposito, contiene una tabella che prevede le prestazioni da erogarsi per periodi compresi tra 6 e 32 mesi.

Qualora il periodo di erogazione dell'indennità si sia concluso ed il soggetto sia ancora disoccupato egli ha diritto ad un altro sussidio di disoccupazione che, a mente del § 195 del libro III del codice della sicurezza sociale, ammonta soltanto al 57% delle entrate retributive nette prese in considerazione. Tale sussidio è privo di termini, ma presuppone la sussistenza dello stato di bisogno, che ad esempio non può considerarsi esistente nel caso in cui il coniuge o il partner del soggetto disoccupato possa contare su di un introito sufficiente.

Chi ha provocato lo scioglimento del rapporto di lavoro comportandosi in modo colpevole subisce, secondo quanto previsto dal § 144 del libro III del codice della sicurezza sociale, un periodo di sospensione (*Sperrzeit*) di dodici settimane. In questo lasso di tempo costui non riceve né l'indennità né il sussidio di disoccupazione. È il caso, in particolare, del lavoratore che, attraverso una colpevole violazione dei propri doveri, abbia causato lo scioglimento del rapporto di lavoro. Anche la stipula di un contratto di cessazione del rapporto di lavoro (*Aufhebungsvertrag*) può avere una tale conseguenza.

I.3.b. *Le conseguenze indirette.*

Chi perde il proprio posto di lavoro paga un prezzo molto più alto rispetto ad altri rapporti contrattuali: la collaborazione con i colleghi è compromessa da un giorno all'altro ed i legami sociali non esistono praticamente più. Molti soggetti colpiti da un licenziamento hanno, del tutto irragionevolmente, l'impressione di aver fallito o di non rispondere più alle esigenze del proprio datore di lavoro. Chi è disoccupato da lungo tempo (specialmente anziani e soggetti poco qualificati) appartiene a quei gruppi che si collocano ai margini (*Randgruppen*) della società, per i quali gli standard e le prospettive di vita sono drasticamente diminuite.

Anche chi trova un nuovo lavoro deve fare i conti con alcuni svantaggi. Di regola questi soggetti non hanno diritti connessi all'anzianità di servizio: in una nuova impresa essi non godono, ad esempio, dei termini di preavviso più favorevoli concessi a soggetti occupati da lungo tempo. In un certo senso è come se costoro ripartissero da

zero. Spesso il lavoratore non può più utilizzare conoscenze e competenze molto utili per il vecchio posto di lavoro; un pezzo di capitale umano va così perduto. Possono essere importanti, in questo senso, anche i costi di transazione, nel caso ad esempio il nuovo posto di lavoro offra possibilità di guadagno peggiori o nel caso in cui vadano, ad esempio, messi in conto tragitti più lunghi per raggiungere il posto di lavoro.

Sez. II. *I presupposti generali di un licenziamento efficace.*

Ciascun licenziamento irrogato dal datore di lavoro deve soddisfare precisi requisiti minimi. Questi debbono sussistere in ogni caso, senza riguardo al fatto che la *Kündigungsschutzgesetz* sia o meno applicabile nel caso concreto (che cioè in azienda siano impiegati più o meno di cinque lavoratori).

II.1. La forma.

Un licenziamento deve anzitutto essere dichiarato per iscritto, così come stabilito dal § 623 del *BGB* nella versione vigente dal 1° maggio 2000. Ciò significa che il datore di lavoro o il suo rappresentante debbono sottoscrivere la lettera di licenziamento. La firma elettronica non è considerata equivalente. La volontà del datore di lavoro di risolvere il rapporto di lavoro deve essere espressa univocamente, senza che tuttavia venga necessariamente utilizzato il termine «licenziamento».

Secondo la giurisprudenza del BAG[2] non sussiste l'obbligo di ascoltare il lavoratore prima dell'irrogazione del licenziamento. Questo principio subisce un'eccezione solo nel caso in cui si licenzi sulla base del sospetto di un comportamento penalmente rilevante[3].

Nel caso esista un consiglio aziendale, questo va sentito prima dell'irrogazione del licenziamento. Esso va informato su tutti gli aspetti determinanti per il licenziamento; secondo il § 102 della *Betriebsverfassungsgesetz* il consiglio aziendale ha diritto ad un termine di riflessione di tre giorni nel caso si tratti di licenziamenti straordinari e di una settimana nel caso di licenziamenti ordinari. Se il datore di lavoro non informa il consiglio aziendale o lo informa in maniera incompleta il licenziamento è inefficace a mente del § 102, I comma, III proposizione della *Betriebsverfassungsgesetz* (per una disamina approfondita di questi aspetti cfr. Däubler, Kittner, Klebe 2000). Tramite una domanda inoltrata al consiglio aziendale il lavoratore interessato può, a sua volta, venire a conoscenza dei motivi per i quali il datore di lavoro ritiene che il rapporto contrattuale debba terminare. Di norma egli ne viene informato in ogni caso, anche senza il bisogno di ricorrere a tale specifico obbligo di legge, attraverso il datore di lavoro.

La dichiarazione di licenziamento non ha bisogno di motivazione alcuna. Da questo

[2] Cfr. BAG (Bundesarbeitsgericht, Tribunale Federale del Lavoro) 23 marzo 1972, in *AP*, Nr. 63 zu *§ 626 BGB*.

[3] Si veda BAG 4 giugno 1964, in *AP*, Nr. 13 zu *§ 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung*.

punto di vista anche l'obbligo di forma scritta di cui al § 623 del *BGB* non ha modificato nulla. Solo in caso di licenziamento straordinario il lavoratore ha diritto, sulla base del § 626, II comma, III proposizione del *BGB*, di pretendere, successivamente, la comunicazione delle ragioni del licenziamento. Se il datore di lavoro non rispetta tale prescrizione ha l'obbligo di risarcire il danno, ma l'efficacia del licenziamento non viene in alcun modo messa in discussione[4].

II.2. I termini di preavviso.

Nel caso di licenziamento ordinario vanno rispettati alcuni termini legali minimi. Fino al 1993 sussistevano, in base ad una lunga tradizione, termini diversi per operai ed impiegati. Secondo l'opinione del Tribunale Costituzionale Federale[5], tuttavia, tale disposizione contrastava con il generale principio di uguaglianza dell'art. 3, comma I della Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) e non poteva per questa ragione essere mantenuta legittimamente in vigore. Il legislatore diede corso, per questo motivo, ad una nuova regolamentazione unitaria. Di conseguenza, in base al § 622 del *BGB*, vale oggi, per tutti i lavoratori, quanto segue:

— Per il datore di lavoro, così come per il lavoratore, viene in considerazione un termine di preavviso base di quattro settimane (28 giorni), fino al 15 ovvero alla fine del mese (§ 622, comma I del *BGB*).

— Nel caso di una maggiore anzianità di servizio si prolunga anche il termine che il datore di lavoro deve rispettare (§ 622, comma II del *BGB*). Con cinque anni di anzianità, ad esempio, il termine è di due mesi, con dieci anni di quattro mesi, mentre con vent'anni si raggiunge il termine più elevato che è di sette mesi. In tutti questi casi il licenziamento può essere irrogato solo alla fine del mese e non al giorno 15. È importante dire che i suddetti periodi di tempo vengono presi in considerazione soltanto dopo che il lavoratore ha compiuto il venticinquesimo anno di età.

— I termini prolungati valgono solo per il licenziamento irrogato dal datore di lavoro e non anche per il recesso del lavoratore. Per quest'ultimo vige soltanto il termine di preavviso base di quattro settimane, fino al 15 o alla fine del mese.

— Durante un periodo di prova stabilito per contratto il rapporto di lavoro può essere sciolto con un termine di preavviso di due settimane, senza dover tenere conto di un particolare termine finale (§ 622, comma III del *BGB*). Il periodo di prova non può in ogni caso superare i sei mesi.

A mente del § 622, comma IV del *BGB* i contratti collettivi possono prevedere termini di preavviso più lunghi ovvero più brevi, nonché altri termini di cessazione del rapporto di lavoro (*Auslauftermine*). Nel momento in cui sussiste un «giusto motivo» i contratti collettivi possono inoltre prevedere una distinzione fra operai ed impiegati[6].

Nel contratto individuale di lavoro i termini che il datore di lavoro deve rispettare possono essere prolungati. È diffusa la prassi di vincolare il lavoratore ad un termine

[4] BAG 17 agosto 1972, in *AP*, Nr. 65 zu *§ 626 BGB*.
[5] Cfr. BVerfG 30 maggio 1990, in *DB*, 1990, 1565.
[6] Così, per il settore edilizio, BAG 2 aprile 1992, in *DB*, 1992, 1935 nonché, per l'industria chimica, BAG 4 marzo 1993, in *DB*, 1993, 1578.

più lungo rispetto a quello base di quattro settimane; secondo la legge questo termine non può comunque oltrepassare quello che deve rispettare il datore di lavoro. Appare tuttavia dubbio che in questo modo sia stato dato corso in modo pieno al diritto fondamentale della libera scelta della professione (cfr. sul punto Zwanziger 2001).

II.3. Limiti generali di contenuto.

A prescindere dal fatto che nel caso specifico la *Kündigungsschutzgesetz* si applichi o meno, il datore di lavoro deve rispettare, in caso di licenziamento, alcuni precisi obblighi elementari (*Anforderungen*).

Il licenziamento non può, a mente del § 134 del *BGB*, violare un precetto legislativo. Ciò significa, in particolare, che esso non può contrastare in modo giuridicamente inammissibile con un diritto fondamentale del lavoratore. Ciò vale, ad esempio, nel caso in cui il licenziamento venga intimato per il fatto che il lavoratore abbia espresso in modo legittimo il proprio pensiero, ovvero per lo svolgimento di un'attività di tipo religioso o sindacale. Il significato pratico di queste regole è tuttavia estremamente limitato, perché il Tribunale Federale del Lavoro (BAG)[7] interpreta tali disposizioni e il divieto di discriminazione contenuto nell'art. 3, comma III della GG in modo molto rigido, escludendo la violazione di quest'ultimo già nel caso in cui il datore di lavoro possa comunque contare su motivi reali di licenziamento. Inoltre è compito del lavoratore provare la violazione perpetrata dal datore di lavoro (ad esempio contro la libertà sindacale).

Più utile per il lavoratore nel caso concreto può essere, da un punto di vista giuridico, fare appello ad uno svantaggio causato dal sesso a mente del § 611a, comma I del *BGB*. Qualora il datore di lavoro voglia licenziare anzitutto le donne, sussiste una cosiddetta discriminazione diretta. Può ritenersi che vi sia una discriminazione, ma indiretta, anche laddove il datore di lavoro non voglia in realtà discriminare le donne, e tuttavia si realizzi un piano di licenziamenti che va oggettivamente a sfavore più delle donne che degli uomini. In questo secondo caso è comunque possibile, per il datore di lavoro, dare una giustificazione fondata su motivi seri e non legati al sesso.

Una particolare importanza ha assunto il cosiddetto «divieto di punizione» (*Maßregelungsverbot*) di cui al § 612a del *BGB*. Secondo tale principio un licenziamento è da considerarsi inefficace qualora sia conseguenza di una «risposta» del datore di lavoro al legittimo esercizio di un diritto da parte del lavoratore[8]. Nel caso in cui il lavoratore si rifiuti ad esempio di accettare una modifica del contratto di lavoro da parte del datore di lavoro, e subisca per questo motivo un licenziamento insieme con una offerta (*Änderungskündigung*), la cui accettazione lo porrebbe in una condizione ancora peggiore, allora sussiste un caso previsto dal § 612a del *BGB*[9]. Il presupposto per l'applicazione di tale norma è che l'esercizio del diritto (e in ciò va ricompreso anche il rifiuto di un'offerta di modifica del contratto) abbia rappresentato un motivo portante

[7] BAG 28 settembre 1972, in *AP*, Nr. 2 zu *§ 134 BGB*.
[8] BAG 2 aprile 1987, in *AiB*, 1988, 93.
[9] LAG (Landesarbeitsgericht, Tribunale Regionale del Lavoro) Hamm 18 dicembre 1987, in *DB*, 1988,

o quanto meno essenziale per il licenziamento; la circostanza che obbiettivamente vi siano stati anche altri motivi di licenziamento rimane senza significato alcuno. Il lavoratore deve dimostrare la sussistenza della «punizione» (*Maßregelung*) nel corso del giudizio, e ciò può avvenire anche, *prima facie*, per il tramite di un principio di prova a suo favore. Un caso del genere potrebbe aversi nel caso in cui, ad esempio, un soggetto X, unico su cinque lavoratori, voglia prendere le ferie residue dell'anno precedente nel mese di febbraio e dopo due giorni da tale richiesta gli venga irrogato il licenziamento, sebbene il datore di lavoro abbia a disposizione forza lavoro sufficiente e non abbia mai dato prova di considerare carente o criticabile l'attività lavorativa del proprio prestatore di lavoro. Ad una simile conclusione è inoltre giunto il Tribunale del lavoro di Monaco di Baviera nel caso di un lavoratore che si rifiutava di sottoscrivere una «dichiarazione contro l'elezione di un consiglio aziendale» redatta dal datore di lavoro[10].

Un licenziamento è nullo anche qualora sia contrario ai buoni costumi a mente del § 138 del *BGB*. Secondo l'opinione del Tribunale Federale del Lavoro ciò avviene quando il licenziamento «contravvenga in modo grossolano al necessario rispetto dei canoni del decoro, in particolare nel caso in cui esso venga intimato per motivi riprovevoli, ad esempio per vendetta o per ritorsione»[11]. Se questo presupposto sussista o meno nel caso concreto, dipende molto dal sistema di valori del giudice decidente; nella prassi questi casi sono molto rari.

