

Raffaello Santagata

Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*

Sommario: PARTE I: **1.** Il sistema tedesco nel quadro comparato. **1.2.** Principi costituzionali in tema di licenziamento. **2.** L'ambito di applicazione del KSchG e le causali del licenziamento: cenni. **3.** Il licenziamento per motivi legati alla persona (*personenbedingte Kündigung*): cenni. **4.** Il licenziamento per ragioni economiche o aziendali. **5.** Licenziamenti per motivi oggettivi e obbligo di reimpiego. PARTE II: **6.** La scelta sociale (*Sozialauswahl*). **7.** Il licenziamento per ragioni legate al comportamento inadempiente del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*). **8.** Il recesso straordinario. **9.** Il sistema sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo. **10.** L'indennità risarcitoria e la transazione giudiziale. **11.** Il sistema di tutela collettiva (cenni). La reintegrazione nelle more del giudizio. **12.** Il dibattito più recente.

6. *La scelta sociale (Sozialauswahl)*

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

Un passaggio preliminare alla selezione sociale consiste nella delimitazione

* Il presente contributo riproduce, con alcune integrazioni, il *working paper* del CSDLE Massimo D'Antona. INT n. 96/2012. La prima parte è stata pubblicata sul n. 3/2012 di questa Rivista.

¹ Per esempio, BAG 2.6.2005 – 2 AZR 158/04, BAGE 115, 82 = AP Nr.73 zu § 1 KSchG 1969. Soziale Auswahl = NZA 2005, 1175.

sia dell'ambito entro il quale debbono essere applicati i criteri previsti dalla legge sia della cerchia dei lavoratori comparabili. Sotto il primo profilo, la giurisprudenza tedesca, diversamente da quella italiana, ha sviluppato un orientamento secondo cui il datore di lavoro è obbligato ad utilizzare come ambito di riferimento della sua scelta *l'intera azienda*², senza dunque consentirgli di rapportare la sua *soziale Auswahl* soltanto a quelle parti di azienda interessate dal progetto di chiusura o di ristrutturazione. Per quanto riguarda, invece, la delimitazione della cerchia dei lavoratori comparabili, i giudici ritengono possibile includere, ai fini della selezione sociale, tutti i lavoratori che svolgono mansioni tra loro fungibili³, ritenendo che la fungibilità sussista anche se la sostituzione richiede un breve periodo di addestramento per impraticarsi.

Tuttavia, il datore di lavoro non può accollarsi il costo dell'addestramento laddove per ristabilire la comparabilità sia necessario un periodo troppo lungo di formazione³.

Negli anni più recenti si sono succeduti due importanti interventi legislativi che hanno modificato profondamente la regolamentazione dei criteri per la selezione sociale. Si allude anzitutto alla già richiamata legge di promozione dell'occupazione del 1996 che ha recepito i tre parametri già applicati in sede giurisprudenziale (l'anzianità aziendale, l'età, gli obblighi di mantenimento) (§ 1, c. 3-5 del KSchG) e, in secondo luogo, alla riforma del 2003, che, invece, ha aggiunto a tali criteri la grave invalidità del lavoratore (*Schwerbehinderung*) ed ha disposto un trattamento privilegiato per alcune categorie. In particolare il legislatore del 2003 ha consentito espressamente al datore di lavoro di escludere dalla selezione sociale i lavoratori la cui prosecuzione dell'attività sia necessaria per esigenze tecniche, economiche o per altre legittime esigenze aziendali oppure di coloro i quali al momento della dichiarazione del licenziamento non possono essere licenziati per ragioni legate alla tutela speciale in caso di licenziamento. Si tratta di un'innovazione di non poco conto poiché in passato, la disciplina tedesca, al pari di quella svedese⁴, era interpretata nel senso che la scelta non potesse dipendere principalmente dalle capacità e dal rendimento del lavoratore ma dovesse essere effettuata soltanto secondo criteri sociali.

² BAG 2.03.2006 – 2 AZR 23/05, in NZA 2006, 1350.

³ BERKOWSKY, *Die Betriebsbedingte Kündigung*, in AA.Vv., *Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht II*, C.H. Beck, 1993, p. 418.

⁴ Cfr. REBHAIN, *Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU*, in ZA 2003, p. 202, il quale riferisce che in Svezia il datore di lavoro deve licenziare anzitutto i lavoratori che hanno meno anzianità di servizio anche se sono più qualificati.

In questa materia anche il diritto tedesco, come il nostro, riconosce all'autonomia collettiva alcuni spazi di intervento: il § 1 Abs 4 *KSchG* non affida però al contratto collettivo (o all'accordo di codeterminazione aziendale) il compito di determinare, in prima battuta, i criteri di scelta come avviene da noi, bensì quello, non meno delicato, di stabilire come debbano essere valutati, in rapporto tra loro, i criteri legali⁵. Peraltro, il legislatore tedesco, aprendo in qualche misura la strada ad un sindacato giurisdizionale sul prodotto dell'autonomia collettiva sotto il profilo della ragionevolezza – come da noi si è verificato con la sentenza della Corte costituzionale del 30.6.1994 n. 268 – prevede che l'accordo così raggiunto possa essere sottoposto ad un controllo giudiziale nel caso di “manifesta erroneità” (“*grober Fehlerhaftigkeit*”)⁶.

Come già anticipato qualora i licenziamenti vengano pronunciati sulla base di una “modificazione della struttura aziendale” secondo il disposto del § 111 *BetrVG*, il cosiddetto accordo di interessi, con il quale in base al § 112 Abs. 1 del *BetrVG* il consiglio aziendale e il datore di lavoro stabiliscono se, quando, ed in qual modo debba essere realizzata la progettata modificazione, può individuare nominativamente le persone da licenziare (§ 1 Abs. 5 *KSchG*)⁷.

In dottrina è controverso se l'elencazione dei criteri di scelta contenuta nel § 1, a. 3 S.1 del *KSchG* abbia carattere tassativo oppure solo esemplificativo, e dunque sia ammessa la possibilità di dar rilievo a circostanze ulteriori

⁵ Nella prassi si predispose normalmente un catalogo con un punteggio (es. per ogni anno di anzianità 2 punti, per ogni anno di età 1 punto, per dieci gradi di invalidità, 3 punti etc.) e vengono poi licenziate le persone con il punteggio più basso. Né il contratto collettivo né l'accordo di codeterminazione sono da ritenere legittimati a regolare la questione di chi rientra nell'ambito della nozione di lavoratore comparabile o di chi deve essere sottratto alla selezione sociale a causa di interessi legittimi dell'impresa. In tal senso DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 618.

⁶ Secondo il BAG (2.12.1999, 2 AZR 757/98, in *DB* 2000, 1338) questo vizio ricorre quando uno dei criteri non è preso affatto in considerazione.

⁷ Il lavoratore, incluso nella lista, che agisce in giudizio si deve accollare l'onere di dimostrare che la decisione imprenditoriale non conduce alla soppressione del suo posto di lavoro o che esiste una diversa possibilità di impiego nell'impresa. A tal proposito DÄUBLER (*Das Arbeitsrecht. Das Arbeitsrechtverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz*, 2, Rowohlt Verlag, 2009, p. 619) solleva alcuni dubbi di costituzionalità dal momento che la giurisprudenza della Corte costituzionale ritiene che al lavoratore “non potrebbe essere addossato integralmente l'onere di allegare e dimostrare quelle circostanze che non ricadono nella sua sfera”. BVerfG 6.10.1999, in *NZA* 2000, 110. Il BAG ha sottolineato espressamente che nel caso sia stata prevista una lista di nomi il datore di lavoro deve, su richiesta, comunicare al lavoratore i motivi che hanno indotto ad eseguire quella determinata scelta sociale. Se la scelta sociale può essere contestata soltanto a causa della “manifesta erroneità”, il lavoratore può sempre chiedere che venga verificato giudizialmente che la lista di nomi non si attiene ai criteri a cui la decisione interessata si dovrebbe conformare.

oggettivamente verificabili. La formulazione letterale induce a ritenere che il legislatore abbia voluto perseguire un intento di certezza del diritto e determinare dunque una volta per tutte la gamma dei criteri utilizzabili. Sul punto è senz'altro auspicabile un chiarimento da parte del legislatore. Tuttavia, si propende per un'interpretazione elastica⁸, ammettendo la piena legittimità anche di una scelta dei lavoratori da licenziare operata dando rilievo a circostanze di natura diversa, come un eventuale infortunio sul lavoro subito dal lavoratore, il fatto di dover crescere un figlio da soli, o di avere familiari bisognosi di assistenza infermieristica⁹. E ciò purché si accerti, a seguito di una valutazione rigorosa, che tali circostanze abbiano un qualche nesso diretto con i quattro criteri legali, come nel caso della malattia professionale o dell'infortunio non addebitabile a colpa del lavoratore.

Sotto questo profilo Wolfgang Däubler suggerisce un'interpretazione costituzionalmente orientata, facendo notare che la Corte costituzionale ha ritenuto da tempo che il legislatore (o il giudice) non possono astenersi dal considerare la situazione sociale di chi è interessato da un licenziamento, e in particolare, quella di chi è più anziano, o ha una grave disabilità, o è obbligato da solo al mantenimento del proprio figlio o si “trovi una situazione analoga”¹⁰. L'art. 12, Abs 1 del GG impone di valutare in modo differenziato chi è obbligato al semplice mantenimento e chi deve affrontare da solo i carichi familiari.

Passando ad esaminare singolarmente i quattro criteri di scelta previsti dalla legge, va osservato che se già prima del '96 si discuteva in merito al loro fondamento, oggi si pone anche la questione della conformità di essi rispetto all'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* del 2006 (AGG), la legge con la quale l'ordinamento tedesco traspone in Germania il diritto antidiscriminatorio europeo (e, dunque anche la dir. 2000/78/EC). Per quanto riguarda

⁸ DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 611.

⁹ Da tempo parte della dottrina si domanda se la scelta possa essere operata in relazione al fatto che il coniuge del lavoratore coinvolto dal licenziamento abbia un proprio reddito. Numerose voci in dottrina lo escludono rilevando, da un lato, che tale fattore non è legato al rapporto di lavoro in quanto tale, e dall'altro, che così facendo si accetterebbe implicitamente il principio della “*Sippenhaft*” in base al quale le famiglie condividono le responsabilità per un atto commesso da uno dei componenti, il che è in contrasto con l'art. 6 del GG. Un'interpretazione in senso diverso sarebbe anche in contrasto con l'art. 3, Abs. 2 del GG in quanto la considerazione di tale fattore configura di fatto una discriminazione indiretta per le donne. In questo senso BERKOWSKY, *op. cit.*, pp. 430-431.

¹⁰ BVerfG 24.4.1991, BVerfGE 84 133, 154 = NJW 1991, 1667.

l'anzianità aziendale secondo l'opinione prevalente in dottrina la previsione di tale criterio non dà luogo ad una discriminazione indiretta ai sensi del § 3, Abs 2 dell'AGG né per ragioni di sesso né per ragioni di età. Nella specie si configura una giustificazione oggettiva dal momento che i mezzi per raggiungere l'obbiettivo perseguito sono da ritenere appropriati e necessari. Ed infatti, quanto più a lungo una persona resta legata dallo stesso rapporto di lavoro, tanto più difficile diventa adattarsi ai cambiamenti in quanto quella persona acquisisce una conoscenza specifica di quella azienda che non può più spendere in modo utile con un altro datore di lavoro¹¹.

Neppure l'anzianità anagrafica si pone in contrasto con la normativa antidiscriminatoria¹² anche se il fondamento di tale criterio è stato sempre assai controverso. Alcuni ritengono che esso si giustifichi in virtù del fatto che “le conseguenze connesse alla perdita del posto di lavoro, e in particolare l'assunzione presso una nuova azienda ed un qualsiasi cambio di residenza possono essere sopportate più facilmente da chi è più giovane”¹³; altri fanno notare che non sempre, in conseguenza del licenziamento, il lavoratore anziano è penalizzato rispetto a quello più giovane dal momento che, in relazione ad alcuni tipi di attività, un'età più avanzata, grazie ad un'esperienza normalmente più elevata, può agevolare il ricollocamento nel mercato del lavoro¹⁴. Altri ancora considerano l'età una “grandezza ambivalente”, ritenendo che essa possa assumere rilievo solo se si coniuga con una lunga anzianità di servizio¹⁵, dovendo peraltro considerarsi che normalmente le *chance* sul mercato del lavoro peggiorano a partire dai 40 anni.

L'altro criterio da considerare in via prioritaria, accanto all'anzianità aziendale e all'età, è costituito dagli obblighi di mantenimento; criterio, que-

¹¹ THÜSING, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote*, C.H. Beck, 2007, p. 186.

¹² Sul punto v. tra gli altri THÜSING, *op. cit.*, p. 186, il quale ritiene che la considerazione dell'età nella selezione sociale operata in occasione di un licenziamento per ragioni oggettive sia espressamente consentita dal § 10 Nr. 6 AGG nella misura in cui l'età non venga utilizzata come parametro privilegiato rispetto agli altri criteri di selezione ma siano le particolarità del singolo caso e le differenze individuali dei lavoratori comparabili a decidere le *chance* sul mercato del lavoro.

¹³ HERSCHEL, LÖWISCH, *Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz*, 1984, *Bücher des BB*, Rd Nr. 228.

¹⁴ ROST, *Die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung*, in *ZIP*, 1982, p. 1397.

¹⁵ STAHLHACKE, PREIS, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, Beck C.H., 1991, RdNr. 668.

sto, che assume particolare rilievo se il/la dipendente, nella sua qualità di padre o di madre, si trova a dover crescere un figlio da solo/a. La circostanza che la perdita del lavoro incida economicamente su più di una persona è un motivo sufficiente per giustificare ai sensi del § 3 AGG la penalizzazione “statistica” delle donne (che più raramente degli uomini sono obbligati al mantenimento del loro coniuge).

