

MATTEO CORTI

Ricercatore di diritto del lavoro nell'Università Cattolica di Milano

LENTO MA INESORABILE TRAMONTO  
DELLA STABILITÀ REALE?  
QUALCHE RIFLESSIONE ITALIANA SULLA RIFORMA  
DELLA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI IN GERMANIA (\*)

SOMMARIO: 1. Il *Kündigungsschutzgesetz*. — 2. La novella del 24 dicembre 2003. —  
3. Il dibattito tedesco sulla riforma della disciplina dei licenziamenti. —  
4. Gli spunti per il dibattito italiano.

1. La legge di protezione dal licenziamento (*Kündigungsschutzgesetz*: di seguito: *KSchG*) della Repubblica Federale di Germania fu approvata nel 1951 (1) e sostanziosamente ritoccata nel 1969 (2). Successivamente a questa data, il *KSchG* fu ancora oggetto di numerose modifiche, seppur meno ampie. L'ultima novella è stata operata dalla legge sulla riforma del mercato del lavoro (*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*) del 24 dicembre 2003.

È opportuno premettere che nemmeno quest'ultimo inter-

---

(\*) *Il saggio di M. CORTI commenta la legge tedesca per la protezione contro i licenziamenti, come modificata dalla novella del 24 dicembre 2003, della quale si è ritenuto opportuno offrire la traduzione italiana, che può leggersi in questo stesso fascicolo, III, 93-105.*

(1) Sul *KSchG* 1951 v. G. BOLDT, *La stabilità dell'impiego nel diritto tedesco*, in AA.VV., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della CECA*, ed. Comunità europea del carbone e dell'acciaio-Alta autorità, Lussemburgo, 1958, 70 ss.

(2) Sulla disciplina dei licenziamenti in Germania v., in lingua italiana, L. GAETA, *Appunti sul sistema dei licenziamenti nella Repubblica federale tedesca*, in V. PANUCCIO (coord. e dir.), *Studi in memoria di Domenico Napoletano*, Giuffrè, Milano, 1986, 733 ss.; P. BALDASSARRE, *La tutela contro il licenziamento nell'ordinamento tedesco*, *DL*, 2001, I, 199 ss.; W. DAUBLER, *Il caso tedesco*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, *QDLRI*, n. 26/2002, 195 ss.

vento riveste carattere radicale, né stravolge l'impianto che la legge ha assunto a seguito della riformulazione attuata nel 1969.

Il saggio si aprirà con un inquadramento generale della disciplina dei licenziamenti in Germania e procederà con l'analisi della recente novella. Proseguirà quindi esponendo le principali posizioni che si fronteggiano nel dibattito sulla riforma della legislazione di tutela contro i licenziamenti in quel Paese: infatti la discussione continua a svolgersi per nulla sopita dall'intervento del legislatore. Il contributo si chiuderà con una riflessione sul dibattito italiano alla luce della situazione tedesca.

In Germania la disciplina dei licenziamenti prevede la regola che il licenziamento deve essere socialmente giustificato (*sozial gerechtfertigt* - § 1, comma 1, *KSchG*). Il licenziamento giustificato può essere ordinario (*ordentliche Kündigung*) o straordinario (*außerordentliche Kündigung*) (3). Nel primo caso il datore di lavoro deve intimare il licenziamento nel rispetto del periodo di preavviso prescritto dal § 622 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Codice civile — di seguito: *BGB*); questa disposizione prevede un preavviso crescente da 4 settimane a 7 mesi secondo l'anzianità aziendale del lavoratore. Nel secondo caso il datore di lavoro può recedere dal contratto senza prestare il preavviso.

Il § 1, comma 2, *KSchG* chiarisce quali sono i motivi (intesi come presupposti legalmente stabiliti) in presenza dei quali è possibile intimare il licenziamento ordinario. La giustificazione del licenziamento è dunque data da motivi attinenti alla persona del lavoratore (*personenbedingte Kündigung*), al suo comportamento (*verhaltensbedingte Kündigung*), oppure da motivi attinenti all'attività dell'impresa (*betriebsbedingte Kündigung*) (4).

Questa tripartizione è particolarmente felice ed evita ai giuslavoristi tedeschi di confrontarsi con i problemi che la dottrina e la giurisprudenza italiane hanno incontrato a causa della nota insufficienza della bipartizione tra giustificato motivo oggettivo e giu-

---

(3) Cfr. GAETA, *op. cit.*, 742-747; W. DÜTZ, *Arbeitsrecht*, Verlag Beck, München, 2003, 143 e 183.

(4) V. DAUBLER, *Das Arbeitsrecht 2. Leitfaden für Arbeitnehmer*, Rowohlt, Hamburg, 1998, 556 ss.; M. LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, Werner Verlag, Düsseldorf, 2002, 340 ss.; DÜTZ, *op. cit.*, 158 ss.

ustificato motivo soggettivo di licenziamento, radicata nell'art. 3 della l. n. 604/1966 (5).

I motivi attinenti alla persona del lavoratore sono le circostanze di fatto o di diritto che impediscono al dipendente, per un periodo di tempo prolungato, di adempiere esattamente gli obblighi derivanti dal contratto. Si tratta di quelle fattispecie che la giurisprudenza italiana ha ricondotto ora al giustificato motivo oggettivo, ora all'impossibilità sopravvenuta parziale della prestazione che consente la risoluzione del contratto *ex art. 1464 c.c.* (6): mancato rinnovo o revoca del permesso di lavoro del lavoratore straniero, sopravvenuta incapacità del lavoratore a svolgere le mansioni assegnategli. Rientra nell'ambito della *personenbedingte Kündigung* anche il licenziamento intimato a causa di un prolungato periodo di malattia o infortunio del dipendente, o dovuto alla sua eccessiva morbilità (nell'ordinamento tedesco non esiste una norma analoga al nostro art. 2110 c.c.) (7).

I motivi attinenti al comportamento del lavoratore abbracciano tutti gli inadempimenti contrattuali colpevoli. La fattispecie della *verhaltensbedingte Kündigung* non si discosta di molto dal licenziamento per giustificato motivo soggettivo conosciuto dall'art. 3 della l. n. 604/1966. Anche la giurisprudenza tedesca richiede che sussista un inadempimento di notevole entità, in particolare che il licenziamento non possa essere utilmente sostituito

---

(5) Cfr. per tutti G. DE SIMONE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l'instabile equilibrio tra le ragioni dell'impresa e i diritti dei lavoratori*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, cit., 26 ss.

(6) Cfr. M. NAPOLI, voce *Licenziamenti*, in *Questioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, 237-240, già in *Digesto IV*; P. ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, *q. Riv.*, 2002, I, 486-491. Da ultimo la giurisprudenza si è assestata nel senso che «l'impossibilità sopravvenuta della prestazione [...] non produce effetti automaticamente, ma può costituire un giustificato motivo di licenziamento»: così Cass. 11 luglio 2001, n. 9407, *q. Riv.*, 2002, II, 762, con nota di L. VENDITTI. Analogamente Cass. 27 giugno 2003, n. 10272, mass.; Cass. 5 maggio 2003, n. 6803, mass., nonché l'intervento chiarificatore di Cass., S.U., 7 agosto 1998, n. 7755, *q. Riv.*, 1999, II, 170, con nota di G. PERA.

(7) Cfr. ad es. la sentenza del Tribunale federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht* — di seguito: *BAG*) 12 aprile 2002, *DB*, 2002, 1943. Per una casistica completa delle evenienze che giustificano la *personenbedingte Kündigung*, v. PREIS, in E. STAHLHACKE-U. PREIS-R. VOSSEN, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis. Handbuch*, Verlag Beck, München, 2002, 486 ss.

tuito da una sanzione disciplinare (8). Tuttavia, i giudici tedeschi riconoscono talora che anche comportamenti estranei alla sfera contrattuale possano giustificare una *verhaltensbedingte Kündigung*: e precisamente quando questi comportamenti siano tali da compromettere il rapporto di fiducia tra datore di lavoro e lavoratore, o da turbare le relazioni commerciali dell'impresa (9). Com'è noto, la giurisprudenza e una parte della dottrina italiana svolgono argomentazioni simili solo in riferimento al licenziamento per giusta causa (10).

Il licenziamento è giustificato dai motivi attinenti all'attività dell'impresa quando consegue a «pressanti esigenze aziendali» (11). Secondo la costante giurisprudenza tedesca, il controllo giudiziale non riguarda la decisione imprenditoriale in sé, la cui libertà è costituzionalmente garantita dagli artt. 12 (libertà di scelta della propria professione) e 14 (tutela del diritto di proprietà) del *Grundgesetz* (di seguito: GG), bensì la circostanza che tale decisione renda indifferibile la soppressione di determinati posti di lavoro (12).

(8) Cfr. *BAG* 17 febbraio 1994, *NZA*, 1994, 656. V. DAUBLER, *Il caso tedesco*, cit., 205-206; LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., 340-341. La giurisprudenza italiana verifica normalmente l'esistenza della medesima condizione: cfr. da ultimo Cass. 15 febbraio 2003, n. 2336, *NGL*, 2003, 465; Cass. 28 settembre 1998, n. 9692, *q. Riv.*, 1999, II, 184, con nota di G. PERA. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali v. R. DIAMANTI, *sub art. 3 l. n. 604/1966*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1999, 172.

(9) Cfr. ad es. *BAG* 20 novembre 1997, *AP*, *sub § 1 KSchG* 1969, n. 43. V. GAETA, *op. cit.*, 761-762; DAUBLER, *Il caso tedesco*, cit., 203; LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., 340-341.

(10) La giurisprudenza in questo senso è del tutto pacifica: v. da ultimo Cass. 9 agosto 2004, n. 15373, *mass.*; Cass. 6 marzo 2003, n. 3379, *mass.* Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali v. A. MORONE, *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, cit., 106. In dottrina, v. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, *EGL*, 1980, 59-60; criticamente M. NAPOLI, voce *Licenziamenti*, cit., 234-235. Sui problemi sollevati dal ricorso alla nozione di fiducia per giustificare il rilievo che comportamenti estranei alla esecuzione della prestazione dovuta possono avere ai fini del licenziamento, v. da ultimo C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, Giuffrè, 2004.