Il licenziamento può infine violare il principio di buona fede (*Treu und Glauben*) previsto dal § 242 del *BGB*. Questo avviene, in particolare, quando ne sia violata la forma, ad esempio nel caso in cui un dirigente venga licenziato da un apprendista, il quale abbia ricevuto pieni poteri per compiere quest'atto. Un caso estremo è stato deciso dal Tribunale Regionale del Lavoro di Brema: il lavoratore aveva subito un grave incidente sul lavoro ed aveva ricevuto nello stesso giorno la lettera di licenziamento in ospedale, poco prima di essere operato. Il Tribunale dichiarò il licenziamento inefficace per contrasto con il § 242 del *BGB*, sebbene sussistessero esigenze aziendali oggettivamente urgenti.

Un licenziamento è inoltre inefficace nel caso in cui un datore di lavoro si sia comportato in un modo contraddittorio (*venire contra factum proprium*). È questo ad esempio il caso in cui il datore di lavoro prometta al lavoratore un «posto per la vita» e perciò non richieda nemmeno l'espletamento di un periodo di prova, ma nonostante ciò licenzi il medesimo prestatore di lavoro dopo quattro settimane.

Sez. III. *I motivi di licenziamento nell'ambito di applicazione della* Kündigungsschutzgesetz.

La legge di protezione contro i licenziamenti illegittimi (*Kündigungsschutzgesetz, KSchG*) si applica, a mente dei §§ 1 e 23, I comma, II proposizione della stessa, solo

[10] ArbG (Arbeitsgericht, Tribunale del Lavoro di prima istanza) München 26 maggio 1987, in *DB*, 1987, 2662.

[11] BAG 2 aprile 1987, in *DB*, 1987, 2525.

nel caso in cui il rapporto di lavoro sia durato almeno sei mesi e se in azienda siano impiegati più di cinque lavoratori. I lavoratori *part-time* fino a venti ore settimanali vengono calcolati a metà, quelli fino a trenta ore a tre quarti. Il concetto di piccola azienda deve in ogni caso essere interpretato in senso conforme alla Costituzione, facendo cioè riferimento alla grandezza di tutta l'impresa[12]. Un'organizzazione di distribuzione della ditta Siemens può certamente essere un'organizzazione autonoma, però non interviene il § 23, I comma, II proposizione, interpretato nel modo in cui si è detto. Diversamente si deciderebbe, probabilmente, se nell'azienda fossero occupati solo quattro lavoratori, e in tutta l'impresa sette.

III.1. Licenziamento per ragioni legate al comportamento manchevole del lavoratore.

Nel caso in cui il lavoratore violi i propri doveri, può sussistere, nei casi più estremi, un «grave motivo» nel senso del § 626 del *BGB*, il quale giustifica un licenziamento straordinario. In casi meno gravi viene invece in considerazione un licenziamento ordinario, che a mente del § 1, comma II della *KSchG* può essere fondato su «motivi connessi al comportamento del lavoratore». Entrambe le formule abbisognano di interpretazione. Su questo punto esiste una copiosa giurisprudenza, che in questa sede può essere prospettata soltanto nelle sue linee essenziali.

III.1.a. *La sussistenza di una violazione dei doveri del lavoratore.*

La violazione dei doveri del lavoratore può riguardare l'obbligo di lavorare in quanto tale, ma anche un cosiddetto obbligo collaterale. È necessario che il rapporto di lavoro sia «concretamente interessato» da tale violazione, fatto che nel caso di specie può venire in essere anche in relazione al comportamento tenuto nel tempo libero. Di regola, tuttavia, si scinde fra i doveri inerenti al contratto di lavoro e la sfera della vita privata, anche se come detto sono possibili eccezioni a questo principio, a seconda delle circostanze, per quanto attiene alcune «azioni compiute nel tempo libero» contro il datore di lavoro.

La giurisprudenza distingue quattro «ambiti» (*Bereiche*), nei quali può risiedere la violazione del dovere[13]. Le circostanze che potenzialmente giustificano il licenziamento possono ricadere nell'«ambito della prestazione» (*Leistungsbereich*), ma possono riguardare anche la vita in comune all'interno dell'azienda e l'organizzazione del lavoro («ambito aziendale», *Betriebsbereich*). Può essere colpito, poi, il cosiddetto «ambito della fiducia» (*Vertrauensbereich*), fatto che non si manifesta soltanto nel caso di un comportamento manchevole, ma anche nel caso dell'insorgere di un grave sospetto (forse del tutto immeritato) (cfr. Fischermeier 1998). Infine può essere interessato «l'ambito dell'impresa» (*Unternehmensbereich*). Ciò avviene, ad esempio, nel

[12] BVerfG (Bundesverfassungsgericht, Tribunale Costituzionale Federale) 27 gennaio 1998, in *NZA*, 1998, 470 ss.

[13] BAG 26 maggio 1977, in *DB*, 1977, 2099; BAG 24 settembre 1987, in *AP*, Nr. 19 zu *§ 1 KSchG 1969 Sicherheitsbedenken*; BAG 20 luglio 1989, in *DB*, 1990, 635.

caso di distruzione di impianti aziendali o di rivelazione di segreti aziendali. In dottrina si è sostenuto che in realtà queste distinzioni portano un limitato progresso conoscitivo (cfr. Staudinger, Preis 1998). In tempi recenti lo stesso Tribunale Federale del Lavoro ha ammesso che la differenziazione assume, in realtà, un valore limitato[14]. Al contrario, sussiste il pericolo che attraverso un troppo superficiale riferimento alla categoria dell'«ambito della fiducia» si ammetta l'esistenza di doveri che nella realtà non esistono (cfr. Ascheid, Preis, Schmidt 2000a).

La violazione dei doveri derivanti dal contratto di lavoro deve essere illegale e colpevole. In questo senso un rimprovero di colpevolezza nei confronti del lavoratore è possibile soltanto nel caso in cui costui si sarebbe potuto comportare diversamente, fatto che viene ad esempio negato nel caso di dipendenza da alcolici[15]. Un errore di diritto che non derivi da colpa del lavoratore fa venir meno lo stato soggettivo necessario a giustificare un licenziamento.

III.1.b. *Il bilanciamento degli interessi.*

Il diritto vigente non conosce, né nell'ambito del licenziamento straordinario né nel quadro di quello ordinario, motivi di licenziamento cosiddetti assoluti, la cui sussistenza, cioè, fa scattare automaticamente, in capo al datore di lavoro, il diritto di licenziare[16]. È necessario, piuttosto, un bilanciamento degli interessi del datore di lavoro e del lavoratore, cosicché il licenziamento risulta giustificato solo nel caso in cui prevalga l'interesse del datore di lavoro allo scioglimento del rapporto di lavoro[17]. Il § 626, comma I del *BGB* chiarisce quest'aspetto già nel testo normativo; nel caso di licenziamento ordinario la giurisprudenza si fonda su un generale principio giuridico. In questo senso può parlarsi di un «procedimento in due fasi».

Nella prima fase viene utilizzato una specie di «filtro negativo» (*Negativfilter*), grazie al quale vengono eliminate alcune fattispecie, le quali in nessun caso potrebbero venire in interesse come grave motivo o violazione dei doveri di sufficiente rilevanza per un licenziamento ordinario. Così, chi si presenta con tre minuti di ritardo in azienda non mette in pericolo il proprio posto di lavoro. Non è possibile stabilire con esattezza quale sia il limite al di là del quale possa sorgere un motivo di licenziamento e si debba quindi procedere al bilanciamento degli interessi. Determinanti per stabilire ciò sono l'importanza del dovere violato in relazione all'attività del lavoratore, le conseguenze materiali e immateriali della violazione del dovere, gli usi aziendali ecc.

Più violazioni di doveri, anche se piccole, possono costituire, una volta sommate, una violazione notevole, che può giustificare un licenziamento dovuto a ragioni inerenti al comportamento del lavoratore[18]. Chi arriva in azienda regolarmente in ritardo non può appigliarsi all'esiguità della singola violazione.

[14] BAG 4 giugno 1997, in *AP*, Nr. 137 zu *§ 626 BGB*.
[15] LAG Hamm 15 gennaio 1999, in *NZA*, 1999, 1221.
[16] BAG 15 novembre 1984, in *DB*, 1986, 15.
[17] BAG 22 luglio 1982, in *AP*, Nr. 5 zu *§ 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung*.
[18] LAG Hamm 27 maggio 1992, in *LAGE*, § 1 *KSchG Verhaltensbedingte Kündigung* Nr. 38.

III.1.c. *Il cosiddetto principio di prognosi* (Prognoseprinzip).

Se è vero che la violazione di un dovere insita in un comportamento tenuto una sola volta, ovvero ripetutamente, ha un determinato peso, è anche vero che tale violazione può giustificare un licenziamento solo nel caso in cui si prospetti la possibilità di avere a che fare anche in futuro con paragonabili violazioni del contratto di lavoro[19]. Nel caso in cui non fosse preteso un tale pericolo di recidiva il licenziamento avrebbe un carattere puramente punitivo; misure di questo genere si pongono al di fuori dagli scopi perseguiti dal diritto del lavoro[20].

Nel caso di specie la violazione può essere talmente grave che anche un pericolo di recidiva relativamente limitato può divenire inaccettabile per il datore di lavoro. Chi ad esempio si getta contro il proprio superiore con un coltello[21], non può certo aspettarsi di essere licenziato solo nel caso di una seconda violazione dello stesso tipo. Può anche rimanere nel dubbio se ciò vada giustificato con lo scardinamento del rapporto fiduciario ovvero con il fatto che nel caso di gravi violazioni è sufficiente un pericolo di recidiva minimo (mai da escludersi).

III.1.d. *La priorità del richiamo* (Abmahnung).

Il licenziamento straordinario, come del resto quello ordinario, devono sottostare al principio dell'*ultima ratio*. Il datore di lavoro deve quindi anzitutto richiamare il lavoratore, se ciò può presumibilmente assicurare in futuro il corretto rispetto dei doveri violati. Chi ad esempio si presenta in azienda più volte in ritardo deve in primo luogo essere richiamato: gli deve cioè essere comunicato che il suo comportamento costituisce una violazione dei doveri e che nel caso di reiterazione dovrà fare i conti con un licenziamento. Del resto, nel caso sussista un pericolo di reiterazione, però sia probabile, sulla base dell'esperienza di vita, che il comportamento del lavoratore verrà modificandosi dopo il richiamo, non si può fare ricorso alle maniere forti, irrogando il licenziamento. Il modello da seguire è quello del comportamento di un «datore di lavoro calmo e che sa giudicare in modo assennato»[22]. Si tratta di una figura fittizia, che nella realtà ricalca soltanto il modo in cui il giudice che decide del caso concreto si comporterebbe nella veste di datore di lavoro. Nella prassi il richiamo non è necessario soltanto nel caso in cui il lavoratore sia chiaramente incapace di apprendere, ovvero la violazione sia così notevole che al datore di lavoro un'ulteriore collaborazione appaia non più ragionevole.

III.1.e. *Trasferimento ed altre misure più lievi.*

Il principio dell'*ultima ratio* può altresì imporre di trasferire il lavoratore in un altro posto di lavoro, nel quale violazioni dei doveri contrattuali del tipo di quelle perpetrate non possano ripetersi (cfr. Ascheid 2001). Se ad esempio un dipendente si comporta

[19] BAG 16 agosto 1991, in *DB*, 1992, 1479.
[20] LAG Hamm 27 luglio 1986, in *LAGE*, § 626 *BGB* Nr. 26.
[21] Questo è il caso deciso da LAG Hamm 20 settembre 1995, in *LAGE*, § 626 *BGB* Nr. 89.
[22] BAG 13 marzo 1987, in *AP*, Nr. 18 zu *§ 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung* Nr. 18.

costantemente in modo offensivo nei confronti di un collega può imporsi di trasferirlo in un altro reparto in modo tale da eliminare alla radice il motivo della lite[23]. Nel caso il lavoratore accetti può venire in considerazione anche una prosecuzione del rapporto di lavoro a condizioni peggiori o sulla base di ragionevoli (per entrambe le parti) misure di riqualificazione professionale ovvero di perfezionamento. L'altro posto di lavoro deve essere libero, sebbene possa eventualmente essere preso in considerazione anche uno scambio, qualora tuttavia il collega voglia prendere il posto di lavoro del soggetto potenzialmente da licenziarsi[24].

Nel caso in cui la violazione di un dovere del lavoratore sia connessa ad un privilegio aziendale, è quest'ultimo a dover venire meno piuttosto che si proceda ad un licenziamento[25]. È emblematico, in questo senso, il caso del lavoratore che può autonomamente inserire in una lista i propri orari di entrata ed uscita, mentre altri debbono utilizzare il sistema automatico di controllo del tempo di lavoro. Ebbene, in caso di falsa compilazione della lista, il soggetto interessato dovrebbe essere sottoposto alle regole vigenti per gli altri lavoratori all'interno dell'azienda e non, quindi, essere licenziato.

Qualora il datore di lavoro si sia vincolato in modo tale che un suo ordine di servizio o la prassi aziendale impongano, per specifiche cause di licenziamento, un colloquio chiarificatore, nel caso concreto non possono farsi eccezioni. Se ciò avviene il licenziamento è sproporzionato[26]. Non vi è invece alcun vincolo del genere nel caso in cui il lavoratore sia stato assunto a seguito di un approfondito procedimento di selezione e debba ciononostante essere licenziato per mancanza di sufficiente attitudine professionale[27].

Se la violazione dei doveri del lavoratore inerisce ad una mancanza in termini di prestazione e a seguito di ciò si ha un richiamo, va riservata all'interessato una fase sufficientemente lunga di riqualificazione. Qualora questa non sia assicurata, il licenziamento è, nonostante la prestazione risulti ripetutamente insufficiente, inefficace[28]. Ciò vale in particolare quando sopravvengono esigenze particolari (ad esempio in seguito all'introduzione di un sistema di *management* qualitativo) ed il singolo ha bisogno di tempo per orientarsi nella nuova situazione lavorativa[29].