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

La legge impone al datore di lavoro di tenere conto dei quattro criteri di cui sopra sebbene, non avendo previsto in che modo debbano essere contemperati l’uno con l’altro, lasci in capo al datore un certo margine di discrezionalità (“*Wertungsspielraum*”) nella loro applicazione.

Il BAG, lungi dal pretendere che la selezione sociale da lui compiuta sia la “migliore possibile”, richiede che la valutazione sia almeno equilibrata (“*ausgewogen*”) e ragionevole, anche se effettuata mediante l’applicazione di un sistema a punteggio¹⁶. Il datore di lavoro deve dunque ponderare nella giusta misura tutti e quattro i criteri e, di regola, decidere di volta in volta anche in base alle circostanze del caso concreto: sicché il criterio dell’età potrebbe perdere rilevanza in considerazione della situazione economica generale e in particolare dell’attuale disoccupazione di massa¹⁷ mentre il criterio dell’obbligo al mantenimento potrebbe assumere un peso diverso a seconda che la persona in questione rappresenti o no l’unico genitore.

Con una decisione del 9 novembre del 2006¹⁸ il Tribunale federale del lavoro ha anche mitigato le conseguenze legate alla mancanza di una selezione sociale corretta, superando un orientamento precedente, assai discutibile, in base al quale qualsiasi soggetto interessato dalla selezione avrebbe potuto invocare tale vizio. Secondo il nuovo orientamento giurisprudenziale qualora la selezione sociale venga effettuata in modo erroneo non tutti i licenziamenti intimati dal datore di lavoro dovranno essere invalidati a catena

¹⁶ BAG 6.7.2006, 2 AZR 443/05, NZA 2007, 197, 203.

¹⁷ BAG 24.3.1983 AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung zu B IV, 2, b).

¹⁸ In NZA 2007, 549.

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

Sempre a proposito della scelta del personale, come già anticipato, il datore di lavoro può escludere dalla cerchia dei lavoratori per i quali deve aver luogo la selezione sociale le persone la cui permanenza in azienda risponde ad un "legittimo" interesse per la stessa "in ragione delle loro conoscenze, competenze e prestazioni, o al fine di assicurare una equilibrata struttura del personale all'interno dell'impresa stessa" (§ 1 Abs. 3 S. 2 *KSchG*). Il legislatore allude a quel nucleo di dipendenti il cui contributo si rivela di importanza strategica per la crescita dell'impresa nella misura in cui la prosecuzione del rapporto di lavoro può portare ad un aumento degli utili o ad evitare alcune perdite¹⁹.

Tuttavia – come ha posto in evidenza giustamente il BAG²⁰ – la legge parla di un "legittimo" (*berechtigtes*) interesse, lasciando intendere che l'interesse dell'impresa non valga di per sé a giustificare l'esclusione di un singolo lavoratore dall'ambito delle persone comparabili nella selezione sociale. Pertanto l'interesse dell'impresa a continuare ad avvalersi di una determinata persona deve pur sempre essere temperato di volta in volta con l'interesse – ugualmente meritevole di protezione – degli altri lavoratori socialmente deboli a mantenere una qualità di vita dignitosa²¹.

Con riferimento alle due ipotesi tipizzate nelle quali si configura un "legittimo" interesse aziendale in base al § 1 Abs. 3 S. 2 *KSchG* si può svolgere una valutazione differenziata²²: il riferimento a persone in possesso di conoscenze e competenze distintive appare senz'altro significativo nel quadro della cosiddetta economia della conoscenza, laddove la capacità di operare con

¹⁹ Secondo la dottrina ciò significa che il vantaggio dovrebbe essere di una certa consistenza e riflettersi sui risultati dell'impresa BADER, *Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und Befristungsrecht*, in NZA 2004, p. 65.

²⁰ BAG in NZA 2003, 43.

²¹ In tal senso, DÄUBLER, *Das reformierte Kündigungsschutzrecht oder: Was vom Schutz übrig blieb*, in *Arbeitsrecht im Betrieb (AiB)*, 2005, p. 387, 389.

²² KITTNER, DEINERT, in KITTNER, DÄUBLER, ZWANZIGER (Hrsg), *Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis*, Frankfurt, 2008, Rn. 369. Rn. 495.

criteri di efficienza è sempre più legata al *know-how* e alle competenze specialistiche del dipendente. Si pensi al caso della conoscenza delle lingue: se l'impresa sta cominciando a coltivare affari con un cliente tedesco può avere un "legittimo" interesse a licenziare una commessa monoglotta, invece di un'altra che sa parlare tedesco. Ancora, l'imprenditore può decidere di non licenziare un venditore esperto di un settore merceologico in crisi che sostiene di essere in grado di vendere prodotti diversi trattati dall'azienda in settori nei quali il mercato "tira" e gli addetti alle vendite sono sovraccarichi di lavoro.

Più problematica è l'altra ipotesi in cui si configura un legittimo interesse: quella in cui l'esclusione è finalizzata a garantire "una composizione equilibrata della forza lavoro"²³. Tale previsione ridimensiona il forte impatto dell'età come criterio di selezione sociale anche se la norma fa riferimento in generale alla "struttura del personale" e non necessariamente all'età. Il BAG consente la costituzione di gruppi di lavoratori ripartiti per età se ciò risponde ad un fondato interesse aziendale, rendendo possibile in tal modo eseguire la scelta sociale all'interno degli stessi e fare sì che in caso di ridimensionamento dell'organico si ritrovi la stessa quota di lavoratori giovani ed anziani²⁴. È però dubbio se la costituzione di gruppi di lavoratori ripartiti per età possa essere giustificata in considerazione del divieto di discriminazione per età previsto nel § 7, Abs. 1, AGG²⁵

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

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

²³ V. al riguardo DÜTZ, THÜSING, *Arbeitsrecht*, C.H. Beck, 2011, p. 210.

²⁴ BAG 6.11.2008, AZ. 2 AZR 523/07, in *NZA* 2009, 361.

²⁵ Il BAG si è recentemente pronunciato in senso affermativo. BAG 6.9.2007 - 2 AZR 387/06, in *NZA* 2008, 405.

cui la *KSChG* non offre però alcuna nozione al § 1 (licenziamento ordinario).

La giurisprudenza, anche con riferimento a tale tipologia di licenziamento, ha svolto un'importante opera di integrazione interpretativa. Si è anzitutto ritenuto che per configurare il licenziamento per ragioni legate al comportamento del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*) non basti un qualsiasi inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro, ma debba sussistere una violazione degli obblighi contrattuali illegale (*rechtswidrig*) e colpevole (*schuldhaft*) che non integri gli estremi del “grave motivo” (*wichtiger Grund*) di cui al § 626 del BGB.

Come nel nostro sistema, dottrina e giurisprudenza hanno per lo più ammesso che un licenziamento ordinario possa ricorrere tanto in caso di violazione dell'obbligo fondamentale (e in particolare, dell'obbligo di eseguire la prestazione lavorativa o di osservare le direttive impartite dal datore di lavoro), che in caso di inadempimento di un obbligo accessorio.

Nell'ipotesi che ha assunto di recente grande rilievo pratico nel nostro ordinamento, quella cioè del licenziamento per scarso rendimento (*Schlechtleistung*), la giurisprudenza tedesca – in analogia con quella italiana – dando particolare risalto all'elemento soggettivistico, ravvisa un inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro imputabile al lavoratore laddove questi esegua la prestazione senza sfruttare in modo adeguato la propria capacità produttiva²⁶. In una recente pronuncia si osserva che il lavoratore non è inadempiente per il solo fatto che il suo rendimento sia stato inferiore alla media dei lavoratori addetti a quella specifica attività; d'altra parte – si rileva – in un gruppo c'è sempre chi rappresenta il “fanalino di coda” e non può escludersi che tutti gli altri membri siano particolarmente produttivi; ma il fatto che il livello di rendimento di un lavoratore si mantenga per lungo tempo al di sotto di tale soglia può costituire un indizio della sussistenza di

²⁶ BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, in NZA 2008, 693; BAG 21.5.1992 – 2 AZR 551/91 – AP KSChG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 28 = EzA KSChG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 42, zu II 3 a der Gründe. Non ha trovato seguito in giurisprudenza l'opinione contrapposta (HUNOLD, *Unzureichende Arbeitsleistung als Abmahn- und Kündigungsgrund*, in BB 2003, p. 2345) secondo cui il lavoratore ai sensi del § 243 BGB risponde sulla base di uno “standard di rendimento obiettivo”. Secondo il BAG questo punto di vista non considera sufficientemente che il contratto di lavoro in quanto *Dienstvertrag* non conosce una “responsabilità oggettiva” del dipendente ed il debitore della prestazione di lavoro è titolare di una obbligazione di mera attività.

un inadempimento degli obblighi contrattuali, anche in considerazione del numero, del tipo, della gravità delle mancanze commesse, nonché delle conseguenze dell'inesatta esecuzione della prestazione di lavoro²⁷.

Sicché, se il datore di lavoro allega in giudizio elementi in tal senso, il dipendente dovrà farsi carico di chiarire le ragioni per cui, nonostante lo sforzo profuso, il suo rendimento sia stato sensibilmente inferiore alla media, potendo, a tal fine, invocare anche cause di infermità²⁸.

La violazione di un obbligo accessorio può ricorrere invece nel caso in cui il lavoratore si sia reso inottemperante ad alcune regole di condotta in azienda, come il divieto di fumo, oppure abbia violato l'obbligo al segreto, o ancora abbia sporto denuncia penale contro il datore di lavoro senza documentarsi a sufficienza²⁹. Il riferimento al concetto di "fiducia" assume in questo ambito un significato ben preciso. Ed infatti la violazione degli obblighi accessori, come tali estranei all'obbligazione fondamentale, può giustificare il licenziamento solo se è legittimo ritenere sia stato pregiudicato l'affidamento del creditore nella corretta esecuzione in futuro della prestazione lavorativa. Anche i comportamenti posti in essere nella vita privata possono assumere rilievo nella misura in cui si debbano considerare vietati in virtù di tali obblighi.

Peraltro, la violazione degli obblighi contrattuali, che di regola deve es-

²⁷ BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, cit.

²⁸ Per questa ragione l'ipotesi del licenziamento per scarso rendimento può essere ricondotta, a seconda dei casi, ai motivi legati alla persona oppure a quelli legati al comportamento del lavoratore. In dottrina si pone il problema di tracciare una linea di demarcazione. V. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 372. Si ritiene peraltro che se lo scarso rendimento è imputabile al lavoratore, il datore di lavoro, dopo aver contestato l'addebito, sia tenuto a concedere al lavoratore un periodo ragionevole per riparare (*Umlernphase*). In caso contrario, il licenziamento, nonostante la mancanza di prestazione, è contrario al principio di *extrema ratio*. Come vedremo al § 9, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato socialmente ingiustificato, la giurisprudenza riconosce al datore di lavoro la facoltà di richiedere lo scioglimento del rapporto di lavoro ove dimostri il venir meno del rapporto fiduciario per scarso rendimento. Per una critica all'orientamento dei giudici del lavoro italiani in materia di scarso rendimento v. da ultimo CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, W.P.C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT – 140/2012; ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., p. 19.

²⁹ BAG 12.01.2006, 2 AZR 21/05, in NZA 2006, 917, secondo cui, "come in ogni altro rapporto contrattuale, anche nel contratto di lavoro può venire in considerazione la violazione di un obbligo di protezione (*Rücksichtnahmepflicht*) (§ 241 Abs. 2 BGB) dal momento che i contraenti sono tenuti alla tutela e alla promozione dello scopo contrattuale".

sere imputabile a colpa, può venire in considerazione anche in occasione di un licenziamento basato su un semplice “sospetto” (*Verdachtskündigung*): in tal caso occorre un grave sospetto, oggettivamente documentabile, di violazioni rilevanti degli obblighi contrattuali tali da menomare la fiducia richiesta per la prosecuzione del contratto di lavoro. Tuttavia, per scongiurare l'eventualità che un licenziamento venga intimato con troppa leggerezza, si ritiene che il datore di lavoro prima di determinarsi alla decisione di licenziare, debba assumere tutte le misure ragionevoli per chiarire lo stato dei fatti, e in particolare dar modo al lavoratore di far valere le proprie ragioni³⁰.

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

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

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

Anche con riferimento alla tipologia di licenziamento in esame, il giudice, nel valutare se il licenziamento sia di per sé giustificato, dispone di margini di discrezionalità alquanto ampi³¹. Anzitutto, deve eseguire una prognosi per stabilire se è ragionevole attendersi che anche in futuro si avrà a che fare con analoghe violazioni del rapporto di lavoro (*Prognoseprinzip*). In proposito, la giurisprudenza tedesca, in analogia con la nostra, è costante nell'affermare che l'inadempimento idoneo a giustificare il licenziamento è soltanto quello in grado di far venir meno il ragionevole affidamento del datore di lavoro nel regolare adempimento futuro. Il licenziamento non deve avere un carattere punitivo e fungere da deterrente contro i comportamenti irregolari³².

³⁰ BAG 11.4.1985 – 2 AZR 239/84, in *NZA* 1986, 674; BAG 13.03.2008 – 2 AZR 961/06, in *NZA* 2008, 809.

³¹ È quanto contestano da tempo diversi autori i quali fanno notare che l'ampio potere di apprezzamento dei giudici genera una forte divaricazione degli indirizzi giurisprudenziali che rischia di svilire ogni certezza nei rapporti giuridici. V. RÜTHERS, *Der geltende Kündigungsschutz. Beschäftigungsbremse oder Scheinproblem?*, in *NJW* 23, 2006, p. 1640 che cita il caso scandaloso di un conducente della metropolitana di Berlino, che viene trovato completamente ubriaco al volante della sua auto, eppure i giudici nel corso dei tre gradi di giudizio ritengono ugualmente di non poter accogliere il licenziamento disciplinare (BAG 4.6.1997, Nr. 137 del § 626 BGB).

