

**CORTE COSTITUZIONALE**

SERVIZIO STUDI

**Area di diritto comparato**

**LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI  
INDIVIDUALI IN ALCUNI PAESI EUROPEI**

*a cura di P. Passaglia*

*con contributi di*

C. Guerrero Picó

M. T. Rörig

C. Torrìsi

luglio 2018

### **Avvertenza**

*La Corte costituzionale ha la titolarità, in via esclusiva, dei contenuti del presente documento.*

*La Corte costituzionale fa divieto, in assenza di espressa autorizzazione, di riprodurre, estrarre copia ovvero distribuire il documento o parti di esso per finalità commerciali. Il riutilizzo per finalità diverse è soggetto alle condizioni ed alle restrizioni previste nel contratto di licenza Creative Commons (CC by SA 3.0).*

*Per informazioni e richieste, si invita a contattare il Servizio Studi, scrivendo al seguente indirizzo email: [servstudi@cortecostituzionale.it](mailto:servstudi@cortecostituzionale.it).*

**LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI  
INDIVIDUALI IN ALCUNI PAESI EUROPEI**



# INDICE

## FRANCIA

<b>1. Premessa</b> .....	<b>9</b>
<b>2. Cenni sulla distinzione tra licenziamenti individuali e licenziamenti collettivi</b> .....	<b>10</b>
<b>3. I licenziamenti individuali</b> .....	<b>11</b>
3.1. I requisiti formali .....	11
3.1.1. <i>Il principio di giustificatezza: la cause réelle et sérieuse</i> .....	11
3.1.2. <i>Il colloquio preliminare</i> .....	11
3.1.3. <i>La lettera di licenziamento</i> .....	11
3.2. I motivi del licenziamento .....	12
3.2.1. <i>La cessazione dei contratti a tempo indeterminato</i> .....	13
a) I licenziamenti per motivi personali .....	13
b) I licenziamenti per motivi economici .....	13
3.2.2. <i>La cessazione del contratto di lavoro a tempo determinato</i> .....	18
<b>4. Le conseguenze del licenziamento legittimo: preavviso e indemnité de licenciement</b> .....	<b>18</b>
<b>5. L'impugnazione del licenziamento</b> .....	<b>19</b>
<b>6. Le sanzioni previste in caso di licenziamento illegittimo</b> .....	<b>20</b>
6.1. La tutela indennitaria .....	20
6.1.1. <i>L'introduzione di una sanzione per mancata motivazione</i> .....	20
6.1.2. <i>L'introduzione di una barémisation dell'indennità compensatrice in caso di licenziamento senza cause réelle et sérieuse</i> .....	22
a) I minimi: <i>les planchers</i> .....	24
b) I tetti massimi .....	24
c) La globalizzazione delle indennità .....	25
d) La posizione della <i>Cour de cassation</i> : la decisione del 13 settembre 2017 .....	25
6.1.3. <i>La riduzione delle altre indennità</i> .....	26

a) L'indennità per licenziamento irregolare .....	26
b) L'indennità per il licenziamento economico in caso di assenza di PSE .....	26
c) L'indennità per il licenziamento con violazione della priorità di reimpiego .....	27
6.2. L'esclusione dal <i>barème</i> delle indennità irrogate nelle ipotesi di nullità del licenziamento .....	27
<b>7. L'incidenza, nell'ordinamento nazionale, del diritto sovranazionale ..</b>	<b>28</b>

## GERMANIA

<b>1. Le fonti rilevanti .....</b>	<b>29</b>
<b>2. Cenni sulla distinzione tra licenziamenti individuali e     licenziamenti collettivi .....</b>	<b>30</b>
<b>3. I licenziamenti individuali (requisiti) .....</b>	<b>30</b>
<b>4. La procedura di licenziamento in presenza del consiglio aziendale ....</b>	<b>34</b>
<b>5. I motivi del licenziamento individuale .....</b>	<b>35</b>
5.1. I licenziamenti per motivi straordinari .....	35
5.2. I licenziamenti per motivi ordinari ai sensi del KSchG .....	36
<b>6. L'impugnazione del licenziamento e le conseguenze     del licenziamento illegittimo .....</b>	<b>38</b>
<b>7. L'indennità preventiva in caso di licenziamento     per motivo oggettivo aziendale .....</b>	<b>41</b>

## PORTOGALLO

<b>1. Premessa .....</b>	<b>43</b>
<b>2. I motivi del licenziamento individuale .....</b>	<b>44</b>
2.1. Il licenziamento disciplinare ( <i>despedimento por facto imputável         ao trabalhador</i> ) .....	44
2.2. Il licenziamento per incapacità di adattamento ( <i>despedimento         por inadaptação</i> ) .....	45
2.3. Il licenziamento per estinzione del posto di lavoro ( <i>despedimento         por extinção de posto de trabalho</i> ) .....	47
<b>3. I requisiti formali del licenziamento .....</b>	<b>49</b>
3.1. Il licenziamento per cause imputabili al lavoratore .....	49
3.2. Il licenziamento per incapacità di adattamento .....	51
3.3. Il licenziamento per estinzione del posto di lavoro .....	52

<b>4. L'impugnazione del licenziamento</b> .....	<b>52</b>
<b>5. Le sanzioni previste in caso di licenziamento invalido</b> .....	<b>53</b>
5.1. Le cause generiche di <i>ilicitude</i> .....	53
5.2. Le cause specifiche di <i>ilicitude</i> .....	53
5.3. L'indennizzo e/o la reintegrazione del lavoratore .....	54
<b>6. Nota sull'applicabilità della Carta sociale europea</b> .....	<b>56</b>

## SPAGNA

<b>1. Premessa</b> .....	<b>57</b>
<b>2. I motivi del licenziamento individuale</b> .....	<b>58</b>
2.1. Il licenziamento disciplinare .....	58
2.2. L'estinzione del contratto per cause oggettive .....	60
2.2.1. <i>Le cause in generale</i> .....	60
2.2.2. <i>I dubbi di legittimità riguardanti le cause economiche</i> .....	61
<b>3. I requisiti formali del licenziamento</b> .....	<b>62</b>
3.1. Le particolarità del licenziamento disciplinare .....	63
3.2. Le particolarità dell'estinzione per cause oggettive .....	64
<b>4. L'impugnazione del licenziamento</b> .....	<b>65</b>
<b>5. Le sanzioni previste in caso di licenziamento invalido</b> .....	<b>66</b>
5.1. Il licenziamento illegittimo o senza giusta causa ( <i>despido improcedente</i> ) .....	66
5.1.1. <i>I difetti di merito e di forma</i> .....	66
5.1.2. <i>Il diritto del datore di lavoro di optare tra reintegrazione ed indennizzo</i> ...	67
5.1.3. <i>L'indennizzo per i servizi prestati prima della riforma del 2012</i> .....	68
5.1.4. <i>I cc.dd. salarios de tramitación</i> .....	68
5.2. Il licenziamento nullo .....	70
5.3. L'eventuale indennizzo aggiuntivo per danni morali in caso di violazione di diritti fondamentali .....	71
<b>6. Cenni sul controllo di convenzionalità della normativa interna     alla luce della Carta sociale europea</b> .....	<b>72</b>





# FRANCIA

di Céline Torrisi

## 1. Premessa

Il diritto del lavoro ha conosciuto una marcata evoluzione negli anni più recenti. Dall'adozione, da parte del Parlamento, in data 14 maggio 2013, del progetto di legge sul "rafforzamento della sicurezza dell'impiego", sono state attuate tre riforme che hanno notevolmente modificato il Codice del lavoro<sup>1</sup>: la legge n. 2015-990 del 6 agosto 2015, per la crescita, l'attività e l'uguaglianza delle *chances* economiche<sup>2</sup> e la legge n. 2015-994 del 17 agosto 2015, relativa al dialogo sociale ed al lavoro<sup>3</sup> (cc.dd. "Lois Macron"); la legge n. 2016-1088 dell'8 agosto 2016, sul lavoro, la modernizzazione del dialogo sociale ed il rafforzamento della sicurezza dei percorsi professionali (c.d. "Loi El Khomri")<sup>4</sup>, adottata il 9 agosto 2016; infine, le c.d. "*ordonnances Macron*"<sup>5</sup>, adottate nel

---

<sup>1</sup> Il testo consolidato del Codice del lavoro è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>.

<sup>2</sup> La legge è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/8/6/2015-990/lo/texte>. Il testo è stato oggetto di parziale declaratoria di incostituzionalità da parte del *Conseil constitutionnel* con la decisione n. 2015-715 DC del 5 agosto 2015. La sentenza è stata passata in rassegna nel *Bolletino di attualità giurisprudenziale straniera* del mese di settembre 2015, reperibile *on line* alla pagina <https://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaBollettini.do>.

<sup>3</sup> La legge è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031046061&categorieLien=id>. Anche su questa legge è intervenuto, in senso parzialmente caducatorio, il *Conseil constitutionnel* con la decisione n. 2015-720 DC del 13 agosto 2015, reperibile *on line* alla pagina <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2015720DC2015720dc.pdf>

<sup>4</sup> La legge è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=id>. Per la relativa declaratoria di incostituzionalità parziale, v. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2016-736 DC del 4 agosto 2016. La sentenza è stata passata in rassegna nel *Bolletino di attualità giurisprudenziale straniera* del mese di settembre 2016, reperibile *on line* alla pagina <https://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaBollettini.do>.

<sup>5</sup> Per potere legiferare mediante *ordonnance*, il governo ha dovuto far votare una *loi d'habilitation*, su cui il *Conseil constitutionnel* si è espresso con la decisione n. 2017-751 DC, del 7 settembre 2017 (v. segnalazione del 11 settembre 2017, reperibile *on line* alla pagina [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni\\_201709.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni_201709.pdf)) e pubblicata al *Journal officiel* del 16 settembre 2017.

La riforma è composta di cinque *ordonnances* approvate il 22 settembre 2017: l'*ordonnance* n. 2017-1385, sul rafforzamento della negoziazione collettiva; l'*ordonnance* n. 2017-1386, sulla nuova organizzazione del dialogo sociale ed economico nelle imprese e che favorisce l'esercizio e

Consiglio dei ministri del 22 settembre 2017 e pubblicate l'indomani sul *Journal officiel*.

Malgrado l'intenso dibattito<sup>6</sup> e le notevoli proteste suscitate da queste riforme, la disciplina dei licenziamenti è stata profondamente modificata, sia in materia di licenziamenti collettivi che individuali.

## 2. Cenni sulla distinzione tra licenziamenti individuali e licenziamenti collettivi

Si parla di licenziamento collettivo quando la cessazione del rapporto di lavoro riguarda due o più lavoratori. Il Codice del lavoro distingue due ipotesi in materia di licenziamento collettivo: i *petits licenciements collectifs*, quando il numero dei lavoratori licenziati nell'arco di trenta giorni sia compreso tra 2 e 9 lavoratori (artt. 1233-8 a 1233-20) ed i *grands licenciements collectifs* (artt. 1233-21 a 1233-57-8), nel caso in cui ad essere licenziati nell'arco di trenta giorni siano almeno dieci lavoratori. La disciplina del licenziamento collettivo varia anche sulla base del numero di dipendenti dell'impresa, distinguendosi tra le imprese con più o meno di cinquanta lavoratori. In linea di massima, il *droit commun du licenciement*, ovvero l'insieme delle tutele derivanti dai vincoli di carattere formale, procedimentale e di sostanza<sup>7</sup>, deve essere rispettato dal datore di lavoro

---

la valorizzazione delle libertà sindacali; l'*ordonnance* n. 2017-1387, sulla prevedibilità ed il rafforzamento della sicurezza delle relazioni di lavoro; l'*ordonnance* n. 2017-1388, recante diverse misure relative alla disciplina della negoziazione collettiva, e l'*ordonnance* n. 2017-1389, sulla prevenzione e la presa in considerazione degli effetti dell'esposizione ad alcuni fattori di rischio professionale ed al conto professionale di prevenzione (reperibili *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Selection-du-JORF/2017/Septembre>, v. in concreto il *JO* del 23/09/2017).

Le *ordonnances* sono state ratificate dalla legge n. 2018-217 del 29 marzo 2018, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/3/29/MTRT1726748L/jo/texte>. Il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato gran parte della riforma del Codice del lavoro conforme alla Costituzione. V. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2018-761 DC (per un riassunto in lingua italiana v. la segnalazione del 23 marzo 2018, reperibile *on line* alla pagina [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni\\_201803.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni_201803.pdf)).

Alcune disposizioni delle *ordonnances* sono di applicazione immediata mentre, per altre, è stata necessaria l'adozione dei decreti di applicazione.

<sup>6</sup> Cfr., ad esempio, i contributi pubblicati in due *dossiers* della rivista *Droit Social*: AA.VV., *La réforme du droit du travail. Ordonnances du 22 septembre 2017. Approche générale et Commentaires*, in *Droit Social*, n. 12/2017 e *La réforme du droit du travail. Ordonnances du 22 septembre 2017. Deuxième partie.*, in *Droit Social*, n. 1/2018.

<sup>7</sup> V. G. CENTAMORE, *I licenziamenti in Francia*, in M. PEDRAZZOLI (dir.), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Pedrazzoli, Franco Angeli, 2014, 63.

sia in caso di licenziamento individuale, sia in caso di licenziamento collettivo. In questo ultimo caso, sono però previste una serie di eccezioni che rendono la procedura più complessa<sup>8</sup>.

### **3. I licenziamenti individuali**

#### **3.1. I requisiti formali**

In linea di massima, i requisiti formali del licenziamento non sono stati stravolti dalle riforme: il licenziamento deve essere sempre giustificato da una *cause réelle et sérieuse* e deve essere comunicato al lavoratore mediante un colloquio preliminare. Una novità è stata però introdotta in relazione alla comunicazione scritta del licenziamento.

##### *3.1.1. Il principio di giustificatezza: la cause réelle et sérieuse*

Rispetto alla normativa previgente, rimane invariata la necessità del principio di giustificatezza secondo il quale, la causa del licenziamento, per essere valida, deve essere *réelle et sérieuse*.

##### *3.1.2. Il colloquio preliminare*

In materia di colloquio preliminare, la disciplina non è cambiata rispetto a quella previgente<sup>9</sup>.

##### *3.1.3. La lettera di licenziamento*

Fino al 2017, la lettera di licenziamento era un documento fondamentale, in quanto a partire da esso il giudice poteva valutare l'esistenza (o meno) di una *cause réelle et sérieuse* del licenziamento e, quindi, la legittimità di tale decisione. Al riguardo, in due rilevanti sentenze in materia di licenziamenti, le decisioni

---

<sup>8</sup> Non ci sono state notevoli evoluzioni in materia di licenziamenti collettivo rispetto a quanto descritto nell'art. di G. CENTAMORE, *I licenziamenti in Francia*, in M. PEDRAZZOLI (dir.), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti.*, Pedrazzoli, Franco Angeli, 2014, 59 ss.

<sup>9</sup> V. artt. L. 1232-2 a L.1232-5 del Codice del lavoro per il licenziamento per motivi individuali e l'art. L.1233-11 per i licenziamenti per motivo economico di uno o meno di dieci lavoratori.

*Janousek*<sup>10</sup> e *Rogé*<sup>11</sup>, la *Cour de cassation* aveva stabilito che la lettera di licenziamento dovesse specificare i motivi del licenziamento e che, qualora non fossero specificati, o lo fossero in maniera insufficiente, il licenziamento fosse da considerarsi come privo di giustificazione.

La riforma del 2017 ha mitigato tale regola, permettendo al datore di lavoro di precisare i motivi del licenziamento anche dopo avere inviato la lettera di licenziamento. Il novellato art. L. 1235-2 del Codice del lavoro stabilisce, in effetti, che i motivi enunciati nella lettera di licenziamento possono essere specificati dal datore di lavoro dopo la sua notifica, di propria iniziativa, o su richiesta del lavoratore. I termini per specificare i motivi di licenziamento sono stati definiti dal decreto n. 2017-1702 del 15 dicembre 2017<sup>12</sup>. Qualora decida di specificare i motivi del licenziamento di propria iniziativa, il datore di lavoro dispone di quindici giorni dalla data di notifica del licenziamento (ovvero dell'invio della lettera). Nel caso in cui le precisazioni siano sollecitate dal lavoratore, questi dispone di quindici giorni dalla notifica del licenziamento per richiederle, ma il datore di lavoro non è tenuto a darle. Tuttavia, se giudichi utile fornire ulteriori precisazioni sulle motivazioni del licenziamento, deve farlo sempre nei quindici giorni che seguono il ricevimento della richiesta del lavoratore.

Oltre ad avere conferito al datore di lavoro la possibilità di precisare i motivi del licenziamento anche dopo aver mandato la lettera di licenziamento – novità giustificata dall'obiettivo di conferire maggiore certezza alla procedura di licenziamento – la riforma ha indicato modelli di lettere di licenziamento<sup>13</sup> che il datore di lavoro è peraltro libero di utilizzare o meno.

### **3.2. I motivi del licenziamento**

La classificazione dei motivi di licenziamento è rimasta globalmente invariata. Che si tratti di lavoratori impiegati a tempo indeterminato o determinato, i

---

<sup>10</sup> *Cass. soc.*, decisione n. 75-40.659 del 26 ottobre 1976, reperibile *on line* alla pagina <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-19761026-7540659>.

<sup>11</sup> *Cass. soc.*, decisione n. 88-44.308 del 29 novembre 1990, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007025470>.

<sup>12</sup> Decreto n. 2017-1702 del 15 dicembre 2017, relativo alla procedura di precisazione dei motivi enunciati nella lettera di licenziamento. Il decreto è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/12/15/MTRT1731793D/jo/texte>.

<sup>13</sup> V. il decreto n. 2017-1820 del 29 dicembre 2017 sui modelli di lettera di notifica del licenziamento. Il decreto è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/12/15/MTRT1731793D/jo/texte>.

licenziamenti si distinguono sempre in due grandi categorie: i licenziamenti per motivi individuali ed i licenziamenti per motivi economici.