III.1.f. *Dettagli del bilanciamento degli interessi.*

Nel caso in cui non sia possibile adottare uno strumento più mite del licenziamento, bisogna passare alla seconda fase dell'esame, cioè al bilanciamento degli interessi. In questo caso vanno prese in considerazione tutte le concrete circostanze del caso di specie. A favore del lavoratore depone l'anzianità di servizio. Questa assume un peso particolare quando non vi sia mai stata, fino a quel momento, alcuna violazione nel-

[23] Cfr., ad esempio, BAG 12 luglio 1982, in *BB*, 1983, 834.
[24] È tuttavia di diversa opinione BAG 13 settembre 1973, in *AP*, Nr. 2 zu *§ 1 KSchG 1969*.
[25] LAG Berlin 10 ottobre 1997, in *DB*, 1998, 784.
[26] Così BAG 16 settembre 1999, in *NZA*, 2000, 208.
[27] BAG 1 luglio 1999, in *NZA*, 2000, 437.
[28] Hess. LAG 26 aprile 1999, in *DB*, 1999, 2117.
[29] Hess. LAG 19 luglio 1999, in *AuR*, 2000, 77.

l'ambito del rapporto di lavoro. Un altro importante elemento è la situazione personale del lavoratore: problemi di salute, obblighi alimentari e familiari disabili a carico costituiscono ragioni contrarie al licenziamento. A favore del datore di lavoro si pone la gravità della colpevolezza; è evidente che chi truffa può essere licenziato più facilmente di chi invece ha negligentemente causato un danno. Assume poi importanza il fatto che siano stati o meno causati dei danni effettivi all'interno dell'azienda. Nel caso in cui non vi sia stato cioè alcuno svantaggio per il datore di lavoro si ha un importante elemento che depone contro il licenziamento. La preoccupazione di evitare la diffusione di cattivi costumi ha un ruolo solo nel quadro del pericolo di recidiva.

III.1.g. *Il momento decisivo.*

Le azioni che giustificano il licenziamento debbono sussistere al momento dell'irrogazione dello stesso, cioè quando si dà corso alla comunicazione scritta. Che esse siano note al datore di lavoro non ha alcuna importanza. Se quest'ultimo ne ha notizia successivamente, egli ne può comunque tenere conto, ma deve, prima di farlo, sentire il consiglio aziendale. Azioni che vengono ad esistenza solo dopo l'irrogazione del licenziamento, invece, non possono più essere prese in considerazione. In tal caso può soltanto procedersi ad un nuovo licenziamento. Ciò vale anche per quelle circostanze che potrebbero deporre a favore del datore di lavoro nel quadro del bilanciamento degli interessi. Solo eccezionalmente avvenimenti successivi al licenziamento possono essere presi in considerazione, come ad esempio nel caso in cui tramite questi venga reso possibile un migliore apprezzamento delle circostanze che hanno portato al licenziamento stesso[30].

In caso di licenziamento straordinario vi è una particolarità: tale forma di dissoluzione, a mente del § 626, comma II del *BGB*, è ammissibile solo entro due settimane dal momento in cui il datore di lavoro è venuto a conoscenza delle circostanze di fatto che stanno alla base del provvedimento.

III.1.h. *Licenziamento straordinario o ordinario?*

Se una violazione contrattuale giustifichi, nel caso di specie, un licenziamento ordinario o straordinario, dipende dalle circostanze. In casi dubbi è il licenziamento ordinario ad avere la priorità. Il ricorso al mezzo più forte del licenziamento straordinario è ammissibile solo nel caso in cui non sia più possibile attendersi, nel corso del periodo di preavviso, una proficua collaborazione. Se ad esempio il lavoratore si rifiuta illegittimamente di prestare il lavoro straordinario stabilito contrattualmente, allora ciò può giustificare un licenziamento ordinario, ma non certo straordinario[31]. Diversa è la questione nel caso in cui egli si assenti dal lavoro un giorno alla settimana.

[30] BAG 13 ottobre 1977, in *AP*, Nr. 1 zu *§ 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung*.
[31] LAG Köln 27 aprile 1999, in *NZA*, 2000, 39.

III.1.i. *Il datore di lavoro è vincolato al principio di parità di trattamento?*

La possibilità di estendere il principio di parità di trattamento al licenziamento viene giudicata in modi diversi. Il Tribunale Federale del Lavoro la nega[32], mentre in dottrina sta diffondendosi l'opinione contraria (cfr. Däubler 1998a; Richardi 2000; Schaub 2000). In pratica la questione può porsi poiché, ai fini decisori, debbono essere tenuti in considerazione trattamenti discriminatori nell'ambito della composizione degli interessi a favore del lavoratore. Nel caso in cui, ad esempio, più lavoratori abbiano perpetrato una truffa dello stesso genere e tuttavia il datore di lavoro voglia licenziare solo il membro del consiglio aziendale che vi ha partecipato, ciò è inammissibile già solo per il fatto che in un caso del genere sussiste una presunzione di un pregiudizio inammissibile a mente del § 78, II preposizione della *BetrVG*[33]. Nel caso di «licenziamento selettivo» (*herausgreifende Kündigung*), ad esempio nel quadro di un illegittimo sciopero, il datore di lavoro dovrebbe fornire motivi convincenti per i quali egli vuole licenziare proprio quelle determinate persone, mentre non gli pare irragionevole la prosecuzione dei rapporti di lavoro con i restanti dipendenti. Infine, la composizione degli interessi conduce, di regola, all'inammissibilità del licenziamento straordinario nel caso in cui il datore di lavoro in passato aveva tollerato il comportamento del lavoratore in casi analoghi, ovvero aveva reagito soltanto con un richiamo; in questo senso ha fatto una sorta di autovincolo (*Selbstbindung*).

III.2. Motivi concernenti la persona del lavoratore.

Il licenziamento può poi essere giustificato se il lavoratore non è più in grado di portare a termine le prestazioni lavorative assunte per motivi che ineriscono alla sua persona. Il caso principale è dato da incapacità lavorativa dovuta a malattia, ma vengono in considerazione anche altri motivi come la perdita della patente di guida nel caso il lavoratore abbia mansioni di autista, una diminuzione della capacità lavorativa, ovvero ancora il raggiungimento dei limiti di età. Un comportamento manchevole non può mai rappresentare un motivo concernente la persona del lavoratore. Di regola in questi casi si procede ad un licenziamento ordinario; per questa ragione vanno anzitutto spiegati i presupposti di tale tipo di licenziamento.

III.2.a. *Il licenziamento per malattia.*

Il diritto vigente non contiene alcuna espressione dalla quale possa evincersi direttamente la possibilità di licenziare per malattia. La disposizione di cui al § 8, comma I della *Entgeltfortzahlungsgesetz* (*EFZG*) stabilisce espressamente che il diritto del lavoratore al mantenimento della retribuzione non viene compromesso dal fatto che il datore di lavoro licenzi a causa di malattia. Così viene tacitamente presupposto che lo stato di malattia possa condurre ad un licenziamento. Limitare ciò ai casi in cui la

[32] BAG 22 febbraio 1979, in *EzA*, § 103 *BetrVG* 1972 Nr. 23.
[33] BAG 22 febbraio 1979, in *EzA*, § 103 *BetrVG* 1972 Nr. 23.

KSchG non trova applicazione (Stein 1985) significherebbe assicurare al lavoratore malato una protezione base, che invece non può essere presa nemmeno lontanamente in considerazione in altri casi di licenziamento per motivi inerenti alla persona. Una tesi del genere potrebbe essere accolta soltanto nel caso in cui la *KSchG* stessa offrisse degli appigli in tal senso, affermasse cioè che una malattia va considerata un caso particolare e non va annoverata tra i «motivi inerenti alla persona del lavoratore». Ebbene, questo non è sicuramente il caso.

Secondo la giurisprudenza vanno pretese «esigenze rigorose»[34] per la giustificatezza sociale di un licenziamento dovuto a malattia, soprattutto perché il lavoratore con uno stato di salute precario troverà solo difficilmente un nuovo posto di lavoro.

Non pone problemi, anzitutto, l'osservazione secondo la quale anche in questo caso vale il principio dell'*ultima ratio*. Prima di poter licenziare, il datore di lavoro deve cercare di spostare il lavoratore ad un altro posto di lavoro, nel quale nonostante la malattia possa essere prestato un lavoro sensato[35]. Inoltre egli deve eventualmente rendere possibile la riqualificazione, nel caso in cui al termine di tale misura si liberi un posto di lavoro nel quale l'interessato può continuare a lavorare[36].

Qualora questa strategia di sostituzione debba essere esclusa bisogna chiedersi se la malattia in futuro proseguirà ovvero si ripeterà (cosiddetta prognosi negativa, «*negative Zukunftsprognose*») e se essa possa provocare problemi all'azienda. Se entrambi tali presupposti vengono accertati si deve procedere ad un bilanciamento degli interessi proprio come nel caso di un licenziamento dovuto al comportamento del lavoratore. In particolare va osservato quanto segue:

1) Malattie lunghe o che si ripetono spesso possono giustificare un licenziamento solo laddove esse sussistano già da molto tempo e sia presumibile che continuino anche in futuro. Se un lavoratore al momento del licenziamento si è del tutto rimesso in salute, si tratta in ogni caso di licenziamento socialmente ingiustificato, poiché si porrebbe come una sorta di punizione per le assenze del passato[37]. Ai fini della decisione va quindi valutato se sussiste o meno una prognosi negativa rispetto allo sviluppo futuro della salute del lavoratore.

Nel caso di malattie di durata si può avere un licenziamento qualora non ne sia prevedibile la fine[38]. Non è chiaro a dire il vero quando questo avvenga. Può senza dubbio parlarsi di una fine non prevedibile qualora il lavoratore sia ancora ammalato dopo un periodo di sei mesi. Per periodi più brevi vanno fatte, in generale, prognosi in qualche modo attendibili e quindi la presupposta insicurezza del giudizio non sussiste. Inoltre si può pretendere, di regola, che il datore di lavoro trovi un lavoratore che sostituisca quello ammalato per meno di sei mesi, in quanto costui non sarebbe poi soggetto all'applicazione della *KSchG*. Il Tribunale Federale del Lavoro non afferma,

[34] BAG 19 agosto 1976, in *AP*, Nr. 2 zu *§ 1 KSchG 1969 Krankheit*.
[35] BAG 9 dicembre 1954, in *AP*, Nr. 1 zu *§ 123 GewO*; BAG 29 gennaio 1997, in *DB*, 1997, 1039.
[36] BAG 7 febbraio 1991 in *DB*, 1991, 1730.
[37] Rifiuta il carattere sanzionatorio del licenziamento anche BAG 23 giugno 1983, in *DB*, 1983, 2525.
[38] BAG 25 novembre 1982, in *DB*, 1983, 1047.

su questo punto, principi generali, soffermandosi piuttosto sul singolo caso[39]. La questione di quanto a lungo il lavoratore sarà presumibilmente inabile al lavoro va chiarito, nel corso della controversia, tramite una perizia medica. Non esiste una massima empirica sulla base della quale può concludersi per uno stato di salute negativo anche in futuro prendendo le mosse dalla pregressa incapacità lavorativa del soggetto interessato[40]. Al datore di lavoro può in particolare imporsi di attendere il risultato di una cura o di un'operazione chirurgica.

Difficoltà molto maggiori di una malattia di lunga durata presenta nella prassi il caso di assenze ripetute nel tempo. Per il datore di lavoro è particolarmente «fastidioso» se il lavoratore si allontana dal posto di lavoro dieci volte all'anno a causa di una malattia temporanea. I criteri non sono, in questo caso, fondamentalmente diversi da quelli previsti in caso di licenziamento dovuto ad una malattia prolungata[41]. Anche in tale frangente il Tribunale Federale del Lavoro si sofferma sul caso concreto e non accoglie una prognosi negativa per il solo fatto che in passato vi sia stato un numero notevole di assenze. Una quota anche del 40% non è sufficiente a provare necessariamente che in futuro si dovrà fare i conti con un simile numero di assenze[42]. Se il lavoratore afferma di essere nuovamente in grado di lavorare in un tempo prevedibile e libera il proprio medico dall'obbligo di silenzio sulle sue condizioni fisiche, è il datore di lavoro a dover fornire la prova di prevedibili assenze future[43]. Ciò sarà più facilmente possibile in caso di un male unico (il lavoratore ha i reumatismi) che in caso di malattie che derivano da diverse cause.

2) Un licenziamento per malattia presuppone poi, secondo la giurisprudenza del Tribunale Federale del Lavoro, che l'assenza del lavoratore porti con sé «oneri aziendali ed economici inaccettabili». Non tutti i pregiudizi aziendali sono pertanto ritenuti sufficienti ad integrare la fattispecie; un «datore di lavoro giudizioso» deve prendere in considerazione la «disgrazia» che ha colpito il lavoratore ed è insita nella malattia[44]. La decisione dipende di regola da quali provvedimenti possono essere pretesi dal datore di lavoro per superare il problema, ovvero per evitarlo; si può porre altresì la questione se l'onere dovuto ai costi sostenuti per il mantenimento della retribuzione assuma proporzioni inaccettabili[45].