³² BAG 12.1.2006, 2 AZR 179/05, in *NZA* 2006, 980.

Se la prognosi ha esito negativo, il giudice dovrà sottoporre il licenziamento ad un giudizio di proporzionalità o di *extrema ratio*, potendo giungere ad ammetterne la legittimità solo in assenza di una misura più lieve per indurre il lavoratore in futuro ad un comportamento rispettoso degli obblighi contrattuali. L'applicazione del principio di *extrema ratio* assume diverse implicazioni. In primo luogo, tale principio può imporre al datore di lavoro di trasferire il lavoratore in un altro posto di lavoro, nel quale sia lecito presumere che violazioni simili a quelle perpetrate non possano ripetersi (si pensi ad un trasferimento per incompatibilità aziendale)³³. Come s'è visto negli altri casi di licenziamento, anche qui, il datore di lavoro deve prendere in considerazione la possibilità di un reimpiego del lavoratore ed offrirgli un posto di lavoro adeguato anche a condizioni diverse da quelle pattuite in precedenza. Se il lavoratore ha rifiutato l'offerta di un'altra occupazione (senza dimettersi seduta stante), il datore di lavoro è tenuto di regola ad intimare il cosiddetto licenziamento modificativo ai sensi del § 2 del KSchG. Con il consenso del lavoratore è anche possibile un trasferimento ad un altro posto di lavoro a condizioni peggiori.

Un'altra importante regola che la giurisprudenza fa discendere dal principio dell'*extrema ratio* è quella secondo cui il datore di lavoro deve preventivamente ammonire il lavoratore sulle conseguenze a cui egli andrà incontro laddove non cambi il proprio comportamento. Un simile ammonimento (*Abmahnung*) è necessario se è legittimo presumere che in virtù dell'ammonimento ricevuto il lavoratore non reiteri in futuro la condotta contestata. Sulle ipotesi in cui scatta l'obbligo di richiamo si deve però registrare un cambiamento di rotta in giurisprudenza. In un primo momento il BAG aveva ritenuto necessario il richiamo nel caso in cui la violazione dei doveri si ripercuotesse sull'"ambito della prestazione" e per contro non necessario se si riflettesse sull'"ambito della fiducia"³⁴ sulla base della considerazione che un richiamo non può valere a ristabilire nuovamente la fiducia una volta che questa sia stata compromessa. Tale orientamento aveva suscitato alcune perplessità, facendosi notare come non fosse affatto agevole determinare una netta linea di discrimine tra i due ambiti³⁵. Ciò ha indotto il BAG a ritenere

³³ BAG 6.10.2005, 2 AZR 280/04, in NZA 2006, 431.

³⁴ BAG 4. 4. 1974 AP.Nr. 1 zu § 626 BGB *Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat*; BAG 18.11. 1986 AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 *Verhaltensbedingte Kündigung*; 10. 11. 1988 AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 *Abmahnung*= NZA 1989, 633.

³⁵ PREIS, *Die verhaltensbedingte Kündigung*, in DB, 1990, p. 630.

che un richiamo non possa mancare nel caso in cui la violazione dei doveri riguardi l'“ambito della fiducia” sempre che possa ritenersi idoneo a ripristinare il fondamento fiduciario ed il comportamento del lavoratore si presti in qualche misura ad essere corretto (es. la violazione di un obbligo al segreto che non ha alterato irreversibilmente il rapporto fiduciario)³⁶. Per contro, il BAG ha ritenuto che nel caso di violazioni che incidono sull'ambito della prestazione non sia necessario un richiamo se per varie ragioni non sia possibile presumere che esso possa prevenire future violazioni³⁷.

Se il giudice ritiene che il datore di lavoro non avrebbe potuto riutilizzare la professionalità del lavoratore in un altro posto di lavoro dell'impresa (c.d. obbligo di *repêchage*), è chiamato allora ad operare un contemperamento degli interessi in gioco. La valutazione circa l'idoneità del comportamento del lavoratore a giustificare il licenziamento può essere influenzata da una pluralità di circostanze. Oltre alla gravità oggettiva deve essere valutata l'intensità del dolo o della colpa: ad es. il lavoratore che riceve dal proprio legale l'informazione che il suo comportamento è in regola potrebbe aver fatto un ragionevole affidamento su di essa, per cui la colpa assume un'intensità minima al punto da escludere la legittimità del licenziamento³⁸. Al contrario, le violazioni ripetute di un dovere, anche se in sé di scarso rilievo, possono, se valutate nell'insieme, rappresentare un notevole inadempimento (si pensi ad assenze ingiustificate ripetute). Inoltre, una determinata violazione di un obbligo può assumere un peso diverso a seconda della posizione professionale che occupa il lavoratore e dei vincoli fiduciari a cui è sottoposto³⁹.

8. Il recesso straordinario

Come anticipato, in Germania il recesso straordinario senza preavviso è valido soltanto se sussistono gli estremi del “grave motivo” (*wichtiger Grund*). A differenza di quanto si è detto con riferimento ai “motivi connessi al comportamento del lavoratore”, per i quali nella KSchG manca una qualsiasi definizione, il § 626, Abs. 1 del BGB contiene una nozione di *wichtiger*

³⁶ BAG 4.6.1997, Az. 2 AZR 526/96, in *NZA* 1997, 1281

³⁷ BAG 12.1.2006 – 2 AZR 21/05, in *NZA* 2006, 917.

³⁸ L'esempio è tratto da DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 589.

³⁹ DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 590.

*Grund*⁴⁰. In particolare, il § 626, Abs. 1 del BGB prevede che un *wichtiger Grund* ricorre ogniqualvolta, sulla base delle circostanze del caso concreto e di un bilanciamento degli interessi in gioco, risulta irragionevole aspettarsi la prosecuzione del rapporto. Anche in questo caso, la valutazione giudiziale si articola in due passaggi: bisogna anzitutto accertare se la fattispecie in esame è di per sé idonea a configurare un “*wichtigen Grund*” per un recesso straordinario (a titolo esemplificativo ci si chiede se un furto del lavoratore nei confronti del datore di lavoro o una persistente mancanza di puntualità possano essere considerate grave motivo). Se tale verifica ha esito positivo si passa a valutare nel singolo caso la ragionevolezza della prosecuzione del rapporto di lavoro. Il licenziamento straordinario è ammissibile solo come *extrema ratio* e cioè quando risultano “impossibili, inutili o irragionevoli”⁴¹ misure più lievi (come il trasferimento, il licenziamento ordinario) per consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro, anche soltanto per un breve periodo.

La giurisprudenza ha svolto un ruolo di particolare rilievo nell’elaborazione della nozione di *wichtiger Grund* che, in fin dei conti, al pari della nostra giusta causa o del giustificato motivo, può essere qualificata come clausola generale. In linea di principio, i comportamenti che rientrano nella sfera privata del dipendente non possono configurare un “grave” motivo di licenziamento giacché le esigenze di tutela della persona del lavoratore impongono di limitare la sfera di incidenza degli obblighi contrattuali entro i cancelli della fabbrica. Possono assumere rilevanza i fatti o comportamenti penalmente perseguibili (lesioni fisiche, ingiurie) posti in essere dal lavoratore contro il datore di lavoro: ad esempio, gli insulti rivolti al datore di lavoro sono considerati “grave motivo” solo se integrano gli estremi di una diffamazione⁴². Peraltro, analogamente a quanto accade nel caso di licenziamento ordinario, la giurisprudenza, nel valutare se la mancanza è idonea a giustifi-

⁴⁰ Ed è per questa ragione che in Germania l’elaborazione interpretativa su questo concetto si è sviluppata forse in modo più lineare che in Italia dove invece, come ben noto, l’introduzione della nozione di giustificato motivo accanto a quella di giusta causa ha portato tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ad una riconsiderazione di quest’ultima nozione, ovviamente, in rapporto alla prima.

⁴¹ WANK, *Die Kündigung* in AA.Vv., *Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht* II, C.H. Beck, 1993, p. 112

⁴² BAG 13.12.1984 AP Nr. 81 zu 626 BGB.

care il licenziamento in tronco, tende ad attribuire particolare peso all'entità del danno cagionato e alla natura del vincolo fiduciario del lavoratore.

Viene invece valutata con particolare rigore la commissione di reati che coinvolgono la sfera patrimoniale del datore di lavoro e comportano una rottura sostanziale del rapporto fiduciario (come il tentativo di furto o l'appropriazione indebita). In più occasioni la giurisprudenza si è occupata dei furti di lieve entità ed è giunta, tra le forti riserve della dottrina⁴³, a considerare talvolta legittimo il recesso straordinario di un lavoratore che aveva sottratto al datore di lavoro oggetti di modico valore⁴⁴ e, in particolare, tre Kiwi⁴⁵, o un pezzo di pane del valore di 2,50 euro⁴⁶, o ancora una fetta di torta ricoperta di mandorle del valore di 1,30 euro⁴⁷.

La questione ha sollevato un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che è culminato in una importante decisione, con la quale il Tribunale federale del lavoro, riformando una discutibile sentenza del LAG di Berlino-Brandeburgo, ha accolto il ricorso di una cassiera di un negozio al dettaglio licenziata in tronco per aver incassato due buoni del valore complessivo di 1,30 euro (caso *Emmely*)⁴⁸. In tale pronuncia il BAG ha offerto alcune chiarificazioni di cui è necessario dare conto in sintesi. Anzitutto, ha ammesso che i reati contro il patrimonio o la proprietà del datore di lavoro possano venire in considerazione come motivo di recesso straordinario indipendentemente dal valore dell'oggetto e dall'entità del danno cagionato al datore di lavoro. La fissazione di una soglia di rilevanza parametrata in relazione al valore dell'oggetto sottratto o danneggiato, secondo la Corte, non è coerente con la previsione contemplata dal § 626 BGB. Infatti, se il dipendente giunge volontariamente a compromettere l'integrità dei beni e del patrimonio del proprio datore di lavoro, tale comportamento antiggiuridico, anche in presenza di un danno economico di lieve entità, può rendere irragionevole una sua

⁴³ La tesi che esclude dal campo di applicazione del § 626 BGB le ipotesi di violazione di obblighi contrattuali di scarso rilievo (come i furti di lieve entità) è accolta da DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., Rn. 1128; in giurisprudenza LAG Köln 30.9.1999; LAG Hamburg 8.7.1998 - 4 Sa 38/97 - zu II 3 a aa der Gründe, NZA-RR 1999, 469; ArbG Reutlingen 4.6.1996 - I Ca 73/96 - RzK I 6 d Nr. 12.

⁴⁴ BAG 11.12.2003 - 2 AZR 36/03, in NZA 2004, 486; BAG 13.12.2007 - 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008.

⁴⁵ BAG AP. Nr. 80 zu § 626 BGB.

⁴⁶ LAG Düsseldorf, 16.08.2005, NZA-RR 2006, 576.

⁴⁷ LAG Köhn LAGE § 626 BGB Nr. 86.

⁴⁸ BAG 10.6.2010 - 2 AZR 541/09, in NZA 2010, 1227.

collaborazione futura in azienda ove valga a minare la base fiduciaria del rapporto di lavoro (punto 33).

In secondo luogo, il Tribunale, facendo propria la tesi di una parte della dottrina⁴⁹, ha chiarito che il comportamento del dipendente che violi una regola di condotta prevista dal datore di lavoro per salvaguardare i propri interessi patrimoniali può assumere rilievo come *wichtiger Grund* ai sensi del § 626 Abs. 1 del BGB anche se non è penalmente perseguibile come reato contro il patrimonio: ciò che rileva è soltanto il venir meno del legame fiduciario collegato all'adempimento dell'obbligazione principale o agli obblighi accessori (punto 36).

Infine, la Corte ha ribadito che non essendo astrattamente configurabili motivi che valgono di per sé a giustificare un recesso senza preavviso, nell'ipotesi della commissione di un reato contro il patrimonio non può ravvisarsi *a priori* una valida giustificazione (punto 44)⁵⁰. Il giudice è sempre chiamato ad operare un contemperamento di interessi e a valutare caso per caso l'impatto che il comportamento inadempiente può avere sul vincolo fiduciario, le ricadute economiche, il grado di colpa imputabile al lavoratore ed infine l'eventuale rischio di recidiva⁵¹. Inoltre, il principio di proporzionalità impone di ritenere giustificato il licenziamento qualora, alla luce di una valutazione prognostica, vi sia ragione di presumere che un eventuale richiamo sarebbe stato superfluo in quanto il dipendente non avrebbe cambiato il proprio comportamento oppure nel caso di una violazione talmente grave da escludere chiaramente qualsiasi indulgenza da parte del datore di lavoro⁵².

Diversa è l'ipotesi del licenziamento fondato sul sospetto di un reato o di altre gravi violazioni degli obblighi contrattuali: anche qui il "grave motivo" richiesto per il recesso straordinario ai sensi del § 626 BGB può con-

⁴⁹ HÜPERS, *Unrechtmäßiges Einlösen von Pfandbons – Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung?* in 2010, p. 52-56.

⁵⁰ PREIS *Minima (non curat) praetor. Pflichtverletzungen und Bagatelldelikte als Kündigungsgrund*, in *AR* 2010, p. 242, 244; SCHLACHTER, *Fristlose Kündigung wegen Entwendung geringwertiger Sachen des Arbeitgebers*, in *NZA* 2005, p. 433, 437.

⁵¹ Nella specie il giudice di secondo grado aveva dato scarso rilievo al fatto che si trattava di un inadempimento isolato in quanto la lavoratrice, pur avendo una lunga anzianità di servizio, non aveva mai commesso infrazioni.

