

WOLFGANG DÄUBLER

L'ATTUALE DISCIPLINA DI TUTELA CONTRO IL LICENZIAMENTO INGIUSTIFICATO IN GERMANIA

SOMMARIO: 1. Introduzione 2. La condizione del lavoratore licenziato. 3. La costruzione giuridica di base di tutela contro il licenziamento illegittimo. 4. La forma del licenziamento. 5. Licenziamento straordinario e ordinario. 6. La tripartizione della tutela contro il licenziamento ordinario. 7. Il coinvolgimento delle rappresentanze aziendali. 8. L'impugnativa del licenziamento. 9. La giustificazione del licenziamento secondo la *Kündigungsschutzgesetz*. 10. I licenziamenti determinati da motivi inerenti alla persona del lavoratore. 11. I licenziamenti per motivi comportamentali. 12. I licenziamenti per motivi aziendali. 13. Le strategie elusive. 14. La scelta sociale. 15. i licenziamenti collettivi. 16. Il procedimento di impugnativa del licenziamento nella prassi applicativa. 17. La tutela minima contro il licenziamento. 18. La tutela speciale contro il licenziamento. 19. Prospettive.

1. Introduzione.

Chi ha a cuore gli interessi dei lavoratori non può assolvere con molto entusiasmo al compito di tracciare un quadro sui recenti mutamenti del diritto del lavoro tedesco.

Il legislatore è mosso dalla convinzione che un abbassamento della soglia di tutela del licenziamento consenta alle imprese di aumentare le assunzioni. Per questo il governo Schröder ha rispolverato la politica già praticata dal cancelliere Kohl; d'altra parte, l'attuale opposizione prospetta, addirittura, di intraprendere ulteriori passi verso la deregolamentazione.

Questo tema si confà ad un volume in onore di Giorgio Ghezzi? Non si dovrebbe, piuttosto, dedicare a uno dei padri della legge italiana dell'11 maggio 1990¹ una riflessione più piacevole che confermi la strada da lui tracciata? Sarebbe certo nostro desiderio trasmettere al Maestro notizie più incoraggianti. Ma non siamo di fronte ad una persona di grande realismo che, sia come studioso che come politico, ha privilegiato, innanzitutto, il fattibile e, solo secondariamente, ha puntato alla realizzazione del proprio progetto? Senza un bilancio veritiero non progredisce né la politica dell'occupazione, né il diritto del lavoro. Una delle pubblicazioni più recenti dell'odierno celebrato² conferma tale assunto.

¹ N. 108. Al riguardo, nella letteratura tedesca, NOGLER, *AuR*, 2003, 321 ss.

² GHEZZI, *LD*, 2002, 333 ss.

2. La condizione del lavoratore licenziato.

Per afferrare il significato di un regime di tutela del licenziamento, occorre prendere anzitutto consapevolezza delle condizioni in cui il singolo lavoratore viene a trovarsi dopo la perdita del posto di lavoro.

Per cominciare con una delle differenze rilevanti con il sistema italiano, va detto che il diritto tedesco non conosce il trattamento di fine rapporto. Un licenziamento efficace risolve il rapporto di lavoro per il futuro, non diversamente da quanto accade in seguito alla disdetta di un contratto di somministrazione di patate, o della locazione di un appartamento. Le deroghe, di cui ci occuperemo in prosieguo³, sono quantitativamente poco rilevanti. Il singolo vanta una pretesa solo nei confronti dell'assicurazione per la disoccupazione.

Chi, senza colpa, resta disoccupato e negli ultimi due anni a ritroso ha versato almeno per un anno i contributi in favore dell'assicurazione contro la disoccupazione, ha diritto all'indennità di disoccupazione. Questa è pari al 60% dell'ultima retribuzione al lordo delle ritenute fiscali; in presenza di un figlio minore la quota è elevata al 67%. Tuttavia, è da tenere presente che alcune voci retributive, come le mensilità supplementari e i compensi lo per straordinario, non rientrano nella retribuzione assunta a base di calcolo, sicché la quota percentuale effettivamente percepita oscilla il più delle volte fra il 50 e il 55% della retribuzione.

La legge di riforma del mercato del lavoro del 24 dicembre 2003⁴ ha limitato la durata a 12 mesi della prestazione. Soltanto per gli ultracinquantacinquenni è prevista la possibilità della protrazione del godimento sino a 18 mesi. Ai sensi della disciplina previgente il periodo di godimento dell'indennità di disoccupazione si innalzava a partire dal 45° anno di età, arrivando a 32 mesi complessivi allorché l'età anagrafica del lavoratore fosse di cinquantasette anni⁵.

Durante il periodo coperto dalla prestazione per la disoccupazione è obbligatorio accettare qualunque offerta di lavoro. Non esiste più una "tutela della professionalità"; pertanto, un impiegato disoccupato nel settore commerciale deve accettare un posto come cameriere o come netturbino. Un limite verso il basso è posto riguardo al compenso: lo stipendio netto derivante dalla nuova attività non può scendere al di sotto dell'indennità di disoccupazione percepita.⁶ È previsto, altresì, l'obbligo di spostamento in un'altra area del Paese, a meno che non vi osti un motivo rilevante, come ad esempio la capacità di guadagno del coniuge.

Chi rifiuta di accettare un lavoro idoneo subisce un periodo di sospensione, normalmente di 12 settimane ai sensi del § 144 del libro III° del *Sozialgesetzbuch* (SGB III),

³ Si veda, infra, sub IV 6.

⁴ *BGBI*, 3002.

⁵ La normativa si trova nei §§ 123 ss. *SGB III*. Per un commento approfondito KITTNER, in KITTNER/DÄUBLER/ZWANZIGER, *Kündigungsschutzrecht*, 6 edizione, Frankfurt/Main 2004, sub SGB III.