Il Tribunale Federale del Lavoro si astiene, anche in questo frangente, dal formulare criteri generali o schematici e si sofferma decisamente sulle circostanze del singolo caso[46]. Il datore di lavoro deve anzitutto addurre, ed eventualmente provare, quali problemi per l'azienda ci si debba attendere, come ad esempio la diminuzione della

[39] BAG 25 novembre 1982, in *DB*, 1983, 1047.
[40] Così espressamente BAG 25 novembre 1982, in *DB*, 1983, 1048.
[41] BAG 23 giugno 1983, in *DB*, 1983, 2524.
[42] Così BAG 2 novembre 1983, in *BB*, 1984, 1165 e 1166.
[43] BAG 23 giugno 1983, in *DB*, 1983, 2524.
[44] BAG 25 novembre 1982, in *DB*, 1983, 1048.
[45] Secondo la *EFZG* il datore di lavoro deve continuare a pagare la retribuzione, in caso di malattia, per una durata massima di sei settimane. Questo massimo vale solo per la singola malattia; se il lavoratore è colpito da più malattie il datore di lavoro può essere tenuto a continuare a pagare la retribuzione due o tre volte all'anno.
[46] BAG 25 novembre 1982, in *DB*, 1983, 1047 e BAG 23 giugno 1983, in *DB*, 1983, 2524.

produzione o la mancanza di forza lavoro da poter utilizzare per brevi periodi[47]. Egli deve dimostrare inoltre per quale ragione esclude ad esempio l'impiego di un sostituto[48], il temporaneo spostamento di colleghi, la previsione di ore di straordinario, ovvero il ricorso al lavoro interinale. Affermazioni generali non sono in questo senso sufficienti; nel caso concreto si può pretendere che un datore di lavoro, in particolare se assai grande, tenga a disposizione una riserva di personale per assenze dovute a malattia.

Più ricco di prospettive per il datore di lavoro è, soprattutto, un riferimento ai costi irragionevolmente alti per il mantenimento della retribuzione. Anche in questo senso si tratta comunque di una «fattispecie eccezionale» (*Ausnahmetatbestand*)[49], che certo non viene in interesse se il periodo di sei settimane accordato dalla *Entgeltfortzahlungsgesetz* (*EFZG*) viene richiesto una volta all'anno[50]. Secondo la giurisprudenza, la misura della ragionevolezza si determina in particolare tenendo conto dell'età del lavoratore, dell'anzianità di servizio e dell'andamento del rapporto di lavoro fino a quel momento[51].

Se le assenze sono aumentate progressivamente dall'inizio del rapporto di lavoro ed il limite di sei settimane della *EFZG* è stato superato per più del doppio, a causa di tre diverse malattie croniche, un licenziamento risulta socialmente giustificato; qualcosa di diverso accadrebbe ad esempio nel caso di un lavoratore che abbia lavorato per 20 anni senza dar luogo a critiche di qualche importanza ed in questa situazione si sia poi ammalato gravemente. In dottrina si è obiettato giustamente che il ricorso ad una legge di tutela non potrebbe portare alla perdita del posto di lavoro (cfr. Ascheid 1993a; Stahlhacke, Preis, Vossen 2000; Stein 1985, p. 605), ma il Tribunale Federale del Lavoro non ha dimostrato alcuna tendenza a tener conto di ciò[52]. Una soluzione di compromesso potrebbe andare nella direzione per cui non ci si dovrebbe soffermare tanto sulla violazione della relazione fra prestazione e controprestazione nel singolo rapporto di lavoro, quanto piuttosto sulla questione se l'onere per l'impresa sia in sé sopportabile. Poiché con il bilanciamento degli interessi viene presa in considerazione, anche dal lato del lavoratore, la situazione generale dell'interessato, come ad esempio la sussistenza di obblighi alimentari, l'esistenza di membri della famiglia bisognosi di cure ecc., dovrebbe procedersi allo stesso modo anche dal lato del datore di lavoro (in merito cfr. anche Ascheid 1993b).

III.2.b. *Il bilanciamento degli interessi.*

Il bilanciamento degli interessi deve prendere le mosse, secondo la giurisprudenza, dal «punto di vista di un datore di lavoro che ragioni in termini socialmente ragionevoli»[53], una formula che nel frattempo è stata sostituita dal «datore di lavoro calmo e che

[47] Riassuntivamente BAG 2 novembre 1983, in *BB*, 1984, 1165.
[48] Su questo punto, in particolare, LAG Köln 27 settembre1988, in *AiB*, 1989, 57.
[49] BAG 15 febbraio 1984, in *BB*, 1984, 1429 Leitsatz 1.
[50] Così anche BAG 16 febbraio 1989, in *DB*, 1989, 2075.
[51] BAG 12 aprile 1984, in *DB*, 1985, 873.
[52] BAG 16 febbraio 1989, in *DB*, 1989, 2075.
[53] BAG 19 agosto 1976, in *AP*, Nr. 2 zu *§ 1 KSchG 1969 Krankheit.*

giudica in modo ragionevole»[54]. La concretizzazione di tale criterio avveniva in passato tramite l'ulteriore formula secondo cui il «significato economico del rapporto di lavoro» non può essere svuotato del suo valore[55], cosa che viene facilmente intesa come prevalenza dell'interesse al profitto. Nel frattempo è stato chiarito che il limite può considerarsi raggiunto, anzitutto, nel caso di oneri economicamente «irragionevoli»[56].

Il modo di procedere del Tribunale Federale del Lavoro in tema di presupposti del licenziamento, orientato al caso concreto, ha sottratto al bilanciamento degli interessi una gran parte del suo campo di applicazione. Se ciò è evidente, si tratta di risolvere il problema di come vadano prese in considerazione le particolarità del caso concreto, le quali non rilevano in relazione agli altri elementi da interpretare.

In favore del lavoratore può deporre, in caso di appartenenza all'azienda piuttosto breve, l'età anagrafica; anche se determinate obbligazioni di mantenimento della retribuzione fossero «in sé» irragionevoli, deve prevedersi un'eccezione in favore di un soggetto di cinquantacinque anni con un coniuge bisognoso di cure. Possono avere un ruolo anche altre obbligazioni alimentari, così come oneri finanziari, che sono stati contratti in considerazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro. Inoltre, l'interesse del datore di lavoro deve venire meno nel caso in cui il lavoratore è stato assente molte volte, ma nei periodi di lavoro le ore di straordinario prestate hanno quantitativamente compensato tali assenze[57]. Se la malattia o la salute cagionevole del lavoratore era nota al datore di lavoro già al momento dell'assunzione egli deve accettare in ogni caso assenze di una certa durata. Va tenuto in ogni caso in considerazione che il datore di lavoro non perde il proprio diritto di licenziare per il fatto di accettare, senza opporsi, periodi di malattia piuttosto lunghi.

III.2.c. *La casistica in tema di licenziamento per malattia.*

Qualora si tratti di una malattia derivante dalla prestazione lavorativa il diritto di licenziare in capo al datore di lavoro è particolarmente incerto e discutibile. Il Tribunale Federale del Lavoro si è espresso in maniera assolutamente non vincolante ed ha ad esempio sottolineato che il datore di lavoro, in casi del genere, deve attendere più a lungo prima di licenziare, deve cioè accettare un numero di assenze più elevato[58]. Più di recente esso ha sottolineato che la totale o parziale dipendenza della malattia dall'attività lavorativa deve essere tenuta in considerazione nel procedere al bilanciamento degli interessi[59]. In dottrina sta prendendo piede la ricostruzione secondo la quale, in caso di infortuni sul lavoro, un licenziamento viene in considerazione solo se sussista un pericolo per l'esistenza del datore di lavoro. Sempre alla luce di tale opinione dottrinale, in caso di malattie dipendenti dall'attività lavorativa si assume un diritto del lavoratore al risarcimento (*Aufopferungsanspruch*) (Däubler 1998b).

[54] BAG 25 novembre 1982, in *DB*, 1983, 1048.
[55] BAG 12 ottobre 1976, in *AP*, Nr. 3 zu *§ 1 KSchG 1969 Krankheit*.
[56] Per quanto concerne l'onere imposto dall'obbligo di continuare a pagare la retribuzione cfr. BAG 12 marzo 1984, in *DB*, 1985, 873.
[57] ArbG Offenbach 13 settembre 1994, in *AiB*, 1995, 802.
[58] BAG 5 dicembre 1963, in *DB*, 1963, 1720.
[59] BAG 5 luglio 1990, in *DB*, 1990, 2274.

La dipendenza da alcolici è qualificata come malattia. Un licenziamento connesso al comportamento del lavoratore è quindi da escludersi[60]. Un'eccezione si ha solo nel caso in cui lo stato di dipendenza non sia stato ancora raggiunto (ovvero sia stato superato) e quindi il singolo avrebbe potuto controllare consapevolmente il proprio comportamento. In questo caso sussiste ovviamente un comportamento riprovevole se il lavoratore viola i propri doveri contrattuali sotto l'influenza dell'alcol.

Anche nel caso di malattia derivante da dipendenza da alcol va utilizzato il principio di prognosi. Questa è negativa se il lavoratore rifiuta una cura disintossicante[61]. Se invece egli è pronto a farsene carico può comunque essere licenziato se essa è stata interrotta o se l'interessato, nel giro di poche settimane, abbia avuto una ricaduta. Per il resto non emerge nessun'altra particolarità rispetto ad altre malattie. Lo stesso vale nel caso di dipendenza da stupefacenti o da farmaci pesanti, nel momento in cui essi hanno effetti chiaramente negativi sulla prestazione lavorativa.

III.2.d. *Altri motivi legati alla persona del lavoratore.*

Un licenziamento può poi venire in interesse nel caso in cui il lavoratore non sia incapace di prestare la propria attività lavorativa, ma a causa di una malattia o dell'avanzare dell'età riesca a svolgere una prestazione più scarsa rispetto a quella richiesta per il suo posto di lavoro. In questo caso vengono richiamati gli stessi principi validi in caso di inabilità al lavoro. Si pretende una notevole differenza tra la prestazione prevista e quella effettivamente svolta, la quale costituisca un inaccettabile onere per l'azienda; inoltre il bilanciamento degli interessi deve terminare a sfavore del lavoratore (cfr. Etzel 1998).

Se la diminuita prestazione era connessa con l'età, essa va di regola accettata. Se invece tale perdita della capacità lavorativa si fonda su altri motivi, come ad esempio una condotta di vita sregolata, è necessario un precedente ammonimento del lavoratore. Ciò gli dà la possibilità di calibrare la propria prestazione in relazione alle richieste del datore di lavoro[62].

Un licenziamento connesso alla persona del lavoratore è poi possibile se il lavoratore stesso perde la qualificazione formale necessaria per la sua attività lavorativa. Il più importante caso di applicazione è il ritiro della patente per autisti di professione. Se le pretese del datore di lavoro aumentano, se ad esempio si pretende per l'attività prestata fino a quel momento da un artigiano la conclusione di una scuola professionale, ciò non ha conseguenze se è solo il datore di lavoro ad esprimere un simile desiderio. Se questa pretesa viene invece da un'autorità statale che fa pressione con la minaccia del ritiro dell'autorizzazione aziendale, la situazione è diversa; al lavoratore va concessa, nell'ambito del possibile e del ragionevole, una formazione ulteriore.

In ambiti particolarmente sensibili ai problemi della sicurezza l'idoneità del lavoratore manca, secondo la giurisprudenza, anche nel caso in cui sussistano contro la sua

[60] BAG 9 aprile 1987, in *DB*, 1987, 2156.
[61] BAG 9 aprile 1987, in *DB*, 1987, 2156.
[62] BAG 29 luglio 1976, in *DB*, 1976, 2356.

persona dei dubbi di sicurezza. Il Tribunale Federale del Lavoro ha comunque giustamente preteso che questi dubbi poggino su circostanze di fatto di cui sia possibile fornire prove[63]. Così non sarebbe sufficiente come motivo di licenziamento la semplice convivenza con la sorella di una terrorista in prigione[64]. Tutto un altro discorso varrebbe invece in caso di parentela diretta.

La prestazione lavorativa diventa impossibile se un lavoratore straniero adempie i propri obblighi militari. Se questi superano i due mesi, un licenziamento legato alla persona del lavoratore risulta giustificato nel caso in cui non possa addivenirsi ad una sostituzione con una spesa ragionevole[65]. Anche il fatto di essere in carcerazione preventiva o di scontare una pena definitiva rappresenta un motivo di licenziamento legato alla persona del lavoratore (e non al suo comportamento)[66], fintantoché, tuttavia, il reato che sta alla base della pena non costituisca allo stesso tempo una violazione degli obblighi contrattuali. Per lo stesso motivo la semplice condanna ad una pena detentiva non autorizza di per sé al licenziamento, tanto più che spesso sussiste la possibilità di portare avanti il rapporto di lavoro, immediatamente o dopo qualche tempo, nel quadro di un provvedimento di semilibertà.

Infine, non sussiste nella persona del lavoratore alcun motivo che giustifica il licenziamento se il lavoratore stesso raggiunge il sessantacinquesimo anno di età[67]. I limiti di età imposti dalla contrattazione collettiva o dagli accordi aziendali sono infatti assai discussi sotto il profilo della legittimità costituzionale e, comunque, gli accordi stipulati con il contratto di lavoro che permettono al singolo la prosecuzione dell'attività oltre i limiti di età stabiliti dal contratto collettivo, rimangono intatti. In casi del genere il lavoratore ha, per un certo tempo, la possibilità di scegliere tra continuare a lavorare e andare in pensione, il che è in ogni caso più favorevole[68].

III.2.e. *Casi in cui il licenziamento straordinario è solo eccezionalmente ammissibile.*

La malattia può costituire un motivo di licenziamento straordinario laddove il licenziamento ordinario sia escluso dal contratto collettivo. Di questo caso particolare si parlerà più diffusamente oltre[69]. Gravi reati che tuttavia non riguardano alcun dovere derivante dal rapporto di lavoro possono eccezionalmente giustificare un licenziamento straordinario connesso alla persona del lavoratore. Ciò vale, tuttavia, soltanto in casi estremi. Così ad esempio può essere inaccettabile continuare a collaborare con qualcuno che ha ucciso un'altra persona.