⁵² BAG 23.6.2009 - - Rn. 33, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17; BAG 19.4.2007 - - Rn. 48 mwN, = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7.

figurarsi solo se le ragioni del sospetto sono tali da intaccare l'affidamento del datore di lavoro nell'onestà del lavoratore e dunque pregiudicare la prosecuzione del rapporto di lavoro, oppure se l'inadempimento supera la soglia di tollerabilità⁵³. Il sospetto deve essere però grave e basato su fatti oggettivi, sì da consentire al lavoratore, se del caso, di dimostrarne nel corso del processo l'infondatezza e far valere il diritto al reintegro.

Il *wichtiger Grund* si configura anche in presenza di una grave violazione delle regole di condotta rivolte alla tutela dell'organizzazione aziendale. In passato si è ritenuto giustificato il licenziamento di un lavoratore che aveva diffuso nell'impresa volantini nei quali indirizzava accuse non veritiere nei confronti di altri membri dell'impresa⁵⁴. La stessa conclusione vale se il disturbo alla quiete aziendale (*Betriebsfrieden*) o al regolare funzionamento dell'organizzazione aziendale (*reibungslosen Betriebsablauf*) deriva dall'inosservanza di un divieto di assumere bevande alcoliche o di fumare o dalla violazione di un divieto di avere diverbi o risse con colleghi di lavoro. Inoltre, sono stati ritenuti gravi motivi di licenziamento anche la partecipazione ad azioni di mobbing, l'aver introdotto armi all'interno dell'azienda, l'utilizzo non autorizzato del telefono privato⁵⁵, specie ove non avvenga "in casi eccezionali" ed ecceda una soglia temporale pari a 142 minuti in 4 mesi.

Per quanto riguarda l'uso (non autorizzato) di internet per scopi personali, la giurisprudenza pur operando alcuni distinguo, ha ritenuto legittimo un licenziamento in tronco laddove non si sia formato un uso aziendale. In particolare il licenziamento è giustificato se l'uso di Internet abbia compromesso il corretto adempimento della prestazione di lavoro prevista nel contratto, oppure abbia arrecato un pregiudizio alla reputazione del datore di lavoro, oppure ancora si sia tradotto nella diffusione di immagini pornografiche⁵⁶. Un "motivo grave" è escluso se non c'è chiarezza sull'esistenza di un divieto. Un *wichtiger Grund* di regola sussiste anche in caso di violazione dell'obbligo di fedeltà e in particolare quando il lavoratore durante la vigenza del contratto di lavoro viola l'obbligo al segreto⁵⁷ oppure il divieto di concorrenza⁵⁸, oppure se accetta "bustarelle" (*Schmiergeldern*) da parte di un

⁵³ BAG 26.3.1992 AP Nr. 23 zu § 626 BGB citata da WANK, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁴ BAG 15.12.1977 AP Nr. 69 zu § 626 BGB = EzA § 626 BGB nF Nr. 61.

⁵⁵ BAG 5.12.2002 - 2 AZR 478/01, in *DB* 2003, 1685.

⁵⁶ BAG 07.07.05, *NZA* 2006, 98.

⁵⁷ BAG 25.08.1966 AP Nr. 1 zu § 611 BGB *Schweigepflicht*.

⁵⁸ BAG 19.10.1987, in *DB* 1988, 225; BAG 16.08.1990 NJW 1991, 518.

terzo⁵⁹ anche se in quest'ultimo caso bisogna tuttavia verificare se non si è trattato soltanto di mance o di regali occasionali. Più recentemente il Tribunale regionale di Hessen ha ritenuto legittimo il licenziamento in tronco di un lavoratore che aveva modificato, senza autorizzazione, la password principale del computer aziendale in modo da precludere l'accesso ai dati relativi agli affari all'intera azienda per un certo lasso di tempo⁶⁰.

Le opinioni politiche, così come l'appartenenza ad un partito politico, di regola, non possono essere alla base di un licenziamento. La libertà di manifestazione del proprio pensiero in pubblico è tutelata dall'art. 5 del GG anche quando si esprime nell'esercizio di un diritto di critica del comportamento del datore di lavoro. Tuttavia, esistono diverse eccezioni: la giurisprudenza riconosce l'esistenza di un "grave motivo" di licenziamento quando il rapporto di lavoro è stato concretamente compromesso nel suo svogimento per effetto di un'agitazione politica, e cioè quando è stata messa seriamente in discussione la pace aziendale. Si comprende poi la tendenza a valutare con particolare sfavore i comportamenti di propaganda neonazista, come avvenuto nel caso di un lavoratore che aveva inscenato davanti a propri colleghi un disumano scherzo razzista⁶¹. Infine, la prosecuzione del rapporto di lavoro può essere resa irragionevole, anche in mancanza di una violazione di obblighi contrattuali, da vicende inerenti alla persona del lavoratore, e in particolare quando questi non può più eseguire la prestazione o non è più idoneo a tal fine. Il BAG ritiene che, di regola, la malattia non possa giustificare un recesso straordinario, neppure quando sia di una gravità tale da non lasciar prevedere una ripresa del lavoro⁶².

9. Il sistema sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo

Concluso l'esame delle singole tipologie di licenziamento, è necessario ora spostare l'attenzione sul profilo sanzionatorio allo scopo di verificare, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, che ruolo ha il giudice in Ger-

⁵⁹ BAG 17.08.1972, AP Nr. 65 zu § 626 BGB.

⁶⁰ Lag Hessen RDV 2003, 148 citata da DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 628.

⁶¹ BAG 5.II.1992 - 2 AZR 287/92, in *AR* 1993, 124.

⁶² Così AP Nr. 3 zu § 626 BGB Krankheit. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 628 V. però WANK, *op. cit.*, p. 115 secondo cui un licenziamento straordinario può ipotizzarsi in caso di malattia di lunga durata se si tratta di malattie repellenti, nauseabonde e contagiose.

mania con riguardo alla determinazione dei rimedi posti a tutela del lavoratore illegittimamente estromesso dall'azienda.

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

La legge 92 si muove nella direzione di una marcata flessibilizzazione in uscita nella misura in cui, non solo elimina l'unicità e l'automaticità della reintegrazione, ma – come si è constatato – offre “chiare indicazioni a sostegno dell'eccezionalità” di tale sanzione⁶³: in base al nuovo art. 18, il giudice può pronunciare una sentenza che annulla il licenziamento e ordina la reintegrazione solo in alcune ipotesi determinate, come nel caso dei licenziamenti intimati per mancanze del lavoratore quando emerge che il fatto contestato non sussiste oppure sia meritevole di una minore “sanzione conservativa”, nonché nel licenziamento per ragioni oggettive quando risulta la “manifesta infondatezza” del motivo addotto dall'impresa; in diverse altre ipotesi, tuttavia, dichiara risolto il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità (nuovo art. 18, c. 5 e 7), senza però rimuovere gli effetti del licenziamento.

Passando all'esame della disciplina prevista in Germania (*KSchG*), già ad una prima comparazione con l'attuale normativa italiana emerge che il legislatore tedesco persegue in modo assai più deciso di quello italiano l'obiettivo della tutela della stabilità del posto di lavoro⁶⁴. Il § 9 stabilisce *in linea generale* che il licenziamento “socialmente ingiustificato” o inficiato da altri vizi di illegittimità non produce alcun effetto con la conseguenza che il giudice è chiamato a dichiarare giuridicamente ripristinato il rapporto di lavoro estinto dall'illegittimo licenziamento, *a prescindere dal tipo di causale*. A differenza che nel diritto italiano, la norma in esame non prevede (espressamente) che il giudice, nella sentenza con la quale annulla il licenziamento, disponga

⁶³ MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro, intervento al seminario “La riforma del mercato del lavoro”*, Facoltà di Giurisprudenza, Università Roma Tre, 13 aprile 2012; BALLESTRERO, *Nuove declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, p. 441, 459.

⁶⁴ V. quanto osservato nel § 10.

contestualmente anche l'ordine di reintegrazione; ma ciò non va enfatizzato in quanto l'ordinamento tedesco non esclude che il lavoratore, ove non venga reinserito effettivamente all'interno dell'azienda e adibito alle medesime mansioni, possa adire le vie legali per far valere il suo diritto ad essere reintegrato con le stesse mansioni svolte in precedenza⁶⁵.

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

Per la presenza di questo istituto, come da più parti si è messo in luce, il KSchG assai di rado è riuscito a imporre di fatto la propria ragion d'essere e, cioè la tutela di una vera e propria stabilità del posto di lavoro, verificandosi nella normalità dei casi concreti che anche un licenziamento socialmente ingiustificato (specie se si tratta di *betriebsbedingte Kündigung*) conduca allo scioglimento del vincolo negoziale⁶⁶.

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

In primo luogo va osservato che l'apparato sanzionatorio è congegnato in modo da incoraggiare *indirettamente* la stabilità del posto di lavoro, rendendo di fatto costoso e rischioso per il datore di lavoro licenziare il dipendente adducendo motivi meno consistenti di quelli che legittimano un qualsiasi licenziamento⁶⁷.

In caso di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro si deve far carico di un costo “occulto” considerevole: infatti se non ha offerto al lavoratore la possibilità di continuare a lavorare, cade in *mora credendi* ed è obbligato a corrispondergli gli arretrati ai sensi del § 615 BGB, potendo soltanto detrarre

⁶⁵ Sul “*Beschäftigungsanspruch*” v. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 663 e 359. In ordine alla possibilità di proporre al giudice istanza di riammissione nel posto di lavoro nel corso dello svolgimento del processo v. § 11.

⁶⁶ Tra gli altri, v. KAMANABROU, *Die kalkulierbare Kündigung – Leitlinien eines Abfindungssystems*, in RIEBLE (Hrsg.), *Transparenz und Reform im Arbeitsrecht*, ZAAR Verlag, 2006, p. 78, 80.V. anche analogamente GAETA, *op. cit.*, p. 579.

⁶⁷ KAMANABROU, *op. cit.*, p. 79.

l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percipiendum*⁶⁸. Secondo la giurisprudenza del BAG la mora deve essere esclusa solo se il datore di lavoro gli offre il reintegro durante il processo ed accetta la prestazione offerta come adempimento dell'obbligo derivante dal rapporto di lavoro⁶⁹.

Peralto, il datore di lavoro, quand'anche scelga di continuare ad occupare il dipendente in corso di giudizio, non ha alcuna certezza di poter essere sgravato da ogni carico economico. Al contrario, si espone a tutte le conseguenze legate all'applicazione della legge sul part-time e sul contratto a tempo determinato del 2000 (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, TzBfG*). In una decisione del 2003 il BAG ha infatti chiarito che l'impiego volontario del dipendente nel corso di giudizio instaurato a seguito del suo licenziamento trova un fondamento contrattuale ed è dunque soggetto all'applicazione della *TzBfG*⁷⁰. Il datore di lavoro corre così il rischio di dover costituire con il lavoratore licenziato un nuovo rapporto di lavoro a tempo indeterminato per mancanza della forma scritta o per qualsiasi altro difetto nell'apposizione del termine.

In secondo luogo, è significativo che la giurisprudenza abbia elaborato una serie di criteri a cui il giudice, nel caso di dichiarazione di inefficacia del licenziamento, deve attenersi per individuare la sanzione applicabile ex § 9 *KSchG* a fronte della richiesta di risoluzione del rapporto di lavoro (e di pagamento di un'indennità), mostrando in particolare un orientamento diverso a seconda che la richiesta provenga dal lavoratore o dal datore di lavoro⁷¹.

⁶⁸ In considerazione di questi costi occulti connessi alla cessazione del rapporto di lavoro, non sorprende che il regime di tutela in caso di licenziamento sia considerato dalla prospettiva dei datori di lavoro come un ostacolo alla assunzione. Il datore di lavoro già al momento della decisione di assumere si porrà il problema se un'assunzione definitiva è sostenibile sul piano economico in vista dei costi imminenti del licenziamento.

⁶⁹ BAG 7.11.2002 – 2 AZR 650/00, AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA § 615 BGB 2002 Nr. 2; BAG 14.11.1985 – 2 AZR 98/84, AP Nr. 39 zu § 615 BGB = NJW 1986, 2846. In tal senso RICKEN, *Annahmeverzug und Prozeßbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits*, in *NZA* 2005, p. 323, 325; LÖWISCH, *Die Beendigung des Annahmeverzugs durch ein Weiterbeschäftigungsangebot während des Kündigungsrechtsstreits*, in *DB* 1986, p. 2433; OPOLONY, *Möglichkeiten des Arbeitgebers zur Minimierung des Verzugslohnrisikos gemäß § 615 BGB*, in *DB* 1998, p. 1714, 1716.

⁷⁰ BAG 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG con nota critica di LÖWISCH, *Ausführlich zur Ausgestaltung der Prozeßbeschäftigung*. RICKEN, *op. cit.*, p. 323, 327.

⁷¹ V. sul punto DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 663-668; STAHLHACKE, PREIS, VOSSEN, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, C.H. Beck, 2010, p. 2087-2130; BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 528-559; DÜTZ, THÜSING, *op. cit.*, p. 223-225.

Per quanto riguarda il caso in cui la richiesta viene avanzata dal lavoratore⁷² – che, dunque, a differenza che nella normativa italiana non ha un diritto potestativo di richiedere la “monetizzazione” della reintegrazione –⁷³ in base alla formula normativa, il giudice è chiamato a valutare se sia ragionevole attendersi (dal lavoratore) una collaborazione ulteriore per un tempo indefinito.