⁶ Ciò vale dopo un periodo di disoccupazione di sei mesi; in precedenza il minimo di retribuzione accettabile è un po' più elevato. Al riguardo, § 121 *SGB III*.

durante il quale l'indennità di disoccupazione non viene corrisposta. Il successivo rifiuto di un lavoro idoneo determina la perdita definitiva dell'indennità.

Prima della riforma cd. Hartz IV, decorso il periodo coperto dall'assicurazione sociale e perdurando l'assenza di un'occupazione, il disoccupato aveva una pretesa al cd. aiuto di disoccupazione, pari al 50 ovvero 57% della retribuzione netta calcolabile. La prestazione richiedeva la condizione di bisogno, i cui requisiti, tuttavia, erano relativamente facili da soddisfare. Dal 1° gennaio 2005 esiste solo la cd. indennità di disoccupazione II che viene fatta coincidere con la prestazione sociale. Essa viene corrisposta solo se sussistono criteri rigorosi indicatori dello stato di necessità ed è svincolata dal parametro del precedente guadagno; inoltre, copre solo il minimo esistenziale.

In media, in seguito alla perdita del posto di lavoro a causa di licenziamento, si resta disoccupati 8,4 mesi⁷. I disoccupati privi di formazione, i portatori di invalidità o le persone con età superiore ai 55 anni hanno ben poche *chance* di trovare una nuova occupazione. Chi si trova allo stesso tempo in due delle condizioni elencate, normalmente è disoccupato ancora dopo un anno⁸.

Nel marzo 2004, secondo le statistiche ufficiali della *Bundesagentur für Arbeit*, erano disoccupate 4,547 milioni di persone. Tale stima non segna alcun miglioramento rispetto all'anno precedente, atteso che in essa non si tiene più conto dei disoccupati coinvolti in attività di formazione. Gli occupati, invece, erano a tale data 37,66 milioni, cosicché la quota di disoccupazione - in rapporto alla popolazione abile al guadagno - ammontava al 10,9%⁹.

Tali dati danno la misura della rilevanza, anche economica, che assume per il singolo lavoratore la questione della legittimità del licenziamento. Per tal verso, la situazione è radicalmente differente da quella della Danimarca, dove l'indennità di disoccupazione è pari all'80% e la gran parte dei disoccupati - eventualmente dopo un periodo di formazione - nel giro di pochi mesi è avviata ad un nuovo posto di lavoro equivalente al precedente¹⁰.

3. La costruzione giuridica di base di tutela contro il licenziamento illegittimo.

La *Kündigungsschutzgesetz* tedesca ha alla base l'idea di stabilità. Il licenziamento che contrasta con le disposizioni contenute in essa (o in altra disciplina) è inefficace e il rapporto di lavoro deve proseguire. Se tale è l'esito di accertamento in un procedimento giudiziario, il datore di lavoro è tenuto a pagare la retribuzione per tutto il periodo intermedio. Al lavoratore viene detratto ciò che ha guadagnato altrimenti (o che avrebbe facilmente potuto guadagnare). Ove egli percepisca l'indennità di disoccupazione, la sua

⁷ BIELENSKI, fra l'altro, *AuR*, 2003, 81, 90.

⁸ I dati provengono dal *Institut für Arbeitsmarkt und Berufsforschung*, www.iab.de, sub Zahlen-Fibel.

⁹ Tali i dati della *Bundesagentur für Arbeit* dell'8.3.2004, *Hamburger Abendblatt* del 9 aprile 2004.

¹⁰ In particolare, BRAUN, *WSI-Mitt* 2003, 92 ss.

tn Π ab

pretesa al compenso nei confronti del datore di lavoro passa alla *Bundesagentur für Arbeit*, che agisce in regresso verso quest'ultimo. Tuttavia, come vedremo, questo non capita di frequente¹¹.

4. La forma del licenziamento.

Ai sensi del novellato § 623 BGB, in vigore dal 1° maggio 2000, il licenziamento richiede la forma scritta. Ciò vale solo per la comunicazione del licenziamento in quanto tale; i motivi non devono essere comunicati nemmeno in via orale. Non è nemmeno necessario sentire in precedenza il lavoratore.

5. Licenziamento straordinario e ordinario.

Ai sensi del § 626 BGB il datore di lavoro può risolvere il rapporto senza preavviso "allorché sussistono elementi di fatto che non consentono di imporre al recedente la prosecuzione del rapporto sino allo spirare del termine di licenziamento, tenuto conto di tutte le circostanze del caso e valutati gli interessi di entrambe le parti". Questo cd. licenziamento straordinario presuppone la sussistenza di un "motivo grave", in particolare di un grave inadempimento; inoltre, la legittimità dell'effetto dello scioglimento immediato del rapporto di lavoro va verificata anche sotto il profilo del bilanciamento dei contrapposti interessi. Sulla sussistenza del grave motivo v'è ricchissima giurisprudenza, la cui esposizione, anche contenuta, riempie pagine dense¹². Peraltro, attesa la rilevanza del giudizio di bilanciamento degli interessi, l'accertamento del grave motivo non autorizza ancora a ritenere legittimo il licenziamento. E' questa la ragione per cui il *Bundesarbeitsgericht* riconosce con facilità il motivo grave; questo è ritenuto sussistente anche nel caso che una commessa di pasticceria consumi un dolce del prezzo di € 0,65 senza pagarlo.¹³

Se non ricorrono i requisiti previsti nel § 626 BGB, il licenziamento si connota come ordinario. In tal caso, v'è l'obbligo di osservare i termini previsti nel § 622 BGB o nei contratti collettivi applicabili. Questi aumentano con l'anzianità aziendale; dopo due anni il termine è di un mese, dopo 10 anni di quattro mesi, dopo 20 anni di 7 mesi, avendosi riguardo al mese di calendario. Nel calcolo dell'anzianità aziendale non si tiene conto del periodo lavorativo antecedente al compimento del venticinquesimo anno di età del lavoratore, ciò che costituisce una discriminazione a motivo della (giovane) età, in

¹¹ Si veda *infra*, sub IV 6.