### 3.2.1. La cessazione dei contratti a tempo indeterminato

In materia di cessazione di contratti a tempo indeterminato (Libro II, Titolo III del Codice del lavoro), la riforma del Codice del lavoro ha soprattutto modificato alcuni aspetti della disciplina dei licenziamenti per motivo economico.

#### a) I licenziamenti per motivi personali

La disciplina del licenziamento per motivo personale non è stata modificata dalle “*ordonnances* Macron”. Fondato sulla condotta del lavoratore, il licenziamento per motivo personale, disciplinato al Libro II, Titolo III, Capitolo II del Codice del lavoro, non è necessariamente legato all’esistenza di una colpa del lavoratore, caso in cui può venire in gioco la disciplina del licenziamento disciplinare prevista al Libro III, Titolo III del medesimo Codice. In effetti, altri motivi possono essere invocati per giustificare il licenziamento, come, ad esempio, l’incompetenza professionale<sup>14</sup>, l’insufficienza di risultati<sup>15</sup> o fatti extraprofessionali.

Qualora il licenziamento derivi da colpa del lavoratore, il regime giuridico applicabile al caso dipende, *in primis*, dalla natura della stessa, visto che essa può, a seconda della sua rilevanza<sup>16</sup>, dispensare il datore di lavoro dal versamento di alcune indennità.

#### b) I licenziamenti per motivi economici

Disciplinato dal novellato art. L. 1233-3 del Codice del lavoro, il licenziamento per motivi economici è fondato su uno o più motivi che non riguardano la condotta del lavoratore, ma che risultano da una soppressione o da una

---

<sup>14</sup> Per ulteriori informazioni v. <https://inspection-du-travail.com/licenciement/insuffisance/>.

<sup>15</sup> Per ulteriori informazioni v. [https://www.infoprudhommes.fr/portail/info-prud-hommes/la-reglementation/rupture-du-contrat-de-travail/licenciement/le-licenciement-pour-insuffisance-de-resultats-ppsrv1\\_343689](https://www.infoprudhommes.fr/portail/info-prud-hommes/la-reglementation/rupture-du-contrat-de-travail/licenciement/le-licenciement-pour-insuffisance-de-resultats-ppsrv1_343689).

<sup>16</sup> L’ordinamento francese distingue tre tipi di colpa: la *faute simple*, la *faute grave* e la *faute lourde*.

trasformazione delle mansioni<sup>17</sup> o da una modifica, rifiutata dal lavoratore, di un elemento essenziale del contratto di lavoro<sup>18</sup>, conseguenti a difficoltà economiche<sup>19</sup>, a mutamenti tecnologici<sup>20</sup>, ad una riorganizzazione dell'impresa necessaria alla salvaguardia della sua competitività<sup>21</sup> o alla cessazione di attività dell'impresa<sup>22</sup>. Anche questi licenziamenti debbono essere motivati e giustificati da cause reali e gravi.

---

<sup>17</sup> La trasformazione di un posto di lavoro – che può dare luogo a una modifica del contratto di lavoro – si sostanzia in una modifica della natura del lavoro da svolgere (nuovi compiti, informatizzazione).

<sup>18</sup> Si tratta di modifiche che riguardino elementi essenziali del contratto di lavoro (e, in primo luogo, la qualifica, la remunerazione e la durata del lavoro) e che siano stati rifiutati dal lavoratore. Quando almeno dieci lavoratori rifiutino la modifica di un elemento essenziale del loro contratto di lavoro proposta dal datore di lavoro per un motivo economico e quando sia contemplato il loro licenziamento, allora si applicano le disposizioni applicabili in caso di licenziamento collettivo per motivi economici.

<sup>19</sup> Le difficoltà economiche si caratterizzano dall'evoluzione significativa di almeno un indicatore economico come il calo degli ordini o dell'utile, una perdita di esercizio o un degrado della tesoreria o del risultato lordo di gestione, o da qualunque altro elemento di natura atto a giustificare tali difficoltà. Il calo degli ordini o dell'utile si verifica in relazione allo stesso periodo dell'anno precedente. La durata di tale calo deve essere almeno uguale a un trimestre per una impresa di meno di undici lavoratori, due trimestri consecutivi per una impresa di almeno undici lavoratori e di meno di cinquanta lavoratori, tre trimestri consecutivi per una impresa di almeno cinquanta lavoratori e di meno di trecento lavoratori.

<sup>20</sup> Le mutazioni tecnologiche, come l'acquisizione di nuovi strumenti che richiedono nuovi metodi di lavoro o il processo di informatizzazione, possono essere la causa di un licenziamento economico. Il datore di lavoro è tenuto, quando le mutazioni tecnologiche sono importanti e veloci, a stabilire un piano di adattamento che sia a vantaggio dei lavoratori.

<sup>21</sup> La riorganizzazione dell'impresa deve essere necessaria alla tutela della competitività dell'impresa. Tale motivo è ormai specificatamente menzionato all'art. L. 1233-3 del Codice del lavoro, come modificato dalla legge n. 2016-1088 del 8 agosto 2016 sul lavoro, la modernizzazione del dialogo sociale e la messa in sicurezza dei percorsi professionali (il testo della legge è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032983213&dateTexte=20180616>; v. anche il relativo *dossier* legislativo, alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000032291025&type=general>). Prima dell'introduzione di tale condizione nel Codice del lavoro, i tribunali la prendevano già in considerazione al fine di assicurarsi che la decisione di licenziamento non avesse come unico obiettivo la ricerca di benefici o di ulteriori profitti. In tal senso v. *Cour de cassation, Soc.*, decisione n. 04-40041, del 22 febbraio 2006. La sentenza è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007495482>.

<sup>22</sup> La cessazione di attività di un'impresa può giustificare un licenziamento per motivo economico. Prima della riforma del 2016, i tribunali ammettevano già che tale motivo fosse preso in considerazione, a condizione che tale cessazione non fosse stata dovuta a una colpa del datore di lavoro o alla sua leggerezza (*légèreté blâmable*). In tal senso v. *Cour de cassation, Soc.*, decisione n. 98-44647, del 16 gennaio 2001. La sentenza è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007042420>.

*i. I cambiamenti introdotti dall'ordonnance n. 2017-1387 in materia di licenziamenti per motivi economici*

I cambiamenti introdotti dall'*ordonnance* n. 2017-1387, relativa alla prevedibilità ed alla messa in sicurezza delle relazioni di lavoro in materia di licenziamento per motivi economici riguardano il controllo dei motivi economici adottati, l'obbligo di ricollocamento, l'ordine dei licenziamenti, la ripresa delle entità economiche autonome e, infine, alcune disposizioni relative ai grandi licenziamenti collettivi. Benché numerosi, come sottolineato dalla dottrina<sup>23</sup>, tali cambiamenti hanno avuto una portata limitata. Di seguito, si darà quindi conto solo delle principali innovazioni introdotte dalla riforma, come quelle sul perimetro di controllo dei motivi economici del licenziamento al territorio nazionale nonché quelle relative alle nozioni di gruppo e di settore di attività.

*– La limitazione del perimetro del controllo dei motivi economici del licenziamento al territorio nazionale*

Per quanto riguarda il controllo dei motivi economici, non è l'oggetto stesso del controllo che è stato ridefinito bensì il perimetro di valutazione. La normativa previgente era fondata sulla giurisprudenza della *Cour de cassation*, la quale aveva stabilito che le difficoltà economiche invocate per giustificare un licenziamento per motivi economici dovevano essere valutate avendo riguardo al gruppo o al settore di attività al quale apparteneva l'impresa, senza che fosse necessario limitare il gruppo alle società o alle imprese site sul territorio nazionale<sup>24</sup>. Tale formula è stata ripresa esattamente negli stessi termini in tre decisioni del 16 novembre 2016<sup>25</sup>.

Considerata come un limite alla riorganizzazione necessaria delle imprese insediate in Francia che conoscono reali difficoltà<sup>26</sup>, tale giurisprudenza è stata deliberatamente rimessa in discussione dall'*ordonnance* n. 2017-1387, che ha modificato la redazione dell'art. L. 1233-3 del Codice del lavoro, il quale

---

<sup>23</sup> G. COUTURIER, *Le droit du licenciement économique*, in *Droit social*, n. 1/2018, 4 ss.

<sup>24</sup> *Cour de cassation, Soc.*, decisione n. 99-41-571 del 12 giugno 2001, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046758>.

<sup>25</sup> *Cour de cassation, Soc.*, decisioni nn. 15-15. 190, 15-19.927 e 14-30.063 del 16 novembre 2016, reperibili *on line* alle pagine <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033429163>, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033429229> e <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033429110>.

<sup>26</sup> V. la relazione del deputato M. Pietraszewski sulla legge di ratifica delle *ordonnances*, citato da G. COUTURIER, *ibidem*, nota 6. La relazione è reperibile *on line* alla pagina <http://www.assemblee-nationale.fr/15/rapports/r0369.asp>.



stabilisce ormai che le difficoltà economiche, i cambiamenti tecnologici o la necessità di salvaguardare l'impresa si apprezzano al livello di tale impresa qualora non appartenga ad un gruppo e, nel caso contrario, al livello del settore di attività comune al suo ed a quello delle imprese del gruppo al quale appartiene, *insediate sul territorio nazionale*, tranne che in caso di frode.

– *La ridefinizione delle nozioni di gruppo e di settore di attività*

Oltre alla modifica del parametro del controllo dei motivi economici, la riforma del 2017 ha riguardato anche la definizione delle nozioni di gruppo e di settore di attività<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda la nozione di gruppo, essa è stata definita in maniera restrittiva nel terzultimo comma dell'art. L. 1233-3, attraverso il richiamo al gruppo formato da una impresa chiamata impresa dominante e dalle imprese controllate nelle condizioni stabilite dall'art. L. 1233-3 del Codice del lavoro. In questo caso, la scelta del legislatore è stata quella di seguire la posizione sviluppata dalla *Cour de cassation* nelle anzidette decisioni del 16 novembre 2016.

Dalla giurisprudenza *Thompson Videocolor e TWR REPA* del 5 aprile 1995<sup>28</sup>, le difficoltà economiche o le esigenze concorrenziali che giustificano licenziamenti economici devono essere valutate nell'ambito del settore di attività del gruppo dal quale dipende il datore di lavoro. Tuttavia, considerando la diversità delle strutture reali dei gruppi, è stato sempre sottolineato quanto fosse difficile stabilire (e quindi applicare) il criterio del "settore di attività". La giurisprudenza aveva quindi definito un *faisceau d'indices*<sup>29</sup>. Tale metodo è stato ripreso dalla riforma del 2017, a seguito della quale il penultimo comma dell'art. L. 1233-3 stabilisce che la nozione di settore di attività dipende dalla natura dei prodotti, beni o servizi forniti, dalla clientela cui si rivolgono, dalle reti e dalle modalità di distribuzione che riguardino uno stesso mercato.

– *Gli obblighi del datore di lavoro nei licenziamenti economici: gli obblighi di adattamento e di ricollocamento*

In caso di licenziamento economico, il datore di lavoro è tenuto a rispettare determinati obblighi, quali quello di adattamento e di ricollocamento. In effetti,

---

<sup>27</sup> Nella decisione n. 2017-751 DC del 7 settembre 2017 (v. *supra* nota 4), il *Conseil constitutionnel* ha stabilito che tali disposizioni non violano il diritto al lavoro.

<sup>28</sup> *Cour de cassation, Soc.*, decisione n. 93-42.690 del 5 aprile 1995, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007033932>.

<sup>29</sup> *Cour de cassation, Soc.*, decisione n. 08-41.109 del 10 febbraio 2010, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021833912>.



come sancito dal primo comma dell'art. L. 1233-4 del Codice del lavoro, tale licenziamento può intervenire solo quando tutti gli sforzi di formazione e di adattamento siano stati realizzati ed a condizione che la riqualificazione dell'interessato non possa essere realizzata sui posti di lavoro disponibili, situati sul territorio nazionale, nell'impresa o nelle altre imprese del gruppo al quale essa appartenga e la cui organizzazione, le cui attività o il cui luogo di esercizio garantiscano l'assorbimento di tutto o parte del personale<sup>30</sup>. Il ricollocamento del lavoratore si realizza su un lavoro che deve essere della stessa categoria di quello che occupa o su un lavoro equivalente con una remunerazione equivalente (la remunerazione da prendere in considerazione è la remunerazione globale, come definita all'art. L. 3221-3 del codice del lavoro). Qualora non sussistano tali condizioni, previo accordo del lavoratore, il ricollocamento si potrà fare su un posto di lavoro di una categoria inferiore.

Le nuove disposizioni dell'art. L. 2133-4 lasciano ormai al datore di lavoro la scelta sul metodo da scegliere per comunicare al lavoratore le proposte di ricollocamento. Può inviarle ad ogni singolo lavoratore in maniera personalizzata, in forma scritta e dettagliata, o diffondere, mediante qualunque mezzo, una lista dei posti di lavoro disponibili a tutti i lavoratori.

Inoltre, l'*ordonnance* n. 2017-1387 ha abrogato le disposizioni dell'art. L. 1233-4-1 in materia di ricollocamento all'estero, che erano state introdotte con la legge n. 2010-499 del 18 maggio 2010, concernenti le garanzie di giuste condizioni di remunerazione ai lavoratori sottoposti ad una procedura di ricollocamento collettivo.

#### *ii. La procedura di licenziamento individuale per motivi economici*

In materia di licenziamenti individuali per motivi economici, la riforma del 2017 non ha introdotto particolari modifiche.

Il datore di lavoro che intenda licenziare, dopo il periodo di prova, un lavoratore assunto a tempo indeterminato, deve necessariamente rispettare le regole formali comuni a tutti licenziamenti (la convocazione del lavoratore ad un colloquio preliminare, la notifica del licenziamento, il preavviso) nonché quelle specifiche del licenziamento per motivi economici, come il ricollocamento del lavoratore, l'ordine dei licenziamenti e la comunicazione alla Direzione regionale

---

<sup>30</sup> Il comma 2 dell'art. L. 1233-4 specifica, inoltre, che, per l'applicazione di tale disposizione, la nozione di gruppo rimanda al gruppo formato da una impresa, chiamata impresa dominante, insieme con le imprese che controlla nelle condizioni stabilite all'art. L. 1233-4 del Codice del lavoro e, nel caso contrario, come costituito dall'insieme delle imprese stabilite sul territorio francese.

delle imprese, della concorrenza, del consumo, del lavoro e dell'impiego (c.d. *DIRECCTE*).

Qualora il licenziamento dovesse riguardare un lavoratore protetto (delegato del personale, membro del comitato d'impresa, delegato sindacale), il datore di lavoro deve ottenere una autorizzazione dell'ispettore del lavoro per potere procedere al licenziamento.

### 3.2.2. *La cessazione del contratto di lavoro a tempo determinato*

La cessazione del contratto di lavoro a tempo determinato è disciplinata dagli artt. L. 1243-1 e L. 1243-4 del Codice del lavoro. L'art. L. 1243-1 stabilisce che, salvo l'accordo tra le parti, il contratto di lavoro a tempo determinato non può essere risolto prima della scadenza del termine, tranne che in casi di colpa grave, di forza maggiore o di inidoneità constatata dal medico del lavoro. Qualora tale contratto rientri nelle condizioni elencate all'art. L. 1242-2 del Codice del lavoro – che definisce i casi in cui si possono stipulare tali contratti – esso può essere interrotto dall'una o dall'altra parte, per un motivo reale e grave, diciotto mesi dopo essere stato firmato e, poi, alla data di ricorrenza della stipula.

L'art. 1243-4 del Codice del lavoro stabilisce, invece, che la cessazione anticipata di un contratto di lavoro a durata determinata, fatta su iniziativa del datore di lavoro, fuori dai casi di colpa grave, di forza maggiore e di inidoneità, conferisce il diritto, per il lavoratore, ad essere risarcito di un importo almeno uguale alle remunerazioni che avrebbe percepito fino alla fine del suo contratto, senza pregiudizio dell'indennità di fine contratto prevista all'art. L. 1243-8.

## **4. Le conseguenze del licenziamento legittimo: preavviso e *indemnité de licenciement***

Le riforme del Codice del lavoro non hanno modificato la disciplina del preavviso (artt. L. 1234-1 a L.1234-8), ma alcune evoluzioni sono state apportate alle regole in materia di indennità legale (art. L. 1234-9), applicabili a tutti i tipi di licenziamento.

L'*ordonnance* n. 2017-1387 del 22 settembre 2017 ed il relativo decreto di applicazione<sup>31</sup> hanno modificato la disciplina dell'indennità di licenziamento,

---

<sup>31</sup> Decreto n. 2017-1398 del 25 settembre 2017, sulla rivalorizzazione dell'indennità legale di licenziamento, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/9/25/MTRT1725812D/jo>.

abbassando le condizioni di anzianità per usufruire di tale indennità e rivalutandone l'importo.

È stata così abbassata da dodici a otto mesi consecutivi la condizione di anzianità per usufruire della suddetta indennità. Tale regola è applicabile ai licenziamenti, ai pensionamenti ed alle cessazioni convenzionali posteriori al 26 settembre 2017. Per quanto riguarda invece l'importo dell'indennità di licenziamento, si è avuta una rivalutazione di un quarto di mese di stipendio per anno di anzianità per i primi dieci anni (era di un quinto prima della riforma) e di un terzo di mese di stipendio per anno di anzianità oltre i dieci anni di lavoro nell'impresa. Per quanto riguarda gli anni incompiuti, la nuova disciplina stabilisce che essi danno luogo a una indennità calcolata *pro rata* in base ai mesi lavorati nell'impresa.

Qualora l'anzianità del lavoratore sia inferiore a dodici mesi, lo stipendio di riferimento per il calcolo dell'indennità è quello che risulta dalla formula più vantaggiosa per il lavoratore tra le due opzioni contemplate dalla legge, ovvero la media mensile della remunerazione percepita durante i mesi che hanno preceduto il licenziamento o il terzo degli ultimi tre mesi. Se lo stipendio da prendere in considerazione per il calcolo risultasse nettamente inferiore a quello abituale, sarà quest'ultimo che dovrà essere preso in considerazione.