La giurisprudenza, che in passato si era orientata nel senso di ammettere la richiesta di risoluzione soltanto in via eccezionale, e in particolare in presenza di una causale (*wichtiger Grund*) che giustifichi un recesso in tronco da parte del lavoratore ai sensi del § 626 del BGB (si pensi al caso del datore che insulta il proprio dipendente)⁷⁴, nelle decisioni più recenti, ha riconosciuto maggiore spazio alle esigenze del lavoratore, prendendo atto che in tal caso l'estinzione del rapporto di lavoro è voluta da *entrambe* le parti⁷⁵. La facoltà di rinunciare alla riammissione in servizio in cambio di un'indennità viene garantita infatti anche in presenza di una causa meno grave rispetto al *wichtiger Grund* laddove non sia ragionevole pretendere la continuazione del rapporto di lavoro in vista di una futura collaborazione⁷⁶ si pensi al caso in cui il datore di lavoro, senza una ragione valida, non abbia posto il lavoratore in condizione di poter aggiornare la propria professionalità (un pilota Lufthansa che non è stato avviato alla guida di un nuovo aeroplano).

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

Inoltre, mentre il nuovo art. 18 *Stat. Lav.* prevede regimi sanzionatori

⁷² La richiesta deve rendere chiaro che il lavoratore desidera ottenere lo scioglimento del rapporto. Non è necessaria la richiesta di condannare il datore di lavoro alla corresponsione di un'indennità. Questo deve risultare invece necessariamente dalla decisione di risoluzione.

⁷³ In Italia il lavoratore può richiedere un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto, in sostituzione della reintegrazione entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza che ordina al datore di lavoro il reintegro; ma la giurisprudenza è orientata ad ammettere che il lavoratore possa anche fare la richiesta senza dover attendere la condanna del datore di lavoro e la conclusione dell'iter giudiziario. Lo fa notare BALLESTRERO, *La stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni*. (2007-2009), Giappichelli, 2009, p. 150.

⁷⁴ BAG 5.11.1964 AP Nr. 20 zu § 7 KSchG.

⁷⁵ Lo pone in luce BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 555.

⁷⁶ BAG 26.11.1981 AP Nr. 8 zu § 9 KSchG 1969, BB 1982, 1113 = DB 1982, 757.

differenziati in relazione alla causale e configura, come s'è detto, tanto nel caso del licenziamento per ragioni soggettive quanto in quello per ragioni oggettive, la reintegrazione come ipotesi residuale – per es. quando il datore di lavoro ponga a fondamento del licenziamento per ragioni soggettive un fatto materiale di cui si accerta la manifesta insussistenza – viceversa, il § 9 del *KSChG* contempla un regime unitario che lascia al giudice la facoltà di sciogliere il rapporto solo se si verifica una situazione tale da far presumere che non sia più possibile in futuro una collaborazione tra datore di lavoro e lavoratore utile (*dienlich*) al perseguimento degli obiettivi aziendali.

Il fatto che il § 9 *KSChG* consenta *anche* al datore di lavoro di richiedere la risoluzione del rapporto in presenza di un licenziamento illegittimo, non deve indurre a pensare che il legislatore abbia voluto lasciare soltanto nelle sue mani la facoltà di produrre l'effetto estintivo del rapporto di lavoro. Infatti, il giudice, per stabilire in quali ipotesi il datore di lavoro debba ripristinare giuridicamente il rapporto, si deve attenere ad un criterio piuttosto stringente in quanto è tenuto a valutare il venir meno dell'interesse del datore di lavoro medesimo alla conservazione del posto di lavoro⁷⁷. Non a caso, i Tribunali del lavoro, nel pronunciarsi in merito alle richieste di risoluzione *ex* § 9 *KSChG*, mostrano una chiara propensione a valutare in modo rigido e scrupoloso la ricorrenza dei presupposti adottati a fondamento delle stesse⁷⁸. Proprio dalla *ratio* della *KSChG*⁷⁹ – la quale a rigore impone che, in mancanza di una “giustificazione sociale” del licenziamento, il rapporto di lavoro, di regola, prosegua *ipso iure* (*Bestandsschutz*) –⁸⁰ si argomenta che la risoluzione del rapporto di lavoro è ammessa *solo in via eccezionale*⁸¹.

⁷⁷ Secondo parte della dottrina (BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 556) la previsione riduce al minimo i margini di discrezionalità del giudice il quale, ove accerti la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge, sarebbe vincolato a disporre la risoluzione del rapporto di lavoro.

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

⁷⁸ Lo fa notare anche ALES, *op. cit.*, 3.

⁷⁹ BAG 23.6.2005 – 2 AZR 256/04 – AP *KSChG* 1969 § 9 Nr. 52 = EzA *KSChG* § 9 nF Nr. 52; BAG 30.9.1976 – 2 AZR 402/75 – BAGE 28, 196, 200.

⁸⁰ BAG 9.9.2010, 2 AZR 482/09.

⁸¹ BAG 9.9.2010, 2 AZR 482/09; BAG 7.3.2002 – 2 AZR 158/01 – AP *KSChG* 1969 § 9 Nr.

In particolare, secondo il BAG, il datore di lavoro per poter avanzare con successo la richiesta di risoluzione deve dimostrare che il licenziamento, ancorché socialmente ingiustificato, si fonda su alcuni fatti idonei a pregiudicare in modo irreparabile il suo affidamento in ordine ad una collaborazione futura utile del lavoratore al perseguimento degli obbiettivi aziendali⁸². Quali ragioni di risoluzione vengono dunque in rilievo “circostanze tali da influire sul legame personale col dipendente, sulla valutazione della sua personalità, sul suo rendimento o sulla sua idoneità allo svolgimento dei compiti assegnati e sulle sue relazioni con gli altri dipendenti”⁸³, oppure comportamenti talmente gravi da incrinare il rapporto fiduciario, come avviene nel caso di “insulti, commenti diffamatori o di qualsiasi altro attacco personale del dipendente contro il datore di lavoro o i suoi colleghi”⁸⁴.

Le ragioni economiche o aziendali (*wirtschaftliche oder betriebliche Gründe*), dunque, non valgono di per sé a giustificare la richiesta di risoluzione a meno che non siano, anch'esse, idonee a incidere in qualche modo sulla base fiduciaria del rapporto di lavoro⁸⁵. In particolare, il giudice, nell'effettuare il giudizio di prognosi, può attribuire un certo peso ad alcune modifiche inerenti alla riorganizzazione del personale, come la sostituzione di un manager, ove ritenga, anche in tal caso, che a seguito di tali modifiche venga meno la possibilità di una collaborazione proficua per l'azienda⁸⁶.

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

⁸² BAG 23.6.2005, cit.

⁸³ BAG 23.6.2005, cit.

⁸⁴ In tali casi, per valutare se dal dipendente ci si possa attendere in futuro una collaborazione utile al perseguimento degli obbiettivi aziendali, assume rilievo non decisivo lo stato soggettivo, doloso o colposo, del dipendente. BAG 24.3.2011, 2 AZR 674/09; BAG 8.10.2009 - 2 AZR 682/08 - Rn. 15, EzA KSchG § 9 nF Nr. 57; 7.3.2002 - 2 AZR 158/01 - zu B II 2 b der Gründe, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45).

⁸⁵ BAG 7.3.2002, NZA 2003, 261 (263). BAG 14.10.1954, AP § 3 KSchG Nr. 6; BAG 14.10.1954, AP § 3 KSchG Nr. 6.

⁸⁶ BAG 23.6.2005, cit. I comportamenti posti in essere da terzi possono rilevare ai fini della risoluzione solo se siano stati in qualche misura indotti dal lavoratore (in un caso in cui un quotidiano locale aveva criticato un licenziamento ingiustificato del datore e definito il datore di lavoro un “uomo senza scrupoli” e “approfitatore”, si ritiene indifferente che il lavo-

Una chiara indicazione nel senso dell'eccezionalità della risoluzione emerge anche dall'orientamento della giurisprudenza costituzionale del *Bundesverfassungsgericht*, la quale, oltre a respingere i dubbi di costituzionalità sollevati con riferimento al § 9 del *KSchG* per contrasto con la libertà di scelta dell'impiego tutelata dall'art. 12, Abs., 1 GG, ha mostrato particolare rigore nel vagliare i motivi che giustificano la risoluzione del contratto di lavoro ai sensi di tale disposizione.

Innanzitutto, la Corte costituzionale ha affermato che nel caso di applicazione del § 9 del *KSchG* occorre valutare e contemperare i due diritti fondamentali in gioco – quello del lavoratore a mantenere il proprio impiego e a non subire un licenziamento in modo arbitrario, da un lato, e quello del datore di lavoro a decidere se, il quanto ed il come dell'attività d'impresa, dall'altro – allo scopo di garantire che ciascuno possa esplicare la propria efficacia nella misura più ampia possibile⁸⁷. In questa prospettiva la Corte ha ritenuto che la realizzazione del diritto del lavoratore di cui all'articolo 12, Abs. 1 GG, al pari di qualsiasi altro diritto fondamentale, richieda una tutela adeguata *anche sul piano processuale*, per cui il datore di lavoro, nel presentare la domanda di risoluzione, non potrebbe limitarsi a fare un mero rinvio a quei motivi che aveva addotto in precedenza – tra l'altro con esito negativo – a sostegno del licenziamento (oppure limitarsi ad addurre “il semplice venir meno del vincolo fiduciario”), ma debba allegare, nel corso del processo, e ove necessario dimostrare, le circostanze di fatto che rendono assai improbabile che il dipendente possa continuare a lavorare in modo proficuo nell'interesse dell'azienda.

In un altro caso rilevante⁸⁸ la Corte costituzionale è giunta persino a respingere la richiesta di risoluzione di un'organizzazione di tendenza (nella specie un'impresa editoriale)⁸⁹, richiamando anche qui la concezione di base a cui si ispira la *Kündigungsschutzgesetz* come legge a tutela della stabilità. In tale occasione, il BVerfG prende atto dei connotati specifici che assume il rapporto di lavoro nel quale il datore, essendo portatore di un interesse costituzionalmente protetto al perseguimento di un fine ideologico, come tale,

ratore abbia scritto l'articolo di sua spontanea volontà oppure avesse soltanto indotto l'autore a tali esternazioni) mentre le dichiarazioni prodotte da un rappresentante legale del lavoratore durante il processo solo se il lavoratore non se ne sia dissociato.

⁸⁷ BVerfG 22.10.2004 - 1 BvR 1944/01, in NZA 2005, 41.

⁸⁸ BVerfG, 14.1.2008, 1 BvR 273/03 Absatz-Nr. (1-26).

⁸⁹ HANSJÖRG, *Arbeitsrecht*, Gruyter, 2008, p. 211.

sarebbe legittimato a richiedere la risoluzione del rapporto di lavoro nel caso di una condotta dei propri lavoratori non compatibile con gli indirizzi ideologici. Tuttavia, il giudice delle leggi ritiene che la tutela alla stabilità non possa retrocedere dinanzi alle esigenze di tutela della tendenza; e dunque il datore di lavoro non potrebbe sottrarsi all'obbligo di riferire le circostanze di fatto che osterebbero in futuro ad una utile cooperazione del lavoratore rispetto alle finalità aziendali⁹⁰.

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

Nonostante la giurisprudenza, come poc'anzi richiamato, nel pronunciarsi sulla richiesta di risoluzione avanzata dal datore di lavoro appaia più disponibile a sposare le ragioni del lavoratore, nel sistema tedesco si è assistito nel corso degli anni ad uno scollamento tra il disegno ispiratore originario della *KSchG* del '69, incentrato sul perseguimento di una vera e propria stabilità del posto di lavoro („echter“ *Bestandsschutz*), e la sua effettiva applicazione. Come evidenziato da più parti, in caso di licenziamento “socialmente ingiustificato”, e soprattutto in caso di *betriebsbedingte Kündigung*, lo scioglimento del rapporto di lavoro è divenuto la regola e la tutela reintegratoria l'eccezione⁹¹.

Al contempo, si riconosce che la *KSchG* funge, almeno in parte, da effettivo deterrente, ponendo i presupposti affinché la stabilità del rapporto di lavoro sia tutelata almeno indirettamente come valore⁹².

Lo conferma il basso tasso di litigiosità del sistema⁹³: l'indeterminatezza delle ragioni giustificative del licenziamento e la crescente oscillazione degli indirizzi applicativi dei giudici, che anche nel sistema tedesco come in quello italiano, contrariamente alle intenzioni enunciate, talora effettuano un sin-

⁹⁰ In questo senso v. anche BVerfG 9.2.1990 – 1 BvR 717/87 –, NJW 1990, p. 2053. HANSJÖRG, *op. cit.*, p. 211.

⁹¹ Per tutti v. KAMANABROU, *op. cit.*, p. 81.

⁹² KAMANABROU, *op. cit.*, p. 81 e ss.

⁹³ DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 668 che riporta i dati dell'indagine empirica svolta presso l'istituto Max-Planck di Amburgo: soltanto il 7,74 di tutti i processi viene deciso con sentenza. In un'altra ricerca risulta invece che soltanto una minoranza dei lavoratori licenziati (il 15%) impugna il licenziamento davanti al giudice. BOTHFELD, ULLMANN, *Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis: nicht Schreckgespenst, sondern Sündenbock*, in *WSIM*, 2004, p. 262, 264.

dacato di merito sulle decisioni imprenditoriali, fa sì che gli imprenditori tedeschi non siano sempre disposti a sottoporsi, recedendo dal rapporto di lavoro, all'aleatorietà di un eventuale giudizio in materia di licenziamenti.

In secondo luogo, il sistema tedesco – a differenza del nostro, dove con la riforma Monti/Fornero “è sicuramente meno rischioso e meno costoso per il datore di lavoro licenziare il lavoratore, persino senza un giustificato motivo soggettivo o oggettivo”⁹⁴ – rende di fatto assai poco conveniente assumersi l'alea di un processo in quanto – come già anticipato – pone a carico del datore di lavoro “costi” assai elevati – oltre che imprevedibili – in caso di licenziamento illegittimo. In tal caso, peraltro, la scelta di non reintegrare non sempre è quella più conveniente per il datore di lavoro, il quale, come s'è visto, se nel corso del processo non ha impiegato il lavoratore, cade in mora ed è obbligato a corrispondere tutti gli arretrati ai sensi del § 615 BGB.