¹² Si veda KR-FISCHERMEIER, 6 ed., Neuwied 2003, § 626 BGB Rn. 404 - 411; ASCHÉID / PREIS / SCHMIDT (a cura di) *Großkommentar zum Kündigungsrecht*, München 2000, § 626 BGB, Rn. 180 - 331; KITTNER / DÄUBLER / ZWANZIGER - DÄUBLER, § 626 BGB, cit., Rn. 55 - 176.

¹³ BAG AP Nr. 14, § 626 BGB, sospetto di attività penalmente rilevante, confermata da BAG NZA 2000, 421.

2. Aufl., München 2004,

— ?
r €

17 L4 H 62
L 8

contrasto con la direttiva quadro comunitaria sulla parità di trattamento¹⁴. Non se ne rinviene, infatti, una giustificazione meritevole ai sensi dell'art. 6 della direttiva¹⁵.

6. La tripartizione della tutela contro il licenziamento ordinario.

Il diritto tedesco contempla un "regime standard" di tutela del licenziamento nella *Kündigungsschutzgesetz* (*KSchG*). Questa normativa è applicabile quando il rapporto di lavoro prosegue da più di sei mesi e non si tratti di una "piccola azienda". Se non opera la *KSchG* si rientra in una tutela assai diluita, rimessa alla elaborazione giurisprudenziale. D'altro canto, vi sono alcune categorie di dipendenti la cui tutela è notevolmente più forte di quella prevista nella *KSchG*. Si tratta delle categorie dei portatori di gravi invalidità, delle donne in stato di gravidanza, delle persone con figli minori nonché dei rappresentanti aziendali dei lavoratori. Molti contratti collettivi escludono il licenziamento ordinario per i lavoratori più anziani e con più elevata anzianità aziendale.

Le riforme recenti¹⁶ hanno ridotto l'ambito di applicazione della *KSchG*. Sin'ora essa era applicabile a tutte le aziende con un numero di dipendenti superiore a cinque. Dall'1 gennaio 2004 i nuovi assunti non rientrano nell'ambito della tutela se l'azienda non occupa regolarmente almeno 10 lavoratori. Può dunque verificarsi che nella stessa azienda lavorino persone con e persone senza l'ordinaria tutela contro il licenziamento¹⁷.

Sono le piccole aziende che dovrebbero essere indotte ad assumere da questa regola. Tuttavia, gli esiti di una ricerca attestano il contrario e cioè che le procedure di assunzione dei datori di lavoro non sono influenzate in alcun modo dal superamento della soglia di cinque dipendenti¹⁸. Interrogativi complessi si pongono in relazione all'ipotesi di mutevole dimensione aziendale e all'ipotesi di fuoriuscita dei vecchi dipendenti e loro sostituzione con nuovi¹⁹. Va detto, inoltre, che occupati a tempo parziale con 20 ore lavorative settimanali vengono computati con la percentuale dello 0,5 e quelli fino a 30 ore settimanali con la percentuale dello 0,75²⁰.

Più avanti nel corso del contributo si darà conto delle diverse forme di tutela del licenziamento²¹.

7. Il coinvolgimento delle rappresentanze aziendali.

¹⁴ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio sulla determinazione di una disciplina generale per l'attuazione della parità di trattamento nell'occupazione e nel lavoro del 27 novembre 2000 (ABl. Nr. L 303/16 ss.).

¹⁵ Così anche LÖWISCH, *Festschrift Schwerdtner*, Neuwied, 2004, 771.

¹⁶ Si veda sopra la nota 4.

¹⁷ Ad esempio: l'azienda occupava al 31 dicembre 2003 sei lavoratori, che mantengono la tutela. I successivi tre assunti nell'anno 2004 non ricadono nell'ambito della *Kündigungsschutzgesetz*.

¹⁸ Dettagliatamente, PFARR, fra l'altro, *BB*, 2003, 2268.

¹⁹ Sul tema, DÄUBLER, *AiB*, 2004, 7 ss.

²⁰ Si veda il § 23, comma 1, *KSchG*.

²¹ Sotto IV - VI.

La certe

78/ Lno

Prima di ogni licenziamento, ordinario e straordinario, deve essere interpellato il consiglio aziendale, ai sensi dell'art. 102 comma 1 della *Betriebsverfassungsgesetz* (*BetrVG*). Una regola analoga è prevista per l'impiego alle dipendenze dello stato federale²². I sistemi di relazioni industriali per i dipendenti ~~dei singoli~~ *Länder* prevedono, altresì, pieni diritti di partecipazione delle rappresentanze dei lavoratori. Alle rappresentanze aziendali anche del personale pubblico devono essere comunicate tutte le circostanze di fatto che dal punto di vista datoriale concorrono a giustificare il licenziamento. Se i rappresentanti dei lavoratori non vengono informati, o vengono informati in modo lacunoso il licenziamento è inefficace ai sensi del § 102 comma 1, frase 3 *BetrVG*²³. Se i rappresentanti dei lavoratori si oppongono al licenziamento in base a precise e definite ragioni e il lavoratore interessato impugna il licenziamento in sede giudiziaria, quest'ultimo ha una pretesa a prestare l'attività lavorativa fino alla definitiva decisione del tribunale del lavoro.

di alcuni

Circa il 50% dei lavoratori è rappresentato da un consiglio aziendale o (nel pubblico impiego) da un *Personalrat*²⁴. In tale contesto, dunque, vigono le disposizioni richiamate. Oltre a ciò è possibile che i consigli aziendale assumano influenza nella gestione dei licenziamenti per effetto di intese aziendali. Queste sfuggono all'analisi empirica.