(11) V. DAUBLER, *Licenziamento per motivi economici, piano sociale e cambiamenti nel diritto del lavoro in Germania*, *LD*, 1999, 435 ss.; W. BERKOWSKY, *Die betriebsbedingte Kündigung*, Verlag Beck, München, 2002, 84 ss.

(12) Cfr. ad es. *BAG* 18 gennaio 2001, *NZA*, 2001, 719; *BAG* 3 dicembre 1998, *BB*, 1999, 847. BERKOWSKY, *op. cit.*, 91-93; LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., 346-347; PREIS, in E. STAHLHACKE-U. PREIS-R. VOSSEN, cit., 359-360; F. ROST, *Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Unternehmerentscheidung bei betriebsbedingter Kündigung*, H. WISBMAN (hrsg.), *Jarbuch des Arbeitsrechts*, Sch-

L'affermazione non è in sé dissimile da quella contenuta in numerose massime della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti collettivi (13).

Tuttavia l'analisi delle motivazioni delle sentenze rese nel nostro Paese rivela di frequente che un controllo sull'opportunità della decisione imprenditoriale è di fatto avvenuto (14); ciò accade più di rado in Germania, dove la decisione imprenditoriale può comportare l'invalidità del licenziamento soltanto eccezionalmente, quando oltrepassi il limite della manifesta infondatezza, irrazionalità o arbitrarietà (15). Per conseguenza il giudice tedesco di norma non sindacherà la decisione imprenditoriale di chiusura dell'azienda o delocalizzazione della produzione, la contrazione dei programmi produttivi e di investimento, il mutamento dei metodi di produzione e di lavoro, i processi di razionalizzazione e le modifiche dell'organizzazione produttiva (16). Nemmeno la riduzione dei costi salariali finalizzata all'incremento dei profitti di un'impresa *in bonis* viene normalmente ostacolata dai giudici tedeschi, purché sia perseguita tramite coerenti misure di riorganizzazione aziendale, e non meramente affermata come presupposto del licenziamento (17). Del resto nell'ordinamento tedesco le

---

midt Verlag, Berlin, 2002, 85 ss.; DÜTZ, *op. cit.*, 166-167; D. REUTER, *Unternehmerische Freiheit und betriebsbedingte Kündigung*, *RdA*, 2004, 161 ss.

(13) V. da ultimo Cass. 4 novembre 2004, n. 21121, mass.; Cass. 18 agosto 2004, n. 16163, mass. Cfr. inoltre, per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, cit., 133; DE SIMONE, *op. cit.*, 30 ss. In dottrina, per l'interpretazione tradizionale e più estensiva della nozione di g.m.o., che lo intende sostanzialmente come una clausola generale cfr. PERA, *op. cit.*, 99 ss., specialmente 123; ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit.; per l'approccio restrittivo che enuclea un *numerus clausus* di presupposti del licenziamento per g.m.o. v. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1979, 284 ss.

(14) V. in questo senso S. BRUN, *op. cit.*, 145 ss.; ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit., 491 ss.

(15) Cfr. ad es. da ultimo BAG 17 giugno 1999, consultabile sul sito [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de). V. DÄUBLER, in *Das Arbeitsrecht 2*, cit., 559-561 e *Il caso tedesco*, cit., 216; BERKOWSKY, *op. cit.*, 89-90; LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., 347-348; PREIS, in E. STAHLHACKE-U. PREIS-R. VOSSEN, cit., 360-361; ROST, *op. cit.*, 86-87; P. STEIN, *Bestandsschutz und Agenda 2010*, *KJ*, 2003, 401.

(16) V. BERKOWSKY, *op. cit.*, 100 ss.

(17) Cfr. BERKOWSKY, *op. cit.*, 108-110. ROST, *op. cit.*, 87, avverte peraltro che il caso classico del downsizing guidato da mere considerazioni di massimizzazione del profitto e non accompagnato da un'effettiva riorganizzazione dell'at-

decisioni dell'impresa sulle materie appena elencate e le loro ricadute sulle condizioni di lavoro sono già oggetto di confronto con i rappresentanti dei lavoratori nell'ambito delle disposizioni in materia di cogestione di cui è ricca la legislazione lavoristica in Germania (18).

Il § 1, comma 2, *KSchG* esplicita anche un principio generale di *extrema ratio* del licenziamento, che opera non soltanto per la *betriebsbedingte Kündigung*, ma anche per la *personenbedingte* e la *verhaltensbedingte Kündigung* (19). Il licenziamento è considerato ingiustificato quando il lavoratore possa essere reimpiegato nella medesima azienda o in un'altra azienda della medesima impresa, ovvero quando il reimpiego possa essere ottenuto mediante misure di riqualificazione o formazione continua che sia ragionevole aspettarsi dal datore di lavoro, ovvero ancora quando l'ulteriore impiego del dipendente sia possibile a condizioni di lavoro diverse che siano state accettate dal lavoratore medesimo (20). Nell'ambito della *betriebsbedingte Kündigung* il principio di *extrema ratio* esprime in particolare anche la necessità che la soppressione dei posti di lavoro operata con il licenziamento appaia di carattere irreversibile, secondo una prognosi ragionevole attuata al mo-

---

tività produttiva non è ancora stato affrontato dalla giurisprudenza del Tribunale federale del lavoro. Nell'ordinamento italiano cfr. Cass. 7 luglio 2004, n. 12514, *q. Riv.*, 2004, II, 838, con nota critica di ICHINO, la quale afferma significativamente che la soppressione del posto di lavoro che integra g.m.o. di licenziamento «non può essere meramente strumentale ad un incremento del profitto». Affermazione simile si trova anche in Cass. 17 maggio 2003, n. 7750, *mass.*; si pronuncia invece per l'irrilevanza della finalità di incremento dei profitti che ispira la decisione aziendale di riduzione dell'organico A. Torino 30 dicembre 2000, *GPiem*, 2001, 131.

(18) V. LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., 347. Sulla recente modifica del *Betriebsverfassungsgesetz* v. per tutti DAUBLER, *La riforma della legge tedesca sull'ordinamento aziendale*, *DLRI*, 2002, 621 ss.; M. WEISS, *La cogestione in Germania: una recente modifica*, *DRI*, 2002, 643 ss.

(19) Il principio è stato affermato con valenza generale sin dal *leading case BAG 30* maggio 1978, *AP*, sub § 626 *BGB*, n. 70: v. LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., 340ss.; PREIS, in E. STAHLHACKE-U. PREIS-R. VOSSEN, cit., 347.

(20) DAUBLER, *Il caso tedesco*, cit., 216-217. Con soluzione parzialmente difforme dalla prevalente giurisprudenza italiana, il datore di lavoro deve prendere in considerazione anche un'eventuale modificazione *in peius* delle condizioni di impiego del lavoratore: cfr. PREIS, in E. STAHLHACKE-U. PREIS-R. VOSSEN, *op. cit.*, 347.

mento del licenziamento stesso (21). Anche nel caso tedesco, in analogia con quello italiano (22), il principio di *extrema ratio* è stato sviluppato ed esteso dalla giurisprudenza nonostante la formulazione letterale del *KSchG* ne limitasse l'applicazione all'intervento attivo del consiglio d'azienda (*Betriebsrat*) (23). Questa convergenza spontanea dei due sistemi offre autorevole conferma alla dottrina italiana che sostiene da tempo l'irrinunciabilità del principio di *extrema ratio* ogniqualvolta un sistema di protezione dal licenziamento sia basato sulla previsione di condizioni legali al verificarsi delle quali soltanto è possibile il recesso (24).

Il licenziamento per motivi attinenti l'attività aziendale è ingiustificato anche quando il datore di lavoro non operi la scelta dei lavoratori da licenziare (*Sozialauswahl*) nel rispetto dei criteri dettati dal § 1, commi 3-5 *KSchG* (25).

La legislazione tedesca non conosce la netta distinzione tra licenziamento individuale e licenziamento collettivo che è caratteristica della disciplina italiana. Non vi è alcun dubbio in Germania che il licenziamento collettivo (*Massenentlassung*) non sia altro che

---

(21) Cfr. BERKOWSKY, *op. cit.*, 124 ss. Nella dottrina italiana sottolinea il requisito che il licenziamento per g.m.o. sia mirato alla soppressione permanente di una posizione lavorativa M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 314-316.

(22) Cfr. S. ROSSI DETTORI, *sub art. 3*, l. n. 604/1966, in O. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, 349 ss.; S. BRUN, *op. cit.*, 149 ss. Nell'ordinamento italiano il cd. onere di *repêchage* concretizza il principio di *extrema ratio*: nell'ambito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo il datore di lavoro deve provare l'impossibilità di reimpiegare il lavoratore in mansioni equivalenti. L'esistenza dell'onere di *repêchage* costituisce acquisizione pacifica per la giurisprudenza italiana: v. da ultimo Cass. 7 luglio 2004, n. 12514, cit.; Cass. 22 agosto 2003, n. 12367, mass. Per l'estensione dell'onere di *repêchage* anche al licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla prestazione v. Cass., S.U., 7 agosto 1998, n. 7755, cit., la quale afferma inoltre che in questo caso l'impossibilità di reimpiego deve essere dimostrata anche con riferimento ad eventuali mansioni inferiori. In merito all'utilizzo giurisprudenziale della regola sull'onere di *repêchage* v. M. NOVELLA, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, nota a Cass. 9 marzo 2004, n. 4790, *q. Riv.*, 2004, II, 791 ss.

(23) Cfr. DÜTZ, *op. cit.*, 169-170.

(24) V. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., in particolare 311 ss.

(25) Questa parte del *KSchG*, oggetto di profonde modifiche da parte della l. 24 dicembre 2003, verrà esaminata più analiticamente nel § 2, dedicato a tale novella.

una *species* del *genus betriebsbedingte Kündigung*, o semplicemente «la somma di un certo numero di licenziamenti individuali» (26): con la conseguenza che ai licenziamenti collettivi si applicheranno anche tutte le disposizioni riguardanti i licenziamenti individuali per motivi attinenti all'attività aziendale. Questo guadagno teorico nel nostro Paese ha trovato una più ampia accoglienza soltanto a seguito dell'approvazione della l. n. 223/1991 (27). L'art. 17 del *KSchG* prevede, per il caso di licenziamento collettivo, l'informazione e consultazione del consiglio d'azienda (*Betriebsrat*), nonché la comunicazione del progettato licenziamento all'ufficio del lavoro; tale comunicazione comporta l'automatico blocco del licenziamento per un mese (prorogabile a due dall'ufficio) (28).