Una grande importanza pratica ha il cosiddetto licenziamento per sospetto, che viene accettato dalla costante giurisprudenza del Tribunale Federale del Lavoro[70]. Tale forma di licenziamento si giustifica sulla base del fatto che la collaborazione con un

[63] BAG 27 settembre 1960, in *AP*, Nr. 1 zu *§ 1 KSchG Sicherheitsbedenken*.
[64] BAG 26 ottobre 1978, in *DB*, 1979, 895.
[65] BAG 20 maggio 1988, in *DB*, 1989, 985.
[66] BAG 22 settembre 1994, in *DB*, 1995, 1716.
[67] BAG 28 settembre 1961, in *AP*, Nr. 1 zu *§ 1 KSchG Personenbedingte Kündigung*.
[68] BAG GS (Sezioni Unite) 7 novembre 1989, in *DB*, 1989, 2336.
[69] *Infra* V. 5.
[70] Si veda ad esempio BAG 14 settembre 1994, in *AP*, Nr. 24 zu *§ 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen*.

«sospetto» pone in essere un onere insopportabile per il rapporto di lavoro e che, di conseguenza, la relazione fiduciaria tra datore di lavoro e lavoratore risulta compromessa in modo rilevante (in proposito cfr. Belling, 1996, p. 223 e ss.). Se questa è la base di partenza (anche se vi è in dottrina un'opinione minoritaria contraria) (indicazioni in Kittner, Däubler, Zwanziger 2001), debbono, poi, sussistere determinati presupposti di contenuto e procedimento.

— Il sospetto deve riguardare un reato o un'altra violazione, che debbono come al solito essere descritti come «gravi».

— Il sospetto deve essere «attuale», il reato deve cioè sussistere con «grande probabilità». Il sospetto non può appoggiarsi ad ipotesi soggettive, ma deve avere alla base dei fatti oggettivi[71].

— Il datore di lavoro deve aver intrapreso tutti gli sforzi per chiarire quanto avvenuto[72]. Deve, in particolare, aver sentito il lavoratore. Il colloquio deve avvenire a condizioni ragionevoli, e deve in particolare permettere al lavoratore di toccare tutti gli aspetti che a lui paiono importanti; una telefonata fatta in presenza di clienti non è in questo senso sufficiente[73]. L'aver sentito il sospetto costituisce un presupposto di efficacia del licenziamento[74]. Se durante il processo per il licenziamento emerge la mancanza di colpevolezza in capo al lavoratore, ovvero non sussiste più alcun sospetto attuale, allora il lavoratore ha diritto ad essere riassunto[75].

III.3. Motivi connessi all'azienda.

III.3.a. *Osservazioni generali.*

Nella pratica è altresì ipotizzabile una situazione per la quale il posto di lavoro di un determinato lavoratore debba essere soppresso per ragioni organizzative od economiche. Di regola non sarà interessato un solo lavoratore, cosicché si è di fronte ad una fattispecie che altrove viene qualificata come licenziamento collettivo. Nel presente contesto verrà analizzato soltanto il licenziamento individuale. In questo caso si tratta, di norma, esclusivamente di licenziamento ordinario[76].

«Urgenti necessità aziendali» che si oppongono alla prosecuzione del rapporto di lavoro di un determinato prestatore di lavoro sono da considerarsi sussistenti nel momento in cui non vi è più alcun bisogno di quella attività, qualora cioè il posto di lavoro che egli ha ricoperto fino a quel momento sia stato soppresso. In questo caso è sufficiente che la mancanza di lavoro inizi, presumibilmente, alla fine del termine di preavviso[77]. Semplici timori del datore di lavoro non sono, in questo senso, sufficienti.

[71] BAG 14 settembre 1994, in *AP*, Nr. 24 zu *§ 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen*.
[72] BAG 13 settembre 1995, in *AP*, Nr. 25 zu *§ 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen*.
[73] LAG Köln 15 aprile 1997, in *NZA*, 1998, 203.
[74] BAG 13 settembre 1995, in *AP*, Nr. 25 zu *§ 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen*.
[75] BAG 20 agosto 1997, in *NZA*, 1997, 1340.
[76] Per quanto concerne l'eccezione del lavoratore illicenziabile si veda *infra* V.5.
[77] BAG 27 settembre 1984, in *DB*, 1985, 1399.

La diminuzione degli ordini deve essere determinabile al momento del licenziamento, e un provvedimento di razionalizzazione deve aver assunto forme tangibili.

Il datore di lavoro è libero, secondo la costante giurisprudenza del Tribunale Federale del Lavoro, di determinare, tramite una cosiddetta decisione imprenditoriale, il presupposto per le urgenti necessità aziendali. Egli può decidere, ad esempio, che determinati compiti debbano essere svolti non più dal lavoratore X, bensì da una ditta esterna. Inoltre, egli ha anche il diritto di determinare l'organico dei propri dipendenti, cioè di decidere da sé con quanti collaboratori debbano essere svolti i compiti aziendali[78]. Anche una riorganizzazione aziendale sulla base della quale debbano prestare la propria attività non più lavoratori subordinati, ma soltanto liberi collaboratori (parasubordinati) viene annoverata fra le «decisioni imprenditoriali»[79]. Un controllo giudiziale può aver luogo solo con riguardo al fatto che tali decisioni siano illegali, assolutamente non oggettive, ovvero arbitrarie[80]. Poiché è il lavoratore che deve provare, ad esempio, i presupposti dell'arbitrarietà, sussiste solo in casi assolutamente eccezionali una possibilità di fornire la prova contraria rispetto alla sussistenza di necessità aziendali urgenti[81].

III.3.b. *Possibilità di occupazione alternativa.*

Nel caso in cui sussistano le «necessità aziendali urgenti» nel senso ora detto, va a questo punto discusso delle «strategie di ripiego». Se in azienda o nell'impresa si libera un posto di lavoro simile, il lavoratore va spostato su quel posto; un licenziamento non costituirebbe, in presenza di tali presupposti, un'*ultima ratio* e si porrebbe per questa ragione come illegittimo. Inoltre, va valutato sulla base del § 1, comma II, III preposizione della *KSchG* se il lavoratore possa essere ancora impiegato dopo un ragionevole provvedimento di riqualificazione. In ogni caso il lavoratore non ha alcun diritto ad essere formato per un posto di lavoro caratterizzato da mansioni superiori a quelle da lui svolte[82]. Non è poi chiaro in quale misura possano essere pretese dal datore di lavoro misure di riqualificazione. La giurisprudenza in proposito è scarsa, la sentenza più importante è del Tribunale Federale del Lavoro e riguarda un pilota della *Lufthansa* che doveva essere riqualificato in modo tale da poter guidare un altro tipo di aereo[83].

Se l'altro posto di lavoro è caratterizzato da mansioni inferiori rispetto a quello che fino a quel momento il lavoratore aveva ricoperto e, tuttavia, il lavoratore stesso è disposto ad accettare le peggiori condizioni di lavoro, allora deve essere spostato su

[78] BAG 17 giugno 1999, in *DB*, 1999, 1910.
[79] BAG 9 maggio 1996, in *NZA*, 1996, 1145.
[80] Giurisprudenza costante; così, da ultimo, BAG 17 giugno 1999, in *DB*, 1999, 1909; BAG 17 giugno 1999, in *DB*, 1999, 1910.
[81] Per un caso del genere cfr. ArbG Berlin 17 febbraio 2000, in *AuR*, 2001, 72.
[82] BAG 29 marzo 1990, in *DB*, 1991, 173.
[83] BAG 7 maggio 1968, in *AP*, Nr. 18 zu *§ 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung*.

quel posto di lavoro[84]. Secondo la più recente giurisprudenza il datore di lavoro, in questo caso, deve fare un'offerta, che il lavoratore deve rifiutare ovvero accettare (anche con riserva) entro una settimana[85].

Di regola la strategia di ripiego «trasferimento» non funzionerà, in quanto in caso di difficoltà economiche o di provvedimenti di contingentamento del personale la sussistenza di posti di lavoro liberi rappresenta un fatto assolutamente eccezionale, di cui il lavoratore interessato spesso non viene a conoscenza.

III.3.c. *Criteri di scelta.*

Nel caso in cui sia chiaro che vi sono «urgenti necessità aziendali» e che il licenziamento non può essere evitato neppure con il ricorso al *part-time*, alla riduzione dell'orario di lavoro ovvero con il trasferimento ad altro posto di lavoro, si pone la questione di quale tra più lavoratori che si trovano nella stessa situazione debba essere escluso. Secondo il § 1, III comma, I preposizione della *KSchG* il datore di lavoro deve procedere ad una cosiddetta selezione sociale. In questo senso vanno tenuti in considerazione in particolare l'età anagrafica, l'anzianità di servizio e gli obblighi alimentari, ed inoltre va sempre fatta attenzione alle particolarità del caso concreto. Per il datore di lavoro il compimento di una concreta selezione sociale in queste circostanze è relativamente difficile. Dal lato del lavoratore viene offerta, in questo caso, la possibilità di porre in dubbio la legittimità del licenziamento e di giungere ad un confronto giudiziale (incluso il risarcimento).

Il par. 1, III comma, II proposizione della *KSchG* esclude dal procedimento di selezione sociale quei lavoratori il cui impiego è considerato indispensabile per «necessità tecniche, economiche o altrimenti fondate dell'impresa». Si tratta di una specie di clausola legata al tipo di prestazione, la cui applicazione deve avere come risultato che almeno le forze lavoro necessarie per il funzionamento dell'azienda abbiano la preferenza. È questo il caso, in particolare, di una qualificazione specifica o di un'esperienza molto lunga all'interno dell'azienda. Il principio secondo cui va mantenuto l'equilibrio della struttura del personale, dopo essere stato in vigore dal 1996 al 1998, non ha più alcun ruolo.

Il par. 1, comma IV della *KSchG* prevede che i contratti collettivi, ovvero le direttive che sono state concordate da consiglio aziendale e datore di lavoro, possano determinare quali criteri di scelta vadano tenuti in considerazione e come vadano soppesati in rapporto tra loro. In questo senso può aversi maggiore certezza del diritto attraverso uno schema per punti e, tuttavia, non ci si può mai discostare dalla valutazione complessiva finale prevista dal par. 1, comma 3 della *KSchG*.

III.3.d. *Nuovi principi?*

L'«intangibilità» della decisione imprenditoriale è oggi oggetto di un intenso dibattito (Bitter 2000; Preis 2000). I suoi esiti sono incerti, tanto più che la giurispru-

[84] BAG 4 dicembre 1959, in *AP*, Nr. 2 zu *§ 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung*.
[85] BAG 27 settembre 1984, in *DB*, 1985, 1186.

denza del Tribunale Costituzionale Federale ha cominciato, nel frattempo, a dedurre dalla Costituzione una tutela minimale contro i licenziamenti[86], che in particolari casi non è assicurata. Viene poi criticato il fatto che la giurisprudenza, nell'ambito del licenziamento connesso a ragioni aziendali, in pratica non procede più al bilanciamento degli interessi[87]; in questo modo si ha un allontanamento per nulla giustificato dal sistema generale di protezione giuridica contro i licenziamenti.

Sez. IV. *Protezione contro i licenziamenti al di fuori della* KSchG.

Nel caso in cui la *KSchG* non sia applicabile[88], va fatto ricorso ai presupposti generali che debbono essere rispettati in ogni licenziamento[89]. Questi non comprendono la sussistenza di motivi contenutistici particolari. Fino al passato recente vi era perciò unità di vedute sul fatto che si potesse licenziare anche senza alcun motivo. Prescindendosi da requisiti di forma e dal rispetto di termini poteva parlarsi di un «*employment at will*» come negli Stati Uniti.

Questa situazione si è modificata sulla base della più recente giurisprudenza del Tribunale Costituzionale Federale.

In una decisione di principio[90] il Tribunale Costituzionale Federale è partito dal presupposto secondo cui la libertà di professione di cui all'art. 12 della Legge Fondamentale spetta sia al datore di lavoro che al lavoratore. Alla libertà di professione appartiene anche il diritto di mantenere un posto di lavoro precedentemente scelto, ovvero di lasciarlo volontariamente. Ciò dovrebbe essere tenuto in considerazione dal legislatore nell'elaborazione di una tutela di base; come poi egli debba ulteriormente sviluppare tale tutela rimane nella sua discrezione, poiché deve procedere ad un bilanciamento con il diritto fondamentale del datore di lavoro a scegliere personale a lui gradito.

L'esclusione delle piccole imprese dall'ambito di applicazione della *KSchG* (normalmente chiamata «clausola delle piccole imprese») è — così si esprime il Tribunale Costituzionale Federale — conforme alla Costituzione solo per il fatto che il lavoratore, attraverso le clausole generali del diritto civile di cui ai §§ 138 e 242 del *BGB*, non può essere licenziato dal datore di lavoro senza alcuna protezione. Il Tribunale ha elencato tre elementi contenutistici che il datore di lavoro deve tenere in conto indipendentemente dalla *KSchG*: *1*) il licenziamento non può essere arbitrario ovvero basarsi su motivi non oggettivi; *2*) al momento della scelta della persona da licenziare va fatto riferimento in una certa misura alla sua situazione sociale e; *3*) infine, la fiducia guadagnata attraverso una collaborazione durata anni nel corso del rapporto di lavoro non può rimanere priva di considerazione. In tal modo viene circoscritta una tutela minimale contro i licenziamenti, di cui va tenuto conto anche in quest'ambito.