8. L'impugnativa del licenziamento.

Ai sensi del § 4 *KSchG* il lavoratore, entro tre settimane dalla notifica del licenziamento, deve proporre l'azione di accertamento dell'illegittimità del licenziamento dinanzi al tribunale del lavoro. In mancanza, il licenziamento si reputa efficace. Ciò vale senza eccezioni dall'1 gennaio 2004; in precedenza, pure decorso il termine di tre settimane era ancora possibile fare valere la contrarietà del licenziamento a talune regole basilari o la mancata informazione al consiglio aziendale (*Betriebsrat*).

Nel caso di incolpevole inosservanza del termine, il lavoratore può ottenere l'autorizzazione ad agire tardivamente. Per altro verso, il lavoratore licenziato risponde del comportamento negligente dei suoi procuratori, quali il difensore, o un rappresentante sindacale.

In caso di licenziamento orale il termine di tre settimane non opera. Se il lavoratore però ha lasciato l'azienda, il datore di lavoro, decorso un periodo da due a tre mesi circa può eccepire la perdita del diritto (*Verwirkung*), se nel frattempo il posto di lavoro è stato occupato da altri o sono state adottate nuove disposizioni organizzative.

²² § 79 comma 1 *BPersVG*. In proposito si rinvia al commentario di ALTVATER e altri, 5 ed. Frankfurt an Main 2004.

²³ La regola corrispondente si trova nel § 79 comma 4 *BPersVG*.

²⁴ Al riguardo, ELLGUTH, *WSI-Mitt* 2003, 194 ss.

9. *La giustificazione del licenziamento secondo la Kündigungsschutzgesetz.*

Ai sensi del § 1 comma 2 *KSchG* il datore di lavoro può disporre il licenziamento se la prosecuzione del rapporto è impedita da uno dei seguenti motivi:

- motivi che riguardano la persona del lavoratore;
- motivi afferenti al comportamento del lavoratore,
- gravi esigenze aziendali.

A ciò si aggiunge la necessità di una ampia valutazione comparativa degli interessi del datore e del lavoratore²⁵.

10. *I licenziamenti determinati da motivi personali.*

"I motivi personali" ricorrono soprattutto quando il lavoratore non è più in grado di adempiere ai compiti assegnatigli a causa di malattia. Al fine della liceità di questo licenziamento deve essere dato conto della ricorrenza di imprescindibili esigenze. In particolare devono sussistere tre presupposti²⁶.

- Deve trattarsi di una malattia di lunga durata o spesso ricorrente che, prevedibilmente, anche per il futuro non tenda al miglioramento;
- deve sussistere la previsione realistica di un aggravio economico eccessivo per il datore di lavoro o di un ostacolo all'organizzazione aziendale anche per il futuro, cui il datore di lavoro non può ovviare con l'adozione di misure sostenibili;
- il bilanciamento degli interessi delle parti deve risolversi in un giudizio favorevole al licenziamento del lavoratore e contrario all'ulteriore aggravio del datore di lavoro.

Il licenziamento per motivi personali, inoltre, ricorre allorché il lavoratore perde la qualifica che è requisito per lo svolgimento della sua attività, come ad esempio il caso del conducente di un autoveicolo cui sia stata ritirata la patente di guida.

11. *I licenziamenti per motivi comportamentali.*

Il motivo comportamentale ricorre quando il lavoratore viola gli obblighi contrattualmente assunti. La violazione deve essere rilevante, tuttavia le esigenze da tutelare sono di rilevanza minore rispetto al caso del licenziamento straordinario ai sensi del § 626 *BGB*. Di regola, il licenziamento deve essere preceduto da un ammonimento. Questo consiste nella disapprovazione del comportamento del lavoratore da parte del datore e nella segnalazione che, in caso di ripetizione, è messa a rischio la prosecuzione del rapporto. Inoltre occorre che sussista il pericolo che anche in futuro la condotta si possa ripetere.

f b l

²⁵ *BAG AP* Nr. 6, al §1 *KSchG*.

²⁶ *BAG DB* 1983, 1047, da allora giurisprudenza costante.

Come nella fattispecie del § 626 BGB anche su questo punto sussiste un'ampia casistica giurisprudenziale²⁷.

12. I licenziamenti per motivi aziendali.

I due terzi dei licenziamenti hanno causa nelle "gravi esigenze aziendali"²⁸. Questa percentuale dipende, per un verso, dalle difficoltà economiche e dai processi di ristrutturazione delle imprese, per altro verso, sta in connessione con la relativa correttezza comportamentale dei lavoratori, nonché con la circostanza che persone con problemi di salute non vengono assunte o, comunque, in un modo o nell'altro, già in precedenza, sono state allontanate dal lavoro.

La ricorrenza di un licenziamento per motivi aziendali è oggetto di un accertamento che si svolge in tre fasi successive.

Ogni modifica dell'andamento del lavoro, ogni ampliamento o riduzione del processo produttivo è imputabile ad una decisione imprenditoriale. Secondo l'orientamento costante della giurisprudenza del *Bundesarbeitsgericht* questa non è sindacabile dai tribunali del lavoro²⁹. I tribunali del lavoro ritengono di non essere in condizione di suggerire al datore di lavoro una politica imprenditoriale "migliore". Tuttavia vi sono due eccezioni:

- la decisione imprenditoriale non deve essere in contrasto con il diritto vigente. Rispetto al comune datore di lavoro tale limite non ha grossa rilevanza, ma può assumere significato nell'impiego pubblico. Inoltre, lo scopo perseguito dall'imprenditore non deve essere illecito. Tale sarebbe il caso della riorganizzazione intrapresa dal datore di lavoro con il fine di espellere alcuni lavoratori.