In materia di licenziamenti collettivi rivestono peraltro maggiore importanza le disposizioni contenute nei §§ 111 ss. della legge sulla costituzione aziendale (*Betriebsverfassungsgesetz* — di seguito: *BetrVG*). Tali previsioni si applicano nelle imprese con più di 20 dipendenti quando siano progettate modificazioni aziendali (*Betriebsänderungen*) che possano comportare gravi pregiudizi per i lavoratori, quindi anche licenziamenti. In particolare, qualora i licenziamenti siano di una certa entità (§ 112 a, *BetrVG*), è obbligatoria l'adozione di un piano sociale (*Sozialplan*) per attenuare le conseguenze sociali della trasformazione aziendale (29).

A norma del § 626 *BGB* la giusta causa (*wichtiger Grund*) è costituita da circostanze di fatto «sulla base delle quali, tenendo

---

(26) Si esprime esattamente in questi termini M. WEISS, *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Germania*, *DRI*, 1992, 2, 158. Cfr., nello stesso senso, W. BERKOWSKY, *op. cit.*, 315; DAUBLER, *Il caso tedesco*, cit., 196. Per considerazioni di segno apparentemente diverso v. però GAETA, *op. cit.*, 770-771. Sull'impatto che la recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea potrebbe esercitare su questa sistemazione dogmatica v. H. WOLTER, *Wende im Recht der Massenentlassung*, *AuR*, 2005, 135 ss.

(27) Cfr. NAPOLI, voce *Licenziamenti*, cit., 240-247 e 258-263; O. MAZZOTTA, *sub art. 11* (artt. 4, 5, 17 e 24, l. n. 223/1991) l. n. 604/1966, in O. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, 640 ss. Ma v., *contra*, in dottrina, M. D'ANTONA, «Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. n. 223/1991, *FI*, 1992, I, 2029-2031 e 2034, e recentemente, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 9 settembre 2003, n. 13182, *q. Riv.*, 2004, II, 847.

(28) V.G. THÜSING, *Die Massenentlassung in der Bundesrepublik Deutschland*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001, 95 ss.; BERKOWSKY, *op. cit.*, 330 ss.; DÜTZ, *op. cit.*, 151-152.

(29) V. DAUBLER, *Diritto sindacale e cogestione nella Germania federale*, a cura di M. PEDRAZZOLI, Angeli, Milano, 1981, 393-399; BERKOWSKY, *op. cit.*, 500 ss.



conto di tutte le circostanze del caso concreto e contemperando gli interessi di entrambe le parti, non è possibile pretendere dalla parte che recede la continuazione del rapporto di lavoro fino allo scadere del preavviso». Il licenziamento deve essere intimato a pena di inefficacia entro due settimane dalla presa di conoscenza da parte del datore di lavoro dei fatti che integrano la giusta causa (§ 626, comma 2, *BGB*) (30). La giusta causa è solitamente data da motivi dello stesso tipo di quelli che legittimano la *ordentliche Kündigung*, e tuttavia di maggiore gravità (31); infatti la *außerordentliche Kündigung* consente di recedere dal contratto senza prestare il preavviso (32). La differenza tra *ordentliche Kündigung* e *außerordentliche Kündigung* ricalca negli effetti quella tra licenziamento per giustificato motivo e licenziamento per giusta causa conosciuta dal diritto del lavoro italiano. Per questa ragione appare piuttosto singolare che la dottrina italiana, dopo aver mutuato dall'insegnamento tedesco le categorie del recesso ordinario e di quello straordinario (33), abbia successivamente abbandonato tale distinzione argomentando la sua inutilità con la considerazione che l'ordinamento aveva ormai accolto come regola generale quella del recesso straordinario, nelle *species* rispettivamente del licenziamento per giustificato motivo e del licenziamento per giusta causa (34). A questo esito divergente nei due Paesi con riguardo alla sistemazione dogmatica della disciplina dei licenziamenti ha sicuramente contribuito la ricostruzione dottrinale tradizionale che in Italia ha assegnato alla giusta causa il ruolo di elemento costitutivo del recesso straordinario, che in questo modo esprime-

---

(30) V. DAUBLER, in *Das Arbeitsrecht 2*, cit., 613-615. La giurisprudenza italiana è rigorosa nel richiedere che il provvedimento espulsivo segua immediatamente la conclusione del procedimento disciplinare, ovvero il momento in cui si è verificato il fatto che configura la giusta causa di licenziamento: v. ad es. Cass. 28 settembre 2002, n. 14074, *q. Riv.*, 2003, II, 394, con nota di F. SANTINI.

(31) Cfr. GAETA, *op. cit.*, 762-763, che esprime i rapporti tra le due tipologie di presupposti legali in termini di «contenente» e «contenuto».

(32) DUTZ, *op. cit.*, 188-191.

(33) Cfr. in particolare G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I. Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962, 207 ss.

(34) V., anche per i riferimenti dottrinali, P. TULLINI, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, Milano, 1994, 39-41.

rebbe una fattispecie diversa rispetto al recesso *ad nutum* (35). Se nell'ambito dell'istituto del recesso straordinario l'enfasi cade non tanto sull'effetto di esonerare il recedente dall'obbligo di prestare il preavviso quanto sulla presenza nella fattispecie dell'elemento qualificante della giusta causa, l'introduzione nell'ordinamento di altri presupposti legali del recesso — il giustificato motivo soggettivo e oggettivo — non può che comportare il rifluire delle nuove figure di licenziamento nell'alveo del recesso straordinario: e infatti nella fattispecie del recesso datoriale il g.m.s. e il g.m.o. svolgono il medesimo ruolo caratterizzante che è proprio della giusta causa secondo la prevalente dottrina italiana (36).

L'ordinamento tedesco mostra meno attenzione per i profili formali dell'atto di licenziamento rispetto alla legislazione italiana. Il licenziamento richiede per la propria efficacia la forma scritta soltanto dal 1° maggio 2000 (§ 623 *BGB*). Non è prescritto che l'atto contenga l'indicazione dei motivi del licenziamento. Qualora però il lavoratore ne faccia domanda, il datore di lavoro è tenuto a comunicarglieli (§ 626, secondo comma, ultimo cpv. *BGB*). Tuttavia, se il datore di lavoro si ostina a non adempiere il proprio obbligo, risponderà soltanto degli eventuali danni, ma il licenziamento conserverà la propria efficacia (37). Ben diversa la situazione nel nostro Paese, dove l'art. 2, commi 1-2, l. n. 604/1966 commina la sanzione dell'inefficacia non soltanto al licenziamento orale, ma anche a quello cui non sia conseguita la richiesta comunicazione dei motivi nel termine di 7 giorni. In Germania è previsto anche l'intervento del consiglio d'azienda quando esso sia stato costituito nell'unità produttiva: il datore di lavoro che intenda procedere ad un licenziamento deve preventivamente consultare il

---

(35) V. per tutti G.F. MANCINI, *op. cit.*, in particolare 315-317; TULLINI, *op. cit.*, 164 ss. Secondo altra dottrina, invece, gli artt. 2118 e 2119 c.c. identificherebbero un medesimo potere estintivo del rapporto, e la giusta causa dispensebbe soltanto dall'obbligo di concedere il preavviso — v. in questo senso M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 55 ss., specialmente 98-99.

(36) Critica la dottrina tradizionale e sostiene la natura ordinaria del recesso per giustificato motivo F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, Napoli, 1982, 15-19.

(37) GAETA, *op. cit.*, 752; DUTZ, *op. cit.*, 145-146.

consiglio d'azienda; in difetto, il licenziamento è irrimediabilmente inefficace (§ 102, comma 1, *BetrVG*) (38).

Anche per quanto riguarda le modalità di impugnazione e la sanzione del licenziamento ingiustificato l'ordinamento tedesco appare meno garantista nei confronti della posizione del lavoratore e più attento alle esigenze di sicurezza del diritto e di sostenibilità aziendale del licenziamento, particolarmente preziose per le imprese. A partire dall'intimazione del licenziamento, il lavoratore ha soltanto 3 settimane per impugnarlo davanti al Tribunale del lavoro (*Arbeitsgericht*); qualora il lavoratore non impugni in termini il licenziamento, esso è considerato efficace fin dalla sua intimazione (§§ 4 e 7 *KSchG*). L'impugnazione tardiva è consentita soltanto quando il lavoratore non sia riuscito a proporre ricorso nel termine stabilito «nonostante l'utilizzo di tutta la diligenza da lui esigibile nella situazione concreta» (§ 5). Nell'ordinamento italiano l'impugnazione del licenziamento può avvenire con qualsiasi modalità, anche stragiudiziale, purché in forma scritta ed entro 60 giorni dal ricevimento della comunicazione del licenziamento (art. 7, l. n. 604/1966).

Analogamente a quanto accade nel nostro ordinamento nell'ambito della tutela reale, anche secondo il *KSchG* il licenziamento socialmente ingiustificato non è in grado di interrompere il rapporto di lavoro: qualora il tribunale ravvisi l'ingiustificatezza del licenziamento, esso dichiara che il rapporto di lavoro non si è interrotto (§ 9, comma 1, *KSchG*). Tuttavia, su istanza di una delle due parti il tribunale può sciogliere il contratto e condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità (*Abfindung*). Il giudice liquida quest'indennità secondo le regole stabilite nel § 10 *KSchG*: questa norma peraltro prevede soltanto un limite massimo al suo ammontare, che in ogni caso non può superare l'equivalente di 12 mensilità della retribuzione normale (15 o 18 per i lavoratori più anziani e con una determinata permanenza in azienda). Per conseguenza, il giudice gode di notevole discrezionalità nella fissazione dell'importo. Poiché l'indennità mira a ristorare il lavoratore per l'ingiusta perdita del posto di lavoro, nella liquidazione il giudice di norma tiene conto anzitutto dell'età e dell'anzianità

---

(38) GAETA, *op. cit.*, 766-767; DÜTZ, *op. cit.*, 172.

aziendale del lavoratore, mentre secondariamente possono venire considerate anche le condizioni delle parti, i carichi di famiglia del lavoratore, il grado di ingiustizia del licenziamento, la situazione del mercato locale del lavoro (39). Statisticamente l'importo dell'indennità si colloca tra la metà e un intero mese di retribuzione per ogni anno di appartenenza del dipendente all'azienda (40).