Tale indennità non può essere cumulata con un'altra indennità di stessa natura, come, ad esempio, l'indennità di pensionamento, o l'indennità convenzionale di licenziamento, e non è sottoposta all'imposta sul reddito.

## **5. L'impugnazione del licenziamento**

Qualunque licenziamento può essere impugnato dinnanzi al *Conseil des prud'hommes*, ovvero il tribunale dei probiviri. I termini per impugnare un licenziamento sono stati ridotti ad un anno a partire dalla notifica della cessazione del rapporto di lavoro. Il novellato art. 1471-1 stabilisce che, qualunque azione giudiziaria in materia di cessazione del contratto di lavoro si prescrive in dodici mesi dalla notifica della cessazione del contratto. Per quanto riguarda l'impugnazione del licenziamento per motivi economici, l'art L. 1235-7 stabilisce che la contestazione di un licenziamento si prescrive dopo dodici mesi a partire dall'ultima riunione del comitato sociale ed economico. Nell'ambito dell'esercizio del diritto individuale del lavoratore di contestare un licenziamento per motivi economici, il termine per l'impugnazione inizia a decorrere dal momento della notifica del licenziamento.

Per pronunciarsi, il giudice si fonda sugli elementi a sua conoscenza portati dalle parti (datore di lavoro e lavoratore) e dopo aver disposto eventuali misure istruttorie che ritenga utili. Se un dubbio dovesse sussistere nella determinazione dell'indennità da irrogare (o meno) al lavoratore, la decisione deve necessariamente essere resa in favore del lavoratore.

## **6. Le sanzioni previste in caso di licenziamento illegittimo**

Le sanzioni irrogate dal giudice in caso di licenziamento illegittimo dipendono dal tipo di vizio rilevato: in caso di mancato rispetto dei requisiti formali e procedurali o in caso di assenza di una *cause réelle et sérieuse*, la tutela offerta al lavoratore è di tipo indennitario. Se, invece, ricorre una delle ipotesi di nullità del licenziamento previste dal Codice del lavoro, la tutela offerta al lavoratore è di tipo reintegratorio. Le modifiche introdotte dalla riforma del Codice riguardano principalmente la tutela indennitaria.

### **6.1. La tutela indennitaria**

#### *6.1.1. L'introduzione di una sanzione per mancata motivazione*

La disciplina previgente non contemplava espressamente una sanzione specifica in caso di motivazione infondata del licenziamento. Le norme delimitavano due grandi categorie di sanzioni: quelle per la violazione delle regole formali e quelle che sanzionavano l'assenza di causa reale e grave per il licenziamento.

La *Cour de cassation* ha sempre individuato un forte legame tra l'assenza di motivazione e l'assenza di causa reale e grave. Al riguardo, la decisione *Janousek* del 26 ottobre 1976 stabiliva che, se il datore di lavoro non avesse enunciato nella lettera di risposta al lavoratore le motivazioni del licenziamento, ciò era da considerare come una assenza di causa reale e grave per il licenziamento e non una semplice irregolarità di forma. Tale ragionamento è stato ribadito all'inizio degli anni Novanta, nella decisione *Rogié* dove la *Cour de cassation*, dopo aver ricordato gli obblighi del datore di lavoro in materia di motivazione dei licenziamenti per motivo disciplinare o economico, ha precisato che, in assenza di tale motivazione, il licenziamento era da considerare senza causa reale e grave. Successivamente, ha allargato l'interpretazione delle disposizioni legislative che disciplinavano il motivo di licenziamento affermando che la mancanza di motivo

preciso equivaleva all'assenza di motivo<sup>32</sup>. Tale giurisprudenza è rimasta fino alla fine degli anni Novanta, quando la *Cour* ha rivisto la sua posizione mitigando il grado di precisazione applicabile alla motivazione del licenziamento. Tuttavia, ha sempre mantenuto la linea secondo la quale, in caso di motivazione inesistente o imprecisa, si configura una assenza di causa reale e grave.

La riforma del 2017 ha rotto tale schematismo: la legge ormai prevede esplicitamente le sanzioni per mancata motivazione del licenziamento.

Il terzo comma dell'art. L.1235-2 del Codice del lavoro stabilisce, infatti, che, nel caso in cui il lavoratore non abbia richiesto al datore di lavoro chiarimenti sui motivi di licenziamento (in applicazione del primo comma del medesimo articolo), l'irregolarità costituita dalla insufficienza di motivazione della lettera di licenziamento non potrà essere considerata come mancanza di causa reale e grave, ma darà il diritto ad una indennità che non potrà eccedere un mese di stipendio.

Il quarto comma dell'art. L. 1235-2 del Codice del lavoro stabilisce, inoltre, che, in assenza di causa reale e seria, il pregiudizio che risulta dal vizio di motivazione della lettera di licenziamento venga risarcito mediante una indennità irrogata in conformità con le disposizioni dell'art. L. 1235-3 del medesimo Codice, che determina l'indennità da irrogare in caso licenziamento senza causa *réelle et sérieuse* (v. par. 7.1.2).

Il cambiamento di rotta introdotto dalla riforma si sostanzia nel fatto che la motivazione non è più sanzionata, in linea di principio, sul terreno della giustificazione del licenziamento. Considerata, fino al 2017, come una esigenza di fondo, l'esigenza di motivazione è ormai diventata una mera esigenza formale in assenza della quale può essere irrogata una sanzione indennitaria.

Peraltro, a parere della dottrina<sup>33</sup>, malgrado tale evoluzione, l'*arrêt Rogié* sopravvive, visto che la formulazione della norma dovrebbe lasciare perdurare la sanzione dell'assenza di causa reale e grave (legata all'assenza di motivazione) di licenziamento in una ipotesi: quando il datore di lavoro non abbia colto l'occasione di specificare i motivi che sono nella lettera, ovvero quando il lavoratore glieli chieda ma lui decida di non fornirli: in questo caso, l'insufficienza di motivi sarebbe una colpa, e visto che sarebbe impossibile verificare l'esistenza di un motivo reale e grave, si potrebbe considerare come un licenziamento che non ne avesse. Fuori da questa ipotesi, grazie a (o a causa de) l'utilizzo dei modelli di lettera creati dal legislatore, l'assenza o l'insufficienza di

---

<sup>32</sup> *Cour de Cassation, Soc.*, decisione n. 92-41.073 del 30 giugno 1993, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007187930>.

<sup>33</sup> V. A. FABRE, *La motivation du licenciement*, in *Droit social*, n. 1/2018, 7.

motivazione dovrebbe essere sempre più rara. Potrebbe forse verificarsi nei casi in cui una motivazione, esistente, non consentisse di delineare la causa generica del licenziamento, che potrebbe essere discussa e precisata davanti ai giudici di merito.

In conclusione, allo stato attuale del diritto, si danno due casi: se il lavoratore chiede precisazioni al datore di lavoro e questi le fornisce, il lavoratore perde la possibilità di avvalersi dell'assenza di una causa reale e grave di licenziamento; se il lavoratore non utilizza la facoltà che gli viene data, l'insufficienza di motivazione espone il datore di lavoro solo al pagamento di un indennizzo massimo di un mese di stipendio.

### 6.1.2. *L'introduzione di una barémisation dell'indennità compensatrice in caso di licenziamento senza cause réelle et sérieuse*

Le modalità di calcolo delle indennità dovute al lavoratore in caso di licenziamento senza causa reale e grave sono state profondamente modificate dall'*ordonnance* n. 2017-1387 del 22 settembre 2017, le cui disposizioni sono applicabili ai licenziamenti pronunciati a partire dal 24 settembre 2017. Tali disposizioni, che sono state esaminate e ritenute legittime dal *Conseil constitutionnel*<sup>34</sup>, hanno introdotto un tariffario legale delle indennità per licenziamento abusivo. L'obiettivo della riforma era quello di controllare il costo delle cessazioni del rapporto di lavoro decise dal datore di lavoro, dal momento che le indennità compensatrici sono state considerate come un freno all'impiego.

Il primo tentativo di *barémisation* era stato fatto con la c.d. "Loi Macron" del 6 agosto 2015. Anche se tali disposizioni erano state censurate dal *Conseil constitutionnel*<sup>35</sup>, in quanto operavano una distinzione fondata sulla dimensione dell'impresa e tale criterio non aveva un legame con il pregiudizio subito dal lavoratore, si era aperta la via ad una gradazione fondata su un criterio adeguato, come, ad esempio, quello dell'anzianità. Con l'appoggio del *Conseil d'État*<sup>36</sup>,

---

<sup>34</sup> *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2018-761 DC del 21 marzo 2018 (Cons. 86). V. *supra* nota 4.

<sup>35</sup> *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2015- DC del 5 agosto 2015. V. *supra* nota 1.

<sup>36</sup> V. il parere del *Conseil d'État* sul progetto di legge di abilitazione a legiferare mediante *ordonnance*, in cui è stato stabilito che la creazione di un referenziale obbligatorio non solleva particolari difficoltà in linea di principio: *Conseil d'État, Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour la rénovation sociale*, 29 giugno 2015 (par. 11), reperibile *on line* alla pagina [http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Avis/Selection-des-avis-faisant-](http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Avis/Selection-des-avis-faisant)

l'*ordonnance* del 2017 ha tratto le conseguenze di questa decisione. È stato quindi abrogato il riferimento indicativo che era stato introdotto dalla "Loi Macron" ed è stata introdotta una *barémisation* dell'importo delle indennità da irrogare.

Il novellato art. L. 1235-3 del Codice del lavoro<sup>37</sup> stabilisce che, in caso di licenziamento senza causa reale e grave, ovvero in caso di licenziamento abusivo o di non reintegrazione del lavoratore, il giudice irroga una indennità a carico del datore di lavoro, il cui importo è compreso tra i minimi e i massimi previsti dalla legge. Tale articolo stabilisce inoltre, che, qualora il giudice ritenga che non sussista una causa reale e seria, può proporre il reintegro del lavoratore nell'impresa mantenendo i vantaggi acquisiti. Tuttavia, se una delle parti si oppone a tale soluzione, il giudice riconosce al lavoratore una indennità il cui importo è da determinare sulla base dei minimi e dei massimi previsti dal medesimo articolo. Infine, un regime derogatorio è previsto nel caso di licenziamenti realizzati in una impresa che impieghi meno di undici dipendenti<sup>38</sup>.

Tale *barémisation* si applica a tutti i licenziamenti, economici o per motivi personali. L'introduzione di tale strumento ha come conseguenza diretta che, in caso di licenziamento senza causa reale e seria, il diritto positivo non garantisce più necessariamente un indennizzo completo del pregiudizio subito. Inoltre, il legislatore ha inteso conferire al nuovo strumento una portata generale, estendendola anche a cessazioni che non siano licenziamenti *stricto sensu*, ma che ne producano gli effetti<sup>39</sup>.

Considerando che, con tale disposizione, il legislatore intaccava la competenza del giudice penale, un ricorso era stato sollevato davanti al *Conseil constitutionnel* per violazione del principio di separazione dei poteri. Il *Conseil* ha però stabilito che tale principio non vietava al legislatore di fissare un *barème* di indennizzo in materie civili, visto che il principio di individualizzazione delle pene vale solo in materia penale<sup>40</sup>. Certo, il giudice mantiene il potere di fissare l'indennità, ma

---

*l-objet-d-une-communication-particuliere/Projet-de-loi-d-habilitation-a-prendre-par-ordonnances-les-mesures-pour-la-renovation-sociale.*

<sup>37</sup> Una tabella riassuntiva è reperibile *on line* alla pagina <http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/licenciement/article/le-licenciement-pour-motif-personnel-les-causes-possibles-les-sanctions> (tabella n. 1).

<sup>38</sup> L'importo delle indennità è reperibile *on line* alla pagina <http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/licenciement/article/le-licenciement-pour-motif-personnel-les-causes-possibles-les-sanctions> (tabella n. 2).

<sup>39</sup> L'art. L. 1235-3-2 consente l'applicazione del *barème* alla *prise d'acte justifiée* ed alla *résiliation judiciaire* pronunciati contro il datore di lavoro.

<sup>40</sup> *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2017-751 DC del 7 settembre 2017, cons. 35. V. *supra* nota 4.

sempre rimanendo entro un importo minimo ed un importo massimo, in funzione dell'anzianità del lavoratore e della grandezza dell'impresa. I limiti fissati sono imperativi per il giudice, visto che l'art. 1235-3-1 non contempla alcuna «*clause de dureté*» che possa consentire al giudice di fare eccezione al *barème* nel caso in cui esso fosse considerato *manifestement inéquitable*. Minimo e massimo si calcolano in mesi di stipendio lordo ed il giudice può e, in alcuni casi, deve tenere conto di altre indennità rispetto a quelle previste per il licenziamento ingiustificato.

a) I minimi: *les plachers*

Rispetto alla disciplina previgente, il *plancher* di diritto comune, applicabile alle imprese di più di dieci lavoratori e per i lavoratori che hanno almeno due anni di anzianità, è stato dimezzato ed è ormai fissato a tre mesi di stipendio. Per i lavoratori nelle imprese con più di dieci lavoratori, ma che abbiano meno di due anni di anzianità, tale soglia è stata fissata a un mese. Non volendo penalizzare le imprese di meno di undici lavoratori, il legislatore ha previsto *plachers* differenti per questa categoria: mezzo mese o un mese a seconda dell'anzianità del lavoratore. Va sottolineato che tale *plancher* è inesistente per i lavoratori che hanno meno di un anno di anzianità e che vale solo per i lavoratori che hanno meno di undici anni di anzianità. Oltre a questo limite, i *plachers* sono uguali a quelli applicati per le imprese con più di undici lavoratori, ovvero tre mesi di stipendio.

b) I tetti massimi

L'introduzione di tetti massimi è l'innovazione principale in materia di indennizzo per i licenziamenti senza causa reale e grave. In conformità con quanto stabilito dal *Conseil constitutionnel* nella decisione n. 2015-715 DC del 5 agosto 2015, i tetti massimi sono uguali per tutte le imprese, a prescindere dalla loro grandezza. Essi variano solo in funzione dell'anzianità del lavoratore. Non vengono più presi in considerazione altri criteri quali l'età, lo stato di salute o gli oneri a carico della famiglia (l'art. R. 1235-22, abrogato dall'*ordonnance*, aumentava l'indennità di un mese di stipendio per i lavoratori di oltre cinquant'anni o che riscontravano difficoltà nel ritrovare un lavoro).

Il criterio dell'anzianità è compreso tra chi può vantare una durata di servizio inferiore a un anno fino a chi ha una anzianità di trent'anni. A partire da ventinove anni di anzianità, l'indennità non aumenta più: questo conferisce natura forfettaria



all'indennizzo per il licenziamento ingiustificato. Per i lavoratori che hanno meno di un anno di anzianità, l'indennità massima è solo di un mese di stipendio, ovvero lo stesso valore previsto per un licenziamento irregolare. Per i lavoratori che hanno ventinove anni di anzianità ed oltre, l'indennità è di venti mesi di stipendio.

#### c) La globalizzazione delle indennità

In applicazione del quarto comma dell'art. L. 1235-3, il giudice può moderare, in funzione delle altre indennità versate al lavoratore in occasione del licenziamento (indennità legale di licenziamento), e nel limite del valore soglia, gli indennizzi dovuti per assenza di causa reale o grave o, diversamente, può aumentarli nel limite del tetto massimo. Si rimette in discussione, quindi, l'autonomia dell'indennità di licenziamento, la cui funzione è diversa da quella degli indennizzi versati in applicazione dell'art. 1235-3. La legge di ratifica ha tuttavia escluso l'indennità legale di licenziamento dal meccanismo di globalizzazione, ma non ha impedito di prendere in considerazione le indennità convenzionali.

Il quinto comma stabilisce poi che l'indennità compensatrice è cumulabile con quelle previste agli artt. L.1235-12, L. 1235-13 e L. 1235-15, sempre nel limite degli importi massimali previsti dalla legge. In questo caso, si tratta delle indennità che risarciscono alcune irregolarità in materia di licenziamento economico e la violazione della priorità di reimpiego che fa seguito a questi licenziamenti: tale disposizione stabilisce, in realtà, la regola del cumulo limitato delle indennità.

#### d) La posizione della *Cour de cassation*: la decisione del 13 settembre 2017

In una decisione resa in data 13 settembre 2017<sup>41</sup>, la *Cour de cassation* ha ricordato la sua opposizione al tetto fissato per le indennità di licenziamento in assenza di causa reale e grave. A parere della *Cour*, i giudici di merito sono gli unici che dispongono del potere di valutare i pregiudizi subiti dai lavoratori in ragione dell'ingiustificata perdita del lavoro.

---

<sup>41</sup> *Cour de cassation, Soc.*, decisione n. 16.13578 del 13 settembre 2017, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000035572480>; *Cour de cassation, Soc.*, decisione n. 16.13578 del 13 settembre 2017, reperibile *on line* alla pagina

In secondo luogo, la *Cour de cassation* ha riaffermato che i pregiudizi diversi da quelli legati all'ingiustificata perdita del posto di lavoro devono essere integralmente risarciti. Con tale sentenza, la *Cour* ha richiamato i giudici di merito a non esitare ad aggiungere alle decisioni di condanna un risarcimento supplementare in caso di constatazione di un altro pregiudizio subito.

### 6.1.3. La riduzione delle altre indennità

#### a) L'indennità per licenziamento irregolare

L'indennità per licenziamento irregolare, disciplinata dal quinto comma dell'art. L. 1235-2<sup>42</sup>, non è stata cambiata. Essa è però applicabile in caso di insufficienza di motivazioni della lettera di licenziamento, quando il lavoratore non abbia formulato una richiesta di precisazioni dei motivi di licenziamento. Il legislatore ha così sostituito una irregolarità di forma ad una irregolarità di merito, che implica la riduzione dell'importo dell'indennità, visto che il tetto di un mese di stipendio sostituisce il precedente tetto che fissava a sei mesi di stipendio l'indennità da irrogare in caso di assente o insufficiente motivazione.