Inoltre, il § 9 del *KSchG* prevede che se il giudice accoglie la richiesta di scioglimento del rapporto, il datore è condannato a corrispondere al lavoratore illegittimamente licenziato un'indennità di importo tutt'altro che irrisorio. Il tetto massimo (dodici mensilità) è più basso rispetto a quello previsto dal nuovo art. 18 (in quanto nelle ipotesi in cui il giudice italiano sanziona con il risarcimento l'illegittimità del licenziamento intimato per g.m.s. o per giusta causa o per g.m.o. quando non sussiste la manifesta infondatezza del fatto, determina l'indennità tra un minimo di dodici mensilità ad un massimo di ventiquattro), ma garantisce certamente un trattamento di gran lunga migliore rispetto a quello riservato ai lavoratori italiani il cui licenziamento cade nell'area della tutela obbligatoria: in tal caso, se il licenziamento risulta ingiustificato l'indennità che il datore di lavoro è tenuto a versare a titolo di risarcimento del danno risulta di “importo compreso tra un minimo di 2,5 mensilità ad un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto”⁹⁵.

⁹⁴ ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁵ Nella determinazione dell'importo del risarcimento, tanto il legislatore tedesco quanto quello italiano attribuiscono espressamente rilevanza all'anzianità: in Germania, nel caso in cui il rapporto duri da almeno quindici anni l'ammontare può raggiungere le quindici mensilità, mentre se dura da più di venti anni, tale ammontare può raggiungere le venti mensilità (§ 10 del *KSchG*). Peraltro il giudice, nel determinare la liquidazione deve tenere conto non solo dell'anzianità di servizio, ma anche delle *chance* del lavoratore di trovare un nuovo posto di lavoro e della situazione finanziaria delle parti del contratto di lavoro. In Italia, invece, in base all'art. 8 della l. n. 604 del 1966 la misura massima dell'indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il pre-

Il basso tasso di litigiosità del sistema tedesco è confermato dai risultati di una ricerca empirica effettuata nel 2002, che mostra come lo strumento più utilizzato per la risoluzione delle controversie in tema di licenziamento sia rappresentato dalla transazione: più della metà di tali controversie si conclude con un *Abfindungsvergleich*, in base al quale il lavoratore accetta lo scioglimento del rapporto in cambio di un'indennità⁹⁶. In Germania le parti possono decidere liberamente di servirsi di una transazione durante il giudizio⁹⁷, nel quale è stato impugnato il licenziamento ed, in tal caso, godono di ampia discrezionalità nel determinare il contenuto dell'accordo⁹⁸.

Anzitutto, i contraenti possono esprimere nella transazione l'intento di far proseguire il vecchio rapporto di lavoro "non risolto" (*Bestandsvergleich*), o annullando il licenziamento in questione, o decidendo la costituzione di un ulteriore rapporto di lavoro, alle stesse o a diverse condizioni, ove necessario, prevedendo la corresponsione al dipendente del mancato guadagno temporaneo. Nel caso in cui le parti si accordano in una transazione giudiziale sulla prosecuzione del rapporto di lavoro a tempo determinato, la giurisprudenza del BAG ritiene che la ragione oggettiva per giustificare l'apposizione del termine sia dimostrata *in re ipsa*⁹⁹, per cui il lavoratore non può invocarne la mancanza.

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

stato di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro.

⁹⁶ BIELENSKI, *Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit*, in *AR*, 2003, p. 81. Secondo la ricerca più risalente riportata da BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 559, terminano con una transazione circa il 60% dei processi di prima istanza e il 44% dei processi di seconda istanza. Al contrario soltanto il 16% dei processi di prima istanza e circa il 44% dei processi di seconda istanza si risolvono con una sentenza. HÜMMERICH, *Die arbeitsgerichtliche Abfindung*, in *NZA*, 1999, p. 342, sottolinea inoltre che soltanto nel 6% delle transazioni è stata pattuita la prosecuzione del rapporto.

⁹⁷ Talune previsioni in tema di transazione si rinvencono nell'*Arbeitsgerichtsgesetz* (ArbGG), al § 107, e nel *Zivilprozessordnung* (ZPO), anche se non riguardano la transazione giudiziale: nel § 144a ZPO viene regolata la transazione compiuta davanti al collegio arbitrale (*Schiedsvergleich*).

⁹⁸ Sulle tipologie di *Kündigungsvorgleiches* cfr. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 561 e ss.

⁹⁹ BAG 22 febbraio 1984 AP Nr. 80 zu § 620 BGB, *NZA* 1984, 34.

ficacia del licenziamento stesso; non a caso si è giunti a qualificare la legge sui licenziamenti alla stregua di una “*Abfindungsgesetz*”¹⁰⁰.

I contraenti, disponendo, anche nella specie, di ampia libertà nella scelta delle modalità, di regola, sono ben consapevoli della convenienza a concludere una transazione di questo tipo¹⁰¹. Ciò vale *in primis* per il datore di lavoro che, come s’è visto, si espone al rischio di una sentenza di condanna a pagare gli arretrati maturati per tutta la durata del processo senza aver ricevuto alcuna prestazione in cambio (si calcola che tale somma può arrivare fino ad un ammontare di 100.000 euro per uno o due anni di processo); ma anche per il prestatore di lavoro che potrebbe aver trovato un nuovo posto di lavoro. La legge in qualche modo incoraggia tale esito in quanto prevede che l’assicurazione in caso di disoccupazione possa essere percepita dal singolo lavoratore solo se egli è disposto ad accettare un qualsiasi posto di lavoro purché sia adatto. Se invece il lavoratore è senza lavoro o ha trovato un’alternativa meno appetibile, teoricamente dovrebbe aspirare ad ottenere la prosecuzione del rapporto, ma, nel soppesare costi e benefici, potrebbe anche essere indotto ad accettare, come si suol dire, un “uovo oggi” piuttosto che “una gallina domani”: con ogni probabilità, infatti, il lavoratore, nel corso della durata del processo perderà il contatto con l’ambiente originario, vedrà allentare le proprie relazioni sociali, rischierà di disperdere il proprio patrimonio professionale e di renderlo inutilizzabile al rientro, senza poter prevedere nella maggior parte dei casi l’esito della lite. L’incertezza è accresciuta dal fatto che il giudice, nei primi due gradi del giudizio, potrebbe essere portato ad accogliere la richiesta di risoluzione avanzata dal datore di lavoro e rendere se non impossibile per lo meno improbabile una sua futura riammissione in servizio.

II. Il sistema di tutela collettiva (*cenni*). La reintegrazione nelle *more* del giudizio

Uno dei tratti peculiari del sistema tedesco che attira maggiormente l’interesse degli studiosi e degli operatori italiani¹⁰² è costituito dalla stretta connessione che esiste tra la tutela prevista sul piano individuale dalla *KSchG*

¹⁰⁰ PREIS, *Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis*, in *RA*, 2003, p. 65, 69.

¹⁰¹ DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 668-670.

¹⁰² GAETA, *op. cit.*, spec. p. 600.

e la disciplina speciale di natura collettiva sulla codeterminazione (*Mitbestimmungsrecht*), che, tra l'altro, impone prima di ogni licenziamento di sottoporre ad un confronto dialettico le ragioni delle parti dinnanzi al *Betriebsrat*, l'organismo al quale in Germania è demandata la rappresentanza generale dei lavoratori¹⁰³.

In Italia, l'idea di una "procedimentalizzazione" di matrice sindacale del potere di recesso era stata evocata a vari livelli nel dibattito che ha preceduto l'approvazione della legge 92. Un preciso riferimento al "modello tedesco" si rinviene in un appello formulato dal comitato direttivo di Lavoro e Diritto, nel quale si manifestava un certo interesse verso la cultura partecipativa che lo contraddistingue e si auspicava che la nuova disciplina sui licenziamenti rimettesse "al giudice la facoltà di chiedere, per i licenziamenti motivati da ragioni economiche e organizzative, un parere alle Rappresentanze sindacali unitarie, elette da tutti i lavoratori, ovvero, in mancanza di queste, alle Rsa, ovvero alle organizzazioni sindacali territoriali".

Tuttavia, il legislatore italiano si è mantenuto lontano da tale proposta, puntando ad incoraggiare una soluzione del tutto estranea alla tradizione culturale del sistema partecipativo previsto in Germania: in particolare, viene introdotta una procedura conciliativa che si svolge presso un organo di carattere amministrativo (la commissione di conciliazione costituita presso la Direzione provinciale del lavoro) e che è confinata in una prospettiva puramente individuale considerando che la presenza delle organizzazioni sindacali è rimessa alla scelta del lavoratore¹⁰⁴.

In Germania¹⁰⁵, al contrario, il licenziamento, qualunque ne sia la causale

¹⁰³ Come è noto sul piano formale i consigli d'azienda non sono legati ai sindacati da un rapporto organico in quanto ricevono un'investitura direttamente dai lavoratori presenti in azienda. Ma al di là di quanto il dato normativo formale lasci immaginare, esistono di fatto stretti legami tra sindacati e consigli di impresa, stante la capacità dei sindacati di influire sulla composizione di questi ultimi. V. tra gli altri AA.VV., *Germany: Facing new challenges*, in KERNER, HYMAN (eds), *Changing industrial relations in Europe*, Blackwell Oxford, 1998, p. 190.

¹⁰⁴ Su tale innovazione v. tra gli altri, F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, relazione tenuta al convegno "La riforma del mercato del lavoro", 13 aprile 2012, Roma, Università Roma Tre, 2012, § 10; CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in corso di pubblicazione su ADL, p. 28 del dattiloscritto.

¹⁰⁵ Le valutazioni sottese alla scelta del legislatore italiano sono facilmente intuibili: in un ambito fortemente influenzato dal contesto socio-politico, qual è quello dei rapporti collettivi, come insegna l'analisi comparativa, sarebbe stato tutt'altro che agevole effettuare un trapianto

(e dunque non solo in caso di ragioni oggettive), è sottoposto ad un controllo assai penetrante da parte del *Betriebsrat*, il quale, se si tratta di licenziamenti collettivi, ha anche la titolarità di una serie di diritti di codeterminazione ai sensi dei §§ 111-112 del *BetrVG* con riferimento ai cosiddetti piani sociali, nei quali viene generalmente contrattata la corresponsione di compensi per la riqualificazione e la formazione dei lavoratori.

In particolare, sempre che in azienda esista un *Betriebsrat*, la partecipazione si concretizza anzitutto nell'obbligo del datore di lavoro di informarlo e di metterlo al corrente delle persone coinvolte, del tipo di licenziamento che intende adottare (ordinario o straordinario), dei motivi e del termine a partire dal quale l'atto produce effetto (§ 102 c. 1 *BetrVG*)¹⁰⁶. Il *Betriebsrat* deve essere posto nelle condizioni di poter valutare la legittimità dei motivi e di poter sollevare obiezioni (motivate) contro il licenziamento senza dover svolgere accertamenti ulteriori¹⁰⁷. Il licenziamento si intende approvato se il consiglio aziendale non esprime al datore di lavoro alcuna riserva per iscritto nell'arco di una settimana (o di tre giorni in caso di licenziamento straordinario).

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

Tale opposizione ha conseguenze di non poco conto e, per quanto interessa ai nostri fini, può assumere rilevanza ai fini del riconoscimento del reintegro: infatti, qualora il lavoratore promuova un'azione in giudizio *ex* § 4 KSchG (*Kündigungsschutzklage*) ed il consiglio si opponga, il § 102 Abs. 5, del *BetrVG* obbliga il datore di lavoro a rioccupare in servizio il lavoratore a condizioni di lavoro immutate fino a che non sia intervenuta una sentenza sfavorevole a quest'ultimo¹⁰⁸.

di norme relative ai rapporti di forza da un ordinamento ad un altro, senza scatenare reazioni di rigetto.

¹⁰⁶ DÜTZ, THÜSING, *op. cit.*, p. 214.

¹⁰⁷ BAG 15.II.1995-2 AZR 974/94 - AP § 102 BetrVG 1972 Nr. 73 = NZA 1996, 419; BAG 23.6.2009, in NZA 2009, 1136.

¹⁰⁸ Sul diritto alla riammissione in azienda previsto dal § 102, Abs. 5, 2 Nr del BetrVG v. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 672-680; WANK, *Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers*

La previsione è volta a garantire, anche se in via indiretta, una tutela contro il licenziamento al lavoratore che teme di vedersi preclusa la possibilità di rientrare in azienda qualora il posto di lavoro non sia più disponibile nelle more del giudizio¹⁰⁹; in tal caso, il coinvolgimento del consiglio aziendale costituisce un filtro che lo tutela anche ai fini della decisione conclusiva: il datore di lavoro che intende “sbarazzarsi” di un proprio dipendente in cambio di una somma di denaro, di fatto potrebbe incontrare qualche difficoltà a dimostrare che la sua collaborazione non è più utile al perseguimento degli obiettivi aziendali laddove il prestatore di lavoro sia riuscito ad ottenere la riassunzione in servizio durante il processo. Tuttavia, sarebbe sbagliato enfatizzare l'importanza di questo strumento e ritenere che esso possa rappresentare la chiave di volta per risolvere il problema della stabilità¹¹⁰. Vediamone in sintesi le ragioni.

a) Anzitutto, va considerato che questa previsione ha avuto scarsa rilevanza sul piano pratico¹¹¹ e, allo stato, non trova applicazione in molte piccole e medie imprese giacché i lavoratori non prendono l'iniziativa per costituire consigli di impresa (cosa ancora abbastanza frequente nonostante la novella del 2001 ne abbia favorito la costituzione prevedendo procedure elettorali più snelle).

b) L'obiettivo principale della norma, come ha chiarito il BAG in una importante pronuncia del 1985¹¹², è quello di rafforzare, non la posizione del singolo lavoratore licenziato sul piano della stabilità (seppure provvisoria) del

in AA.Vv., *Münchener Handbuch*, cit., p. 138-172; RIEBLE, *Entbindung von der Weitebeschäftigungspflicht nach § 102, Abs. 5, Nr. 2 BetrVG*, in *BB*, 2003, p. 844. Come rileva THÜSING, in: RICHARDI (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar*, C.H. Beck, 2006, Rn. 119, la giurisprudenza, facendo propria la cosiddetta *Sphärentheorie*, secondo la quale il vizio procedurale non è imputabile alla responsabilità del consiglio aziendale, valuta con particolare severità l'inosservanza dell'obbligo di ascolto sino a considerare nullo per violazione di legge (*unwirksam*) il licenziamento intimato senza ascoltare il consiglio anche nel caso in cui la fase di consultazione presenti “soltanto” qualche lacuna. Per tale motivo nella discussione che si è aperta alcuni anni fa intorno ad un possibile allentamento dei vincoli posti dalla normativa di protezione contro il licenziamento alcuni avevano proposto una riduzione dei poteri del coinvolgimento del consiglio di fabbrica in caso di licenziamento.