Il Tribunale Costituzionale Federale non ha, in realtà, deciso quali debbano essere

[86] Cfr. *infra* IV.
[87] Giurisprudenza costante a partire da BAG 30 aprile 1987, in *DB*, 1987, 2207.
[88] Per i presupposti di applicazione cfr. *supra* III.1.
[89] Cfr. *supra* II.
[90] BVerfG 17 gennaio 1998, in *NZA*, 1998, 470 e ss.

le caratteristiche di un motivo di licenziamento. Ai Tribunali del lavoro viene così lasciato uno spazio creativo relativamente grande. Il Tribunale Federale del Lavoro ha in altri contesti sottolineato che una semplice perdita di fiducia soggettiva del datore di lavoro nei confronti del lavoratore non può giustificare un licenziamento; se si ammettesse una cosa del genere l'art. 12, comma 1 della Legge Fondamentale sarebbe violato[91]. Di qui può concludersi che debba sussistere una violazione oggettiva nel quadro del rapporto di lavoro e che qualunque preferenza del datore di lavoro che non ritenga gradito il comportamento del lavoratore ovvero che desideri vedere «facce nuove» rimane priva di significato. Giustamente, dunque, il Tribunale del Lavoro Regionale dello Schleswig-Holstein[92] parla di «motivi oggettivi e apprezzabili» come dei soli in grado di giustificare un licenziamento. La più recente giurisprudenza del Tribunale Federale del Lavoro[93] prende in considerazione il caso di un lavoratore licenziato che era molto più degno di tutela di altri due colleghi non licenziati per il fatto che aveva una più lunga anzianità di servizio ed inoltre aveva più familiari ai quali provvedere. Una tale scelta del datore di lavoro rende il licenziamento, anche al di fuori dell'ambito di applicazione della *KSchG*, del tutto illegittimo, a meno che il datore di lavoro stesso possa basarsi su motivi che giustifichino un simile discostarsi dagli elementi normalmente presi in considerazione.

Lo sviluppo di tale orientamento giurisprudenziale è ancora in corso; il Tribunale Costituzionale ha comunque il merito di aver chiuso un fianco aperto della protezione contro i licenziamenti.

Sez. V. *Casi particolari di protezione contro i licenziamenti.*

Una serie di gruppi di persone gode di una protezione contro i licenziamenti particolarmente rafforzata. Di seguito occorre darne una breve descrizione.

V.1. Membri del consiglio aziendale e soggetti equiparati.

A mente del § 15, comma I della *KSchG* i membri del consiglio aziendale possono essere colpiti soltanto da licenziamento straordinario, cioè nel rispetto dei presupposti di cui al § 626 del *BGB*. Il licenziamento ordinario è escluso. Inoltre, il consiglio aziendale come tale deve accettare il licenziamento sulla base del § 103 della *BetrVG*. Se si rifiuta, il datore di lavoro può, a mente del § 103, comma II della *BetrVG*, rivolgersi al Tribunale del lavoro perché quest'ultimo, con sentenza costitutiva, sostituisca l'accettazione del consiglio aziendale. Una tale istanza sarà accolta solo nel caso in cui i presupposti di cui al § 626 del *BGB* sussistano effettivamente. Durante le more del procedimento il membro del consiglio aziendale in questione può continuare a prestare il proprio lavoro in azienda.

[91] BAG 14 settembre 1994, in *NZA*, 1995, 269-271.
[92] Del 14 aprile 1998, in *AuR*, 1998, 376.
[93] Decisione del febbraio 2001, non ancora pubblicata.

La protezione contro i licenziamenti viene meno in caso di cessazione dell'attività aziendale. In base al § 15, comma IV della *KSchG* in un caso del genere è possibile procedere ad un licenziamento ordinario anche nei confronti di un membro del consiglio aziendale. Se i licenziamenti si susseguono in più momenti diversi, i membri del consiglio aziendale debbono essere licenziati per ultimi, a meno che una diversa soluzione non sia dovuta a necessità aziendali convincenti.

Se invece viene chiuso solo un reparto in cui è occupato un membro del consiglio aziendale, costui va trasferito in un altro reparto a mente del § 15, comma V della *KSchG*, nei limiti in cui ciò sia possibile sulla base della sua qualificazione professionale. All'occorrenza in questo caso va liberato, tramite licenziamento, un posto di lavoro nell'altro reparto. Qualora anche a queste condizioni una prosecuzione dell'attività lavorativa debba escludersi è possibile procedere ad un licenziamento ordinario.

Nei casi di cui al § 15, commi IV e V della *KSchG* l'accettazione del consiglio aziendale prevista dal § 103 della *BetrVG* non è necessaria; piuttosto deve in questo caso procedersi a sentire il consiglio aziendale sulla base del § 102 comma I della *BetrVG*.

Ai membri del consiglio aziendale sono equiparati altri rappresentanti degli interessi in stretta conformità al § 15, commi dal I al III della *KSchG*. Ricadono tra questi, ad esempio, i membri della commissione elettorale, i candidati alle elezioni del consiglio aziendale, così come i rappresentanti dei giovani lavoratori e dei soggetti in formazione professionale. Anche chi subentra provvisoriamente nell'attività del consiglio aziendale viene contemplato dalla previsione dei cui al § 15 della *KSchG*. Dopo la fine della carica la protezione contro il licenziamento è prolungata di un anno (nel caso dei candidati e dei membri della commissione elettorale di 6 mesi). Ciò per evitare azioni di ritorsione da parte del datore di lavoro.

V.2. Disabili gravi.

Disabili gravi sono, a mente del § 2, comma II, del Codice della Sicurezza Sociale IX (*SGB IX*), tutte le persone che presentano un grado di *handicap* di almeno il 50%. Per handicap si intende, in questo senso, ciascun «danno alle funzioni, non solo transitorio, che coincide con uno stato fisico, psichico o mentale anomalo». Chi ha un grado di handicap tra il 30 ed il 50 può, tramite una decisione dell'autorità amministrativa, essere equiparato ai disabili gravi.

I disabili gravi godono di una tutela rafforzata contro i licenziamenti. Secondo il § 85 del *SGB IX* sia il licenziamento ordinario che quello straordinario abbisognano dell'accettazione della *Integrations-amt*, cioè dell'autorità statale competente. Fino a che quest'ultima non ha acconsentito, un licenziamento irrogato ugualmente è del tutto inefficace[94]. Il lavoratore interessato in un caso del genere può pretendere di continuare a lavorare anche in virtù di un provvedimento provvisorio[95].

Secondo quali criteri decide la *Integrations-amt*? Secondo l'opinione generale essa

[94] BAG 26 maggio 1977, in *DB*, 1977, 2099 e 2101.
[95] BAG 26 maggio 1977, in *DB*, 1977, 2099.

ha un certo spazio di discrezionalità e deve tenere conto di tutti gli elementi che vengono in considerazione. Dal punto di vista del contenuto questa discrezionalità è limitata dalla legge stessa solo nel caso in cui l'accettazione debba essere concessa per ristrutturazioni aziendali, ovvero quando vi sia una riduzione dell'attività aziendale e il totale dei disabili gravi rimasti non scenda sotto il 5% (§ 89, comma I *SGB IX*). Nel caso di un licenziamento straordinario la *Hauptfürsorgestelle* deve dare il proprio consenso anche se il licenziamento derivi da un grave motivo il quale non sia connesso con lo stato di disabilità (§ 91, comma IV del *SGB IX*).

Secondo la giurisprudenza del Tribunale Amministrativo Federale essa deve tenere conto, in tutti i casi, della capacità lavorativa del lavoratore e della situazione economica del datore di lavoro e non può di conseguenza rendere assoluto il principio della razionalizzazione[96]. D'altro lato, il datore di lavoro non è obbligato in ogni caso a mantenere in azienda i disabili gravi; se non ci si può aspettare più alcuna prestazione il consenso per procedersi al licenziamento deve essere accordato[97].

Nella prassi, la regolamentazione esistente offre, tramite questo sistema, un grado non indifferente di garanzia. Poiché alla *Integrations-amt* spetta, come si è detto, uno spazio di discrezionalità, nella maggior parte dei casi controversi non si ricorre al Tribunale del lavoro. L'esistenza della regolamentazione in esame ha, inoltre, un'efficacia preventiva.

Difficoltà sono emerse in relazione alla questione se tale forma particolare di protezione contro i licenziamenti trovi applicazione anche quando il datore di lavoro non era per nulla a conoscenza della disabilità del lavoratore. Se quest'ultima non era palese, allora la questione va valutata: da una parte l'essere disabili non dipende dal fatto che il lavoratore richieda un formale riconoscimento di tale stato; dall'altra parte per il datore di lavoro non sarebbe per nulla ragionevole dover continuare a pagare la retribuzione ad un licenziato a causa di un licenziamento inefficace, se con sorpresa di tutti si venisse a conoscenza, dopo due anni, del fatto che si trattava di un disabile grave. Il Tribunale Federale del lavoro si è per questo pronunciato per una soluzione di compromesso ed ha stabilito che il § 85 del *SGB IX* trovi applicazione solo nel caso in cui lo stato di disabilità fosse già stabilito ovvero ne fosse stato richiesto il riconoscimento al momento del licenziamento[98]. Il lavoratore mantiene la particolare protezione contro il licenziamento solo nel caso in cui informi il datore di lavoro, entro un mese dall'irrogazione del licenziamento, della richiesta o del già avvenuto riconoscimento dello stato di disabilità[99]. Qualora il termine per la comunicazione fosse scaduto si applica soltanto la generale protezione contro il licenziamento, e quindi lo stato di disabilità va preso in considerazione nel quadro del bilanciamento degli interessi[100].

[96] BVerwG 27 dicembre 1958, in *DB*, 1959, 234.
[97] BVerwG 28 febbraio 1968, in *AP*, Nr. 29 zu *§ 14 SchwbBeschG*.
[98] BAG 5 luglio 1990, in *DB*, 1991, 2676.
[99] Così BAG 16 gennaio 1985, in *DB*, 1985, 2106.
[100] BAG 17 febbraio 1977, in *BB*, 1977, 397.

V.3. Donne in gravidanza e soggetti in congedo parentale.

Donne in stato interessante e madri che allattano non possono essere licenziate, a mente del § 9 comma I *MuSchG*, se non dopo quattro mesi dal parto. In particolari casi il Ministero del Lavoro può considerare un licenziamento ugualmente legittimo, ma in questo caso viene pretesto qualcosa di più del «grave motivo» di cui al § 626 del *BGB*.

Se la lavoratrice non ha ancora informato il datore di lavoro del suo stato può recuperare questo termine entro due settimane dal momento dell'irrogazione del licenziamento. Se ella lascia scadere in modo incolpevole questo termine, per il fatto che ad esempio il medico le ha dato false informazioni, mantiene ugualmente, secondo la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale Federale [101] la protezione contro il licenziamento. L'unico presupposto da osservarsi è, in questo caso, che ella informi il datore di lavoro senza indugi non appena venga a conoscenza del suo stato. Per quanto riguarda il «senza indugio» non vigono termini precisi; secondo la giurisprudenza del Tribunale Federale del Lavoro tutto dipende dalle circostanze del singolo caso concreto [102].

La madre, come del resto il padre, hanno il diritto di prendere un periodo di ferie per l'educazione del bambino, fino a che questi abbia compiuto il terzo anno d'età, periodo che ora viene denominato congedo parentale. Un massimo di dodici mesi di questo periodo può essere preso, d'accordo con il datore di lavoro, fino a che il bambino abbia compiuto gli otto anni.

Ciascun genitore ha il diritto di non prendere un periodo di ferie completo, ma di accorciare l'orario di lavoro per un tempo compreso fra le 15 e le 30 ore di lavoro settimanali. Il datore di lavoro può rifiutarsi solo quando a tale richiesta si contrappongano «urgenti motivi aziendali».

A mente del § 18, I comma, I preposizione della *Bundeserziehnungsgeldgesetz* (*BErzGG*) il datore di lavoro non può recedere dal rapporto di lavoro durante il periodo di congedo parentale. La più alta autorità regionale competente per la protezione del lavoro può tuttavia «in casi particolari eccezionalmente» dichiarare ammissibile il licenziamento. Ciò corrisponde alla formulazione del § 9, comma III della *MuSchG*. Casi particolari sono regolati nella «Disposizione amministrativa generale del Ministro Federale del Lavoro e della Previdenza Sociale» (rinvenibile in Kittner 2001b).

V.4. Soggetti in formazione professionale.

Godono di una protezione migliore contro i licenziamenti anche le persone che sono parti di un rapporto di formazione professionale nel quadro del cosiddetto sistema duale. Non appena il periodo di prova della durata dall'uno ai tre mesi è trascorso il datore di lavoro può licenziare solo a mente del § 15, comma II n. 1 della *Berufsbildungsgesetz* (*BBiG*) nel caso in cui sussista un grave motivo. Ciò è poi reso ancor più difficile dal fatto che egli non deve solo irrogare il licenziamento per iscritto, ma lo

[101] Del 13 novembre 1979, in *DB*, 1980, 402.
[102] BAG 20 maggio 1988, in *DB*, 1988, 2107.

deve anche motivare per iscritto; altrimenti esso sarà nullo per vizio di forma[103]. In questo caso debbono essere elencate le azioni che hanno condotto al licenziamento, mentre meri giudizi di valore non sono ritenuti sufficienti come «motivazione»[104]. Nella determinazione del «motivo grave» va tenuta in considerazione la mentalità legata all'età del soggetto; ragazzate tipiche di quell'età non sono perciò sufficienti.

La protezione del posto di lavoro subisce tuttavia due eccezioni. Durante il periodo di prova è sempre possibile irrogare un licenziamento da un giorno all'altro, senza che esso debba essere motivato con cattive prestazioni nel corso della formazione o con altri elementi[105]. Se, poi, l'azienda di formazione professionale va in fallimento, spetta al curatore fallimentare un diritto di licenziare, anche se egli deve tuttavia rispettare i termini di cui al § 622 del *BGB* e può recedere dal contratto soltanto al momento della cessazione dell'attività aziendale[106].

V.5. Lavoratori non licenziabili.