#### b) L'indennità per il licenziamento economico in caso di assenza di PSE

Nel regime previgente, in caso di assenza o di insufficienza del piano di salvaguardia del lavoro (il c.d. PSE, *Plan de Sauvegarde de l'Emploi*), la giurisprudenza *La Samaritaine*<sup>43</sup> aveva ammesso la nullità dei licenziamenti e, in caso di mancato reintegro, la legge di modernizzazione sociale del 2002 aveva stabilito che l'indennità dovuta dal datore di lavoro fosse di minimo dodici mesi di stipendio. Tale disposizione si poneva in deroga alla disciplina comune sulla nullità dei licenziamenti, in cui la soglia era fissata a sei mesi. L'*ordonnance* ha soppresso tale specificità ed ha stabilito che l'importo minimo dell'indennità

---

<sup>42</sup> Qualora una irregolarità di forma sia stata commessa nel corso della procedura, in particolar modo se il licenziamento di un lavoratore intervenga senza che la procedura sancita agli artt. L. 1233-1 e L. 1233-12, sul colloquio preliminare, ed all'articolo L. 1233-13, sull'assistenza al lavoratore, siano stati rispettati, o senza che la procedura convenzionale di consultazione preliminare al licenziamento sia stata ottemperata (ad esempio con la consultazione di una commissione di disciplina), ma per una causa reale e grave, il giudice irroga in favore del lavoratore, a carico del datore di lavoro, una indennità che non può essere superiore a un mese di stipendio.

<sup>43</sup> *Cour de cassation, Soc.*, decisione n. 95-16.648 del 13 febbraio 1997, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007037722>.

dovuta al lavoratore in caso di PSE insufficiente fosse dimezzata e uguale a sei mesi di stipendio come in tutti gli altri casi di nullità del licenziamento (art. L. 1235-11).

c) L'indennità per il licenziamento con violazione della priorità di reimpiego

Anche l'indennità prevista all'art. L. 1235-13, che sanziona la violazione della priorità del reimpiego, è stata dimezzata ed è ormai di un mese di stipendio.

## **6.2. L'esclusione dal *barème* delle indennità irrogate nelle ipotesi di nullità del licenziamento**

In caso di licenziamento nullo, la sanzione indennitaria non è sempre ritenuta sufficiente a riparare il pregiudizio subito dal lavoratore. Di conseguenza, nelle ipotesi di licenziamento nullo previste dal Codice del lavoro<sup>44</sup> o dalla giurisprudenza, il lavoratore ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro.

Tale disciplina non è stata cambiata dalle recenti riforme. In effetti, il legislatore ha voluto escludere dal *barème* dei licenziamenti le indennità previste in caso licenziamenti nulli. Il novellato art. L. 1235-3-1 del Codice del lavoro stabilisce che le disposizioni dell'art. L. 1235-3 (il *barème*) non sono applicabili qualora il giudice constati che il licenziamento presenti uno dei criteri di nullità elencati al secondo comma del medesimo articolo. In tale situazione, qualora il lavoratore non richieda la reintegrazione nel posto di lavoro o qualora la sua reintegrazione sia impossibile, il giudice gli riconosce una indennità, a carico del datore di lavoro, che non può essere inferiore agli stipendi dei sei ultimi mesi di lavoro.

Rimangono identiche le regole di indennizzo di determinate categorie di lavoratori che godono di uno statuto speciale di protezione e che siano stati irregolarmente licenziati; essi possono continuare a beneficiare dell'indennità di diritto comune, non limitata, in aggiunta a quella legata alla violazione del loro statuto (art. L. 1235-3-1'ultimo comma).

---

<sup>44</sup> Le ipotesi di nullità previste dal Codice del lavoro sono la violazione di una libertà fondamentale, le molestie morali o sessuali, le discriminazioni, il licenziamento pronunciato in seguito ad una azione giudiziaria in materia di uguaglianza professionale tra uomini e donne o in seguito a una denuncia di reato, il licenziamento di un lavoratore protetto in ragione dell'esercizio del proprio mandato, il licenziamento di un lavoratore in violazione delle protezioni sancite dagli artt. L. 1225-71 et L. 1226-13.

## 7. L'incidenza, nell'ordinamento nazionale, del diritto sovranazionale

L'incompatibilità delle recenti riforme con il diritto internazionale è stata più volte evocata dai giuristi. Nello specifico, si è sostenuta la violazione delle convenzioni 158, 98 e 97 dell'Organizzazione del Lavoro, che impongono una riparazione integrale del danno subito, e della Carta europea dei diritti sociali<sup>45</sup>, che impone agli Stati membri di garantire un risarcimento integrale dei pregiudizi subiti, un risarcimento che non sia calcolato solo sull'anzianità del lavoratore.

Un ricorso è stato sollevato dal sindacato *Force Ouvrière (FO)* in data 13 marzo 2018 davanti al Comitato europeo dei diritti sociali (d'ora in avanti CEDS) contro la limitazione delle indennità di licenziamento abusivo. I ricorrenti hanno sostenuto che il *barème* sancito dall'art. L. 1235-3 del Codice del lavoro fosse contrario all'art. 24 della Carta europea. I ricorrenti si sono fondati sulla decisione del CEDS del 31 gennaio 2017 che stabiliva che, in alcuni casi di licenziamento abusivo, l'indennità di 24 mesi, come previsto alla legge finlandese, potesse non essere sufficiente per compensare le perdite ed il pregiudizio subito<sup>46</sup>. Ad oggi, è ancora attesa la decisione del CEDS.

---

<sup>45</sup> V. ad es. D. MASSON, *La très contestable barémisation des indemnités prud'homales*, in *Village de la Justice*, 16 novembre 2017, <https://www.village-justice.com/articles/tres-contestable-baremisation-des-indemnites-prud-homales,26466.html>; e S. PARIS-FEY, *Indemnités prud'hommes: nullité du barème Macron*, in *Atalante Avocats*, 22 gennaio 2018, <http://www.atalante-avocats.com/indemnites-prudhommes-nullite-bareme-macron/>.

<sup>46</sup> Comitato europeo dei Diritti Sociali, decisioni nn. 106/2014 e 107/2014, *Finnish Society of Social Rights* c. Finlande, reperibili *on line* alla pagina [http://www.questionegiustizia.it/doc/Finnish\\_Society\\_of\\_Social\\_Rights\\_v\\_Finland\\_Complaint\\_n\\_106\\_2014.pdf](http://www.questionegiustizia.it/doc/Finnish_Society_of_Social_Rights_v_Finland_Complaint_n_106_2014.pdf) e alla pagina [http://www.questionegiustizia.it/doc/Finnish\\_Society\\_of\\_Social\\_Rights\\_v\\_Finland\\_Complaint\\_n\\_107\\_2014.pdf](http://www.questionegiustizia.it/doc/Finnish_Society_of_Social_Rights_v_Finland_Complaint_n_107_2014.pdf). Per un approfondimento v. F. BUFFA, *Due decisioni importanti del Comitato europeo dei diritti sociali in materia di licenziamento*, in *Questione Giustizia*, 22 marzo 2017, [http://www.questionegiustizia.it/articolo/due-decisioni-importanti-del-comitato-europeo-dei-diritti-sociali-in-materia-di-licenziamento\\_22-03-2017.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/due-decisioni-importanti-del-comitato-europeo-dei-diritti-sociali-in-materia-di-licenziamento_22-03-2017.php).

# GERMANIA

di Maria Theresia Roerig

## 1. Le fonti rilevanti

Il diritto del lavoro tedesco trova le proprie fonti nella Legge fondamentale, nei trattati dell'Ue, nella legislazione nazionale ed europea, nonché nella giurisprudenza nazionale ed in quella della Corte di giustizia. In Germania, i tentativi di elaborare un codice unitario di diritto del lavoro sono falliti e pertanto esistono attualmente numerosi atti normativi specifici, di cui una trentina hanno riguardo, tra l'altro, alle varie tematiche inerenti ai contratti di lavoro<sup>1</sup>.

Con particolare riferimento al momento estintivo del rapporto di lavoro, rilevano in special modo il codice civile tedesco (artt. 611-630 BGB<sup>2</sup>), la legge di tutela dai licenziamenti (*Kündigungsschutzgesetz - KSchG*)<sup>3</sup>, introdotta nel 1969 e più volte modificata fino al 17 luglio 2017, ma per quanto qui di interesse essenzialmente vigente dal 2008, ed infine la legge sulla costituzione aziendale, che disciplina i rapporti fra *management* e lavoratori (*Betriebsverfassungsgesetz*)<sup>4</sup>.

Esiste, anche nell'ordinamento tedesco, una doppia articolazione del diritto del lavoro in base a cui si distingue tra il diritto del lavoro individuale, che disciplina il rapporto tra il datore di lavoro ed il singolo lavoratore e che impone certi requisiti minimi a tutela del lavoratore<sup>5</sup>, e quello collettivo, che regola i

---

<sup>1</sup> V. anche S. GRIVET-FETÀ, *I licenziamenti in Germania*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Angeli, Milano, 2014, 93 ss.; e M. FERNANDO, M. MARMO, M. DE BONIS, *I licenziamenti in Italia ed in Europa, "Per saperne di più"*, pubblicazione UIL disponibile on line alla pagina: <http://www.uil.it/contrattazione/Per%20saperne%20di%20Pi%C3%B9%2026.pdf>, nonché la pagina web [http://www.ilo.org/dyn/eplex/termmain.showCountry?p\\_lang=en&p\\_country\\_id=188](http://www.ilo.org/dyn/eplex/termmain.showCountry?p_lang=en&p_country_id=188).

<sup>2</sup> V. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/german\\_civil\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf).

<sup>3</sup> V. <http://www.gesetze-im-internet.de/kschg/>.

<sup>4</sup> La *Betriebsverfassungsgesetz*, entrata in vigore nel novembre 1952 e più volte emendata (da ultimo il 17 luglio 2017), rappresenta l'asse portante del modello tedesco di relazioni industriali. Essa stabilisce che, in ogni azienda con almeno cinque dipendenti occupati in via continuativa, possa essere istituito un "Consiglio aziendale" (*Betriebsrat*), eletto autonomamente da tutti i lavoratori maggiorenni di qualifica non dirigenziale impiegati da più di sei mesi. Tale organo ha il diritto di partecipare alle principali decisioni aziendali riguardanti il personale (orari di lavoro, ferie, assunzioni, licenziamenti). Cfr. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_betrvg/works\\_constitution\\_act.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_betrvg/works_constitution_act.pdf).

<sup>5</sup> Tali requisiti si trovano, ad es., nella legge federale sulle ferie o nella legge che prevede la prosecuzione del pagamento della retribuzione in caso di malattia fino a sei settimane, etc.

rapporti giuridici tra i lavoratori, i datori di lavoro e le loro rappresentanze e che determina in modo puntuale le condizioni di lavoro<sup>6</sup>.

## **2. Cenni sulla distinzione tra licenziamenti individuali e licenziamenti collettivi**

In queste pagine, oggetto di indagine saranno soltanto i licenziamenti individuali. Giova, comunque ricordare che esiste una disciplina specifica per i licenziamenti collettivi. Perché si possa parlare di licenziamenti collettivi, deve farsi riferimento alle seguenti soglie, in riferimento a licenziamenti che avvengano entro un arco temporale di 30 giorni:

- almeno 5 lavoratori nelle aziende che occupano dai 21 ai 59 dipendenti;
- almeno il 10% o più di 25 lavoratori per le imprese che occupano tra i 60 e i 500 dipendenti;
- almeno 30 lavoratori, per le imprese con oltre 500 dipendenti.

Il regime del licenziamento collettivo non trova dunque applicazione con riferimento ad imprese con meno di 20 dipendenti.

## **3. I licenziamenti individuali (requisiti)**

Il licenziamento individuale del lavoratore ha effetto *ex nunc*. Si distingue tra il licenziamento cosiddetto *ordinario*, che è quello in cui il lavoratore conserva il diritto di preavviso, e quello *straordinario*, che si ha quando questo diritto non spetta, anche se talvolta è comunque previsto.

Mentre le disposizioni del codice civile si dedicano soprattutto ai termini di preavviso previsti per i licenziamenti ordinari ed alla disciplina del licenziamento per motivi straordinari, la KSchG regola i licenziamenti per motivi ordinari

---

<sup>6</sup> La disciplina del rapporto di lavoro, contenuta nella legge e nei contratti collettivi (*Tarifverträge*) è completata dalle clausole del contratto individuale fra datore di lavoro e dipendente. Nell'ambito di tali fonti, la legge fissa, salva contraria disposizione, il livello di protezione minima ed inderogabile del lavoratore. Le clausole specifiche valide per ogni specifico settore produttivo sono invece contenute nei contratti collettivi, negoziati fra le rappresentanze di categoria dei datori di lavoro (a livello federale, la *Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände – BDA*, che coordina le associazioni su base territoriale e le associazioni settoriali) ed i sindacati. Tali contratti sono applicabili, nella maggioranza dei casi, all'interno dei singoli *Länder* e disciplinano ad esempio l'ammontare della retribuzione, l'orario di lavoro, la lunghezza delle ferie.

con particolare riferimento alle imprese che impiegano *più di 10 dipendenti* (apprendisti, amministratori e titolari esclusi)<sup>7</sup>.

Regole e requisiti formali cambiano, quindi, a seconda della consistenza numerica dell'organico impiegato nell'impresa: infatti, gran parte delle regole del KSchG, che prevedono una maggiore tutela del lavoratore, *non* si applicano ad unità produttive<sup>8</sup> che impiegano stabilmente meno di 5 dipendenti e si applicano solo *parzialmente* in quelle che occupano tra 6 e 10 dipendenti. Si distingue, al riguardo, tra dipendenti assunti prima e dopo il 31 dicembre 2003, data in cui la soglia normativa è stata modificata ed estesa a *dieci* lavoratori (mentre le tutele maggiori continuano applicarsi ai rapporti di lavoro che hanno avuto inizio entro il 31 dicembre 2003, non trovano applicazione ai lavoratori i cui rapporti di lavoro con imprese di queste dimensioni abbiano avuto inizio solo dopo tale data).

Ai fini del computo dei lavoratori sono conteggiati come 0,5 i lavoratori assunti con contratto a tempo parziale il cui orario settimanale non ecceda le 20 ore, mentre sono calcolati come 0,75 quelli il cui orario non ecceda le 30 ore. È inoltre importante sottolineare che la tutela della KSchG non si applichi a quei rapporti di lavoro che abbiano durata inferiore a sei mesi. Durante i primi sei mesi (un periodo di prova previsto per legge), infatti, il datore del lavoro può decidere liberamente il licenziamento.

In buona sostanza, le disposizioni del BGB che dettano tra l'altro i periodi di preavviso del licenziamento in base all'anzianità di servizio del lavoratore (art. 622 BGB e art. 624 BGB)<sup>9</sup> e la forma scritta del licenziamento (art. 623 BGB)<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Fino alla riforma della KSchG del 24 dicembre 2003, la soglia prevedeva un minimo di soli cinque impiegati.

<sup>8</sup> Il concetto di unità di lavoro va inteso in senso tecnico-organizzativo.

<sup>9</sup> La legge ne determina la misura minima in relazione all'anzianità di servizio, ma in sede contrattuale è possibile che tale arco temporale venga ulteriormente esteso.

Art. 622 BGB:

(1) Dal rapporto di lavoro di un operaio o di un impiegato si può recedere con preavviso di quattro settimane, per il quindicesimo giorno o per la fine di un mese secondo il calendario.

(2) Per il licenziamento da parte del datore di lavoro il termine di preavviso è, se il rapporto di lavoro, nell'azienda o nell'impresa,

1. è durato due anni, un mese, per la fine di un mese secondo il calendario,
2. è durato cinque anni, due mesi, per la fine di un mese secondo il calendario,
3. è durato otto anni, tre mesi, per la fine di un mese secondo il calendario,
4. è durato dieci anni, quattro mesi, per la fine di un mese secondo il calendario,
5. è durato dodici anni, cinque mesi, per la fine di un mese secondo il calendario,

Come condizioni imprescindibili di efficacia del licenziamento, esse si applicano a tutti rapporti di lavoro, mentre la KSchG prevede particolari ed ulteriori tutele per i lavoratori di imprese di una certa dimensione, fatti comunque salvi i licenziamenti che avvengono senza preavviso “*per giusta causa*”, ossia per c.d. “*motivi straordinari*” ai sensi dell’art. 626 BGB (v. *infra*)<sup>11</sup>.

Al di fuori dei confini segnati dalla KSchG e dall’art. 626 BGB, la (in)validità del licenziamento può essere oggetto di controllo ai sensi degli artt. 138 BGB (immoralità) e 242 BGB (principio della buona fede), per arbitrarietà ed

---

6. è durato quindici anni, sei mesi, per la fine di un mese secondo il calendario,

7. è durato vent’anni, sette mesi, per la fine di un mese secondo il calendario,

Nel calcolo della durata dell’impiego non va considerato il tempo precedente al compimento del venticinquesimo anno di età del lavoratore.

(3) Se è pattuito un periodo di prova, durante quest’ultimo, ma non oltre il sesto mese, si può recedere dal rapporto di lavoro con preavviso di due settimane.

(4) Mediante contratto collettivo possono essere pattuite regole in deroga ai commi da 1 a 3. Nel settore di applicazione di tale contratto collettivo valgono, tra lavoratori e datori di lavoro non vincolati da quest’ultimo, le disposizioni del contratto collettivo derogatorie, la cui applicabilità sia tra loro pattuita.

(5) Mediante accordi individuali può essere convenuto un termine di preavviso più breve di quello menzionato nel comma 1, soltanto

1. se un lavoratore è assunto come aiutante temporaneo, a meno che il rapporto di lavoro continui oltre il terzo mese;

2. se il datore di lavoro, di regola, non ha più di venti dipendenti, esclusi coloro che sono assunti per la formazione professionale, e se il preavviso non è minore di quattro settimane.