¹⁰⁹ RIEBLE, *op. cit.*, p. 844.

¹¹⁰ Mette in guardia da questo rischio DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 672.

¹¹¹ Nell'ultima ed. del manuale più volte citato DÄUBLER fa riferimento ad una ricerca empirica, sia pure risalente, secondo cui su 10.000 lavoratori licenziati soltanto 4 vengono riassunti con questo strumento.

¹¹² BAG 27.2.1985, 7 AZR 525/83 in *BB*, 1985, 1978.

rapporto di lavoro, bensì il diritto di *Mitbestimmung* del consiglio aziendale e dunque un interesse collettivo.

Ed infatti la legge sulla costituzione aziendale subordina la richiesta di rioccupazione all'opposizione del *Betriebsrat*, il quale, essendo chiamato ad esercitare un diritto partecipativo (*Beteiligungsrcht*), non agisce in rappresentanza di singoli lavoratori, bensì nella veste di organo deputato alla tutela di interessi collettivi¹¹³.

Per usare le parole del BAG il rafforzamento della posizione individuale del lavoratore licenziato trova “la sua radice nell'ambito del diritto collettivo”¹¹⁴, semmai dunque è solo una conseguenza derivante dal diritto collettivo rafforzato del consiglio aziendale.

c) Ma soprattutto va tenuto conto che il § 102 Abs. 5, Nr. 2 *BetrVG* concede al datore di lavoro la possibilità di liberarsi dall'obbligo di riassumere in ipotesi tutt'altro che eccezionali: a parte i casi in cui la domanda del lavoratore non abbia alcuna ragionevole *chance* di successo o sia fatta temerariamente e l'opposizione del consiglio sia palesemente priva di fondamento, la legge fa riferimento all'ipotesi in cui la prosecuzione del rapporto costituisca per lui un “peso economico insostenibile”¹¹⁵. Proprio la previsione di quest'ultima ipotesi pone l'ostacolo maggiore alla riassunzione: la giustificazione dell'esonero non è collegata dalla norma a motivi che attengono al licenziamento stesso o ai comportamenti del lavoratore o del consiglio aziendale, bensì ad una circostanza ben definita: il potenziale pregiudizio che la rioccupazione del lavoratore potrebbe arrecare alla posizione economica del datore di lavoro (la liquidità o la capacità di concorrenza dell'impresa). Peraltro, è opinione prevalente che per dichiarare economicamente insostenibile la riassunzione non occorra che il datore di lavoro veda minata la possibilità di continuare ad esercitare la propria attività. L'insostenibilità economica della riassunzione deve essere valutata solo in relazione a quei fattori che si ripercuotono negativamente sull'andamento economico e sul bilancio dell'im-

¹¹³ V. RIEBLE, *op. cit.*, p. 844.

¹¹⁴ BAG 27.2.1985, cit., 1980.

¹¹⁵ Rimane aperta la questione se il parametro di riferimento per valutare l'insostenibilità economica debba essere riferito all'azienda (*Unternehmen*) oppure all'impresa (*Betrieb*). Sul punto V. RIEBLE, *op. cit.*, p. 845 secondo cui nonostante la natura giuridica del rapporto di rioccupazione come rapporto costituito sul piano individuale potrebbe suggerire il riferimento al datore di lavoro e dunque alla *Unternehmen*, il “danno economico insostenibile” deve essere valutato con riferimento alla *Betrieb*.

presa (si pensi ai costi della retribuzione oppure all'onere economico di una ristrutturazione dell'organizzazione dell'impresa nel caso in cui mancasse la possibilità di rioccupazione nel vecchio posto di lavoro)¹¹⁶.

Un ulteriore ostacolo alla riassunzione deriva dal fatto che, secondo l'opinione più accreditata, nell'ipotesi in cui a seguito di un licenziamento collettivo più lavoratori fanno valere simultaneamente un diritto ad essere riammessi in servizio, per poter stabilire se la riammissione è economicamente (in)sostenibile, si deve tener conto non solo del costo della riammissione del singolo lavoratore, ma anche dell'aggravio economico che il datore di lavoro dovrà sopportare allorché riammette in servizio gli altri lavoratori. Ed infatti, se tale aggravio fosse trascurato, si darebbe luogo ad un'immagine distorta della situazione economica dell'impresa e la previsione in esame opererebbe soltanto in casi del tutto residuali¹¹⁷.

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

Inizialmente la Corte federale del lavoro aveva risposto negativamente, ritenendo che il diritto alla rioccupazione richiedesse l'esistenza attuale di un rapporto di lavoro e potesse configurarsi nei soli e limitati casi in cui il licenziamento è manifestamente inefficace¹¹⁸.

Questa posizione è stata superata con una sentenza del 1985, nella quale il BAG riconosce per la prima volta che se il licenziamento viene considerato illegittimo dinanzi al tribunale del lavoro di prima istanza, il lavoratore licenziato ha un diritto ad essere temporaneamente occupato fino al passaggio

¹¹⁶ Non manca peraltro chi ritiene che l'insostenibilità del carico economico debba valutata anche in relazione a fattori legati alla persona del lavoratore e alle "prospettive di un suo reinserimento". V. STEGE, WEINSPACH, SCHIEFER, *Betriebsverfassungsgesetz: Handkommentar für die betriebliche Praxis*, Dt. Inst.-Verl., 2002, R.n. 182.

¹¹⁷ Lo fa notare WOLFF (*Vörläufiger Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses durch Weitebeschäftigung nach des § 102 Abs. 5 BetrVG*, Diss. 2000, p. 210), il quale aggiunge che la riammissione in servizio di un singolo lavoratore potrebbe incidere in modo rilevante soltanto sull'andamento economico di una piccola impresa.

¹¹⁸ BAG 26.5.1977, BAGE 29 S. 195 (200) = DB 1977 S. 2099.

in giudicato della pronuncia, e ciò indipendentemente dall'opposizione del *Betriebsrat*¹¹⁹. La sentenza suscitò a suo tempo opinioni divergenti: secondo alcuni il BAG avrebbe in tal modo rafforzato e reso più effettiva la tutela contro i licenziamenti¹²⁰; ad altri la soluzione adottata è apparsa invece troppo compromissoria in quanto consente all'interesse del lavoratore alla continuità dell'occupazione di prevalere su quello datoriale solo se la prosecuzione del rapporto non sia considerata economicamente insostenibile da una decisione in prima istanza¹²¹.

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

Nel concedere tale provvedimento i giudici di merito si riservano, di volta in volta, un margine di discrezionalità più o meno ampio: in alcune pronunce si ritiene necessario che il licenziamento sia "manifestamente inefficace"¹²², in altre ci si accontenta di una probabilità, più o meno alta, che il lavoratore possa risultare vittorioso nel giudizio¹²³.

Peraltro, anche sotto questo profilo, si contesta, da un lato, che il pericolo del lavoratore di perdere definitivamente il posto di lavoro spesso viene in rilievo solo dopo che si è valutata la sostenibilità economica della rioccupa-

¹¹⁹ BAG 27.2.1985, cit., 1980. È interessante constatare che nello stesso periodo la legge per la promozione per l'occupazione (*Beschäftigungsförderungsgesetz*) del 1985, per favorire la creazione di nuovi posti di lavoro, aveva previsto la possibilità di concludere contratti a termine fino a 18 mesi senza controllo giudiziale.

¹²⁰ Così ZACHERT, *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Università degli Studi di Trento, 1995, p. 141; SCHMIDT, WEISS, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, p. 130 i quali pongono in luce che la sentenza ha segnato un cambiamento radicale, rilevando che se il lavoratore è riuscito ad ottenere dal giudice in prima istanza la possibilità di essere temporaneamente rioccupato, per il datore di lavoro che ha fatto richiesta di risoluzione sarà più difficile dimostrare l'impossibilità di una collaborazione fruttuosa con quel lavoratore.

¹²¹ DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 674, il quale ritiene che il BAG avrebbe dovuto basarsi su un diverso contemperamento di interessi.

¹²² Per esempio LAG Hamburg 15.8.1974, DB 1974, 2408.

¹²³ LAG Frankfurt/M, in *AR* 1977, 155 citata da Daubler in nota 904.

zione¹²⁴, dall'altro, che la riammissione in azienda viene garantita soltanto in casi particolari come quando senza di essa viene messo gravemente in pericolo un diritto afferente alla sfera della personalità del lavoratore, quale il diritto alla formazione e alla elevazione professionale¹²⁵.

12. Il dibattito più recente

Come in Italia, anche nella Rft, il tema della flessibilità in uscita, specie nell'ultimo decennio, ha riaperto un'accesa disputa nella quale la disciplina sui licenziamenti individuali è stata al centro di aspre polemiche¹²⁶.

Il timore maggiore è che l'eccessiva rigidità di cui tale normativa è accusata possa avere l'effetto di ostacolare il dinamismo delle imprese e la creazione di posti di lavoro, aggravando il dualismo del mercato del lavoro ed il *gap* di protezione tra i lavoratori già occupati e i potenziali aspiranti del posto di lavoro¹²⁷.

In particolare, la tutela attualmente garantita contro i licenziamenti, limitando la libertà di azione delle imprese nel determinare dimensioni e assetti produttivi e organizzativi, potrebbe creare una barriera all'accesso sul mercato per chi è in cerca di occupazione (*Marktzutrittsschranke*)¹²⁸. Anzi, secondo alcuni una disciplina di tutela come quella attuale che tiene conto soltanto degli interessi degli *insiders* realizzerebbe una lesione intollerabile della libertà professionale, costituzionalmente tutelata, di cui è titolare chi aspira a trovare un'occupazione, e cioè gli *outsiders* (art. 12, Abs. 1 GG)¹²⁹, aggravando la disparità di trattamento tra tali gruppi di lavoratori.

¹²⁴ DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 679.

¹²⁵ LAG Hamburg 15.8.1974, cit.

¹²⁶ Il dibattito, molto acceso agli inizi del decennio scorso, sembra affievolirsi solo negli ultimissimi anni anche in considerazione del fatto che molti studi hanno confermato che la rigidità della disciplina sui licenziamenti ha uno scarso impatto sulla crescita dell'occupazione. Ne prende atto il Parlamento Europeo (2007), Relazione su *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, 25 giugno 2007, www.europarl.europa.eu, p. 1 ss.

¹²⁷ Per la tesi che nega invece una connessione tra il tasso di rigidità della disciplina sui licenziamenti e la disoccupazione di determinati gruppi di lavoratori, in particolare i più giovani v. JANSSEN, *Arbeitsrecht und unternehmerische Einstellungsbereitschaft*, in: iwttrends (Hrsg.): *Initiative Neue soziale Marktwirtschaft*, 2004, p. 16-25 il quale pone in rilievo che solo di tanto in tanto dai sondaggi empirici emerge che la normativa vigente ostacola la creazione di nuovi posti di lavoro.

¹²⁸ Sullo stato del dibattito v. HERGENRÖDER, *op. cit.*, p. 360.

¹²⁹ WAAS, *Kündigungsschutz*, cit., p. 99. Il timore non viene fugato dalla giurisprudenza co-

Peraltro, la disciplina sui licenziamenti, così come si è sviluppata grazie all'importante opera interpretativa svolta dalla giurisprudenza, è stata anche criticata in quanto lascia un ampio margine di incertezza giuridica in ordine alle causali che legittimano il licenziamento¹³⁰ ed in quanto prevede un sistema sanzionatorio eccessivamente rigido che può comportare per le imprese costi eccessivi ed imprevedibili, anche in considerazione dei tempi lunghi che il sistema giudiziario impiega nella soluzione della controversia¹³¹.

La legge di riforma del mercato del lavoro del 24 dicembre 2003 (*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*) non è riuscita a smorzare i toni assai aspri di queste critiche; anzi, avendo introdotto solo correttivi marginali alla attuale disciplina sui licenziamenti¹³² (come la restrizione del suo campo di applicazione, la ridefinizione delle regole sui criteri di scelta, una modifica del termine di impugnazione giudiziale¹³³ e, soprattutto, il diritto all'indennità¹³⁴ a

stipuzionale che per i primi riconosce che lo Stato è obbligato a mantenere uno standard minimo di tutela in caso di licenziamenti (*Schutzpflicht*), mentre per chi è in cerca di un lavoro si astiene dal configurare un interesse al riconoscimento del diritto al lavoro garantito dall'art. 12. BVerfG 21.1.1998 AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

¹³⁰ Come osserva ZACHERT, *Der Arbeitsrechtsrechtsdiskurs*, cit., p. 422, oggi la normativa viene messa sotto accusa soprattutto scarsa chiarezza (*Undurchschaubarkeit*). Il tasso relativamente alto di incertezza nei rapporti giuridici viene denunciato anche in un recente studio empirico commissionato da un istituto di ricerca (EICHHORST, MARX, *Zur Reform des deutschen Kündigungsschutzes*, IZA, 2011, Report n. 38), specie con riguardo alle causali, ai criteri di selezione sociale e alla procedura.