Il lavoratore può richiedere lo scioglimento del rapporto quando non si possa pretendere da lui la prosecuzione (ad esempio perché è probabile che il datore di lavoro non lo tratterebbe correttamente); il datore di lavoro può richiedere lo scioglimento del rapporto quando non sia possibile attendersi che l'ulteriore collaborazione sarebbe utile all'azienda (§ 9, comma 1, *KSchG*). Deve peraltro sottolinearsi che di solito la giurisprudenza tedesca concede lo scioglimento su richiesta del datore soltanto quando il comportamento del lavoratore dopo il licenziamento si sia dimostrato incompatibile con la prosecuzione del rapporto, anche se normalmente non si pretende che la condotta del lavoratore integri gli estremi di un giustificato motivo di licenziamento (41). Inoltre il datore di lavoro non può effettuare la richiesta di scioglimento *iussu iudicis* del rapporto di lavoro quando abbia intimato una *außerordentliche Kündigung*, ma sia stato dimostrato che la giusta causa in realtà non sussiste (e non sia stata possibile nemmeno la conversione in *ordentliche Kündigung*) (42). L'art. 18 St. lav., com'è noto, offre una garanzia di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro più solida: il datore di lavoro non può richiedere lo scioglimento del contratto e soltanto il lavoratore può optare per l'indennità di 15 mensilità rinunciando alla reintegrazione.

L'ordinamento tedesco concede con una certa riluttanza anche

---

(39) V. DAUBLER, in *Das Arbeitsrecht 2*, cit., 632-633; LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., 361.

(40) DAUBLER, in *Das Arbeitsrecht 2*, cit., 633; DÜTZ, *op. cit.*, 181.

(41) Cfr. BAG 16 maggio 1984, NZA, 1985, 60. V. DAUBLER, *Das Arbeitsrecht 2*, cit., 631; LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., 360; R. VOSSEN, in E. STAHLHACKE-U. PREIS-R. VOSSEN, cit., 761.

(42) LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., 360. La conversione della *außerordentliche Kündigung* in *ordentliche Kündigung* è ammessa dalla giurisprudenza tedesca quando ricorrono i presupposti fissati dal § 140 BGB, e precisamente quando la conversione corrisponde alla presunta volontà del licenziante e questa volontà era riconoscibile dal licenziato nel momento del licenziamento: cfr. da ultimo BAG 15 novembre 2001, DB, 2002, 1562.

la reintegrazione del lavoratore nelle more del giudizio: essa è prevista espressamente dalla legge soltanto quando il consiglio d'azienda abbia esercitato il proprio diritto di opposizione *ex* § 102, comma 3, *BetrVG* (43). I giudici peraltro tendono ormai a concederla con una certa costanza anche quando il licenziamento sia palesemente inefficace, oppure sia intervenuta una sentenza di primo grado che abbia accertato l'inefficacia del licenziamento (44). In caso di condanna definitiva, il datore di lavoro che non abbia offerto al lavoratore la reintegrazione ordinata dal giudice in corso di giudizio è tenuto alla corresponsione delle retribuzioni arretrate in conseguenza della propria *mora accipiendi* (*Annahmeverzug*) (§ 615 *BGB*) (45). Qualora invece non vi sia stato l'ordine di reintegrazione nel corso del giudizio, in analogia con l'ormai prevalente giurisprudenza italiana (46), il datore potrà dedurre dalle retribuzioni dovute dal giorno del licenziamento l'*aliunde perceptum e percipiendum* (§ 11 *KSchG*) (47).

Di fatto, in Germania la stragrande maggioranza dei processi in materia di licenziamenti si chiude con una transazione (*Vergleich*) che riconosce al lavoratore un'indennità in cambio delle dimissioni, oppure con lo scioglimento giudiziale del rapporto (48). La reintegrazione nel posto di lavoro, pur se prevista dalla legge, gioca un ruolo del tutto trascurabile: secondo un'indagine, per la verità un po' datata (1980), soltanto il 9% delle cause in materia di

(43) V. DAUBLER, *Diritto sindacale e cogestione nella Germania federale*, cit., 388-389; DÜTZ, *op. cit.*, 181.

(44) V. il *leading case* BAG 27 febbraio 1985, *NZA*, 1985, 702. V. DAUBLER, *Il caso tedesco*, cit., 225; LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., 362-363; VOSSEN, in E. STAHLHACKE-U. PREIS-R. VOSSEN, cit., 809-810.

(45) Cfr. W. BOECKEN-H. TOPF, *Kündigungsschutz: zurück zum Bestandschutz durch Ausschluss des Annahmeverzuges*, *RdA*, 2004, 22-24.

(46) Anche questo orientamento giurisprudenziale può ormai considerarsi consolidato: v. da ultimo Cass. 3 agosto 2004, n. 14849, mass.; Cass. 2 settembre 2003, n. 12798, mass.; Cass., S.U., 3 febbraio 1998, n. 1099, *GC*, 1998, I, 645, con nota di GIACALONE. V., anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, A. NICCOLAI, *sub* art. 18, l. n. 300/1970, in O. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, 794 ss. e 833 ss.; S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, cit., 44-45; criticamente E. ALES, *La reintegrazione trent'anni dopo: un nuovo caso di «archeologia giuridica»?», *DL*, 2000, I, 32 ss.*

(47) LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., 359.

(48) Cfr. DAUBLER, *Das Arbeitsrecht* 2, cit., 634-635.

licenziamento sfociano in una reintegrazione (49). Sembra proprio che siano in primo luogo i lavoratori a non gradire il ritorno nell'impresa che li ha ingiustamente estromessi (50). Una tendenza analoga emerge anche nel nostro ordinamento, che pure pone un'enfasi ancora maggiore sulla reintegrazione: sono numerosissimi i lavoratori che preferiscono monetizzare in una transazione il proprio diritto alla continuazione del rapporto (51).

A differenza della disciplina italiana sui licenziamenti, che a seguito della l. n. 108/1990 conserva la possibilità del licenziamento *ad nutum* per una sparuta tipologia di rapporti (tra i più importanti quello dirigenziale e il lavoro domestico), nell'ordinamento tedesco la platea dei lavoratori non protetti dal *KSchG* è piuttosto ampia e soprattutto in espansione. Il *KSchG* non trova applicazione nelle unità produttive che si situano normalmente al di sotto di una determinata soglia occupazionale: 5 dipendenti o un numero inferiore, sino al 1° gennaio 2004; ora 10 dipendenti o un numero inferiore (§ 23). Vengono conteggiati i lavoratori a termine e quelli a tempo parziale (questi ultimi *pro quota*), ma non i lavoratori interinali; non rientrano nel calcolo gli apprendisti, nonché i lavoratori che siano occupati da meno di 6 mesi (c.d. *Wartezeit* - § 1, primo comma). Il *KSchG* si applica invece ai dirigenti (*leitende Angestellten*); il tribunale non può però opporsi alla domanda datoriale di scioglimento del contratto contro il versamento dell'indennità (52).

La circostanza che il lavoratore non sia protetto dal *KSchG* non lo priva peraltro di ogni tutela. Anche in questo caso, al licenziamento si applicheranno infatti le regole generali in materia di nullità dei negozi giuridici, che ovviamente trovano applicazione pure ai licenziamenti intimati nell'ambito dei rapporti soggetti al *KSchG*: nullità per violazione di un diritto fondamentale o di una norma di legge; nullità per contrarietà ai buoni costumi (§§ 134 e 138 *BGB* — rientrano in queste fattispecie di nullità in particolare

---

(49) V.P. STEIN, *Bestandsschutz und Agenda 2010*, che può leggersi in *wzw.aus-portal.de*, 26, nota 93.

(50) STEIN, *Bestandsschutz und Agenda 2010*, *KJ*, 2003, 403.

(51) Cfr. M. PAPALEONI, *L'elusione silenziosa della tutela reintegratoria*, in corso di pubblicazione in *TG*, punto 8.

(52) V. DÜTZ, *op. cit.*, 180.

i licenziamenti discriminatori e quelli per rappresaglia) (53). Riguarda invece soltanto i rapporti di lavoro che si collocano nelle piccole aziende sottratte all'ambito di applicazione del *KSchG* la c.d. tutela di seconda classe contro i licenziamenti (54). Essa è stata perfezionata di recente dalla giurisprudenza del Tribunale federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht* — di seguito: *BAG*) (55) sulla scorta di una nota sentenza della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht* — di seguito: *BVerfG*) del 27 gennaio 1998 (56), che ha ricordato ai giudici e al legislatore come l'art.12, primo comma, *GG* (libertà di scegliere la propria professione) imponga allo Stato sociale una tutela minima del lavoratore in qualsiasi fattispecie di licenziamento. In particolare anche nelle aziende più piccole l'art. 12 *GG*, tramite l'aggancio con il § 242 *BGB* (rispetto della buona fede e correttezza nell'esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione), sanziona con la nullità il licenziamento capriccioso, discriminatorio o totalmente immotivato, ovvero quello che non tenga conto nemmeno minimamente di criteri sociali quando si tratti di scegliere un lavoratore da licenziare tra altri (57).

2. Il legislatore ha apportato alcuni ritocchi al *KSchG* nell'ambito del progetto di riforma economico-sociale denominato «Agenda 2010», realizzato, per quanto riguarda il mercato e il

---

(53) DUTZ, *op. cit.*, 146-147.

(54) Si tratta del *Kündigungsschutz zweiter Klasse*: cfr. P. HANAU, *Die wiederholte Reform des arbeitsrechtlichen Kündigungs- und Befristungsschutzes*, *ZIP*, 2004, 1170.

(55) Cfr. in particolare *BAG* 6 febbraio 2003, *DB*, 2003, 1393; *BAG* 25 aprile 2001, *NZA*, 2002, 87; *BAG* 21 febbraio 2001, consultabile sul sito *www.bundesarbeitsgericht.de*.

(56) Si può leggere in *DB*, 1998, 826. I commenti a questa fondamentale sentenza della Corte costituzionale tedesca sono solitamente positivi, anche in ragione del tradizionale rispetto che circonda costantemente l'operato del *Bundesverfassungsgericht*. Per una voce critica v. REUTER, *op. cit.*, 165 e 167, secondo il quale in questa decisione la Corte avrebbe abbandonato il corretto metodo di esegesi costituzionale utilizzato anteriormente al 1990: la Corte avrebbe trasformato la tutela contro i licenziamenti da problema di carattere costituzionale — la cui soluzione richiede il vaglio del *KSchG* alla luce dei principi fondamentali — in necessità costituzionale, che imporrebbe all'ordinamento l'esistenza sempre e comunque di una protezione contro i licenziamenti.