Nel calcolo del numero dei dipendenti, i lavoratori a tempo parziale con un regolare orario di lavoro settimanale non superiore a venti ore contano ciascuno 0,5 e se le ore non sono più di trenta, contano 0,75. Restano salvi gli accordi individuali che prevedono termini di preavviso per il recesso più lunghi di quelli menzionati nei commi da 1 a 3.

(6) (*omissis*)

Art. 624 BGB:

Se il rapporto di servizio è stato contratto per tutta la vita di una persona, o per tempo superiore a cinque anni, l’obbligato può recedere dopo il decorso del quinto anno. Il termine di preavviso è di sei mesi.

<sup>10</sup> La cessazione dei rapporti di lavoro mediante recesso o contratto di scioglimento necessita, ai fini dell’efficacia, della forma scritta; è esclusa la forma elettronica

<sup>11</sup> Nell’ordinamento tedesco non è invece (più) previsto un regime di licenziamento distinto per gli impiegati, da un lato, e per gli operai, dall’altro. A seguito di una sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 30 maggio 1990 (1 BvL 2/83; 1 BvL 9/84; 1 BvL 10/84; 1 BvL 3/85; 1 BvR 764/86; [ed altr.]), in cui i termini differenti di preavviso di licenziamento all’epoca vigenti per queste due categorie di lavoratori furono dichiarati incostituzionali, il legislatore tedesco ha introdotto un unico regime di licenziamento.



irragionevolezza della decisione dell'imprenditore, oppure ai sensi dell'art. 7, comma 1, AGG<sup>12</sup> (divieto di discriminazione), o degli artt. 611a BGB (discriminazione in base al sesso), 612a BGB (divieto di punizione<sup>13</sup>) e 613a, comma 4, BGB<sup>14</sup> (queste ultime disposizioni rappresentano fattispecie speciali rispetto agli artt. 138 e 242 BGB).

Infine, è da segnalare la sussistenza di una particolare tutela per determinate categorie di lavoratori, come le donne durante il periodo di gravidanza ed in maternità (art. 9 della legge federale sulla tutela della maternità), il genitore durante il periodo di congedo parentale (art. 18 della legge federale sul congedo parentale), il lavoratore durante il servizio militare, il lavoratore in formazione, i lavoratori portatori di *handicap* (art. 85 Codice sociale), nonché i rappresentanti dei lavoratori o membri del consiglio aziendale (15 KSchG). Dette categorie possono essere licenziate solo per motivi straordinari ed è necessaria una notifica del licenziamento alle autorità pubbliche (non richiesta, invece, per gli altri lavoratori nell'ambito del licenziamento individuale).

Non sono legittimi, in particolare, i c.d. licenziamenti discriminatori a causa della maternità, del congedo parentale, dell'instaurazione di una causa da parte del lavoratore contro il datore di lavoro, della razza, del colore, della religione, del sesso o dell'orientamento sessuale, dell'origine sociale e della nazionalità, dell'età, dell'appartenenza ad un sindacato e relative attività, di un *handicap* e dell'origine etnica.

Si pone peraltro, nell'esame della legittimità del licenziamento, la necessità di verificare se contratto di lavoro o contratti collettivi, accordi aziendali, etc. escludano il licenziamento per motivi *ordinari*. Sebbene ciò accada raramente, tale possibilità sussiste (e viene, ad esempio, talvolta prevista per licenziamenti per motivi aziendali), mentre è esclusa con riferimento ai c.d. motivi straordinari.

A chi viene licenziato legalmente, spettano i propri documenti ed un attestato di lavoro, mentre non è generalmente previsto un "trattamento di fine rapporto". Se l'interessato non trova subito un altro impiego, può dichiararsi disoccupato

---

<sup>12</sup> Legge generale sulla parità di trattamento.

<sup>13</sup> Art. 612a BGB: "Il datore di lavoro non può, in un accordo o in un provvedimento, pregiudicare un lavoratore perché questi esercita legittimamente i propri diritti" (ad es., esercita funzioni sindacali).

<sup>14</sup> Art. 613a, comma 4, BGB: "È inefficace il licenziamento di un lavoratore da parte del precedente datore di lavoro oppure del nuovo titolare motivato dal trasferimento dell'azienda o di una sua parte. Resta salvo il diritto di recesso dal rapporto di lavoro per altri motivi".

presso l'ufficio di collocamento e ricevere, generalmente, un'indennità o sussidio di disoccupazione<sup>15</sup>.

#### **4. La procedura di licenziamento in presenza del consiglio aziendale**

La legittimità del licenziamento deve essere conforme alle direttive approvate dal consiglio aziendale ai sensi all'art. 95 BetrVG, ove presente (art. 1, comma 2, n.1 a) KSchG).

L'art. 95 BetrVG prevede *inter alia* che i criteri di scelta relativi alla graduatoria dei lavoratori in caso di licenziamento debbano essere approvati dal consiglio aziendale.

In presenza del consiglio aziendale<sup>16</sup>, previsto per le imprese con almeno 5 dipendenti stabilmente assunti, la legge prevede infatti per tutti tipi di licenziamento l'espletamento di una particolare procedura (art. 102 BetrVG), nella quale il consiglio deve necessariamente essere sentito in merito al licenziamento. Il datore deve, infatti, informare il consiglio circa gli elementi di cui è in possesso e su cui intende fondare il licenziamento, specificando la tipologia del medesimo (ordinario o straordinario). Un licenziamento disposto senza la consultazione del consiglio è inefficace e viene anzi qualificata come nullità assoluta per violazione della legge rilevabile d'ufficio.

Sebbene il mancato rispetto di questa procedura determini l'inefficacia del licenziamento, il parere del consiglio non è vincolante e quindi l'imprenditore potrà comunque procedere anche in caso di parere negativo; è chiaro, tuttavia, che la posizione espressa dal consiglio potrà costituire per il lavoratore un efficace punto di forza in sede giurisdizionale. In presenza di un'opposizione del consiglio aziendale al licenziamento, il lavoratore che lo impugna ha il diritto di conservare il posto di lavoro sino al termine della controversia giudiziaria ed il datore di lavoro è quindi obbligato ad accettare il suo impiego all'interno dell'azienda.

Soprattutto con riferimento alle grandi imprese, ed in particolare ai licenziamenti collettivi, i contratti collettivi o accordi aziendali spesso limitano le possibilità di licenziamenti per motivi aziendali.

---

<sup>15</sup> Per ulteriori dettagli, anche se in riferimento ad un quadro normativo non più attuale, v. W. DÄUBLER, *Licenziamento per motivi economici, piano sociale e cambiamenti nel diritto del lavoro in Germania*, in *Lavoro e diritto*, 1999, 435 ss.

<sup>16</sup> Nel caso di licenziamenti nel settore pubblico, viene coinvolto un analogo organo, il c.d. *Personalrat* (consiglio del personale).

Licenziamenti in imprese di una certa dimensione fanno peraltro regolarmente scattare alcuni diritti di partecipazione dei consigli aziendali (art. 111 e 112 BetrVG) che si traducono in diritti ad informazioni ed alla negoziazione e, solitamente, nel diritto alla stipula di un piano sociale (v. anche *infra*).

## 5. I motivi del licenziamento individuale

### 5.1. I licenziamenti per motivi straordinari

Un licenziamento ai sensi dell'art. 626 BGB<sup>17</sup> ricorre in presenza di ragioni particolarmente importanti (generalmente legate alla condotta del lavoratore, ad esempio la commissione di un reato) che giustifichino un licenziamento "sommario", che si ha quando non ci si può ragionevolmente aspettare che il lavoratore sia nelle condizioni di rispettare il contratto fino alla sua scadenza predefinita oppure che lasci regolarmente trascorrere il periodo di preavviso. Ciò deve essere valutato alla luce di tutte le circostanze del caso: si richiede un bilanciamento fra i contrapposti interessi in gioco. Più nel dettaglio, l'esame si compone essenzialmente di due passaggi: bisogna stabilire se la ragione addotta integri in astratto gli estremi di un licenziamento straordinario e se possa farlo anche in concreto. Episodi che possono legittimare questa tipologia di recesso sono, ad esempio, i gravi inadempimenti contrattuali, l'aver apostrofato il datore di lavoro in termini piuttosto pesanti oppure la prolungata violazione di regole di lavoro. Da evidenziare è che, nonostante l'art. 626 BGB sia rubricato come "licenziamento senza preavviso", è possibile anche che il preavviso stesso debba essere comunque dato alla luce di certi fattori sociali (*soziale Auslauffrist*). Ad esempio, se il motivo importante risiede nella violazione di un dovere contrattuale, il recesso *ad nutum* può farsi soltanto dopo il decorso del termine concesso per l'adempimento, oppure dopo una diffida ad adempiere intimata senza successo. Il datore di lavoro, al momento di comunicare il licenziamento,

---

<sup>17</sup> Art. 626 BGB:

(1) Ciascuna delle parti contrattuali può recedere senza preavviso per giusta causa del rapporto di servizio, se sussistono fatti sulla base dei quali, considerate tutte le circostanze del singolo caso e ponderati gli interessi delle due parti, non può pretendersi dalla parte che recede la continuazione del rapporto di servizio fino allo scadere del termine di preavviso o fino alla fine del rapporto di servizio che era stata pattuita.

(2) Il recesso può avvenire soltanto entro due settimane. Il termine inizia a decorrere nel momento in cui il legittimato al recesso viene a conoscenza dei fatti determinanti per il recesso. La parte che recede deve comunicare per iscritto all'altra parte, senza ritardo, su richiesta di quest'ultima, la causa del recesso.

deve indicare se intenda procedere ai sensi della tipologia ordinaria oppure straordinaria, ferma restando la possibilità che in sede giudiziale quest'ultima venga riconvertita nell'altra.

Ai sensi dell'art. 626, comma 2, BGB, il licenziamento per motivi straordinari può peraltro essere dichiarato solo entro le due settimane successive al momento in cui il datore di lavoro abbia preso conoscenza del motivo di licenziamento (c.d. "*Ausschlussfrist*").

In ogni caso, qualora entro tre settimane il licenziamento non venga impugnato, scatta automaticamente la presunzione legale della sua legittimità (v. *infra*).

## **5.2. I licenziamenti per motivi ordinari ai sensi del KSchG**

Con riferimento alla categoria di lavoratori che godono della più forte protezione del KSchG (v. art. 23 KSchG), il legislatore tedesco ha previsto requisiti cui il datore di lavoro deve necessariamente attenersi affinché il licenziamento possa considerarsi legittimo. Ai sensi dell'art. 1 KSchG, i motivi del licenziamento devono essere comunicati al lavoratore.

La legge ritiene il licenziamento *socialmente giustificato e giuridicamente legittimo* ai sensi dell'art. 1 KSchG nel caso di provata incapacità del lavoratore di svolgere le mansioni cui è assegnato, per gravi o gravissime inadempienze o per comprovate esigenze economiche dell'azienda. L'onere di provare la sussistenza di un motivo di licenziamento grava sul datore di lavoro (che dovrà, ad es., dimostrare l'effettiva incidenza di quel rapporto di lavoro sull'apparato produttivo dell'impresa e quindi l'impossibilità di conservare il lavoratore in organico).

Per la legittimità del licenziamento è quindi necessario che vi siano:

(i) *ragioni inerenti alla persona* (motivi personali, ad esempio legati alle capacità ed alle mansioni richieste, al ritiro della patente, alle frequenti malattie brevi o ad una malattia molto lunga) che conducano tra l'altro ad una prognosi negativa per una futura e proficua collaborazione; inoltre, una ponderazione degli interessi del datore di lavoro e del lavoratore deve, alla luce delle circostanze concrete, risultare favorevole al licenziamento (si devono, in altri termini, ponderare i due contrapposti interessi in gioco ed accertare se quello dell'azienda sia preminente rispetto all'altro);

o (ii) *ragioni inerenti alla condotta del lavoratore* (ripetuti inadempimenti, come ritardi nonostante ammonizione, abuso nell'utilizzo di *internet* per motivi

personali, *stalking*) che conducano ad una prognosi negativa per una futura e proficua collaborazione; anche in tal caso, una ponderazione degli interessi del datore di lavoro e del lavoratore deve, alla luce delle circostanze concrete, risultare favorevole al licenziamento; in conformità al principio di proporzionalità, il licenziamento deve inoltre essere preceduto da un avvertimento, da esprimersi entro le due settimane successive alla condotta, salvo che nei casi in cui ciò risulterebbe irragionevole (spesso i motivi legati alla condotta realizzano c.d. motivi straordinari di cui all'art. 626 BGB, v. *supra*);

oppure (iii) *urgenti esigenze economiche dell'impresa* (come la chiusura di uno stabilimento, misure di razionalizzazione, etc.) che non siano compatibili con la prosecuzione del rapporto di lavoro (v. art. 1 KSchG); nel caso in cui la risoluzione dipenda da ragioni operative, connesse cioè alla gestione dell'attività economica, le scelte dell'imprenditore sono sindacabili solo parzialmente dal giudice, ad esempio nel caso in cui siano manifestamente arbitrarie; l'esame del giudice non può spingersi fino al merito della decisione del datore di lavoro, ma si può verificare soltanto se si tratti di esigenze che debbano essere soddisfatte in via urgente e se vi sia stata una qualche innovazione nel processo produttivo che abbia reso obsoleta o comunque superflua quell'occupazione.

Nel caso di un licenziamento per motivi aziendali, il datore di lavoro deve rispettare anche alcuni criteri c.d. "sociali" (*Sozialauswahl* – scelta sociale): di fronte alla necessità di procedere a licenziamenti per ragioni aziendali, e quindi di eliminare un posto di lavoro in un settore in cui lavorano dipendenti tra loro equiparabili, il datore dovrà effettuare una valutazione fra tutti i dipendenti addetti alle medesime funzioni e, tra loro, dovrà individuare quelli da estromettere. All'uopo, dovrà tener conto dei seguenti fattori e criteri previsti dalla legge: la durata del rapporto di lavoro del dipendente con l'impresa, la sua età, la sua situazione familiare e gli obblighi di mantenimento del dipendente, in modo tale da tutelare il più possibile quei soggetti che più difficilmente potrebbero trovare un nuovo impiego. Un dipendente che deve mantenere una famiglia è, dunque, privilegiato rispetto ad un dipendente *single*. Da notare è che, secondo il Tribunale costituzionale federale, anche le aziende più piccole (*Kleinbetrieb*) – non soggette alla disciplina della KSchG – sono tenute, anche se limitatamente, a rispettare alcuni criteri sociali.

In ogni caso, il datore di lavoro dovrà considerare eventuali alternative al licenziamento, come ad esempio un trasferimento o l'assegnazione ad un'altra posizione al lavoratore (art. 1, comma 2, per. 2, KSchG). Il quadro normativo restituisce, infatti, una concezione del licenziamento come *ultima ratio*. Si

considera socialmente ingiustificato il licenziamento (per motivi oggettivi o soggettivi<sup>18</sup>) del lavoratore che possa essere impiegato in un altro posto di lavoro nella stessa unità produttiva, oppure in un'altra unità della medesima impresa (c.d. *repêchage* – rispescaggio).

## **6. L'impugnazione del licenziamento e le conseguenze del licenziamento illegittimo**

Il lavoratore che ritiene, per qualsiasi motivo, illegittimo il licenziamento, dovrà, a pena di decadenza, intentare un'azione legale contro il licenziamento dinanzi al tribunale del lavoro (*Arbeitsgericht*) competente territorialmente – quindi una giurisdizione speciale – entro le tre settimane successive al ricevimento del preavviso in forma scritta (art. 4 e 7 KSchG). La materia del licenziamento rientra nella competenza esclusiva dell'*Arbeitsgericht* in primo grado e del *Landesarbeitsgericht* (Tribunale di lavoro del *Land*) in appello<sup>19</sup>. I Tribunali di lavoro sono composti di un solo membro togato (il presidente) e due giudici onorari di parte (nominati uno dal versante dei lavoratori e l'altro da quello degli imprenditori).

Una volta spirato inutilmente il suddetto termine di tre settimane, il licenziamento si considererà irrevocabile, salvo che ricorrano alcune eccezionali condizioni richiamate dalla stessa KSchG (art. 5). Un licenziamento viene quindi considerato valido e legittimo (sia pure in base ad una *fictio*) se il lavoratore non reagisce entro la scadenza dei termini previsti dalla legge. Il termine delle tre settimane vale anche nel caso in cui il datore di lavoro offra al dipendente un nuovo posto di lavoro con diverse condizioni contrattuali (*Änderungskündigung*). Anche in questo caso, il tribunale del lavoro potrà controllare se il datore di lavoro abbia o meno rispettato i criteri sociali.

Nell'ottica di intervenire il meno possibile sulla regolamentazione del rapporto di lavoro, il tribunale svolge un ruolo di mediazione per tentare di raggiungere una composizione amichevole della vertenza. Soltanto una volta accertata l'impossibilità di procedere su questa strada si apre il vero e proprio contenzioso, che tra l'altro viene celebrato in via prioritaria quando si tratta di controversie che hanno ad oggetto l'interruzione del rapporto di lavoro.

---

<sup>18</sup> Nei casi di licenziamenti per motivi soggettivi legati alla condotta si devono valutare soluzioni conservative più leggere (previo richiamo, ammonimento scritto o verbale, multa).

<sup>19</sup> Solo in limiti molto ristretti (art. 101 ArbGG – legge sulla giurisdizione di lavoro) l'arbitrato è ammesso nelle controversie di lavoro.

Il processo del lavoro è caratterizzato dal massimo rispetto dei principi di oralità e brevità. Per quanto riguarda l'onere della prova, il datore di lavoro deve dimostrare i fatti che giustificano il licenziamento, mentre il lavoratore deve dimostrare i fatti che lo rendono socialmente ingiustificato. Nell'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare per ragioni aziendali il giudice può sindacare la valutazione del datore soltanto per erroneità palesi. Dibattuta è invece la sindacabilità dei motivi posti a base del licenziamento per motivi aziendali. L'opinione prevalente ritiene che le scelte imprenditoriali non possano essere oggetto di controllo giudiziale. Tuttavia, si può valutare la sussistenza concreta delle esigenze enunciate.