- in secondo luogo, la decisione imprenditoriale non vincola allorché essa appare "manifestamente non obiettiva, irragionevole, o arbitraria". Tale circostanza va provata dal lavoratore. Sino a poco tempo fa si trattava di un'eventualità meramente teoretica. Negli ultimi anni, tuttavia, i tribunali hanno mostrato una maggiore apertura. Il tribunale del lavoro di Gelsenkirchen³⁰, ad esempio, ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento perché l'impresa datrice di lavoro (americana), che aveva già in passato dimezzato il personale triplicando i profitti, manifestava di ripercorrere la stessa via. Il tribunale del lavoro di Berlino³¹ ha escluso la sussistenza delle "urgenti esigenze aziendali" nel caso del datore di lavoro che aveva costituito una nuova società a responsabilità limitata, alla quale aveva deviato, nel giro di un anno, tutte le commesse, al fine di chiudere l'impresa originaria. Rilevante significato ha una nuova decisione della corte federale del lavoro

²⁷ KR-ETZEL, § 1 *KSchG*, Rn. 395 - 513; ASCHEID / PREIS / SCHMIDT-DÖRNER, § 1 *KSchG*, Rn. 275 - 438; KITTNER / DÄUBLER / ZWANZIGER / DÄUBLER, § 1 *KSchG*, Rn. 154 - 249.

²⁸ BIELENSKI, fra l'altro, *AuR*, 2003, 81, 86.

²⁹ Così, ad esempio, *BAG*, *DB* 1987, 2207.

³⁰ *AuR*, 1999, 38 ss.

³¹ *AuR*, 2001, 72.

Γ à

2-

(*Bundesarbeitsgericht*):³² una società a responsabilità limitata esercente un'impresa ospedaliera aveva costituito una società figlia, alla quale aveva affidato l'incarico di pulizia. I dipendenti fino a tale momento occupati in tale attività erano stati licenziati, perchè presso la datrice di lavoro non v'era più richiesta della prestazione lavorativa. In considerazione del fatto che un ospedale in forma di società a responsabilità limitata e la società figlia praticamente costituiscono una unità economica, il *Bundesarbeitsgericht* ha ritenuto arbitraria "la chiusura della parte di azienda Pulizie" accogliendo le istanze di tutela contro il licenziamento. Non è ancora prevedibile se la decisione sia all'origine di una tutela generale contro il licenziamento nei gruppi di imprese.

13. Strategie elusive.

Se la decisione dell'imprenditore non è contestabile e conduce, dunque, alla perdita del posto di lavoro, il lavoratore colpito ha diritto ad essere spostato ad una posizione lavorativa libera all'interno dell'azienda o comunque dell'impresa complessivamente considerata. Se necessario, il datore di lavoro deve garantire la possibilità della formazione o della riqualificazione professionali³³. Un esempio classico è quello del pilota Lufthansa che deve essere avviato alla guida di un nuovo tipo di aereo³⁴. Il licenziamento è illegittimo anche quando il nuovo posto di lavoro è di livello inferiore rispetto a quello in occupato in precedenza dal lavoratore, qualora quest'ultimo abbia dichiarato di accettare queste condizioni inferiori.

In molte aziende, in presenza di difficoltà economiche, viene concordato un cd. "patto per il lavoro". Tipicamente l'intesa raggiunta fra datore di lavoro e consiglio d'azienda (con o senza la partecipazione del sindacato) prevede la riduzione del 10 o del 20% dell'orario di lavoro di tutti i dipendenti o solo di alcuni settori aziendali con riduzione in eguale misura della retribuzione. Come controprestazione il datore di lavoro rinuncia a porre in essere i licenziamenti, ad esempio, per un periodo di due anni. L'intimazione del licenziamento, in tal caso, è illegittima, a meno che lo sviluppo economico è sensibilmente inferiore a quello preventivato. Analoga tutela è innescata quando viene autorizzato il cd. "lavoro ridotto", ai sensi dei §§ 169 ss. *SGB*. Questa fattispecie, in presenza di certi presupposti, ha il vantaggio, rispetto alla riduzione dell'orario di lavoro senza integrazione dei salari, che il lavoratore riceve dall'amministrazione del lavoro, in proporzione alla riduzione di orario, un "compenso per lavoro ridotto" che, come l'indennità di disoccupazione, ammonta al 60 ovvero al 67% della retribuzione spettante.

14. La scelta sociale.

³² NZA, 2003, 549.

³³ Al riguardo, BIRK, *Festschrift Kissel*, München, 1994, 51 ss.

³⁴ BAG AP Nr. 18, al § 1 KSchG, *Betriebsbedingte Kündigung*.

Una volta accertato che sussistono le gravi esigenze aziendali e che le strategie elusive dei licenziamenti non sono riuscite, si pone il problema di individuare il lavoratore che deve essere licenziato fra i vari dipendenti in posizione analoga. La scelta del datore di lavoro è condizionata ad alcuni criteri di rilevanza sociale. Con effetti dall'1 gennaio 2004, la materia è stata regolata *ex novo*.

Nella selezione, il datore di lavoro deve rispettare, in base alla riaffermata normativa i quattro criteri, rispettivamente, dell'"anzianità aziendale", dell'"età", degli "obblighi di mantenimento" e della "grave invalidità". Essi hanno, in via di principio, eguale rilevanza. Sino ad oggi, il novero dei criteri era aperto, cosicché poteva venire in considerazione anche un incidente sul lavoro, o la malattia di un familiare. Se ciò risulti ancora possibile e, in che misura, è questione controversa³⁵, atteso anche che la Corte Costituzionale in una decisione, peraltro risalente, ha stabilito che nella riduzione di personale occorre avere riguardo alla particolare ricaduta sulle persone che allevano un bambino da sole, dandosi, in caso contrario, una violazione della libertà di professione sancita dall'art. 12 GG³⁶.

Secondo i vecchi, come secondo i nuovi principi, la scelta in base ai criteri sociali determina che i lavoratori più anziani e con un'elevata anzianità aziendale possono essere licenziati solo "in casi eccezionali". Ciò determina una certa indipendenza dal datore di lavoro e costituisce un elemento di democrazia del rapporto di lavoro. Tuttavia, la nuova regolamentazione ha condotto ad alcuni mutamenti.