(57) Cfr. DAUBLER, *Il caso tedesco*, cit., 218-219; LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., 338; PREIS, in E. STAHLHACKE-U. PREIS-R. VOSSEN, cit., 112-113.

rapporto di lavoro, con il pacchetto di leggi Hartz I-IV (58). Poiché la l. 24 dicembre 2003 è stata inviata al *Bundesrat* nell'ambito di un pacchetto di provvedimenti normativi su alcuni dei quali il *Bundesrat* stesso disponeva del diritto di veto, le modifiche del *KSchG* sono state oggetto di una complessa negoziazione con l'opposizione cristiano-democratica e liberale. Per conseguenza le innovazioni riprendono in buona parte disposizioni che erano state introdotte dall'ultimo governo Kohl nel 1996 (*Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz* del 25 settembre 1996) e successivamente abrogate dal primo governo Schröder nel 1998 (*Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte* del 19 dicembre 1998).

Passiamo ad analizzare più nel dettaglio le novità.

La prima modifica riguarda la dimensione delle aziende e amministrazioni (*Betriebe* e *Verwaltungen*) alle quali si applica il *KSchG* (§ 23, primo comma): il limite dimensionale passa da 5 a 10 dipendenti, analogamente a quanto previsto nell'ultimo intervento del governo Kohl in materia. È stabilita una clausola di salvaguardia per i lavoratori che al 31 dicembre 2003 già godevano della tutela offerta dal *KSchG* perché la loro azienda contava più di 5 dipendenti e che verrebbero a perdere tale tutela con l'entrata in vigore del nuovo limite dimensionale in quanto la loro azienda conta comunque meno di 11 dipendenti: si prevede che questi lavoratori conservino il livello di tutela pregresso (salvo, naturalmente, nel caso in cui l'azienda scenda al di sotto dei 6 dipendenti) (59). A differenza di quanto previsto dalla novella del 1996, che

---

(58) Sull'approfondita analisi del mercato del lavoro tedesco effettuata dalla Commissione Hartz, sulla base della quale è stato steso il programma legislativo denominato «Agenda 2010», v. S. SPATTINI, *La riforma del mercato del lavoro tedesco: il rapporto della Commissione Hartz*, *DRI*, 2002, 684 ss. Sui provvedimenti di attuazione di «Agenda 2010» v. i contributi di T. BLANKE-W. DÄUBLER-J. BIEBACK-D. SCHIEK, in *Die Hartz-Reformen — Kurswechsel im Arbeits- und Sozialrecht*, *KJ*, 2003, 2 ss.; U. RUNGALDIER, *La riforma del lavoro nel panorama comparato: l'esperienza tedesca e austriaca*, *LG*, 2004, 947 ss.

(59) F. BADER, *Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht*, *NZA*, 2004, 65; H.J. WILLEMSSEN-G. ANNUß, *Kündigungsschutz nach der Reform*, *NJW*, 2004, 184.



conteneva una clausola di salvaguardia della durata di 3 anni, l'attuale clausola non è soggetta a limitazioni temporali (60).

La seconda serie di modifiche riguarda anzitutto i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare in caso di licenziamento per motivi attinenti all'attività dell'impresa (*betriebsbedingte Kündigung*) (§ 1, commi 3-5 *KSchG*). In particolare tali criteri vengono esplicitati in anzianità di servizio, età, carichi di famiglia ed eventuali handicap del lavoratore; in precedenza il *KSchG* stabiliva soltanto che la scelta dovesse avvenire secondo criteri sociali, e l'applicazione della norma era fonte di notevole incertezza per il datore di lavoro licenziante (61). Viene specificato meglio, rispetto alla disciplina previgente, che possono essere esclusi dal novero dei lavoratori da licenziare quelli per i quali sussista un giustificato interesse aziendale alla continuazione del rapporto, in particolare a causa delle loro conoscenze, capacità e rendimento, o al fine di assicurare un'equilibrata composizione del personale aziendale (secondo alcuni non solo sotto il profilo anagrafico, ma anche della tipologia contrattuale — tempo pieno, tempo parziale —, della professionalità, della nazionalità, del sesso) (§ 1, comma 3, secondo cpv., *KSchG*) (62). Tra i criteri di scelta non vi è alcuna gerarchia; essi devono essere utilizzati in concorso tra loro (63), analogamente a quanto è stabilito nell'ordinamento italiano con riferimento ai criteri di scelta da utilizzare nell'ambito dei licenziamenti collettivi (64); anche gli interessi aziendali che possono giustificare l'esclu-

---

(60) R. RICHARDI, *Misslungene Reform des Kündigungsschutzes durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*, *DB*, 2004, 486.

(61) Cfr. LÖWISCH, *Neuregelung des Kündigungs- und Befristungsrechts durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*, *BB*, 2004, 154; M. QUECKE, *Die Änderung des Kündigungsschutzes zum 1.1.2004*, *RdA*, 2004, 87.

(62) Così QUECKE, *op. cit.*, 88. G. THÜSING-D. WEGE, *Sozialauswahl nach neuem Recht*, *RdA*, 2005, 23-24, limitano invece le caratteristiche delle quali può essere mantenuta legittimamente la proporzione esistente tra i lavoratori prima dei licenziamenti all'età e al rendimento. C. BRORS, *Die Sozialauswahl nach der Reform des KSchG und in Rahmen der Richtlinie 2000/78/EG*, *AuR*, 2005, 45, esprime invece dubbi sulla legittimità comunitaria di questa nuova disciplina che concede al datore di lavoro di conservare un'equilibrata composizione anagrafica del personale aziendale: in particolare vi sarebbero rischi di collisione con la direttiva n. 2000/78/CE, che vieta tra l'altro le discriminazioni legate all'età del lavoratore.

(63) WILLEMSEN-ANNUß, *op. cit.*, 178.

(64) Cfr. l'art. 5, comma 1, l. n. 223/1991.

sione dal licenziamento di taluni dipendenti devono, secondo la giurisprudenza del *BAG* (65), essere ponderati con le esigenze sociali che invece favorirebbero la permanenza di altri lavoratori (66). Viene reintrodotta la previsione secondo la quale, in presenza di una ristrutturazione aziendale, a norma del § 111 *BetrVG* si presume che sia giustificato (*betriebsbedingte Kündigung*) il licenziamento dei lavoratori nominativamente indicati nella conciliazione di interessi (*Interessenausgleich*) tra il datore di lavoro e il consiglio d'azienda (*Betriebsrat*) contemplata dal § 112 *BetrVG*; in tale evenienza inoltre la scelta dei lavoratori da licenziare può essere oggetto di censura giudiziale solo in caso di errore grossolano (*grobe Fehlerhaftigkeit*) (§ 1, comma 5). Quest'ultima disposizione, concepibile soltanto in un sistema come quello della legge tedesca sulla costituzione aziendale, dove il *Betriebsrat* è tenuto a perseguire non soltanto l'interesse dei lavoratori, ma anche quello dell'azienda (67), è stata comunque oggetto di forti critiche e se ne è prevista una scarsa utilizzazione (68). Suscita invece meno polemiche il § 1, comma 4, soltanto ritoccato dalla l. 24 dicembre 2003: esso limita il sindacato del giudice sulle modalità di applicazione dei criteri di scelta al caso di errore grossolano quando tali modalità siano contenute in un contratto collettivo o in una pattuizione aziendale tra datore di lavoro e *Betriebsrat*. A differenza di quanto previsto nella legislazione italiana dall'art. 5, primo comma, l. n. 223/1991, nell'ordinamento tedesco l'autonomia collettiva non è più autorizzata a modificare i criteri di scelta stabiliti nel § 1, comma 3, *KSchG* (mentre secondo la legislazione previgente era addirittura favorita nell'individuazione concreta dei criteri sociali

(65) V. *BAG* 12 aprile 2002, *NZA*, 2003, 42.

(66) Cfr. HANAU, *op. cit.*, 1173; WILLEMSEN-ANNUß, *op. cit.*, 179; C. BRORS, THÜSING e D. WEGE, *cit.*, 15-16, ritengono invece che non si debba far luogo ad una tale ponderazione di interessi: secondo i due autori, all'esclusione dei lavoratori particolarmente preziosi per l'impresa dal novero di quelli da licenziare si opporrebbero soltanto i limiti quantitativi oltre i quali sarebbe vanificato il principio della scelta socialmente responsabile dei lavoratori in esubero (18-19).

(67) Cfr. DAUBLER, *Diritto sindacale e cogestione nella Germania federale*, *cit.*, 305-308.

(68) Cfr. J.H. BAUER, in BAUER-U. PREIS-A. SCHUNDER, *Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 18/3/2003*, *NZA*, 2003, 705; R. BUSCHMANN, *Vorwärts Kameraden, es geht zurück*, *AuR*, 2004, 2; QUECKE, *op. cit.*, 90.

cui doveva attenersi la *Sozialauswahl*) (69). Anche questa seconda serie di modifiche era già stata in vigore, grosso modo nella medesima formulazione, dal 1° ottobre 1996 al 31 dicembre 1998 nell'ambito della riforma Kohl della disciplina del licenziamento.

La terza importante novella riguarda il termine per l'impugnazione giudiziale del licenziamento, che viene unificato in 3 settimane, a prescindere dai motivi posti alla base dell'azione (§ 4) (70). L'unica eccezione residua è costituita dall'impugnazione del licenziamento orale, per il quale non vi è l'obbligo di attivarsi entro tale termine (71). La generalizzata applicazione di questo breve termine per impugnare condurrà sicuramente ad una maggiore certezza del diritto per le imprese (72). Non è peraltro sfuggito alla dottrina tedesca che, nell'ambito di un sistema che non impone al datore una rapida e immodificabile indicazione dei motivi posti a base del licenziamento, un termine così breve finirà per comprimere forse eccessivamente le possibilità di impugnazione del lavoratore (73).