Il datore di lavoro, finché la causa non è decisa, può del resto sempre riconoscere il diritto del lavoratore alla prosecuzione del rapporto, perché magari il consiglio aziendale si era espresso in tal senso (v. *supra* art. 102 BetrVG), oppure perché riconosce che il licenziamento è evidentemente illegittimo.

Se il giudizio si protrae fino alla fine ed il giudice ritiene illegittimo il licenziamento, può in primo luogo ordinare la prosecuzione del rapporto di lavoro (il "reintegro" inteso come ripristino effettivo, non soltanto formale-retributivo). A stretto rigore, più che di un'ordinanza di reintegro, si tratta di un'ordinanza che accerta che il rapporto di lavoro non è mai stato interrotto (appunto per mancanza di un valido licenziamento) e che deve quindi continuare. Infatti, il licenziamento nullo, inefficace o inammissibile è in ogni caso improduttivo di effetti giuridici, per cui "il rapporto di lavoro non è risolto" (art. 9 KSchG) ma "prosegue" (art. 11 KSchG). Il licenziamento è essenzialmente nullo *ex tunc* ed il lavoratore resta quindi al suo posto; a seconda della formulazione della domanda, peraltro, il giudice può anche esplicitamente dichiarare la continuazione del rapporto di lavoro.

Il lavoratore illegittimamente licenziato ha il diritto di rientrare nel suo posto di lavoro con le medesime mansioni; il lavoratore ha anche diritto a recuperare il salario eventualmente non percepito nel periodo intercorrente tra l'estromissione dal lavoro e la sua ripresa. Vengono però sottratti i guadagni acquisiti *medio tempore* composti da diversi elementi indicati nell'art. 11 KSchG: importi che il lavoratore ha percepito lavorando altrove o che avrebbe potuto guadagnare se non avesse volontariamente rifiutato un'offerta di lavoro ragionevole, ovvero le somme a lui corrisposte a titolo di indennità di disoccupazione o comunque a causa della perdita del posto di lavoro dagli enti previdenziali.

In alternativa, il giudice che ritiene che il licenziamento sia illegittimo può, in determinati casi, condannare il datore di lavoro al pagamento di una indennità di

licenziamento (v. anche *infra*). Non si tratta comunque di un'opzione che emerge da una scelta unilaterale in capo al datore, ma di una decisione che appartiene al giudice, su richiesta del datore o/e del lavoratore.

Accade, infatti, piuttosto frequentemente che al reintegro non si giunga, poiché il datore di lavoro, o anche il lavoratore stesso, chiedono lo scioglimento del contratto, se “non si può prevedere il proseguimento di una fruttuosa collaborazione”. Il giudice può allora ordinare il pagamento di un'indennità al lavoratore ingiustamente licenziato quando non è prevedibile che fra datore di lavoro e lavoratore possa continuare la collaborazione utile agli obiettivi comuni, e quando lo stesso lavoratore non la ritiene possibile. I fatti che devono verificarsi per il configurarsi di questa condizione vengono tuttavia accertati mediante il processo. Se viene accolta la domanda del datore di lavoro, questi deve indennizzare adeguatamente il lavoratore (circa l'ammontare, v. *infra*).

Il lavoratore può ad esempio aver nel frattempo accettato un altro lavoro. Può allora rifiutare la prosecuzione del vecchio rapporto di lavoro dandone comunicazione al datore di lavoro entro una settimana da quando la sentenza ha acquisito efficacia (art. 12 KSchG), ma può anche chiedere direttamente al giudice di dichiarare, invece della prosecuzione del rapporto di lavoro, la sua risoluzione, dietro corresponsione di un indennizzo (*Abfindung*), che può essere stabilito dal giudice stesso.

Se è il datore a richiedere lo scioglimento del rapporto con corresponsione di un indennizzo (invece del reintegro), deve addurre i motivi che facciano apparire dannosa o non più proficua per l'impresa la prosecuzione del rapporto di lavoro. Il giudice valuterà poi le circostanze relative all'interruzione del rapporto e pondererà gli interessi in gioco. Nel caso di un licenziamento manifestamente infondato o viziato (ad esempio, se manca la consultazione del *Betriebsrat*, ove prevista), per la giurisprudenza maggioritaria deve in ogni caso disporre il reintegro del lavoratore.

Nella prassi, l'indennizzo ha comunque progressivamente sostituito la reintegrazione come risarcimento principale. Le ricerche indicano che la reintegrazione è ordinata dal giudice in non più del 15% dei casi ed avviene in concreto in una proporzione ancora minore<sup>20</sup>. All'origine di questa evoluzione è il fatto che i lavoratori hanno preso coscienza che alla fine sarebbe stato loro impossibile impedire la cessazione del rapporto di lavoro, nonostante la dichiarata illegittimità del licenziamento. Ciò ha condotto ad un cambiamento di strategia:

---

<sup>20</sup> V. <http://www.pietroichino.it/?p=20158&print=1>.



invece di opporsi allo scioglimento del rapporto, i lavoratori stessi si sono proposti di raggiungere una transazione, un accordo amichevole davanti al giudice, in cambio di un'indennità di ammontare superiore a quello previsto dalla legge. Tale soluzione viene apprezzata anche dai datori di lavoro, i quali evitano così contenziosi di lunga durata che bloccano risorse e che possono minare l'immagine dell'impresa.

## **7. L'indennità preventiva in caso di licenziamento per motivo oggettivo aziendale**

Mentre per il lavoratore che viene licenziato per motivi personali o di condotta (licenziamento per motivo soggettivo) non è prevista alcuna indennità per legge, il lavoratore che viene licenziato per urgenti motivi economici (art. 1, comma 2, per. 1, KSchG) può avere il diritto – sempre che la KSchG sia applicabile al tipo di impresa – ad un'indennità, calcolata nella misura di metà salario mensile per ogni anno di lavoro e dovuta alla scadenza del termine di tre settimane previsto per l'impugnazione del licenziamento di cui all'art. 4 KSchG (v. art. 1a KSchG). Ai fini del calcolo della durata del servizio per tale indennità, un periodo di servizio superiore a sei mesi viene computato come un anno intero.

Tale diritto presuppone, però, che l'imprenditore abbia specificato già nel preavviso di aver adottato il licenziamento per motivi economici e di voler concedere al lavoratore detta indennità (il cui limite minimo è fissato dalla legge) dietro rinuncia del lavoratore stesso ad impugnare il licenziamento davanti al Tribunale<sup>21</sup>. Si tratta, pertanto, di un diritto condizionato alla volontà del datore di lavoro (che vuole in radice evitare una controversia): non esiste una liquidazione (*Abfindung*), o un trattamento di fine rapporto per legge, ma una liquidazione può essere raggiunta grazie ad un accordo con la controparte.

Altrimenti, il pagamento di un'indennità per un licenziamento illegittimo è previsto solo nel caso in cui il rapporto di lavoro venga sciolto a seguito di una sentenza del giudice di lavoro (artt. 9, 10 KSchG, v. *supra*). Inoltre, nell'eventualità che il licenziamento sia invalido, ma la prosecuzione del rapporto sia ritenuta impossibile o intollerabile da *entrambe* le parti, si può pervenire allo scioglimento consensuale del medesimo, se c'è una comune volontà in tal senso; altrimenti, il datore è comunque tenuto al pagamento di una somma determinata dal giudice nei limiti stabiliti dalla legge. La legge prevede soltanto i limiti del

---

<sup>21</sup> M. WEISS, *L'effettività del diritto del lavoro: alcune riflessioni sull'esperienza tedesca*, in *RIDI*, 2006, 160 ss.

risarcimento, che può andare dai 12 ai 18 mesi di retribuzione lorda, in funzione dell'età del lavoratore e della sua anzianità di servizio (v. art. 10 KSchG e *infra*)<sup>22</sup>. Spetta al Tribunale determinare l'importo esatto, tenendo conto delle circostanze in cui si inserisce il caso specifico.

---

<sup>22</sup> Di regola, l'importo non deve eccedere 12 mensilità, ma può arrivare a 15 mensilità per lavoratori con età maggiore di 50 anni con un'anzianità di servizio di almeno 15 anni, ed a 18 mensilità per lavoratori oltre 55 anni e con almeno 20 anni di servizio.

# PORTOGALLO

a cura di Carmen Guerrero Picó

## 1. Premessa

In Portogallo il licenziamento individuale è disciplinato dal Capo VI (*Incumprimento do contrato*), sezione IV (*Despedimento por iniciativa do empregador*), della legge n. 7/2009, del 12 febbraio, recante il Codice del lavoro (d'ora in avanti, CL)<sup>1</sup>.

Il codice è stato novellato nel periodo 2011-2012, tra gli altri motivi, per allineare le indennità di licenziamento alla media dei paesi dell'UE e rendere più flessibile la disciplina dei licenziamenti per cause oggettive, come richiesto dall'Unione europea e dal Fondo monetario internazionale per l'erogazione dei finanziamenti atti a salvaguardare la stabilità finanziaria del paese, in quel momento in grave crisi.

Le indennità per i licenziamenti non disciplinari sono state ulteriormente ridotte nel 2013; così, in pochi anni si è passati dal dover corrispondere 30 giorni di retribuzione per ogni anno di lavoro, a 20 e poi 12. Lo stesso anno il Tribunale costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di alcune disposizioni della legge n. 23/2012 riguardanti il licenziamento per incapacità di adattamento e per estinzione del posto di lavoro, costringendo il legislatore ad approvare la legge n. 27/2014, per cercare un nuovo punto di equilibrio tra quanto dichiarato dal massimo interprete costituzionale e gli impegni assunti con la c.d. *Troika*.

Le soglie numeriche che determinano l'applicazione delle disposizioni riguardanti il licenziamento collettivo e non più quelle per il licenziamento individuale sono contenute nell'art. 359, comma 1, CL. Si ritiene collettivo il recesso dai contratti riguardante: *i*) almeno due lavoratori, se si tratta di una microimpresa (meno di 10 dipendenti) o di una piccola impresa (da 10 a 49

---

<sup>1</sup> Il testo consolidato del CL è reperibile *on line* alla pagina [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_estrutura.php?tabela=leis&nid=1047&nvers](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&nid=1047&nvers).

Per approfondimenti sulla disciplina dei licenziamenti, v. P. QUINTAS – H. QUINTAS, *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2017 (consultato in versione elettronica). Sull'impatto delle riforme richieste dalla *Troika*, in lingua italiana, v., per tutti, F. MARTELLONI, *I licenziamenti in Portogallo*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2014, 151-183.

dipendenti); *ii*) cinque lavoratori, nel caso di una media impresa (da 50 a 249 dipendenti) o di grande impresa (con oltre 250 dipendenti).

## **2. I motivi del licenziamento individuale**

### **2.1. Il licenziamento disciplinare (*despedimento por facto imputável ao trabalhador*)**

Il datore di lavoro può far cessare gli effetti del contratto per comportamenti colposi<sup>2</sup> del lavoratore che, in base alla loro gravità ed alle conseguenze che producono, rendono di fatto, ed immediatamente, impossibile la sussistenza del rapporto di lavoro (art. 351, comma 1, CL). Le condotte che giustificano questo tipo di licenziamento, elencate a titolo esemplificativo nell'art. 351, comma 2, CL, sono le seguenti<sup>3</sup>:

- a) la disobbedienza illegittima al datore di lavoro o ai superiori gerarchici;
- b) la violazione dei diritti e delle garanzie dei lavoratori dell'impresa;
- c) l'aver provocato ripetutamente conflitti con gli altri lavoratori;
- d) il disinteresse ripetuto per l'adempimento diligente delle mansioni inerenti al posto di lavoro;
- e) l'aver arrecato grave danno agli interessi patrimoniali dell'impresa;
- f) le dichiarazioni false giustificative delle assenze;
- g) le assenze ingiustificate dal lavoro che abbiano cagionato direttamente danni o rischi gravi per l'impresa, oppure 5 assenze ingiustificate consecutive o 10 episodiche in un anno, a prescindere dall'esistenza di danni o rischi;
- h) l'inosservanza colposa delle norme sulla sicurezza e sulla salute nei luoghi di lavoro;
- i) le violenze fisiche, ingiurie o altre offese punibili dalla legge dirette, nell'ambito dell'impresa, contro il datore di lavoro, i colleghi o i rappresentanti dei lavoratori;
- j) il rapimento o altro reato contro la libertà delle anzidette persone;

---

<sup>2</sup> Può trattarsi di una condotta dolosa o negligente.

<sup>3</sup> Il datore di lavoro deve motivare la decisione estintiva con la violazione dei doveri legali e contrattuali del lavoratore. L'art. 128 CL sancisce, tra gli altri, il dovere di urbanità o rispetto, il dovere di assiduità, il dovere di zelo, il dovere di diligenza, il dovere di obbedienza, il dovere di lealtà, il dovere di custodia degli strumenti di lavoro ed il dovere di cooperazione.

l) il mancato rispetto di o l'opposizione ad una decisione giudiziaria o amministrativa;

m) l'anomala riduzione del rendimento lavorativo.

Nella valutazione circa la sussistenza della giusta causa, è necessario prendere in considerazione il grado di lesione degli interessi del datore di lavoro, il tipo di rapporti di lavoro tra le parti, o tra il lavoratore ed i colleghi e le altre circostanze rilevanti del caso (art. 351, comma 3, CL).

## **2.2. Il licenziamento per incapacità di adattamento (*despedimento por inadaptação*)**

Il Tribunale costituzionale si era pronunciato a favore della legittimità del licenziamento per incapacità di adattamento nell'*acórdão* (sentenza) n. 64/1991<sup>4</sup>, del 4 aprile, e successivamente è stato chiamato a giudicare i nuovi connotati introdotti dalla legge n. 23/2012, del 25 giugno, che ha ridefinito la disciplina, concretizzando le esigenze di maggiore flessibilità contenute nel c.d. *memorandum* d'intesa del 17 maggio 2011.

L'*acórdão* n. 602/2013, del 20 settembre<sup>5</sup>, ha confermato la costituzionalità di quasi tutte le novelle, in particolare dell'assai controversa possibilità di estinguere il contratto senza che siano state rilevate modifiche sul posto di lavoro<sup>6</sup>. Cionondimeno, ha dichiarato illegittimo l'art. 375, comma 1, lettera d), CL, che aveva abrogato il requisito che esigeva per procedere al licenziamento che nell'impresa non esistesse un altro posto di lavoro disponibile e compatibile con la categoria professionale del lavoratore. La disposizione è stata ritenuta contraria al

---

<sup>4</sup> Le decisioni del Tribunale costituzionale portoghese sono reperibili *on line* alla pagina <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> (voce *Pesquisa*).

<sup>5</sup> V., in particolare, i FFJJ 33-37. Per un riassunto di questa ed altre decisioni della c.d. giurisprudenza sulla crisi riguardanti i licenziamenti, v. J. CAUPERS, *O Direito do Trabalho na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal: desenvolvimentos recentes*, relazione portoghese al XVII Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana ed i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, Lisbona, 15-17 ottobre 2015, [http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri20151015/ctri20151015\\_rel\\_pt.pdf](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri20151015/ctri20151015_rel_pt.pdf). V., anche, R. ORRÙ, *Il giudice costituzionale portoghese e le sfide della giustiziabilità dei diritti sociali: un'isagoge*, in L. MEZZETTI – E. FERIOLI, *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bonomo Editore, Bologna, 2018, 753 ss.

<sup>6</sup> A favore dell'illegittimità dell'art. 375, comma 2, CL, v. invece le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali Catarina Sarmiento e Castro, Fernando Vaz Ventura e Joaquim de Sousa Ribeiro.

divieto di licenziamento senza giusta causa sancito esplicitamente dall'art. 53 Cost.

La disciplina attuale del *despedimento por inadaptação* prevede che il datore di lavoro può recedere dal contratto quando il lavoratore dimostri un'incapacità sopravvenuta di adattamento che renda impossibile il mantenimento del rapporto lavorativo (art. 373 CL)<sup>7</sup>. Ciò avviene nelle ipotesi elencate dall'art. 374, comma 1, CL, che fa riferimento a: *a*) una riduzione continua della produttività o della qualità delle mansioni svolte; *b*) guasti ripetuti agli strumenti di lavoro; *c*) rischi per la sicurezza e per la salute del lavoratore, degli altri dipendenti o di terzi; e dall'art. 374, comma 2, CL, ovvero, in caso di affidamento al lavoratore di compiti di complessità tecnica o di direzione, quando non siano soddisfatti gli obiettivi precedentemente concordati per iscritto in ragione del suo modo di realizzare le funzioni e sia praticamente impossibile la sussistenza del rapporto di lavoro.

Trattandosi dei casi di riduzione della produttività, guasti agli strumenti di lavoro e rischi per la sicurezza e la salute, l'art. 375, comma 1, CL impone l'adempimento di altri requisiti a garanzia della legittimità del licenziamento. È, quindi, necessario:

a) che le modifiche sul posto di lavoro siano state determinate da cambiamenti nei processi di produzione o di commercializzazione, da nuove tecnologie o da attrezzature che fanno impiego di una tecnologia diversa o più complessa, nei sei mesi precedenti l'inizio della procedura di licenziamento;

b) che sia stata offerta al lavoratore una formazione professionale adeguata alle modifiche, posta in essere dall'autorità competente o da un istituto di formazione certificato<sup>8</sup>;

c) che, dopo la formazione, sia stato concesso al lavoratore un periodo di adattamento di almeno 30 giorni;

d) che non esista nell'impresa un altro posto di lavoro disponibile e compatibile con la categoria professionale del lavoratore.

Nell'ipotesi in cui non sia stata rilevata alcuna modifica sul posto di lavoro, l'art. 375, comma 2, CL esige il concorso di altri requisiti:

---

<sup>7</sup> Su questo tema v., per tutti, J. NETO, *Despedimento por Inadaptação. Reforma ou consagração legal do despedimento sem justa causa?*, Almedina, Coimbra, 2<sup>a</sup> ed., 2016.