¹³¹ BAUER, *Arbeitsrechtlicher Wunschkatalog für mehr Beschäftigung*, in *NZA*, 2005, p. 1046-1051.

¹³² In quest'occasione il legislatore non ha voluto neppure incidere sulle causali giustificative del licenziamento per ridurre l'indeterminatezza che le caratterizza come aveva auspicato invece BAUER, *op. cit.*, p. 1046-1051.

¹³³ In Germania il licenziamento va impugnato nel termine perentorio di tre settimane dalla notifica (§ 4 KSchG). Si tratta di un aspetto caratteristico del diritto tedesco rispetto ad altri ordinamenti giuridici, come quello italiano che prevede il termine più lungo di sessanta giorni (§ 4 KSchG). Al fine di garantire al datore di lavoro maggiore certezza sulla sorte del rapporto di lavoro la legge di riforma del dicembre 2003 ha previsto che il termine di impugnazione trova applicazione non solo quando manca una giustificazione sociale ma anche nelle altre ipotesi di illegittimità del licenziamento. Sul punto v., più nel dettaglio, DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 652-656.

¹³⁴ In particolare, in virtù di tale previsione il lavoratore in caso di licenziamento per motivi economici ha diritto a percepire un'indennità a condizione che il datore di lavoro ne offra la corresponsione nella lettera di licenziamento e il lavoratore lasci spirare il termine decadenziale di tre settimane per l'impugnazione del licenziamento.

favore del lavoratore licenziato per ragioni economiche nel nuovo § 1 a.), se ne è attirata essa stessa delle altre.

Si tratta di critiche per lo più fondate giacché essa non solo alleggerisce solo in piccola parte i vincoli presenti nel sistema, ma adotta in certi casi soluzioni non del tutto soddisfacenti che sollevano più problemi di quanti non ne risolvono oppure rivestono un valore puramente simbolico, come nel caso della previsione di un *Abfindungsanspruch* in caso di licenziamento per ragioni economiche (*KSchG* § 1a)¹³⁵.

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

Il disegno di fondo che ha ispirato tali proposte non si allontana di molto da quello perseguito dalla riforma recentemente approvata in Italia in quanto consiste nell’introdurre nel sistema di tutela contro i licenziamenti un nuovo paradigma concettuale finora estraneo alla tradizione tedesca: si prefigura cioè il passaggio da un regime – qual è quello attuale – che riconosce un peso preponderante alla tutela di tipo reintegratorio e all’interesse alla conservazione del posto di lavoro (*Bestandsschutz*) ad un assetto più blando che si fonda su una tutela indennitaria più o meno ampia (*Abfindungslösung*)¹³⁶. Coloro i quali mostrano una pur cauta apertura verso simili op-

¹³⁵ Essa, pur essendo valutata costituzionalmente legittima per il carattere opzionale di tale diritto, non è sembrata uno strumento adeguato rispetto all’obbiettivo che il legislatore si era con esso proposto e cioè quello di deflazionare il contenzioso e rendere contestualmente meglio calcolabili i costi dei licenziamenti per le imprese. V. tra gli altri, RAAB, *Der Abfindungsanspruch gemäß § 1a KSchG in RArbeit*, 2005, 1, p. 12.

¹³⁶ Le opinioni in merito divergono soprattutto con riguardo al tipo di tutela indennitaria da introdurre: una tesi più radicale sembra prefigurare un vero e proprio smantellamento della normativa sui licenziamenti in quanto sostiene che il datore di lavoro dovrebbe essere messo nelle condizioni di poter licenziare anche senza motivazione e senza selezione sociale, essendo tenuto soltanto al rispetto del periodo di preavviso. La tesi propone peraltro di potenziare la sicurezza nel mercato (*security*), imponendo al datore di finanziare l’attività post-occupazione dei servizi per l’impiego per il ricollocamento e le misure di formazione (si tratta della tesi proposta dalla Camera di commercio di Amburgo, IHK Hamburg, „*Mehr Markt für den Arbeitsmarkt*“, S.

zioni di riforma pongono in evidenza che l'ordinamento costituzionale lascia al legislatore ordinario un ampio margine di discrezionalità in merito alla scelta delle tecniche normative più idonee a sanzionare il licenziamento illegittimo, senza potersi ritenere preclusa la scelta di un regime sanzionatorio incentrato sulla corresponsione dell'indennità (fatta eccezione per alcuni casi, come quello del licenziamento per mero capriccio). Si fa notare anzitutto che la giurisprudenza costituzionale tedesca, come quella italiana, ha sempre negato che un diritto al reintegro possa ritenersi costituzionalmente imposto, ritenendo, come s'è visto, che dall'art. 12 del GG (libertà professionale) possa dedursi tutt'al più una garanzia costituzionale al solo diritto a non subire un licenziamento arbitrario¹³⁷. Peraltro, si osserva che il legislatore ordinario, come si è detto, nel predisporre i vincoli limitativi del potere di recesso non possa avere riguardo solo agli interessi di chi il posto di lavoro già ce l'ha, ma debba necessariamente tener conto anche di quelli degli *outsiders*¹³⁸.

22 ff., reperibile su <http://www.bda-pro-job.de>, del 17.02.2006); secondo un'altra tesi si dovrebbe puntare ad imporre una tutela di tipo indennitario per qualunque tipo di licenziamento e rendere del tutto residuale la tutela della stabilità (BUCHNER, *Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts*, in *NZA*, 2002, p. 533, 534; J.-H. BAUER, *Arbeitsrechtlicher* cit., p. 1046-1051; la tesi è stata fatta propria anche in un rapporto redatto dalla BDA in „BDApro- job.de“, S. 8 f., reperibile su <http://www.bda-pro-job.de>, del 17.02.2006 su cui v. le critiche di KAMANABROU, *op. cit.*, p. 85 e ss.); altri autori ritengono che mentre con riferimento al licenziamento per motivi economici non ha più molto senso continuare a perseguire l'obiettivo della tutela di una autentica continuità – alla quale peraltro nessuna delle parti del contratto di lavoro aspira – e dunque si potrebbe ipotizzare una tutela risarcitoria, viceversa, ciò non è vero nel caso di licenziamenti disciplinari e personali là dove dal lato del dipendente occorre soddisfare un interesse alla continuità del rapporto (tra gli altri, KAMANABROU, *op. cit.*, 83 e ss.; PREIS, *Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis in RArbeit*, 2003, p. 65); altri ancora, infine, ritengono che, nel caso in cui il licenziamento per ragioni economiche e per ragioni inerenti alla persona del lavoratore sia ingiustificato, la scelta tra la tutela di tipo indennitario e quella di tipo reintegratorio debba essere rimessa al lavoratore. HANAU, *Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?* Deutscher Juristentag, 2000, C-90.

¹³⁷ Secondo HERGENRÖDER, *Kündigung und Kündigungsschutz im Lichte der Verfassung*, in *ZA*, 2002, p. 355 “i diritti fondamentali non possono giocare un ruolo molto rilevante nelle questioni che riguardano la disciplina sui licenziamenti” in quanto “la Costituzione traccia soltanto il quadro all'interno del quale si muovono il legislatore ordinario ed il giudice. E questo stesso ambito è fluido: alla fine nessuno è nella condizione di poter individuare con chiarezza il nucleo intangibile della libertà di impresa o della garanzia del posto di lavoro. Questo può essere stabilito soltanto nel caso concreto”.

¹³⁸ V. sul punto WAAS, *Kündigungsschutz*, cit., p. 102, il quale ritiene inoltre che anche il diritto europeo lasci al legislatore ordinario un ampio margine di autonomia in ordine alle tecniche di limitazione del recesso del datore di lavoro. La normativa di diritto secondario (e in

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

Tale posizione si giustifica in considerazione delle finalità – ancora attuali – sottese al sistema di tutela individuale contro i licenziamenti. In particolare si deve riconoscere non solo che la tutela contro i licenziamenti garantisce un vantaggio dal punto di vista economico alle imprese – le quali, per mantenere un grado elevato di efficienza economica e produttività, hanno bisogno di avere un nucleo stabile di forza lavoro, qualificata e in grado di adattarsi ai cambiamenti strutturali – ma anche che essa ha alla base un fondamento di carattere politico nella misura in cui contribuisce ad evitare conflitti sociali e a garantire la stabilità del sistema di relazioni industriali¹³⁹.

Una riforma che si proponga di ammorbidire le conseguenze sanzionatorie di un licenziamento invalido e di dare più spazio alla sanzione indennitaria (*Abfindungslösung*) potrebbe mettere in discussione la funzione di tutela preventiva (*Präventivfunktion*) che la disciplina sui licenziamenti è chiamata ad assolvere per scongiurare licenziamenti manifestamente o molto probabilmente ingiustificati, rischiando di indebolire la garanzia dei diritti fondamentali della persona del lavoratore che vengono in gioco nel licenziamento¹⁴⁰. Come riconosce anche la nostra giurisprudenza costituzionale la disciplina in esame pone le basi per garantire al lavoratore non solo una sicurezza sul piano economico, ma soprattutto la possibilità di esercitare liberamente i diritti derivanti dal rapporto di lavoro (*Freiheitssicherung*): chi si trova in una condizione di debolezza contrattuale nei confronti della con-

particolare le direttive) regola solo aspetti marginali della tutela in caso di licenziamento. Pur avendo in linea di principio una competenza a legiferare anche mediante una normativa che preveda una tutela generale contro il licenziamento ex art. 137, paragrafo 1, CE, l'UE non ha ancora fatto uso di queste competenze.

¹³⁹ DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 713-719.

¹⁴⁰ FRANZEN, *Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmer als Grundlage des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes*, in KRAUSE, SCHWARZE (a cura di), *Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag am 23. Mai 2008*, p. 90. HROMADKA, *Unternehmerische*, cit., p. 383; KAMANABROU, *op. cit.*, p. 78 e ss.; REBHAIN, *op. cit.*, p. 186, secondo cui “qualsiasi tutela contro i licenziamenti, anche quella più debole, ha l'importante funzione di garantire l'effettività del diritto del lavoro nel suo complesso”.

troparte e teme di perdere il posto di lavoro potrebbe in qualche modo essere indotto a non far valere i propri diritti.

Fondato sembra infine il pericolo che in un contesto di economia globale ed altamente competitiva un allentamento dei vincoli legali al licenziamento – ammesso (e non concesso) che serva realmente ad attrarre gli investimenti da parte di imprenditori stranieri – possa incoraggiare il fenomeno del *dumping* sociale o della “concorrenza tra regole”. È infatti indubitabile che in un simile contesto le imprese multinazionali siano più inclini a sfruttare le divergenze esistenti nelle legislazioni nazionali e selezionare la legislazione del lavoro più favorevole: come mostra una sentenza dell'*Arbeitsgericht* di Düsseldorf¹⁴¹ tali imprese spesso decidono di chiudere le sedi in Germania, e non in altri Paesi, approfittando del fatto che in questo paese raramente rischiano di dover accollarsi, sulla base di un *Sozialplan*, gli ingenti premi di fine rapporto che sarebbero tenute a corrispondere altrove¹⁴².

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

Del resto, è significativo che in Germania anche chi si dichiara in linea di principio a favore di un nuovo assetto della disciplina che sostituisca in parte la tutela alla stabilità (*Bestandsschutz*) con una tutela indennitaria (*Abfindungsschutz*)¹⁴³ e propone, in certi casi, una graduazione della sanzione risarcitoria in base al presupposto del licenziamento¹⁴⁴, evidenzia la necessità di tenere nettamente distinte e separate le ipotesi in cui la causale del licenziamento tocca il diritto della personalità ancorato nell'art. 2 del GG e dun-

¹⁴¹ Sentenza del 11 febbraio 2004 – 10 Ca 19769/03 di cui dà notizia GOTTHARDT, *Standortvergleich bei Betriebsschließungen*, in *NZA*, 2005, p. 739.

¹⁴² DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 717.

¹⁴³ Si è anche discusso sulla possibilità delle parti di prevedere deroghe contrattuali alla disciplina di tutela contro i licenziamenti e sulla inderogabilità della normativa in questione. Accordi in deroga sono considerati ammissibili solo se sussiste una ragione oggettiva (si pensi ai casi particolari di un tossicodipendente o di un alcolista).

¹⁴⁴ HERGENRÖDER, *op. cit.*, p. 355, il quale sostiene che una tutela di questo tipo possa fungere da deterrente e consentire di evitare le conseguenze di un processo dagli esiti assai incerti. Secondo tale a. anche la Corte costituzionale avrebbe in qualche misura riconosciuto che una tutela di tipo indennitario ha un'efficacia in via preventiva. BVerfG 27 gennaio 1998, Nr 18, AR Blattei ES 830 con nota di DIETERICH, 1020 Nr. 346.

que la dignità, l'onorabilità e la libertà morale del lavoratore da quelle in cui è in gioco soltanto un suo interesse economico e professionale. Nel primo caso ci sono buone ragioni persino per ritenere che il diritto al reintegro (*Wiedereinstellungsanspruch*) sia costituzionalmente imposto dal momento che la lesione dell'onore e del decoro che il lavoratore illegittimamente licenziato potrebbe subire – si pensi al licenziamento emesso sulla base del sospetto che il lavoratore ha compiuto un reato o una grave violazione dei suoi obblighi (c.d. *Verdachtskündigung*) – difficilmente sarebbe compensata in modo adeguato mediante la corresponsione di una somma di denaro.