Il datore di lavoro ha facoltà di escludere dalla scelta sociale alcune persone individuate, se la prosecuzione dell'attività di costoro corrisponde ad un "fondato interesse aziendale". La legge offre due esempi a tal riguardo.

Da un lato, si fa riferimento alle persone che, per le loro conoscenze, capacità e prestazioni devono essere mantenute al posto di lavoro; questa clausola favorevole alla capacità di prestazione è sostanzialmente riconosciuta; tuttavia si richiede che la rilevanza del lavoratore per l'azienda costituisca un dato già noto in precedenza³⁷.

Maggiori problemi applicativi comporta invece il secondo caso contemplato, concernente il "mantenimento di una composizione equilibrata del personale aziendale". Tutt'ora non è chiaro che cosa si debba intendere con tale espressione, nonostante che fra il 1996 e il 1998 fosse contemplata una regola di identico contenuto. Il *Bundesarbeitsgericht* ha riconosciuto la possibilità di costituire gruppi di età al cui interno procedere alla detrazione percentuale di quote di occupati³⁸. Ciò comporta che anche i lavoratori più anziani, che sin'ora avevano una certa sicurezza di non subire il licenziamento, sono esposti ad un maggior rischio di perdita dell'occupazione. La corte federale del lavoro ha affermato che al criterio dell'"età" deve fare da riscontro un chiaro interesse aziendale; tale principio interpretativo è stato formulato nella vicenda del licenziamento del personale educatore di asili, doposcuola e convitti, in base all'argomento che lo stesso non deve risultare composto esclusivamente di esponenti della "generazione delle nonne".

³⁵ Uno sguardo complessivo in DÄUBLER, NZA, 2004, 177 ss.

³⁶ BVerfGE 84, 133, 154.

³⁷ In argomento, KITTNER / DÄUBLER / ZWANZIGER-KITTNER § 1KSch, Rn. 495 ss.

³⁸ BAG, NZA 2001, 601.

~ 7

f.

Kindergarten?

LFG

LG,

15. *Licenziamenti collettivi.*

Il diritto tedesco non contempla il "licenziamento collettivo" come autonomo istituto; anche quando la riduzione di personale concerne 100 persone si tratta giuridicamente di 100 licenziamenti individuali fra loro affiancati. Tuttavia, sussiste un obbligo di denuncia all'amministrazione del lavoro, ai sensi del § 17 *KSchG*, allorché il numero dei licenziamenti programmati nell'arco di un mese supera una certa percentuale della forza lavoro occupata.

Inoltre, in tali casi il consiglio aziendale, se esistente, ha diritto di trattare la conclusione di un piano di compensazione degli interessi e di un piano sociale. Il piano di compensazione degli interessi concerne il programma imprenditoriale e la sua dimensione concreta; il piano sociale, invece, ha la finalità di rimediare alle conseguenze economiche pregiudizievoli per i lavoratori o di ridurre l'entità. Se la compensazione degli interessi non è realizzabile forzatamente, per il piano sociale valgono regole diverse - tuttavia solo in presenza del presupposto che siano raggiunte le punte massime di cui al §112a *BetrVG* o che, unitamente alla riduzione di personale, sia previsto anche un ridimensionamento dell'attività³⁹.

Dal 1° gennaio 2004, esattamente come accadeva tra il 1996 ed il 1998, è data nuovamente la possibilità che all'interno del piano di compensazione degli interessi, il consiglio d'azienda e il datore di lavoro concordino una cd. "lista di nomi". Questa reca i nominativi dei lavoratori da licenziare; in tal modo viene sottratta ai singoli la possibilità di richiedere al tribunale di verificare la correttezza della scelta sociale, salvo il limite della "grave erroneità". La regola incrina il principio della codeterminazione, perché intralcia il funzionamento del meccanismo democratico: ad esempio, se la maggioranza in seno al consiglio d'azienda ottiene di includere nella lista più esponenti del gruppo di opposizione, la variazione non è più possibile, perché i fuoriusciti non parteciperanno alle prossime elezioni del consiglio d'azienda⁴⁰. Una via d'uscita potrebbe consistere nella previsione che la lista nominativa debba essere in sé coerente, nel senso che essa si fondi su alcuni criteri sociali⁴¹.

16. *Il procedimento di impugnativa del licenziamento nella prassi applicativa.*

Una percentuale pari al 10 o al massimo al 15 % dei licenziamenti vengono impugnati dai lavoratori dinanzi ai tribunali del lavoro⁴². Solo nell'8% dei casi viene pronunciata la sentenza a conclusione della trattazione orale della causa. Nel 45% di tali casi l'azione è accolta; nel 55% è rigettata. Se il giudice di primo grado ha dichiarato

³⁹ In argomento, DÄUBLER, *LD*, 1999, 442 ss.

⁴⁰ Critico a tal motivo, PREIS, *RdA*, 2003, 74 ss.

⁴¹ Sul punto, DÄUBLER, *NZA*, 2004, 183.

⁴² HÖLAND, *WSI-Mitt*, 2004, 145, 148.

~ andere als
die gesetzlichen

l'illegittimità del licenziamento, il lavoratore può pretendere di proseguire lo svolgimento dell'attività lavorativa in azienda sino alla decisione definitiva⁴³.

Nella prassi, almeno la metà dei processi si risolve mediante accordo; il restante 40% si conclude con il ritiro della domanda giudiziaria o con l'abbandono del giudizio da parte del lavoratore. L'accordo, per lo più, ha ad oggetto l'acquiescenza del lavoratore al licenziamento verso il pagamento di un'indennità. Quest'ultima ammonta di regola a mezza mensilità di retribuzione per ciascun anno di anzianità aziendale. Le circostanze concrete rendono conveniente l'accordo per ambo le parti.