La vera novità introdotta dalla legge 24 dicembre 2003 è però costituita dal diritto all'indennità (*Abfindungsanspruch*) (§ 1 a, *KSchG*) (74). Si prevede infatti che il lavoratore licenziato per motivi attinenti l'attività aziendale (*betriebsbedingte Kündigung*) abbia diritto a percepire un'indennità (*Abfindung*) a condizione che il datore di lavoro ne offra la corresponsione nella lettera di licenziamento e il lavoratore lasci spirare il termine decadenziale di 3 settimane per l'impugnazione del licenziamento. L'entità dell'in-

---

(69) V. in questo senso WILLEMSSEN-ANNUß, *op. cit.*, 180; *contra* RICHARDI, *op. cit.*, 487.

(70) Specificamente su questa parte della novella v. T. RAAB, *Der erweiterte Anwendungsbereich der Klagefrist gemäß, § 4 KSchG*, *RdA*, 2004, 321 ss.

(71) HANAU, *op. cit.*, 1174-1175; LÖWISCH, *Neuregelung des Kündigungs- und Befristungsrechts*, *cit.*, 159; QUECKE, *op. cit.*, 99-100; RAAB, *Der erweiterte Anwendungsbereich der Klagefrist gemäß, § 4 KSchG*, *cit.*, 322.

(72) In questo senso LÖWISCH, *Neuregelung des Kündigungs- und Befristungsrechts*, *cit.*, 158; U. PREIS, *Die «Reform» des Kündigungsschutzrechts*, *DB*, 2004, 77; RICHARDI, *op. cit.*, 489.

(73) Cfr. PREIS, in BAUER-PREIS-SCHUNDER, *op. cit.*, 706.

(74) Su questa parte della riforma v. specificamente R. GIESEN-N. BESGEN, *Fallstricke des neuen gesetzlichen Abfindungsanspruch*, *NJW*, 2004, 185 ss.; PREIS, *Die «Reform» des Kündigungsschutzrechts*, *cit.*, 70 ss.; C. ROLFS, *Die betriebsbedingte Kündigung mit Abfindungsangebot (§ 1<sup>a</sup> KSchG)*, *ZIP*, 2004, 333 ss.; T. RAAB, *Der Abfindungsanspruch gemäß, 1<sup>a</sup> KSchG*, *RdA*, 2005, 1 ss.

dennità è prefissata dalla legge in metà della retribuzione mensile per ogni anno di anzianità aziendale. La norma è congegnata in modo che il lavoratore conservi il proprio diritto a far controllare giudizialmente la correttezza del licenziamento. Infatti il lavoratore potrà ugualmente impugnare il licenziamento nel rispetto del termine: in questo modo egli perderà il diritto all'indennità, ma si applicherà la consueta disciplina del *KSchG*.

3. Il dibattito dottrinale e politico sulla regolazione dei licenziamenti mostra da qualche tempo una significativa convergenza di contenuti in Germania e in Italia. Il persistente ristagno dell'economia, accompagnato da tassi di disoccupazione troppo elevati e da tassi di occupazione al di sotto della media europea, sollecita in entrambi i Paesi un esame critico di tutto il diritto del lavoro, e anche delle discipline nazionali di tutela dal licenziamento (75). Viene infatti considerata evidenza quasi intuitiva che una legislazione troppo restrittiva del licenziamento scoraggi le assunzioni e ostacoli la crescita economica (76); le teorie economiche neoliberali che godono di particolare favore dall'inizio degli anni '80 del secolo scorso sembrano offrire autorevole conferma a questo assunto. Anche i profili di inadeguatezza dell'attuale disciplina messi in evidenza nei due Paesi quasi coincidono: la reintegrazione è applicata di rado e sembra interessare al lavoratore assai meno rispetto ad una congrua indennità; il sistema di stabilità è fonte di notevole incertezza dei costi del licenziamento, in particolare perché dal riconoscimento che il rapporto di lavoro non si è interrotto deriva l'obbligazione datoriale di pagare le retribuzioni arretrate (benché depurate dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*) (77); più

---

(75) Cfr. *Entwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 24.6.2003, BT-Drucks. 15/1204*, 1; MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Libro bianco sul mercato del lavoro. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Roma, ottobre 2001, specialmente 42-43 e 63-64; STEIN, *Bestandsschutz und Agenda 2010*, *www.aus-portal.de*, cit., 1 ss.

(76) V. criticamente BUSCHMANN, *op. cit.*, 1; STEIN, *Bestandsschutz und Agenda 2010*, *KJ*, 2003, 401-402.

(77) Cfr. PREIS, in BAUER-PREIS-SCHUNDER, *op. cit.*, 705-706. E tuttavia, come abbiamo visto più sopra, in caso di condanna alla reintegrazione nelle more del giudizio, il datore di lavoro che non ottemperi e sia condannato in via definitiva dovrà corrispondere al lavoratore tutte le retribuzioni arretrate senza poter detrarre alcunché in ragione dell'operare del meccanismo della mora acci-

in generale la disciplina legislativa di tutela dal licenziamento ingiustificato rende assai difficile prevedere l'esito di un giudizio. Mentre in Italia il lungo dibattito sull'art. 18 St. lav. non ha ancora partorito alcuna riforma, le modifiche apportate al *KSchG* dalla l. 24 dicembre 2003 hanno avuto l'esito piuttosto paradossale di scontentare quasi tutti.

L'opposizione cristiano-democratica, che pure ha condizionato in modo sensibile la redazione della riforma, ha subito dichiarato che si trattava di un compromesso insufficiente e ha avanzato nuove proposte radicali di revisione della disciplina dei licenziamenti (78): *a*) innalzamento della soglia di applicazione del *KSchG* a 20 dipendenti; *b*) possibilità di concordare nel contratto di assunzione che il periodo di anzianità aziendale entro il quale non trova applicazione il *KSchG* sia superiore a 6 mesi, purché non oltrepassi i 2 anni (la proposta sembra tuttavia suggerire la contestuale abrogazione dell'attuale disciplina dei contratti a termine senza motivo obiettivo) (79); *c*) possibilità di prevedere nel contratto di assunzione il diritto all'indennità di licenziamento con contestuale rinuncia del lavoratore alla facoltà di impugnare il licenziamento per motivi attinenti all'attività aziendale.

I sindacati hanno lamentato una riforma che, benché non massimalista nel proprio impianto, ritengono comunque contraria agli interessi dei lavoratori. La dottrina ad essi più vicina ha criticato in particolare l'innalzamento a 10 dipendenti della soglia occupazionale minima *ex* § 23, primo comma, *KSchG*: tale modifica potrebbe presentare anche profili di incostituzionalità nella misura in cui consentirebbe di sottrarre alla presa del *KSchG* imprenditori che abbiano la consistenza economica sufficiente per reggerne l'applicazione (80). Più in generale è stata stigmatizzata l'adesione, seppur cauta, del legislatore ai desiderata delle teorie economiche

---

piendi (§ 615 *BGB*). Considerano l'operare del meccanismo della mora accipiendi e la conseguente incertezza dei costi del licenziamento i motivi principali dell'avvenuta monetizzazione della tutela reale BOECKEN-TOPF, *op. cit.*, 19 ss.

(78) V. la risoluzione *Wachstum - Arbeit - Wohlstand*, approvata al XVIII congresso della CDU, tenutosi a Düsseldorf il 6-7 dicembre 2004, consultabile sul sito [www.cdu.de](http://www.cdu.de).

(79) Sui quali mi permetto di rimandare al mio *I contratti a termine nell'ordinamento lavoristico tedesco*, *RGL*, 2003, I, 575.

(80) BUSCHMANN, *op. cit.*, 3.

dell'offerta, secondo le quali la facilitazione dei licenziamenti favorirebbe in ultima analisi nuove assunzioni (81).

Gli imprenditori hanno criticato invece il governo per un'iniziativa troppo timida: essa non terrebbe nel dovuto conto la situazione di profonda crisi del mercato del lavoro tedesco, che l'inefficiente funzionamento del *KSchG* contribuirebbe a irrigidire. Questi rilievi sono ben comprensibili se si tiene presente che l'associazione dei datori di lavoro tedeschi (*Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände* — *BDA*) aveva presentato nel 2003 proposte di riforma del *KSchG* ben più radicali di quelle poi operate dal legislatore (82). I punti più qualificanti riguardavano la soglia di applicazione del *KSchG*, che avrebbe dovuto essere elevata a 20 dipendenti; l'innalzamento del periodo di anzianità aziendale (*Wartezeit*) entro il quale non si applica il *KSchG*, che avrebbe dovuto essere portato da 6 mesi a 2 anni; la richiesta di scioglimento del contratto di lavoro da parte del datore di lavoro *ex* § 9, primo comma, *KSchG*, che avrebbe dovuto essere ammessa senza condizioni contro il pagamento di un'indennità stabilita dalla legge.

Anche la dottrina non ha risparmiato critiche.

Il giudizio è stato moderatamente positivo soltanto per quanto riguarda la riforma delle modalità di scelta dei lavoratori da licenziare per motivi inerenti all'attività dell'azienda (83). Con essa il legislatore si prefiggeva di aumentare la certezza del diritto durante la delicata fase delle ristrutturazioni aziendali: lo scopo può considerarsi raggiunto, anche grazie al ripescaggio di una disciplina, quella introdotta dal governo Kohl nel 1996, che aveva già stimolato una consistente elaborazione dottrinale e una prima applicazione giurisprudenziale (84). D'altro canto, non è mancato chi ha stigmatizzato il ritorno a discipline introdotte dai cristiano-democratici e successivamente abrogate dalla prima coalizione rosso-verde: è infatti risultata acuita l'impressione che il governo

---

(81) BUSCHMANN, *op. cit.*, 1.

(82) V. un riassunto in STEIN, *Bestandsschutz und Agenda 2010*, cit., 9-10.

(83) Cfr. PREIS e BAUER, in BAUER-PREIS-SCHUNDER, *op. cit.*, 704; QUECKE, *op. cit.*, 87.

(84) In questo senso HANAU, *op. cit.*, 1170.

manchi di una chiara percezione delle necessarie riforme da operare sul *KSchG* (85).