In molti contratti collettivi si prevede che alcuni lavoratori non possano più, a determinate condizioni, subire un licenziamento ordinario. Ciò vale ad esempio per gli impiegati del settore pubblico, a condizione che essi abbiano almeno 40 anni e siano stati impiegati per 15 anni nel settore pubblico (§ 53, comma 3 del BAT). Per disposizioni di questo genere è stata coniata l'espressione «non licenziabilità», sebbene il licenziamento straordinario previsto dal § 626 del *BGB* rimanga sempre possibile. Nella prassi si è creata una serie di difficoltà nel caso in cui il campo di attività del lavoratore interessato venga soppresso per un lungo periodo, ovvero questi diventi incapace di lavorare per molto tempo.

Se tutta l'impresa viene chiusa evidentemente non sussiste più alcuna possibilità di occupazione nemmeno per i lavoratori non licenziabili. Qualora si mantenesse integro il loro rapporto di lavoro il datore di lavoro sarebbe obbligato a continuare ad assicurare loro la retribuzione fino all'età pensionabile. Ciò viene in generale considerato inaccettabile; la giurisprudenza dà in questo caso al datore di lavoro la possibilità di procedere ad un licenziamento straordinario, sebbene di per sé «urgenti esigenze aziendali» possano giustificare soltanto un licenziamento ordinario[107]. In questo caso va comunque rispettato il termine che dovrebbe valere se il lavoratore fosse licenziabile[108]. Qualora rimangano ancora liberi alcuni posti di lavoro i lavoratori non licenziabili che sono i più socialmente bisognosi di protezione vengono risparmiati dallo scioglimento del loro rapporto di lavoro; il § 1, comma III della *KSchG* trova, di conseguenza, applicazione[109]. Anche in tutti questi casi il consiglio aziendale, ed in

[103] BAG 22 febbraio 1972, in *AP*, Nr. 1 zu *§ 15 BBiG*.
[104] BAG 25 novembre 1976, in *AP*, Nr. 4 zu *§ 15 BBiG*.
[105] BAG 17 settembre 1987, in *AP*, Nr. 7 zu *§ 15 BBiG* ed in *DB*, 1988, 1454.
[106] BAG 27 maggio 1993, in *DB*, 1993, 2082.
[107] BAG 28 marzo 1985, in *AP*, Nr. 86 zu *§ 626 BGB*; BAG 5 febbraio 1998, in *AP*, Nr. 143 zu *§ 626 BGB*.
[108] BAG 28 marzo 1985, in *AP*, Nr. 86 zu *§ 626 BGB*; BAG 5 febbraio 1998, in *AP*, Nr. 143 zu *§ 626 BGB*.
[109] BAG 5 febbraio 1998, in *DB*, 1998, 1035.

particolare il consiglio del personale, vanno fatti partecipare alla procedura allo stesso modo che in caso di licenziamento ordinario[110].

Nel caso venga chiusa soltanto una delle aziende che fanno capo all'impresa va predisposto, nei limiti del possibile e del ragionevole, il trasferimento in un'altra azienda. È necessario si tratti di un posto di lavoro per il quale il lavoratore non licenziabile possieda la necessaria qualificazione, da liberare tramite il licenziamento del soggetto che fino ad allora prestava la propria attività in quel posto di lavoro. Se una tale alternativa non sussiste (perché ad esempio non è disponibile alcun posto di lavoro simile) rimane comunque la possibilità di procedere ad un licenziamento straordinario.

Se viene soppresso un singolo posto di lavoro vanno presi «tutti i provvedimenti possibili e ragionevoli per l'azienda» per rendere possibile l'ulteriore occupazione del lavoratore in un altro posto di lavoro[111]. Anche in questo caso è necessario liberare l'altro posto tramite un licenziamento.

Il lavoratore non licenziabile deve necessariamente essere riqualificato per la nuova attività. Secondo la giurisprudenza del Tribunale Federale del Lavoro[112] ciò non può essere imposto al datore di lavoro se si tratta di un lavoratore piuttosto anziano, che eventualmente possa andare in prepensionamento. La spesa per il datore di lavoro viene così messa in relazione con gli anni di lavoro attivo che ancora rimangono.

La continuazione del rapporto di lavoro può divenire irragionevole per il datore di lavoro anche nel caso in cui il lavoratore sia malato per lungo tempo. Fintantoché è possibile occupare il lavoratore in un altro posto di lavoro, vanno necessariamente presi provvedimenti organizzativi per reinserirlo. Se non vi è alcuna possibilità sostitutiva del genere è ammissibile un licenziamento straordinario[113] ed anche in questo caso va rispettato il termine che varrebbe qualora il licenziamento ordinario non fosse escluso. In caso contrario il lavoratore non licenziabile subirebbe un pregiudizio rispetto ai lavoratori normali, i quali possono subire un licenziamento ordinario solo nel rispetto del termine di preavviso.

Sez. VI. *Riflessioni di politica del diritto.*

VI.1. Prima rendere effettivo e poi deregolamentare.

La *Kündigungsschutzgesetz*, che è entrata in vigore nel 1951 e costituisce in un certo senso il cuore della tutela generale contro il licenziamento, è stata in un primo tempo sottoposta a poche critiche di politica del diritto. Nel 1969 la legge è stata modificata in alcuni punti. Negli anni cinquanta e sessanta sono state poste le basi più importanti per la concretizzazione giurisprudenziale dei motivi di licenziamento. In seguito i mutamenti effettuati hanno riguardato sfumature, e non l'orientamento generale. Allo stesso modo nessuno si è preoccupato per le rigidità della protezione esi-

[110] BAG 5 febbraio 1998, in *DB*, 1998, 1035.
[111] LAG Hamm 11 ottobre 1995, in *LAGE*, § 626 *BGB* Nr. 92.
[112] Del 5 febbraio 1998, in *AP*, Nr. 143 zu *§ 626 BGB*.
[113] BAG 12 luglio 1995, in *AP*, Nr. 7 zu *§ 626 BGB Krankheit*.

stente contro i licenziamenti. Nella concorrenza internazionale che si è approfondita con la fondazione, nel 1957, della Comunità Europea, l'economia tedesca si è dimostrata eccezionalmente efficiente ed innovativa; nessuno considerava il diritto del lavoro nazionale come un vincolo.

L'aumento della disoccupazione successivo allo shock petrolifero del 1973 modificò anche le condizioni di partenza per la protezione contro i licenziamenti. Le pretese sindacali si concentrarono quasi unicamente sulle modalità dello scioglimento del rapporto di lavoro e non misero in questione i motivi di licenziamento in quanto tali. Così si pretese, in particolare, che qualora il consiglio aziendale si opponesse ad un licenziamento pianificato, lo scioglimento del rapporto di lavoro fosse possibile soltanto nel caso in cui il datore di lavoro facesse ricorso al Tribunale del lavoro. Dal lato dei datori di lavoro la possibilità di dover ricorrere a tale «diritto di azione di scioglimento» piuttosto che al licenziamento *tout court* fu rifiutata con decisione.

Nel 1985 i sindacati poterono registrare un parziale successo quando la giurisprudenza costrinse il datore di lavoro a continuare ad impiegare in maniera effettiva un lavoratore licenziato qualora costui avesse ottenuto una sentenza favorevole in primo grado e avesse proposto la relativa istanza[114]. In tal modo fu facilitato l'effettivo ritorno al posto di lavoro nel caso di licenziamento illegittimo. Allo stesso tempo, tuttavia, la protezione di base fu complessivamente ridotta, per il fatto che il legislatore, con la legge per la promozione dell'occupazione (*Beschäftigungsförderungsgesetz*) del 1985, diede la possibilità di stipulare contratti a termine fino a 18 mesi anche senza ragioni oggettive. La filosofia sociopolitica del legislatore si era modificata; attraverso la diminuzione degli *standard* di tutela doveva essere stimolata la creazione di nuovi posti di lavoro.

Gli anni '90 furono caratterizzati sempre più fortemente dall'idea di smuovere il più possibile i limiti imposti dal diritto di lavoro, per poter giungere in tal modo alla creazione di nuovi posti di lavoro e quindi alla diminuzione della disoccupazione. Questa convinzione trovò conferma nella *Beschäftigungsförderungsgesetz* del 1996, che non solo ampliò le possibilità di lavoro a termine, ma che per la prima volta ridusse direttamente la tutela contro i licenziamenti. Questa si applicava solo in aziende con più di 10 dipendenti, nel qual caso i lavoratori *part-time* venivano considerati come frazioni di lavoratori a tempo pieno. Allo stesso tempo la selezione sociale di cui al § 1, comma III della *KSchG* fu facilitata al punto che si poteva derogare ai tre criteri della «anzianità di servizio», dell'«età anagrafica» e degli «obblighi alimentari». Inoltre, gli interessi aziendali che potevano potenzialmente giustificare la sottrazione di determinate persone al novero dei lavoratori potenzialmente da licenziare furono interpretati in modo molto meno stringente rispetto al passato. Infine, il § 1, comma V della *KSchG* diede la possibilità, nel corso del bilanciamento degli interessi, di accordarsi su una lista di nomi; chi si trovava su di essa poteva opporvisi solo dimostrando che la selezione sociale era stata «grossolanamente erronea».

Le attese del legislatore non si realizzarono. La nuova regolamentazione facilitò il licenziamento di personale, ma non ebbe come conseguenza la creazione di nuovi posti di lavoro (Ascheid, Preis, Schmidt 2000b).

[114] BAG GS (Sezioni Unite) 27 febbraio 1985, in *DB*, 1985, 2197 e ss. e in *NZA*, 1985, 702.

VI.2. Valutazione critica delle più recenti tendenze.

La *Korrekturgesetz* del 18 dicembre 1998 ha abrogato queste modifiche concernenti la tutela contro i licenziamenti. Le regole in tema di contratto a termine rimangono in vigore e tuttavia sono state mitigate, con decorrenza 1.1.2001, con la legge sul *part-time* e il lavoro a tempo determinato, in modo tale che ora ciascuna precedente occupazione presso lo stesso datore di lavoro esclude l'apposizione di un termine non oggettivo e che i lavoratori a termine per la prima volta sono protetti da un esplicito divieto di discriminazione.

Anche oggi l'ala neoliberale difende la tesi secondo la quale le previsioni vincolanti del diritto del lavoro costituirebbero un rischio per il datore di lavoro (Löwisch 2000). Gli impegni assunti dovrebbero essere adempiuti anche se i rapporti economici non si sviluppassero come desiderato od atteso. Questo «pericolo del diritto del lavoro» ha un effetto inibitorio sulla prassi delle assunzioni. Un altro autore ritiene che la diminuzione degli standard di tutela del diritto del lavoro sia il presupposto migliore per un buono sviluppo del mercato del lavoro. Per quanto concerne specialmente la tutela contro i licenziamenti, un terzo autore difende l'idea secondo la quale la selezione sociale costringe a decisioni economicamente indifferenziate. Anche la quota di disabili gravi peggiora la capacità concorrenziale internazionale dell'economia tedesca. Nonostante i costi mediamente alti, il fatto di dover pagare la forza lavoro femminile come quella maschile sarebbe economicamente non sostenibile e condurrebbe a strategie di aggiramento delle norme inderogabili (von Stebut 1997).

VI.3. Funzione economica della tutela contro i licenziamenti.

Se ci si limita al lato economico si ha un punto di vista troppo ristretto, specie qualificando la tutela minima anzitutto come uno svantaggio per il datore di lavoro. Ciò si manifesta già per il fatto che in una ricerca dell'istituto Max-Planck in tema di tutela contro i licenziamenti relativa agli anni 1978-1980 solo il 13,5% delle 557 persone intervistate tra i datori di lavoro sostennero che il diritto alla tutela contro i licenziamenti fosse imperfetto, ovvero del tutto insufficiente (tra gli altri Falke 1981, p. 151). Una maggioranza pur sempre dell'86,5% era soddisfatta del diritto vigente — e ciò alla fine degli anni '70, quando non vi era ancora una legge per la promozione dell'occupazione e la giurisprudenza in tema di contratti a termine era molto più rigida di oggi. Il background di questa situazione è dato dal fatto che la tutela contro i licenziamenti non impedisce in alcun modo la dissoluzione del rapporto di lavoro se non è più disponibile alcun lavoro per gli occupati (von Hoyningen-Huene 1999, p. 217). I lavoratori non sono funzionari statali a vita.

Rapporti di lavoro (relativamente) stabili creano buone condizioni sociali per l'azienda, essi hanno — così come del resto ha riconosciuto anche il consiglio di esperti per lo sviluppo generale dell'economia[115] — effetti che aumentano l'efficienza. Essi promuovono — come dicono i rappresentanti dell'analisi economica del diritto —

[115] Il testo completo della relazione è consultabile in *RdA*, 1990, 280.

«l'identità professionale e formano così un fondamento per la competenza professionale, un comportamento innovativo e una disponibilità all'adeguamento ai mutamenti tecnici ed organizzativi» (tra gli altri Brandes 1991, p. 112). Chi sa che domani potrà essere licenziato si identificherà difficilmente con i propri compiti e, nella migliore delle ipotesi, compirà il proprio dovere in modo corretto ma non interessato. L'economia tedesca ha bisogno di una forza lavoro innovativa, che non tema di prendere iniziative proprie e di conseguenza di patire i rischi connessi. Anche il diritto del lavoro deve pensare che oggi non si ha bisogno di addetti alla catena di montaggio, ma di analisti di sistema e di persone esperte di organizzazione.

VI.4. Dimensione politica della protezione contro i licenziamenti.

La tutela contro i licenziamenti non è solo un presupposto necessario per un lavoro produttivo ed innovativo, ma anche una condizione per fare in modo che si faccia un uso effettivo dei poteri concessi dall'ordinamento giuridico ed in particolare dal diritto del lavoro. In questo senso essa ha anche una dimensione politica. Chi corre sempre il pericolo di perdere il proprio posto di lavoro si vedrà indotto, per mancanza di migliori alternative, ad adottare un comportamento che va oltre i propri obblighi (*überobligationsmäßiges Verhalten*). I rapporti di forza, che nella relazione di lavoro sono sbilanciati a favore del datore di lavoro, portano di fatto ad una costrizione al lavoro (Corndorf 2000, p. 1942). Una situazione del genere può a lungo andare mettere in dubbio la stabilità del sistema delle relazioni industriali e della società nel suo insieme.