Per il lavoratore l'oggetto del giudizio spesso è incerto (è stato tenuto in conto il criterio di scelta sociale? L'inadempienza era tanto grave da giustificare il licenziamento per motivi afferenti la condotta?). In caso di soccombenza nel processo, egli non percepisce alcunché. Se il tribunale ne condivide la tesi, ai sensi dei §§ 9 e 10 *KSchG*, risolve comunque il rapporto di lavoro, verso il pagamento di un'indennità al lavoratore, quando la collaborazione proficua fra le parti non appaia più possibile. D'altronde, questi casi sono rari nella realtà concreta. Anche nell'ipotesi che il lavoratore vinca la causa, possono frapporsi difficoltà che impediscono il rientro in azienda; il problema è palese allorché il posto di lavoro non esiste più o non è più disponibile. In tal caso, il datore di lavoro potrebbe licenziare nuovamente per comprovate ragioni aziendali derivanti dal mutato contesto organizzativo.

Il datore di lavoro è interessato all'accordo perché anche per lui è difficile valutare l'esito della lite. Se soccombe è tenuto al pagamento della retribuzione⁴⁴. Ciò costituisce una sanzione economica di rilievo, qualora il processo duri due o tre anni. A fronte di tale rischio, l'accordo si profila come il male minore.

La prassi dei tribunali, così come quella relativa al piano sociale fanno sì che circa il 10% dei lavoratori licenziati percepisca un'indennità⁴⁵.

17. La tutela minima contro il licenziamento.

Se non trova applicazione la *KSchG* opera una "tutela di seconda classe"⁴⁶. Essa si fonda sulle clausole generali del diritto civile e sull'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale.

Dunque è illecito il licenziamento intimato esclusivamente a motivo delle convinzioni o dell'attivismo politico⁴⁷. Altrettanto vale in caso di licenziamento basato sul sesso – benché tale presupposto sussiste anche allorché il datore di lavoro richieda una prestazione caratteristica di un determinato sesso⁴⁸. Altresì, è illecito il licenziamento

⁴³ BAG DB 1985, 2197 ss.

⁴⁴ Si veda sopra III, 1.

⁴⁵ BJENSKI, *AuR* 2003, 81 ss.

⁴⁶ HANAU, *ZRP* 1996, 349, 353.

⁴⁷ BAG AP Nr. 2, al § 134 BGB.

⁴⁸ SCHIEK/HORSTKÖTTER *NZA* 1998, 863: una giardiniera era stata licenziata con la motivazione che come donna non era in grado di tagliare alberi d'alto fusto, né posare in opera una pavimentazione di pietra.

TIE

contrastante con il divieto del § 612a BGB, ovvero integrante la "risposta" del datore all'esercizio di un diritto da parte del lavoratore⁴⁹. In tale ipotesi, peraltro, occorre dare la prova che l'esercizio del diritto sia stato il "motivo fondante o quanto meno di maggior peso" del licenziamento.

Il licenziamento può violare il principio della buona fede di cui al § 242 BGB.

Ciò avuto riguardo sia alla forma che al tempo di esso⁵⁰. Inoltre, la buona fede si assume violata anche allorché il licenziamento sia intimato in assenza di una ragione oggettiva e meritevole. Secondo la Corte costituzionale⁵¹ il principio della libertà di professione, sancito all'art. 12 comma 1 GG, esige che nessuno perda il suo posto di lavoro senza un motivo oggettivo. Che cosa debba intendersi per quest'ultimo non è ancora del tutto chiaro, certamente non vengono in rilievo gli stessi elementi richiesti dal § 1 comma 2 KSchG. Se è necessario procedere ad una selezione (di tre conducenti d'autoveicolo ne viene licenziato uno), il licenziamento è illecito se al primo apparire emerge che il licenziato è notevolmente più bisognoso della tutela sociale rispetto agli altri.⁵² Se il legislatore riducesse ulteriormente il campo di applicazione della KSchG, la giurisprudenza potrebbe senza difficoltà estendere l'area di incidenza del proprio sindacato di controllo con l'aiuto della clausola generale del § 242 BGB.

18. La tutela speciale contro il licenziamento.

La cd. tutela speciale contro il licenziamento non è stata oggetto di modifiche negli anni recenti, così che basterà qui un breve riferimento alla disciplina. L'invalido grave o colui che ha presentato una domanda di riconoscimento dell'invalidità può essere licenziato solo con l'assenso dell'ufficio competente (*Integrationsamt*) (§§ 85 ss SGB IX). L'ambito di discrezionalità dell'autorità è relativamente ampio; per ottenere il consenso, il datore di lavoro deve rappresentare ragioni idonee a formare il convincimento, non afferenti allo stato di invalidità.

Le lavoratrici in stato di gravidanza e nei primi quattro mesi di vita del bambino sono destinatarie di una tutela speciale contro i licenziamenti. A norma del § 9 MuSchG i licenziamenti sono legittimi solo eccezionalmente, allorché la competente autorità regionale, in casi particolari, abbia dato il consenso, il che accade solo in presenza di gravi inadempienze. Una analoga tutela prevede il § 18 BERTGG per il periodo dei congedi dei genitori, che si protrae sino all'età di tre anni dopo la nascita del bambino. La norma è rilevante, atteso che a partire dall'anno 2000 entrambi i genitori hanno una pretesa a convertire a tempo parziale il rapporto di lavoro, entro il tetto massimo di 30 ore settimanali, tranne che sussistano gravi esigenze aziendali contrarie.

⁴⁹ BAG AiB 1988, 93.

⁵⁰ LAG Bremen AuR. 1986, 248: il lavoratore era incorso in un grave incidente sul lavoro e il giorno stesso aveva ricevuto in ospedale, poco prima dell'operazione, la comunicazione del licenziamento. Inefficace, benché sussistessero le gravi esigenze aziendali.