<sup>8</sup> Le spese di formazione devono essere corrisposte dal datore di lavoro (art. 375, comma 5, CL).

a) si dovrà riscontrare una modifica sostanziale delle prestazioni richieste, da cui risulti una riduzione continua della produttività o della qualità del lavoro, ripetuti danni ai mezzi di lavoro, rischi alla sicurezza o alla salute del lavoratore, dei colleghi o di terzi, che alla luce delle circostanze è ragionevole prevedere che avranno carattere definitivo;

b) il datore di lavoro dovrà informare il lavoratore della valutazione che ha fatto delle sue prestazioni, apportando documentazione ed elencando i fatti su cui si è basato. Dovrà altresì informarlo che può contestare tale valutazione, per iscritto ed entro un termine non inferiore a 5 giorni;

c) decorso questo termine, il datore di lavoro dovrà comunicargli, per iscritto, le istruzioni riguardanti la corretta esecuzione delle sue mansioni, affinché possa correggere il suo operato;

d) inoltre, gli offrirà una formazione professionale ed un periodo di adeguamento.

Per quanto riguarda, invece, l'ipotesi di licenziamento riguardante il lavoratore con mansioni di complessità tecnica o di direzione, l'art. 375, comma 3, CL prevede che al licenziamento potrà darsi luogo se:

a) siano stati introdotti nuovi processi produttivi, nuove tecnologie o apparecchiature basate su una tecnologia diversa o più complessa, che abbiano modificato i suoi compiti;

b) non si siano avute modifiche nelle prestazioni richieste, ma il datore di lavoro abbia informato il dipendente delle mancanze constatate e gli abbia dato l'opportunità di correggerle.

Non si può pregiudicare la tutela dei lavoratori con capacità lavorativa ridotta, portatori di *handicap* o di malattia cronica (art. 374, comma 3, CL); del pari, l'incapacità di adattamento del lavoratore non può derivare dalla mancanza di requisiti di sicurezza e di salute sul lavoro imputabile al datore di lavoro (art. 374, comma 4, CL).

### **2.3. Il licenziamento per estinzione del posto di lavoro (*despedimento por extinção de posto de trabalho*)**

La riforma del 2012 aveva ampliato notevolmente i poteri del datore del lavoro per provvedere ad un licenziamento basato sull'estinzione del posto di lavoro e due delle misure adottate erano sottoposte al vaglio del Tribunale costituzionale.

La novella rimetteva alla discrezionalità del datore di lavoro l'individuazione dei criteri rilevanti e non discriminatori che avrebbero guidato la selezione del lavoratore interessato dalla decisione estintiva (art. 368, comma 2, CL), abrogando i precedenti criteri oggettivi e gerarchici stabiliti dalla legge, che riconosceva una particolare rilevanza all'anzianità sul posto di lavoro. Inoltre, se prima si riteneva che la sussistenza della relazione di lavoro potesse essere definita praticamente impossibile per la mancata disponibilità nell'impresa di un altro posto di lavoro compatibile con la categoria professionale del lavoratore, dopo la novella era sufficiente che il datore di lavoro dimostrasse di aver rispettato criteri rilevanti e non discriminatori nella selezione del lavoratore su cui gravava la decisione di licenziamento (art. 368, comma 4, CL). Entrambe le norme sono state dichiarate incostituzionali nell'anzidetto *acórdão* n. 602/2013, del 20 settembre<sup>9</sup>, per violazione del divieto costituzionale di licenziamento senza giusta causa (art. 53 Cost.).

Nella disciplina in vigore, il licenziamento per estinzione del posto di lavoro è giustificato da motivi economici<sup>10</sup> – ovvero di mercato, strutturali o tecnologici – relativi all'impresa (art. 367 CL). Per ragioni di mercato si intende la riduzione di attività dell'impresa provocata dalla diminuzione prevedibile della domanda di beni o servizi o dall'impossibilità sopravvenuta, di fatto o di diritto, di immettere tali beni o servizi sul mercato. Le ragioni strutturali evidenziano uno squilibrio economico-finanziario, il cambiamento di attività, la ristrutturazione dell'organizzazione produttiva o la sostituzione di prodotti dominanti sul mercato. Infine, le cause tecnologiche concernono cambiamenti nei processi tecnici o di produzione, nell'automatizzazione degli strumenti di produzione, di controllo o di manipolazione, nonché l'informatizzazione dei servizi o l'automazione dei mezzi di comunicazione (art. 359, comma 2, CL).

---

<sup>9</sup> V. in particolare i FFJJ 28-32 della pronuncia.

Contro l'illegittimità dell'art. 368, comma 2, si sono pronunciati nelle loro opinioni dissenzienti i giudici costituzionali Paulo Machete, Maria Mata-Mouros e Maria de Lúcia Amaral. A loro avviso, non esistevano validi motivi affinché un criterio come l'anzianità dovesse essere ritenuto prevalente rispetto ad altri. Una maggiore flessibilità non avrebbe dovuto essere di per sé illegittima. Il datore di lavoro avrebbe dovuto definire prima i criteri che avrebbe seguito in una siffatta eventualità e poi in un secondo momento avrebbe dovuto provare che li aveva applicati, garantendosi successivamente il controllo giudiziario della oggettività e del carattere non discriminatorio dei criteri utilizzati.

<sup>10</sup> V. in materia T. A. FREITAS DE SOUSA, *Despedimento por extinção do posto de trabalho. Considerações sobre a evolução do n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho à luz do artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa*, 2015, [https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18678/1/disserta%C3%A7%C3%A3o\\_vers%C3%A3o\\_final.pdf](https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18678/1/disserta%C3%A7%C3%A3o_vers%C3%A3o_final.pdf).



L'art. 368, comma 1, CL stabilisce che si può far ricorso a questo tipo di licenziamento quando: a) gli anzidetti motivi economici non sono dovuti alla condotta colposa del datore di lavoro né del lavoratore; b) è praticamente impossibile la sussistenza del rapporto di lavoro (art. 368, comma 4, CL: perché non esista un altro posto compatibile con la categoria professionale del lavoratore); c) nell'impresa non esistano lavoratori a termine incaricati di svolgere le stesse mansioni dei lavoratori che si intende licenziare; d) non si possa accedere al licenziamento collettivo.

Nel caso vi sia una pluralità di posti di lavoro con un contenuto funzionale identico, il legislatore ha introdotto nel 2014<sup>11</sup>, nell'art. 368, comma 2, CL, i criteri rilevanti e non discriminatori che deve seguire il datore di lavoro per individuare il lavoratore che sarà licenziato: a) peggiore valutazione delle prestazioni, in base a parametri precedentemente noti al lavoratore<sup>12</sup>; b) minori titoli accademici e professionali; c) maggiore onerosità per il mantenimento del rapporto di lavoro del lavoratore con l'impresa; d) minore esperienza nella funzione; e) minore anzianità nell'impresa.

Il lavoratore che, nei tre mesi precedenti all'inizio della procedura di licenziamento, sia stato trasferito al posto di lavoro che sarà estinto, ha il diritto di essere reintegrato al posto di lavoro precedente, se ancora esiste (art. 368, comma 3, CL).

Ai sensi dell'art. 175, comma 1, CL, non è possibile assumere un lavoratore temporaneo che svolga le stesse funzioni nei 12 mesi successivi al licenziamento.

### **3. I requisiti formali del licenziamento**

#### **3.1. Il licenziamento per cause imputabili al lavoratore**

Nei licenziamenti per cause soggettive non è richiesto alcun preavviso, ma si deve seguire una rigorosa procedura disciplinare. Sono applicabili i commi 1 e 2 dell'art. 329 CL, secondo cui il datore di lavoro può esercitare l'autorità disciplinare entro un anno dall'infrazione o entro il termine di prescrizione penale, se il fatto è costitutivo di reato. Il procedimento disciplinare deve essere iniziato

---

<sup>11</sup> Cfr. la legge n. 27/2014, dell'8 maggio.

<sup>12</sup> Tali parametri devono constare nel *Manual de Acolhimento* che si consegna al lavoratore quando firma il contratto.

entro 60 giorni dal momento in cui il datore di lavoro venga a conoscenza dell'infrazione, pena la caducità del diritto di reazione del datore di lavoro.

Poiché il licenziamento per cause soggettive integra la sanzione disciplinare più severa, il CL esige il rispetto di una più stringente procedura (attenuata nel caso delle micro-imprese)<sup>13</sup>, in cui devono essere garantiti il diritto del lavoratore ad essere sentito (art. 329, comma 6, CL) ed i diritti di difesa. L'art. 356, comma 1, CL, come redatto originariamente nella legge n. 7/2009, stabiliva che spettava al datore di lavoro decidere sulla pratica delle prove richieste dal lavoratore in risposta alla comunicazione scritta riguardante l'intenzione di estinguere il contratto (*nota de culpa*). Il Tribunale costituzionale, con l'*acórdão* n. 338/2010<sup>14</sup>, del 22 settembre, ha dichiarato illegittima l'istruttoria facoltativa per violazione dell'art. 32, comma 10, Cost. (diritto ad essere sentito e diritto di difesa) in combinato disposto con l'art. 53 Cost. (diritto alla stabilità nel lavoro).

Nella disciplina attuale, il datore di lavoro deve notificare per iscritto al dipendente l'intenzione di licenziarlo, allegando la c.d. *nota de culpa*, contenente la descrizione dei fatti che gli vengono imputati. Nella stessa data, invierà copie dei documenti ai rappresentanti dei lavoratori e, se si tratta di un rappresentante sindacale, al sindacato cui appartiene (art. 353, commi 1 e 2, CL). La notifica della *nota de culpa* interrompe i termini di prescrizione di cui all'art. 329 (art. 353, comma 3, CL) ed autorizza a sospendere preventivamente il lavoratore, senza perdita della retribuzione (art. 354 CL).

Il lavoratore ha diritto ad effettuare consultazioni riguardanti il procedimento disciplinare e deve rispondere alla *nota de culpa* entro 10 giorni (art. 355 CL)<sup>15</sup>, al termine dei quali si aprirà una fase istruttoria (art. 356 CL) con le acquisizioni probatorie che abbia richiesto (salvo che siano palesemente improprie o dilatorie). Successivamente, il datore di lavoro consegnerà una copia del fascicolo ai rappresentanti dei lavoratori e, se si tratta di un rappresentante sindacale, al suo sindacato, i quali potranno esprimere il loro parere entro 5 giorni dall'avvenuta consegna. Da questo momento, il datore di lavoro avrà 30 giorni per decidere in ordine al licenziamento.

---

<sup>13</sup> V. l'art. 358 CL.

<sup>14</sup> V., in particolare, il FJ 9 della pronuncia. Per ulteriori approfondimenti, v. J. AMORIM MAGALHAES, *A inconstitucionalidade do artigo 356.º, n.º 1 do Código do Trabalho - breves considerações*, in *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, n. 29, maggio 2011, 151-155, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3086/documento/articuloUM.pdf?id=2988>.

<sup>15</sup> La mancata risposta alla *nota de culpa* non costituisce una confessione *extra-giudiziale* dei fatti che constano in essa.

Nella comunicazione per iscritto del licenziamento dovranno essere ponderate tutte le circostanze del caso, l'idoneità della misura rispetto alla colpevolezza del lavoratore ed i pareri dei rappresentanti dei lavoratori. Non si possono, di contro, prendere in considerazione fatti non inclusi nella *nota de culpa* o nella risposta, a meno che non servano ad attenuare le eventuali responsabilità (art. 357, comma 4, CL).

### **3.2. Il licenziamento per incapacità di adattamento**

Il datore di lavoro deve comunicare per iscritto al lavoratore, ai rappresentanti dei lavoratori e, se si tratta di un rappresentante sindacale, al suo sindacato, l'intenzione di estinguere il contratto e la relativa motivazione. Contestualmente, deve indicare le modifiche introdotte sul posto di lavoro ed i risultati del periodo formativo e del successivo periodo di adattamento, dando conto della verifica delle condizioni aggiunte dall'art. 375, commi 2 e 3 (art. 376 CL). Entro 10 giorni, il lavoratore potrà richiedere le prove che ritenga necessarie per contestare i fatti addotti ed anche i rappresentanti dei lavoratori ed il sindacato potranno far pervenire i loro pareri al datore di lavoro (art. 377 CL). Superata questa fase, il datore di lavoro può estinguere per iscritto il contratto entro 30 giorni, notificandolo al lavoratore, ai rappresentanti sindacali (e, se del caso, al suo sindacato) ed al ministero del lavoro (art. 378 CL).

A differenza del licenziamento per cause soggettive, il datore di lavoro dovrà rispettare un termine di preavviso: di 15 giorni, in caso di anzianità inferiore ad un anno; di 30 giorni, per anzianità pari o superiore a 1 anno e inferiore a 5 anni; di 60 giorni, per anzianità pari o superiore a 5 anni ed inferiore a 10 anni; di 75 giorni, se il periodo lavorativo è uguale o superiore a 10 anni (art. 378, comma 2, CL).

Durante il preavviso il lavoratore ha un credito di ore retribuito pari a due giorni di lavoro a settimana (art. 364 CL), per essere agevolato nella ricerca di un nuovo impiego, ed il datore di lavoro deve corrispondergli una indennità di 12 giorni di retribuzione base e scatti di stipendio per ogni anno completo di anzianità (art. 366, comma 1, CL). Tuttavia: a) l'importo della retribuzione base mensile e gli scatti ai fini del calcolo dell'indennità non possono superare 20 volte la retribuzione minima mensile garantita; b) l'importo totale dell'indennità non può superare 12 volte lo stipendio base mensile e le indennità giornaliere del dipendente o, quando è applicabile il limite previsto dal precedente paragrafo, 240 volte il salario minimo mensile garantito; c) il valore giornaliero della retribuzione base e quotidiana è il risultato della divisione per 30 della retribuzione base

mensile base e degli scatti; d) per le frazioni di anno, l'importo della compensazione sarà calcolato proporzionalmente.

### **3.3. Il licenziamento per estinzione del posto di lavoro**

Il datore di lavoro deve comunicare al lavoratore, ai rappresentanti dei lavoratori ed al sindacato cui è affiliato il lavoratore, se del caso: a) la necessità di estinguere il posto di lavoro, con indicazione della motivazione; b) la necessità di licenziare l'interessato; c) i criteri per la selezione del lavoratore da licenziare (art. 369, comma 1, CL). Questi possono produrre un parere entro 10 giorni dalla comunicazione, sulla sussistenza dei motivi o presentando alternative che permettano di attenuare gli effetti del licenziamento. Il lavoratore o i rappresentanti possono richiedere una verifica all'ispettorato del ministero competente in materia di impiego entro 3 giorni dalla comunicazione; questo emanerà un parere entro 7 giorni (art. 370 CL).

Passati 5 giorni dalla recezione di questi pareri, il datore di lavoro può procedere al licenziamento, con una comunicazione scritta rivolta anche ai rappresentanti dei lavoratori ed all'ispettorato in cui deve constare: a) il motivo dell'estinzione del posto di lavoro; b) la conferma dei requisiti di cui all'art. 368, comma 1; c) la prova dell'applicazione dei criteri per determinare l'estinzione del posto di lavoro, se vi sia stata opposizione ad essa; d) l'ammontare, la forma, la data ed il luogo di pagamento dell'indennità e dei crediti dovuti per la decisione estintiva; e) la data di risoluzione del contratto. Il termine di preavviso varia, dai 15 giorni in caso di lavoratori con un'anzianità nell'impresa inferiore ad un anno, ai 75 giorni in caso di lavoratori con un'anzianità pari o superiore a 10 anni. L'indennità deve essere corrisposta al termine del periodo di preavviso (art. 371 CL).

Spetta al lavoratore il credito di ore retribuito previsto dall'art. 364 CL e l'indennità di cui all'art. 366, comma 1, CL (v. *supra* 3.2.).

## **4. L'impugnazione del licenziamento**

Se il lavoratore si oppone al licenziamento, può invocare un provvedimento immediato di sospensione in via cautelare, entro 5 giorni dalla effettiva notifica della decisione estintiva (art. 386 CL), oppure può denunciare l'irregolarità e illegittimità del licenziamento dinanzi gli organi giudiziari competenti (*tribunais*

do trabalho)<sup>16</sup>, entro 60 giorni dal ricevimento della comunicazione del licenziamento o dalla data di cessazione del contrato, se successiva (art. 387 CL).

In caso di licenziamento disciplinare, l'organo giudiziario deve necessariamente pronunciarsi sulla validità dei motivi invocati per il licenziamento, anche quando fossero già stati individuati vizi di forma (art. 387, comma 4, CL).

## **5. Le sanzioni previste in caso di licenziamento invalido**

### **5.1. Le cause generiche di *ilicitude***

Il CL distingue tra cause generiche e cause specifiche che determinano l'illegittimità del licenziamento.

Le cause generiche sono sancite dall'art. 381 CL. Il licenziamento è *ilícito*: a) se risponde a motivi politici, ideologici, etnici o religiosi, nonostante sia stato invocato un motivo diverso; b) se il motivo che giustifica il licenziamento non sussiste (è stato dichiarato *improcedente*); c) se non è stata rispettata la procedura legalmente stabilita; d) in caso di gravidanza o maternità o di congedo parentale, se non è stato richiesto il parere preventivo dell'autorità competente in materia di pari opportunità tra uomini e donne, come richiesto dall'art. 63 CL.

### **5.2. Le cause specifiche di *ilicitude***

Il licenziamento disciplinare è illegittimo se sono stati superati i termini per esercitare il potere disciplinare di cui all'art. 329, commi 1 e 2, CL (v. *supra* 3.1.) o se il procedimento è *inválido* (art. 382 CL).