Numerose obiezioni sono state sollevate a proposito dell'innalzamento della soglia di applicazione del *KSchG* a 10 dipendenti. Se da un lato una parte della dottrina concorda sulla necessità di questa novella (86), dall'altro lato si mettono in evidenza i rischi di abusi e i problemi interpretativi creati dalla clausola di salvaguardia, che rende possibile la coesistenza nella stessa azienda di lavoratori con e senza tutela *ex KSchG* (87). È stata poi oggetto di condanna pressoché unanime la decisione del governo di non recepire le indicazioni della Corte costituzionale (88) e di ribadire che il numero di dipendenti che fa scattare l'applicazione del *KSchG* deve essere riferito all'unità produttiva (*Betrieb*) e non al datore di lavoro nel suo complesso (89). Secondo la prevalente dottrina si impone peraltro un'interpretazione correttiva in quest'ultimo senso (90). Non si può che rimarcare *en passant* la felice scelta in materia del legislatore italiano che, nell'art. 18 St. lav. e nell'art. 24, l. n. 223/1991, ha stemperato il riferimento del numero dei lavoratori all'unità produttiva, prevedendo che si consideri anche il numero di lavoratori complessivamente alle dipendenze del datore di lavoro.

Nemmeno la novità più genuina, costituita dall'*Abfindungsanspruch*, è rimasta indenne da critiche molto severe. Nella relazione di accompagnamento alla l. 24 dicembre 2003 il governo tedesco l'ha presentata come «alternativa allo strumento processuale, moderna e non burocratica, di facile utilizzo» (91); con essa si mira in particolare a deflazionare il contenzioso giudiziale, rendendo contestualmente meglio calcolabili i costi dei licenziamenti per le

---

(85) BUSCHMANN, *op. cit.*, 1.

(86) Ad es. PREIS e BAUER, in BAUER-PREIS-SCHUNDER, *op. cit.*, 706.

(87) Cfr. PREIS, *Die «Reform» des Kündigungsschutzrechts*, cit., 78; QUECKE, *op. cit.*, 104-105; WILLEMSEN-ANNUß, *op. cit.*, 184.

(88) Contenute in *BVerfG* 27 gennaio 1998, cit.

(89) V. BUSCHMANN, *op. cit.*, 3; RICHARDI, *op. cit.*, 486; WILLEMSEN-ANNUß, *op. cit.*, 184.

(90) Così LÖWISCH, *Neuregelung des Kündigungs- und Befristungsrechts*, cit., 161; QUECKE, *op. cit.*, 103; PREIS, *op. ult. cit.*, 78; dubitativamente BUSCHMANN, *op. cit.*, 3.

(91) Così *Entwurf der Fraktionen SPD*, cit., 12.

imprese (92). Secondo la maggior parte della dottrina essa non sarebbe tuttavia in grado di conseguire alcuno degli scopi che si prefigge. Anzitutto, il nuovo istituto non sarebbe in grado di deflazionare il contenzioso giudiziario (93), perché il lavoratore conserverebbe comunque un considerevole interesse ad ottenere l'indennità all'esito del procedimento giudiziale: in questo modo disporrebbe infatti di un titolo esecutivo, e in taluni casi anche di una maggiore indennità, in particolare quando la sua anzianità aziendale non sia troppo elevata (94). In secondo luogo, l'incertezza sui costi del licenziamento rimane esattamente quella che si aveva con la disciplina previgente (95): infatti l'effettiva determinazione *ex ante* del c.d. *firing cost* si avrebbe soltanto adottando la terza delle proposte avanzate dall'opposizione cristiano-democratica. In terzo luogo, lo strumento giuridico predisposto dal legislatore non sembra nemmeno troppo agevole da utilizzare, poiché la tecnica di redazione delle nuove disposizioni legislative non pare impeccabile (96). Non si comprende se il legislatore descriva una fattispecie di natura negoziale (e si applichino quindi comunque le disposizioni generali in materia di negozi giuridici) (97) oppure ricollegli precisi effetti giuridici al compimento di una serie di meri atti (e quindi tali disposizioni generali non trovino applicazione) (98). Si concorda che per il realizzarsi della fattispecie non sia necessaria la sussistenza di tutti i presupposti di una *betriebsbedingte Kündigung*, salvo poi incontrare grosse difficoltà quando si tratti di indicare quale grado di incompletezza di tali presupposti rientri ancora nello schema immaginato dal legislatore nel § 1

(92) PREIS, *op. ult. cit.*, 75.

(93) In questo senso BAUER e PREIS, in BAUER-PREIS-SCHUNDER, *op. cit.*, 705-706; GIESEN, *op. cit.*, 189.

(94) PREIS, *op. ult. cit.*, 75-76 e 79.

(95) Cfr. PREIS, *op. ult. cit.*, 75.

(96) Cfr. in particolare ROLFS, *op. cit.*, 343, che parla di «mostro burocratico»; HANAU, *op. cit.*, 1176; QUECKE, *op. cit.*, 94; WILLEMSSEN-ANNUß, *op. cit.*, 181.

(97) In questo senso LÖWISCH, *Neuregelung des Kündigungs- und Befristungsrechts*, cit., 157-158; PREIS, *op. ult. cit.*, 72; ROLFS, *op. cit.*, 335-336.

(98) In questo senso GIESEN, *op. cit.*, 185, QUECKE, *op. cit.*, 96, e RAAB, *Der Abfindungsanspruch gemäß, § 1<sup>a</sup> KSchG*, cit., 4, che però sostengono l'applicazione dei principi generali in materia di negozi giuridici alla dichiarazione del datore di lavoro; HANAU, *op. cit.*, 1176-1177; WILLEMSSEN-ANNUß, *op. cit.*, 182.



a (99). Non si è totalmente d'accordo nemmeno sul punto se l'entità minima dell'indennità prevista dalla legge costituisca norma inderogabile *in peius* per il lavoratore (100): tuttavia, siccome si ritiene che anche dopo la novella sia possibile stipulare transazioni successive al licenziamento a condizioni diverse da quelle previste dal § 1 a, *KSchG*, secondo l'opinione prevalente l'indennità minima troverebbe applicazione soltanto qualora le parti non abbiano espressamente pattuito sul punto in modo difforme (101). Questo giudizio estremamente negativo sull'*Abfindungsanspruch* appare peraltro un po' troppo impietoso. Si deve infatti ammettere che al momento del recesso sia il datore di lavoro sia il lavoratore possono avere interesse a chiudere rapidamente e secondo le condizioni rigidamente stabilite dalla legge il proprio rapporto: molto spesso è difficile per entrambi immaginare *a priori* l'esito di un eventuale giudizio.

Più in generale, sulla riforma del *KSchG* la dottrina ha stigmatizzato la mancanza di coraggio del legislatore, che si sarebbe limitato a modifiche minimali di una normativa ormai irrimediabilmente invecchiata. Negli ultimi anni la dottrina tedesca è stata molto impegnata nell'immaginare una revisione profonda della disciplina dei licenziamenti (102). È il caso di ricordare tra gli altri il contributo offerto dall'articolato steso dal prof. Ulrich PREIS (103), che si segnala per un'impostazione moderata e innovativa al tempo stesso. La proposta di PREIS cerca di coniugare una maggiore certezza del diritto, invocata a gran voce dalle imprese, con la conservazione di un grado elevato di tutela della stabilità del posto di lavoro, percepita come valore di civiltà giuridica che non può essere sacrificato integralmente. Da un lato vengono previste la riscrittura completa in un unico testo di tutte le disposizioni in materia di licenziamenti; la precisazione delle norme poco chiare;

---

(99) Cfr. GIESEN, *op. cit.*, 186; HANAU, *op. cit.*, 1177; PREIS, *op. ult. cit.*, 73; ROLFS, *op. cit.*, 334.

(100) In senso incondizionatamente affermativo solo BUSCHMANN, *op. cit.*, 3.

(101) Cfr. GIESEN, *op. cit.*, 186; PREIS, *op. ult. cit.*, 72-73; QUECKE, *op. cit.*, 96; ROLFS, *op. cit.*, 342; WILLEMSSEN-ANNUß, *op. cit.*, 183; RAAB, *Der Abfindungsanspruch gemäß, § 1<sup>a</sup> KSchG*, cit., 8.

(102) V. una sintesi delle più importanti proposte in STEIN, *Bestandsschutz und Agenda 2010*, *www.aus-portal.de*, cit., 9 ss.

(103) Vedilo in PREIS, *Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis*, *www.aus-portal.de*, cit.

la codificazione degli orientamenti giurisprudenziali sui presupposti che giustificano il licenziamento; la sostituzione delle regole in materia di *Sozialauswahl* con una disposizione che stabilisce il pagamento al lavoratore di un'indennità liquidata dal giudice, in caso di mancato accordo tra le parti, tenendo conto dell'anzianità aziendale, anagrafica e dei carichi di famiglia del dipendente; la possibilità di prevedere contrattualmente la rinuncia del lavoratore alla facoltà di impugnare il licenziamento per motivi attinenti all'attività aziendale (*betriebsbedingte Kündigung*) in cambio del diritto ad un'indennità dell'ammontare di una mensilità per ogni anno di anzianità aziendale (e tuttavia tale pattuizione sarebbe possibile soltanto dopo un anno dall'inizio del rapporto); la generalizzazione della risoluzione del rapporto tramite corresponsione di un'indennità nell'ambito dei datori di lavoro che occupano meno di 20 dipendenti, salvo il caso del licenziamento arbitrario. Dall'altro lato, sebbene in parte ridimensionato, verrebbe confermato il principio che il licenziamento ingiustificato non interrompe, di norma, la relazione lavorativa.

4. Il dibattito tedesco sulla riforma della disciplina dei licenziamenti appare dominato da un problematico *trade-off*: il perseguimento di una maggiore certezza del diritto e conseguentemente di un'accresciuta prevedibilità dei costi del licenziamento per le imprese sembra accompagnarsi a una minore equità per il lavoratore nella valutazione giudiziale delle ragioni che possono condurre alla perdita del posto (104). Le posizioni emerse in Germania possono così essere collocate su un *continuum* che va dalla difesa dell'esistente (sindacato) alla possibilità generalizzata per le imprese di ottenere la risoluzione del rapporto illegittimamente interrotto tramite la corresponsione di un'indennità (datori di lavoro), passando per soluzioni intermedie che ricercano nuovi e più avanzati equilibri (PREIS, ma anche, in misura minore e più incerta, la novella governativa e la proposta della CDU) tra le due opposte esigenze della prevedibilità dell'esito del licenziamento e dell'equo temperamento dell'interesse del datore di lavoro alla cessazione del rapporto con quello del lavoratore alla sua continuazione.

---

(104) Cfr. STEIN, *Bestandsschutz und Agenda 2010*, KJ, 2003, 414.