⁵¹ BVerfG NZA 1998, 440 ss.

⁵² Così BAG DB 2001, 1677.

Il licenziamento di un membro del consiglio aziendale è solo quello straordinario ed esige, inoltre, il voto favorevole della maggioranza dei componenti dello stesso consiglio. Se quest'ultimo nega il consenso, il datore può rivolgersi al tribunale del lavoro perchè consenta al licenziamento in via sostitutiva, allorché ravvisi il "grave motivo" ai sensi del § 626 BGB. Durante tale procedura il rapporto di lavoro prosegue e il rappresentante aziendale esercita legittimamente le sue funzioni.

In caso di cessazione dell'attività, eccezionalmente è ammissibile il licenziamento ordinario del rappresentante d'azienda ai sensi del § 4 KSchG. Altrettanto vale allorché cessa il ramo di attività cui il rappresentante è addetto, e non sia possibile la prosecuzione del rapporto in un altro settore aziendale, anche liberando un posto di lavoro⁵³.

Se il contratto collettivo esclude il licenziamento ordinario, il datore di lavoro può porre in essere un licenziamento straordinario solo se il rapporto di lavoro rischia di restare privo di contenuto, non corrispondendo più alcuna prestazione lavorativa al pagamento della retribuzione. Tuttavia, il datore di lavoro deve attivarsi seriamente per evitare il consolidarsi di una tale situazione: il lavoratore ha una pretesa ad essere riqualificato con costi relativamente elevati, così da potere assumere una diversa funzione. Inoltre, il datore di lavoro è obbligato a creare un nuovo posto di lavoro riorganizzando l'attività⁵⁴. Se la limitazione contrattuale concerne anche il licenziamento straordinario, il datore di lavoro deve attivarsi per ricollocare il lavoratore nell'ambito del gruppo o presso imprese partner, eventualmente corrispondendo un'indennità temporanea. E' ciò che la corte federale del lavoro ha stabilito in un caso di chiusura di una scuola musicale⁵⁵. In tali casi il licenziamento straordinario è ammissibile solo se è in pericolo la stessa esistenza del (privato) datore di lavoro⁵⁶.

19. Prospettive.

I partiti attualmente all'opposizione suggeriscono di espungere dal campo di applicazione della KSchG tutte le imprese fino a 20 dipendenti, così da incentivare ulteriormente le assunzioni. Il diritto del lavoro viene reso funzionale a concezioni di politica dell'occupazione. L'esattezza di queste ultime e la loro prospettiva di successo non hanno alcuna rilevanza⁵⁷.

I critici di questa tendenza osservano, al riguardo, che rapporti di lavoro relativamente stabili rafforzano il legame all'azienda e per tal via determinano un incremento della produttività. Essi incentivano "l'identità professionale e creano una base per lo sviluppo di competenza professionale, comportamenti innovativi e capacità di adattamento ai mutamenti di carattere tecnologico - organizzativo", così i fautori

⁵³ Sull'obbligo del datore di lavoro di rendere libero un posto, in modo esplicito BAG, DB 2001, 1729.

⁵⁴ BAG AP Nr. 143, § 626 BGB; BAG, DB 2003, 102.

⁵⁵ BAG DB 2003, 102, 103.

⁵⁶ In particolare, DAUBLER, *Gedächtnisschrift Heinze*, München 2004.

⁵⁷ Sull'irrelevanza del limite dimensionale, sopra, nota 18.

Tal

L, 121 ss.

dell'analisi economica del diritto⁵⁸. Chi sa che domani o dopodomani perderà il suo posto di lavoro, tende difficilmente a identificarsi con i suoi compiti e nel migliore dei casi agisce in modo corretto, ma senza interesse⁵⁹. L'economia tedesca, però, come quella degli altri paesi europei, necessita di forza lavoro innovativa, che non ha timore della propria iniziativa e di assumere i rischi che essa comporta. Anche il diritto del lavoro deve riflettere sul fatto che oggi non si necessita più di forza lavoro alla catena di montaggio, ma di analisti di sistema e di persone con capacità organizzative. La prontezza ad ampliare la propria qualificazione nell'interesse del lavoro svolto in azienda è possibile solo se il singolo ha la certezza che i suoi sforzi saranno realmente ricompensati⁶⁰.

La tutela contro il licenziamento, però, non è solo un fenomeno di rilevanza economica, né solo un presupposto per lavorare innovativamente. Essa svolge una funzione molto più ampia perché rappresenta una condizione per l'effettività delle disposizioni giuslavoristiche che realizzano nelle aziende almeno taluni elementi di democrazia.

E' questa una posizione sostenibile in tempi di globalizzazione e di concorrenza mondiale? A parte la considerazione che un debole regime di tutela del licenziamento rappresenta un incentivo a favore delle imprese multinazionali di procedere a ridurre il personale proprio nei paesi in cui la tutela è stata indebolita, esperienze di ristrutturazioni nel settore pubblico, anche in Germania, hanno dimostrato che una forte tutela del rapporto non si frappone ad operare i licenziamenti stessi, ma costringe solo il datore di lavoro ad operare con il consenso dei dipendenti⁶¹. Perché non trarre da tale indicazione anche conseguenze ad altri effetti? La lotta per i diritti dei lavoratori impone di tentare di trarre vantaggi da ogni positiva esperienza.

⁵⁸ BANDES / BUTTLER / DORNDORF / WALWEI, in SEMLINGER (a cura di) ~~112~~ 112.

⁵⁹ Cfr. anche PREIS, *RdA* 2003, 65, 68.

⁶⁰ Cfr. KLEINHENZ, 63. *DJT*, MÜNCHEN 2000 S. B 66.

⁶¹ Si vedano gli esempi citati in BLANKE, *Verwaltungsmodernisierung*, Baden Baden 1998.

→ Flexibilisierung des
Arbeitsmarkts, Frankfurt
L - Main 1991