VI.5. Tutela contro i licenziamenti illegittimi e *dumping* sociale.

La concorrenza posizionale (*Standortkonkurrenz*) depone infine decisamente a favore di un miglioramento piuttosto che di una diminuzione della tutela contro i licenziamenti in Germania. Rispetto a molti altri Stati membri della UE, infatti, la Repubblica Federale Tedesca presenta elementi di arretratezza rispetto al livello là praticato. L'aspetto più lampante è dato dal fatto che in Germania manca il pagamento automatico di un'indennità al momento della fine del rapporto di lavoro. Ai gruppi multinazionali viene dato, già solo per questa ragione, uno stimolo per effettuare in Germania una pianificata riduzione di personale.

VI.6. Proposte di miglioramento.

Si discute da più punti di vista la possibilità di migliorare la tutela contro i licenziamenti. Dovrebbe provocare relativamente poche difficoltà il fatto di riferirsi, nel § 23, I comma, II proposizione della *KSchG* (*Kleinbetriebsklausel*) non più all'azienda, ma all'impresa nel suo complesso. Solo se l'unità economica genuina (e non una resa autonoma per ragioni tecniche di diritto del lavoro) è comparativamente piccola può giustificarsi una deroga alla tutela contro i licenziamenti con riguardo ai diritti fondamentali del datore di lavoro. In questi casi la possibilità di gravare da un punto di vista

economico sull'impresa è relativamente bassa. Solo con riferimento a questa fattispecie assume davvero importanza la collaborazione personale. Ciò sta anche nella logica della decisione del Tribunale Costituzionale Federale del 27 gennaio 1998[116]. Se si prendono seriamente in considerazione questi aspetti bisogna anche fare un passo più in là e fare riferimento ai gruppi di imprese. Escludere dall'applicazione della tutela contro i licenziamenti una società figlia della Siemens che occupa 4 persone è un'operazione priva di intrinseca giustificazione.

Per ciò che concerne il procedimento, il lavoratore dovrebbe essere ascoltato prima dell'irrogazione del licenziamento. Inoltre sarebbe auspicabile dargli, come previsto dal § 564a, comma II del *BGB* per quanto concerne le locazioni, dei ragguagli per quanto concerne l'uso degli strumenti giuridici. Su richiesta del lavoratore dovrebbero poi essere anche comunicati in generale i motivi di licenziamento.

Dal punto di vista dei contenuti si tratta di non sottrarre più la decisione imprenditoriale al controllo giuridico nei termini che si sono avuti fino ad ora. Quanto a ciò si è già detto qualcosa in precedenza.

Al principio del contemperamento delle posizioni inerenti ai diritti fondamentali di entrambe le parti corrisponde poi il fatto che il licenziamento può essere sempre e soltanto l'ultimo mezzo. Fino ad ora, tuttavia, si sono sviluppate poche proposte in relazione alla ricerca di alternative. Vanno menzionati tre diversi indirizzi.

— Nel caso in cui nell'ambito di un gruppo vi siano posti di lavoro liberi che potrebbero essere occupati dal lavoratore da licenziare, questa possibilità va sfruttata. Fino ad ora la tutela contro i licenziamenti si è fondamentalmente limitata a livello d'impresa[117]. Inoltre si dovrebbe riflettere se sia in effetti giustificato riferirsi sempre ad un concetto di gruppo di diritto commerciale. Si potrebbe invece, in modo simile a quanto previsto dalla direttiva sui CAE, delimitare il novero delle imprese collegate in modo più ampio, ed eventualmente comprendere anche quelle sul cui assetto il datore di lavoro può esercitare un'influenza (subfornitura).

— Il datore di lavoro dovrebbe anzitutto tentare di giungere ad una diminuzione dell'orario di lavoro senza una completa copertura retributiva. Dove vige un contratto collettivo che prevede questa procedura egli è comunque obbligato a sfruttare tutte le possibilità che da essa derivano. Anche in altri casi, tuttavia, egli dovrebbe essere tenuto a darsi da fare per giungere ad una tale soluzione consensuale. In tal modo egli potrebbe trarre vantaggio dal fatto che l'impresa continuerebbe a contare su forza lavoro dotata di esperienza (Schüren 1996, p. 625). L'obbligo si limita ad un «darsi da fare»; un dovere di irrogare un licenziamento di modifica delle condizioni di lavoro nei confronti di tutti con lo scopo di ridurre l'orario di lavoro va rifiutato[118], poiché ciò tra l'altro condurrebbe i prestatori ad accettare il licenziamento e poi a lavorare per un concorrente.

— Si pone infine il caso in cui le difficoltà economiche non siano durevoli. Se l'impresa, cioè, dopo qualche tempo aumenta di nuovo il proprio personale, i lavoratori

[116] In *DB*, 1998, 826.
[117] BAG 27 novembre 1991, in *DB*, 1992, 1247, giurisprudenza costante.
[118] LAG Hamm 15 dicembre 1982, in *DB*, 1983, 506.

licenziati dovrebbero godere di un diritto di preferenza ad essere reimpiegati. Qualcosa di simile è da molto tempo contenuto nella raccomandazione n. 119 dell'OIL.

La riflessione su una migliore tutela contro i licenziamenti nel caso di contratti a termine è fatica sprecata. Lo stesso dicasi per le persone simili ai lavoratori subordinati (lavoratori parasubordinati) che sono (solo) economicamente dipendenti dal datore di lavoro e che non sono comprese nella tutela contro i licenziamenti. Il fatto di eliminare forme di occupazione di questo genere, ovvero di ridurle a casi eccezionali, non viene in considerazione nelle circostanze attuali.

In Olanda si è sviluppato il concetto di *flexicurity*, secondo il quale la flessibilità della forza lavoro pretesa dal mercato del lavoro viene combinata con la tanto desiderata sicurezza sociale, per il fatto che i tempi di mancata o limitata attività lavorativa comportano solo piccoli svantaggi nella sicurezza sociale (Keller und Seifert 2000). Questo principio fondamentale può essere fatto valere fruttuosamente anche nel diritto del lavoro. Un esempio storico è dato dall'azienda portuale generale: poiché la quantità di lavoro giornaliero nelle singole aziende portuali è esposto a grandi oscillazioni, viene creato un datore di lavoro virtuale che inserisce gli occupati laddove di essi c'è attuale bisogno. Di recente si sono sviluppate, e vengono quindi in considerazione, anche le cosiddette agenzie per prestazioni di servizi, che inviano lavoratori contro una (comparabilmente più bassa) retribuzione in aziende dove sussiste una necessità spesso limitata dal punto di vista temporale (Bittner und Weinkopf 2000). Fondamentalmente anche il lavoro temporaneo professionale potrebbe svolgere questa funzione: l'inserimento flessibile in diverse aziende ha il proprio fondamento in un rapporto di lavoro stabile con l'impresa fornitrice, che assicuri le tutele tradizionali. Il vero problema sta nella creazione di un tale rapporto giuridico. In questo senso, accanto alle parti stipulanti il contratto collettivo è sollecitato anche il legislatore, dato che potrebbe ad esempio costringere le imprese fornitrici a occupare almeno il 60 o l'80% dei lavoratori temporanei in rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Nel caso delle persone simili ai lavoratori subordinati potrebbe venire in considerazione un'applicazione della tutela contro i licenziamenti per il tramite del contratto collettivo, così come avviene, seppur solo in parte, nell'ambito dei mass media.

La discussione tedesca ha bisogno dell'arricchimento delle esperienze straniere. In questo senso il presente quaderno può essere di qualche utilità anche oltr'alpe.

Riferimenti Bibliografici

ASCHEID R. (1993a), *Nota a margine n. 423*, in *Kündigungsschutzrecht — Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses*, Stuttgart Berlin Köln.

ASCHEID R. (1993b), *Nota a margine n. 424*, in *Kündigungsschutzrecht — Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses*, Stuttgart Berlin Köln.

ASCHEID R. (2001), *§ 1 KSchG, nota a margine n. 328*, in DIETERICH T., HANAU P., PREIS U. (a cura di), *Erfurter Kommentar*, 2. Auflage, München.

ASCHEID R., PREIS U., SCHMIDT I. (2000a), *§ 1 KSchG, nota a margine n. 269*, in *Großkommentar zumKündigungsschutzrecht*, München.

ASCHEID R., PREIS U., SCHMIDT I. (2000b), *Grundlagen B, nota a margine n. 31 e ss.*, in *Großkommentar zumKündigungsschutzrecht*, München.

BELLING D. W. (1996), *Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls*, in *RdA*, p. 223 e ss.

BITTER W. (2000), *Zur Unternehmerentscheidung zwecks Personalabbau*, in *DB*, pp. 1760-1764.

BITTNER S. und WEINKOPF C. (2000), *Dienstleistungspools am Scheideweg — Erfahrungen und Perspektiven der Förderung haushaltsbezogener Dienste*, in *WSI-Mitteilungen*, pp. 256-264.

BRANDES W. ed altri (1991), *Grenzen der Kündigungsfreiheit — Kündigungsschutz zwischen Stabilität und Flexibilität*, in SEMLINGER K. (a cura di), *Flexibilisierung des Arbeitsmarkts*, München, pp. 111-131.

DÄUBLER W. (1998a), *Nota a margine n. 555*, in *Das Arbeitsrecht 2*, 11. Auflage, Reinbek.

DÄUBLER W. (1998b), *Nota a margine n. 1091 SS.*, in *Das Arbeitsrecht 2*, 11. Auflage, Reinbek.

DÄUBLER W., KITTNER M., KLEBE T. (2000), *Erläuterungen zu § 102*, in *Kommentar zum BetrVG*, 7. Auflage, Frankfurt/Main.

DORNDORF E. (2000), *Abfindung statt Kündigungsschutz?*, in *BB*, pp. 1938-1943.

DIETERICH T., HANAU P., PREIS U. (a cura di) (2001), *Erfurter Kommentar*, 2. Auflage, München.

ETZEL G. (a cura di) (1998), *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und den sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR)*, 5. Auflage, Neuwied.

ETZEL G. (1998), *§ 1 KSchG, nota a margine 366 e ss.*, in ETZEL (a cura di), *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und den sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR)*, 5. Auflage, Neuwied.

FALKE J. ed altri (1981), *Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik. Forschungsbericht*, a cura del Ministero Federale del Lavoro e della Previdenza Sociale, 2 volumi, Bonn.

FISHERMEIER E. (1998), *§ 626 BGB, nota a margine n. 169*, in ETZEL (a cura di), *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und den sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR)*, 5. Auflage, Neuwied.

KELLER B. und SEIFERT H. (2000), *Flexicurity — Das Konzept für mehr soziale Sicherheit flexibler Beschäftigung*, in *WSI-Mitteilungen*, pp. 291-299.

KITTNER M. (2001a), *Arbeits- und Sozialordnung. Ausgewählte und eingeleitete Gesetzestexte*, 26. Auflage, Frankfurt/Main.

KITTNER M. (2001b), *Nr. 28 b, nota a piè di pagina n. 1 zu § 18* BErzGG, in *Arbeits- und Sozialordnung. Ausgewählte und eingeleitete Gesetzestexte*, 26. Auflage, Frankfurt/Main.

KITTNER M., DÄUBLER W., ZWANZIGER B. (2001), *§ 626 BGB, nota a margine n. 152*, in *Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis zu Kündigungen und anderen Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, 5. Auflage, Frankfurt/Main.

LÖWISH M. (2000), *Mögliche arbeits- und sozialrechtliche Beiträge zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit*, in *JZ*, pp. 806-812.

PREIS B. (2000), *Stellenabbau als unternehmerische Entscheidung? — Kritik der Entscheidungen des BAG vom 17.06.1999 und Versuch einer Neuorientierung im Spannungsfeld von unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und Arbeitsplatzschutz*, in *DB*, pp. 1122-1126.

RICHARDI R. (2000), *§ 14, Nota a margine n. 17 e ss.*, in RICHARDI R. und WLOTZKE O. (a cura di) , *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, volume 1, 2. Auflage, München.
RICHARDI R. und WLOTZKE O. (a cura di) (2000), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, volume 1, 2. Auflage, München.
SCHAUB G. (2000), *§ 112 III 5*, in *Arbeitsrechts-Handbuch*, 9. Auflage, München.
SCHÜREN P. (1996), *Personalkostensenkung in mittelständischen Unternehmen. Strategische Überlegungen aus arbeitsrechtlicher Perspektive*, in *DB*, pp. 625-629.
STAHLHACKE E., PREIS U., VOSSEN R. (1999), *Nota a margine n. 743a*, in *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 7. Auflage, München.
STAUDINGER J. (1993), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Auflage. Berlin.
STAUDINGER J., PREIS B. (1998), *§ 626 BGB, nota a margine n. 54*, in STAUDINGER J. (1993).
STEIN A. (1985), *Partielles Verbot krankheitsbedingter Kündigungen durch die Regelungen über Lohnfortzahlung im Krankheitsfall*, in *BB*, pp. 605-610.
VON HOYNINGEN-HUENE G. (1999), *Muss das Kündigungsschutzrecht reformiert werden?*, in *Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz*, Neuwied, pp. 215-244.
VON STEBUT D. (1997), *Die Kosten des Produktionsfaktors Arbeit*, in *RdA*, pp. 293-297.
ZWANZIGER B. (2001), *§ 624 BGB nota a margine n. 8*, in KITTNER M., DÄUBLER W., ZWANZIGER B., *Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis zu Kündigungen und anderen Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, 5. Auflage, Frankfurt/ Main.