Il dibattito italiano sulla riforma della disciplina di tutela contro i licenziamenti si è per il momento sopito, e soprattutto non è ancora sfociato in una riforma legislativa (105). Tuttavia la discussione nel nostro Paese si è arenata prevalentemente sulla *vevata quaestio* dell'art. 18 St. lav. (106), anche a causa dei due *referendum* che si sono succeduti a breve distanza di tempo con l'opposta finalità di eliminare o generalizzare l'istituto della reintegrazione. Il dibattito non si è invece soffermato in modo approfondito sul problema dell'insufficiente certezza del diritto e della conseguente imprevedibilità degli esiti del licenziamento che attanagliano anche il nostro sistema a causa della brachilogica formulazione di cui all'art. 3, l. n. 604/1966 (107). Anzi, nel dibattito italiano non mancano proposte che potrebbero addirittura condurre a un aumento dell'incertezza in merito all'esito del licenziamento. Nel disegno di legge governativo n. 848-*bis* si prevede tra l'altro che nel caso di arbitrato gli arbitri possano decidere la reintegrazione del lavoratore oppure la liquidazione di un'indennità (art. 4, lett. f) (una soluzione simile è prevista anche in taluni progetti di origine dottrinale). Si tratta della disciplina vigente in Germania, che secondo l'opinione assai diffusa in quel Paese non ha dato buona prova di sé: non sembra il caso di sperimentarla in Italia.

Da lungo tempo ormai autorevole dottrina suggerisce l'esplorazione del *firing cost* tramite il passaggio, salvo qualche aggiustamento nel caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, a un sistema caratterizzato dal pagamento di un'indennità (108). Tale meccanismo coniugherebbe al meglio l'esigenza della certezza dei costi del licenziamento, necessaria alle imprese per pianificare i propri organici, con la tutela del lavora-

---

(105) V. un'efficace sintesi delle principali posizioni in campo in LIEBMAN, *op. cit.*, 54 ss. Nella documentazione del numero monografico AA.VV., *I licenziamenti individuali*, cit., sono riportati numerosi articolati elaborati da giuristi e partiti politici.

(106) V. LIEBMAN, *op. cit.*, 56; la residua ipotesi di sospensione sperimentale dell'applicazione dell'art. 18 concordata tra Governo e parti sociali nell'allegato 2 del Patto per l'Italia del 2002.

(107) V. una proposta di chiarificazione delle clausole generali dell'art. 3 in F. LISO, *Leggendo il rapporto «Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe»*, a cura di Alain Supiot, *ADL*, 2001, 572-573.

(108) V. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, 105 ss.

tore, che non verrebbe comunque licenziato finché la perdita che l'impresa si attende continuando ad occuparlo resti inferiore al costo del licenziamento.

Si tratta di argomenti che trovano ampia corrispondenza nell'ambito del dibattito tedesco (109). Il carattere radicale di questa proposta induce tuttavia a esprimere una certa cautela in merito all'opportunità del suo accoglimento (110), tanto più che gli spazi per incrementare la certezza del diritto senza pregiudicare eccessivamente l'equità della decisione giudiziale concreta non sembrano affatto esauriti nel sistema italiano di tutela contro il licenziamento. D'altro canto, sia nel dibattito tedesco sia in quello italiano sono presenti voci che invitano a riflettere più approfonditamente sul valore della stabilità del rapporto di lavoro espresso dalle leggi di tutela contro i licenziamenti ingiustificati (111). Tale valore non è soltanto un ostacolo alla creazione di posti di lavoro, come spesso pretende una parte della scienza economica, peraltro con discutibile

---

(109) Per una rassegna completa dei progetti basati in tutto o in parte su soluzioni indennitarie v. S. KAMANABROU, *Verfassungsrechtliche Aspekte eines Abfindungsschutzes bei betriebsbedingten Kündigungen*, *RdA*, 2004, 333 ss. L'autrice svolge una puntuale analisi delle proposte alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale. L'esito dello scrutinio è incondizionatamente positivo per il nuovo *1 a, KSchG*, anche in ragione del suo carattere opzionale per entrambe le parti (339). L'autrice ritiene costituzionalmente ammissibili, a determinate condizioni, anche i meccanismi indennitari puri, benché la Corte costituzionale tedesca non abbia mai affrontato *ex professo* la questione (336-337). Com'è noto, invece, la Corte costituzionale italiana ha più volte stabilito che il meccanismo della stabilità reale non è costituzionalmente necessitato: cfr. da ultimo espressamente C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46, *RGL*, 2000, II, 177. Nella medesima sentenza, peraltro, la Corte ha affermato (benché non in maniera chiarissima) che il principio secondo il quale il licenziamento deve essere giustificato (ora significativamente ribadito anche nell'art. 30 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea) gode invece di rango costituzionale. Alla luce di questa giurisprudenza, condivisa anche dalla Corte di cassazione (cfr. ad es. Cass. 11 novembre 2002, n. 15822, *q. Riv.*, 2003, II, 663, con nota di C. FOSSATI), appaiono di dubbia praticabilità soluzioni basate sulla corresponsione generalizzata di un'indennità in caso di licenziamento, a prescindere dalle ragioni che ne sono alla base.

(110) In questo senso LIEBMAN, *op. cit.*, 59.

(111) V. DÄUBLER, *Il caso tedesco*, cit., 226-227; LIEBMAN, *op. cit.*, 59; NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Giappichelli, Torino, 2002, 160 ss., già saggio introduttivo del numero monografico sui licenziamenti individuali di *QDLRI* del 2002; STEIN, *Bestandsschutz und Agenda 2010*, *KJ*, 2003, in particolare 413-415; W. BOECKEN-H. TOPF, *op. cit.*, 2004, 21, che descrivono anche l'evoluzione storica della tutela reale contro i licenziamenti in Germania (20 ss.).

supporto empirico (112). La stabilità reale garantisce ai lavoratori che l'esercizio di tutti i diritti derivanti dal rapporto potrà avvenire senza timore di ritorsioni; svolge una funzione etica, poiché ricorda al datore di lavoro che il lavoratore è una persona nei confronti della quale non tutto gli è permesso; svolge una funzione pedagogica, poiché invita il datore di lavoro a valorizzare al massimo le proprie risorse umane, delle quali non può sbarazzarsi a cuor leggero. Tutti questi argomenti devono essere attentamente valutati nel pianificare una riforma della disciplina dei licenziamenti in Italia: infatti, se da un lato il diritto del lavoro deve imparare anche a incentivare la creazione di nuove opportunità di lavoro (113), d'altro lato esso non può abdicare alla propria funzione storica di tutela della dignità del lavoratore subordinato.

*Elenco delle abbreviazioni delle riviste citate*

<i>AP</i>	Arbeitsrechtliche Praxis. Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
<i>AuR</i>	Arbeit und Recht
<i>BB</i>	Betriebsberater
<i>BT-Drucks</i>	Bundestagsdrucksache
<i>DB</i>	Der Betrieb
<i>EGL</i>	Enciclopedia giuridica del lavoro
<i>KJ</i>	Kritische Justiz
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NZA</i>	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
<i>RdA</i>	Recht der Arbeit
<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

(112) Cfr. FAVRO-PARIS, *Teorie economiche e disoccupazione*, Utet, Torino, 2002, 288 ss.; LIEBMAN, *op. cit.*, 60. In ambito tedesco il rapporto tra disciplina di tutela dal licenziamento e disoccupazione strutturale è stato trattato di recente, con riferimento al quadro costituzionale e alla teoria economica, dalla pregevole monografia di F. RÜTTEN, *Institutionelle Arbeitslosigkeit und Grundgesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

(113) Cfr. T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, 2001, 171.

LENTO MA INESORABILE TRAMONTO DELLA STABILITÀ REALE? QUALCHE RIFLESSIONE ITALIANA SULLA RIFORMA DELLA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI IN GERMANIA. — Riassunto. *Il saggio percorre rapidamente con taglio comparatistico la disciplina tedesca dei licenziamenti, soffermandosi sulla l. 24 dicembre 2003, che ha novellato il Kündigungsschutzgesetz. Il dibattito sulla riforma della legge di tutela contro i licenziamenti non si è per nulla arrestato dopo l'intervento riformatore. Le modalità con le quali sia possibile creare maggiore certezza del diritto per le imprese senza pregiudicare eccessivamente il diritto dei lavoratori ad una adeguata tutela contro il licenziamento ingiustificato sono al centro del dibattito; il superamento della tutela reale, quasi mai prospettato come integrale, non è la questione più importante in discussione. Sulla scorta di questa constatazione, l'autore ritiene che in Italia il dibattito in materia di riforma della disciplina dei licenziamenti sia stato male impostato, concentrato quasi unicamente sul dilemma reintegrazione sì/reintegrazione no. L'enfasi sulla stabilità reale appare eccessiva in considerazione degli ampi margini di miglioramento della certezza del diritto che si potrebbero ricavare operando su altri aspetti della disciplina dei licenziamenti. In ogni caso qualsiasi riforma dovrà tenere adeguatamente in conto anche i valori personalistici incarnati dalla stabilità reale.*

SLOW BUT INEVITABLE DECLINE OF THE REMEDY OF REINSTATEMENT? A FEW ITALIAN REMARKS ABOUT THE REFORM OF THE LAW ON DISMISSALS IN GERMANY. — Summary. *The essay deals with the German law on dismissals (Kündigungsschutzgesetz) from a comparative point of view; in particular, it analyses the Statute of December 24<sup>th</sup> 2003, which has amended the Kündigungsschutzgesetz. The discussion about the reform of the German legislation on dismissals has not ceased in any way, even after the amendment by the above Statute. The debate focuses upon the reforms whereby it is possible to reduce the uncertainties of law without curtailing too much the employee's right to a fair protection against unlawful dismissals; replacing the remedy of reinstatement, never suggested in a comprehensive way, is not the main subject under discussion. Taking his cue from this feature of the German debate, the Author argues that the Italian discussion on the reform of the legislation on individual dismissals is developing in the wrong direction because it is nearly totally absorbed by the dilemma «reinstatement yes/reinstatement no». The emphasis on the remedy of reinstatement appears to be exaggerated if we consider the scope for reduction of the uncertainties of law by means of modification of other aspects of the discipline of the individual dismissals. Anyway, all reforms in this field must take into account also individual values which are embodied by the remedy of reinstatement.*