Il procedimento è *inválido* se: a) manca la *nota de culpa*, non è stata rispettata la forma scritta o la *nota* non contiene la descrizione dettagliata dei fatti imputati al lavoratore; b) manca la notifica dell'intenzione di licenziare; c) non è stato rispettato il diritto del lavoratore ad effettuare consultazioni riguardanti il procedimento disciplinare o il suo diritto di rispondere alla *nota de culpa*, oppure non è stato rispettato il termine di 10 giorni per rispondere; d) la notifica della decisione di licenziamento e della sua motivazione non ha forma iscritta, o non

---

<sup>16</sup> Sull'*acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento*, disciplinata tra i processi speciali, v. gli artt. 98-B ss. del *Código de Processo do Trabalho*. Il testo consolidato del DL n. 480/99, del 9 novembre è reperibile *on line* alla pagina [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=487&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=487&tabela=leis).

rispetta quanto stabilito all'art. 357, comma 4, CL (ponderazione delle circostanze del caso, idoneità della misura, pareri dei rappresentanti dei lavoratori; v. *supra* 3.1.) o dall'art. 358, comma 2, CL (simili esigenze riferite alle microimprese).

Il licenziamento per estinzione del posto di lavoro è illecito per inadempimenti di quanto disposto dagli artt. 368, commi 1 e 2 (motivi economici non dovuti a condotta colposa, impossibile sussistenza del rapporto di lavoro, inesistenza di lavoratori a termine nell'impresa, impossibilità di accedere al licenziamento collettivo, criteri rilevanti e non discriminatori per individuare il lavoratore licenziato; v. *supra* 3.3.), quando non sono state fatte le comunicazioni ai rappresentanti dei lavoratori ed i sindacati previste dall'art. 369 e se al termine del preavviso non è stata messa a disposizione del lavoratore l'indennità per licenziamento ed i crediti maturati (art. 366, cui rinvia l'art. 372 CL).

Il licenziamento per incapacità di adattamento è illegittimo (art. 385 CL) se il datore di lavoro: a) non ha rispettato l'art. 374, commi 3 e 4, CL (tutela dei lavoratori con capacità lavorativa ridotta o portatori di *handicap*, ed esigenza che l'incapacità non derivi da mancate condizioni di sicurezza e salute dovute al datore di lavoro) né i requisiti enunciati all'art. 375, commi 1, 2 e 3, CL (v. *supra* 3.2.); b) non ha realizzato le comunicazioni ai rappresentanti dei lavoratori ed i sindacati previste dall'art. 376 CL; c) non ha messo a disposizione del lavoratore, entro la fine del periodo di preavviso, l'indennità ed i crediti maturati ed esigibili in virtù dell'estinzione del contratto di lavoro.

### **5.3. L'indennizzo e/o la reintegrazione del lavoratore**

Ai sensi dell'art. 389, comma 1, CL, la dichiarazione di illegittimità comporta la condanna al datore di lavoro a: a) indennizzare il lavoratore per tutti i danni, patrimoniali e morali, subiti; b) reintegrarlo nello stesso stabilimento, nella stessa categoria di dipendenti e salvaguardando la sua anzianità al lavoro, ad eccezione dei casi contemplati negli artt. 391 e 392 CL, in cui il lavoratore o il datore di lavoro possono chiedere che la reintegrazione nel posto di lavoro sia sostituita con il pagamento di un'indennità.

Nell'ipotesi che l'irregolarità si basi su un difetto di procedura per omissione di quanto sancito dall'art. 356, commi 1 e 3, CL (pratica delle prove richieste dal lavoratore e audizione di testimoni), e sempre che il giudice abbia dichiarato validi i motivi invocati per giustificare il licenziamento, l'art. 389, comma 2, CL stabilisce che l'indennità che spetta al lavoratore sarà la metà del valore che risulterebbe dell'applicazione dell'art. 391, comma 1, CL. Con l'*acórdão* n.

324/2017<sup>17</sup>, del 22 giugno, il Tribunale costituzionale ha dichiarato che questa disposizione rispetta il principio di proporzionalità e di uguaglianza (artt. 18, comma 2, e 13 Cost., rispettivamente).

L'art. 390 CL stabilisce le regole concernenti l'indennità (*compensação em caso de despedimento ilícito*). Fatto salvo il compenso per i danni patrimoniali o morali, il lavoratore ha diritto a ricevere le retribuzioni arretrate dall'avvenuto licenziamento fino alla data in cui diviene definitiva la sentenza che ne dichiara l'illegittimità (*retribuições intercalares*). Da questa indennità si detraggono: a) le somme percepite all'estinzione del contratto, che il lavoratore non avrebbe ricevuto se non fosse stato licenziato; b) lo stipendio riferito al periodo tra il licenziamento ed i 30 giorni anteriori alla proposizione dell'azione (se questa non è stata proposta nei 30 giorni successivi al licenziamento); c) il sussidio di disoccupazione dal licenziamento fino alla sentenza definitiva, che il datore di lavoro deve restituire alla previdenza sociale.

Il lavoratore può scegliere di ricevere un'indennità invece di essere reintegrato nel posto di lavoro al termine dell'udienza finale del processo (art. 391 CL). In questa ipotesi, spetta al giudice decidere il criterio da seguire per calcolare l'ammontare dell'indennità: tra 15 e 45 giorni di retribuzione base per anno lavorato, cui aggiungere gli scatti per anzianità, in base al livello retributivo del lavoratore ed alla gravità del comportamento del datore di lavoro. Nell'assumere la sua decisione, il giudice deve tenere specificamente conto del tempo trascorso dal momento del licenziamento fino alla sentenza definitiva. La legislazione portoghese sancisce un tetto minimo all'indennità: l'ammontare complessivo non potrà essere inferiore alla retribuzione base di tre mesi con i corrispondenti scatti di anzianità.

Infine, l'art. 392 CL prevede che il datore di lavoro possa chiedere al giudice di pagare un'indennità in luogo della reintegrazione, allorché si tratti di una microimpresa o di un lavoratore che ricopra un incarico di amministrazione o di direzione. All'uopo, deve addurre i fatti e le circostanze che rendono il reintegro del lavoratore gravemente dannoso per il funzionamento dell'impresa. Tale possibilità è preclusa se l'illegittimità del licenziamento si basa su ragioni politiche, ideologiche, etniche o religiose, o quando il motivo dell'opposizione alla reintegrazione sia stato colposamente creato dal datore di lavoro. Se il giudice

---

<sup>17</sup> Per un commento, v. M. E. BORGES, *Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 324/2017, de 22 de Junho (Proc. n.º 737/16; DR, 2.ª Série, n.º 140, de 21 de Julho de 2017): Irregularidade no procedimento de despedimento (não inconstitucionalidade do art. 389º, n.º 2, do Código do Trabalho)*, del 21 luglio 2017, in <http://bdjur.almedina.net/fartigo.php?id=105>.

esclude la reintegrazione, il lavoratore ha diritto ad un'indennità, stabilita dal giudice: tra i 30 e 60 giorni di stipendio base, cui aggiungere gli scatti di anzianità, per ogni anno intero o frazione, in base al livello retributivo del lavoratore ed alla gravità del comportamento del datore di lavoro. In questo caso l'ammontare finale dell'indennità non potrà essere inferiore a sei mesi di retribuzione base più gli scatti di anzianità.

La legittimità dell'art. 392 CL è stata confermata nell'*acórdão* n. 338/10, del 22 settembre<sup>18</sup>. Ad avviso del Tribunale costituzionale, l'opposizione alla reintegrazione è una restrizione legittima al principio costituzionale di stabilità del lavoro e del divieto di licenziamento senza giusta causa (art. 53 Cost.), che si giustifica allorché la verifica dei severi requisiti siano stabiliti dalla legge ed allorché l'opzione per l'indennità spetti all'autorità giudiziaria.

## 6. Nota sull'applicabilità della Carta sociale europea

Il Portogallo ha ratificato la Carta sociale europea, nella versione originaria e in quella riveduta, ed il Protocollo addizionale del 1995. Cionondimeno, dall'analisi della prassi giurisprudenziale costituzionale<sup>19</sup> ed ordinaria si desume una forte discrepanza tra la forza potenziale che la dottrina<sup>20</sup> riconosce in astratto alla Carta e alle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali nel controllo della normativa interna e la sua forza concreta, che è pressoché inesistente.

---

<sup>18</sup> V. a favore dell'illegittimità della disposizione l'opinione dissenziente del giudice costituzionale Gil Galvão.

<sup>19</sup> Sembra che fino a questo momento siano state solo due le occasioni in cui il massimo interprete costituzionale ha menzionato la Carta: nell'*acórdão* n. 181/2007, dell'8 marzo, quando il Tribunale costituzionale ha dichiarato di non doversi pronunciare sull'eventuale violazione dell'art. 1 della Carta sociale europea per motivi formali; e nell'*acórdão* n. 474/2013, del 29 agosto, quando ha citato l'art. 24 della Carta sociale europea riveduta per evidenziare che il divieto del licenziamento senza giusta causa per motivi politici o ideologici è un elemento centrale dell'architettura costituzionale in materia di diritti fondamentali dei lavoratori.

<sup>20</sup> V., per tutti, C. SANTOS BOTHELHO, *A proteção multinível dos direitos sociais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista? – do não impacto da Carta Social Europeia (revista) na jurisprudência constitucional portuguesa*, in *Lex Social*, n. 1, 2017, 88-123, [https://www.upo.es/revistas/index.php/lex\\_social/article/view/2566/2025](https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/2566/2025); C. OLIVEIRA CARVALHO, *O impacto da jurisprudência do Comité Europeu de Direitos Sociais em matéria laboral no ordenamento jurídico português*, in *Lex Social*, n. 1, 2017, 211-243, [https://www.upo.es/revistas/index.php/lex\\_social/article/view/2571/2030](https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/2571/2030).



# SPAGNA

a cura di Carmen Guerrero Picó

## 1. Premessa

La disciplina dei licenziamenti individuali (disciplinari e per cause oggettive) e delle eventuali conseguenze dei licenziamenti senza giusta causa o nulli è attualmente contenuta nel capitolo II del titolo I del regio decreto legislativo n. 2/2015<sup>1</sup>, del 23 ottobre, recante il testo *refundido* della legge sullo statuto dei lavoratori (d'ora in avanti, SL).

La risistemazione delle precedenti disposizioni giuslavoristiche nel 2015 non ha introdotto novità significative in materia<sup>2</sup> e le riforme più rilevanti restano tuttora quelle risalenti al 2010-2012<sup>3</sup>, periodo in cui si è provveduto alla ridefinizione delle cause del licenziamento per motivi economici ed alla riduzione dei costi del licenziamento. La legittimità delle novelle, molto controverse sotto più profili, è stata confermata dal Tribunale costituzionale, con decisioni caratterizzate da forti dissensi all'interno del collegio. La grave crisi economica del paese è stata il fattore determinante per il riconoscimento di un'ampia libertà di configurazione al legislatore, venendo a porsi, di fatto, come un vero e proprio parametro di costituzionalità<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Il testo consolidato è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430&p=20170513&tn=1>.

Per una valutazione della tecnica normativa e delle innovazioni introdotte in alcune materie, v., per tutti, F. VALDÉS DAL-RÉ, *La refundición de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, in *Derecho de las relaciones laborales*, n. 8, 2015, 852-871.

<sup>2</sup> La legge n. 22/2013, del 23 dicembre, sul bilancio generale dello Stato per l'anno 2014 aveva già abrogato l'art. 33, comma 8, SL, che prevedeva il rimborso al datore di lavoro di una parte dell'indennizzo in caso di licenziamento oggettivo da parte del *Fondo de Garantía Salarial* (FOGASA), per le piccole e medie imprese.

<sup>3</sup> Per una ricostruzione dei cambiamenti normativi in materia, v., per tutti, C. PEDERZOLI, *I licenziamenti in Spagna*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2014, 185 ss.

<sup>4</sup> V., tra i molti contributi su questo profilo, F. VALDÉS DAL-RÉ – K. SANTIAGO REDONDO, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la reforma laboral*, relazione spagnola al XVII Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana ed i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, Lisbona, 15-17 ottobre 2015, <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2015-10-15-00-00/2015-PonenciaEspa%C3%B1a.pdf>; P. REQUEJO RODRÍGUEZ, *El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 36, 2015, 417 ss., <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/16081>;

La disciplina dei licenziamenti individuali, cui sono dedicate queste pagine, si applica qualora la decisione estintiva non superi le soglie numeriche del licenziamento collettivo previste dall'art. 51, comma 1, SL, ovvero: *i*) 10 lavoratori nelle imprese con meno di 100 dipendenti; *ii*) il 10% dei lavoratori in imprese che occupano tra 100 e 300 dipendenti; *iii*) 30 lavoratori nelle imprese con più di 300 dipendenti; *iv*) tutti i lavoratori, purché il numero di dipendenti sia superiore a 5 ed al licenziamento segua la cessazione totale dell'attività dell'impresa.

## 2. I motivi del licenziamento individuale

### 2.1. Il licenziamento disciplinare

Il datore di lavoro può decidere di porre fine al rapporto di lavoro se si verificano inadempimenti gravi e colpevoli<sup>5</sup> da parte del lavoratore (art. 54, comma 1, SL). Secondo l'art. 54, comma 2, SL sono inadempimenti contrattuali a questi effetti:

- a) le mancanze ripetute ed ingiustificate di assistenza o di puntualità al lavoro<sup>6</sup>;
- b) l'insubordinazione o la disobbedienza sul lavoro<sup>7</sup>;
- c) gli abusi verbali o fisici verso il datore di lavoro, i colleghi o verso i loro conviventi<sup>8</sup>;

---

M. GONZÁLEZ PASCUAL, *Constitutional Courts before Euro-crisis law in Portugal and Spain; A comparative prospect*, in *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, n. 1, maggio 2017, <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v4n1/v4n1a08.pdf>; A. CARMONA CONTRERAS, *Decreto-ley y crisis económica. O cuando la necesidad (política) no hace virtud (constitucional)*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XVII, 2017/2, 107 ss., [http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2017\\_n17-2/06\\_mono%201\\_5\\_Carmona.pdf](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2017_n17-2/06_mono%201_5_Carmona.pdf); e J. PÉREZ REY, *Control constitucional económico y protección multinivel de los derechos laborales: una aproximación desde el caso español*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2018, 199 ss.

<sup>5</sup> La colpevolezza può sussistere anche in caso di condotta colposa o negligente. V. la sentenza del Tribunale supremo – STS –, *sala IV*, del 30 aprile 1991 (n. Roj: STS 2336/1991).

La giurisprudenza del TS è reperibile *on line* (utilizzando il n. Roj della decisione) alla pagina <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

<sup>6</sup> Se fossero state tollerate in precedenza dal datore di lavoro, questo dovrà avvertire il lavoratore quando decida di cambiare la prassi (v. la STS, *sala IV*, del 20 febbraio 1991, n. Roj: STS 956/1991).

<sup>7</sup> Non si può ritenere tale la semplice disobbedienza che non racchiude un atteggiamento esageratamente indisciplinato, che non si traduce in un pregiudizio per l'impresa o in cui concorre una causa incompleta di giustificazione (v. la STS, *sala IV*, del 23 gennaio 1991, n. Roj: STS 16429/1991).

d) la trasgressione della buona fede contrattuale, nonché l'abuso di fiducia nello svolgimento del lavoro;

e) la diminuzione continuata e volontaria della produttività normale o concordata<sup>9</sup>;

f) l'ubriachezza abituale o la tossicodipendenza, quando si ripercuotono negativamente sul lavoro;

g) la persecuzione per motivi razziali, etnici, di religione o di convinzioni, per disabilità, età ed orientamento sessuale, o molestie sessuali o in ragione del sesso verso il datore di lavoro o verso le persone che lavorano nell'impresa.

L'utilizzo di concetti giuridici tanto indeterminati da parte del legislatore è stato ritenuto necessario per ricoprire la diversità delle attività professionali sottoposte alla legislazione giuslavoristica e le variegate situazioni che possono verificarsi durante il rapporto lavorativo. Tuttavia, questa incertezza dovrebbe essere compensata dal ruolo determinante che hanno gli organi giudiziari nell'interpretazione e nella valutazione del concorso degli inadempimenti contrattuali e della loro intensità, in ossequio alle singole circostanze dei casi<sup>10</sup>.

Onde favorire la certezza giuridica in questo ambito, il legislatore ha riconosciuto la possibilità che i contratti collettivi concretizzino la portata delle cause legali che possono essere invocate in un licenziamento disciplinare (art. 54 SL).

---

<sup>8</sup> Si tratta di offese verbali o fisiche che mettano a repentaglio il diritto all'onore, alla propria immagine, la dignità o l'integrità fisica dei lavoratori e del datore di lavoro (STC 204/1997, del 25 novembre). Il bene giuridico tutelato – la convivenza nell'impresa – deve essere, però, compatibile con l'esercizio di altri diritti fondamentali, in particolare con la libertà di espressione (si ritiene prevalente l'esercizio del diritto di critica da parte del lavoratore, ad esempio, nelle SSTC 106/1996, del 12 giugno; 186/1996, del 25 novembre; 1/1998, del 12 gennaio; 57/1999, del 12 aprile; 20/2002, del 28 gennaio; 151/2004, del 20 settembre; esorbitano della tutela propria della libertà di espressione i casi giudicati con le SSTC 126/2003, del 20 giugno; 161/2005, del 20 giugno).

Le pronunce del Tribunale costituzionale sono reperibili *on line* alla pagina <http://hj.tribunalconstitucional.es/es>.

<sup>9</sup> In conformità con le disposizioni legali, i contratti collettivi, il contratto di lavoro o gli usi e consuetudini.

<sup>10</sup> Per ulteriori approfondimenti sulla rilevanza della c.d. *teoría gradualista*, l'attuazione nella giurisprudenza spagnola del principio *solve et repete* e lo *ius resistentiae* del lavoratore, v. P. G. ORTEGA LOZANO, *El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores*, in *Derecho de las relaciones laborales*, n. 8, agosto-settembre 2016, 754 ss.

## 2.2. L'estinzione del contratto per cause oggettive

### 2.2.1. Le cause in generale

Ai sensi dell'art. 52 SL, il contratto di lavoro può estinguersi:

a) per l'inettitudine (*incapacidad*)<sup>11</sup> del lavoratore conosciuta o sopravvenuta successivamente al suo collocamento effettivo nell'impresa. Se l'inettitudine già esisteva prima della scadenza del periodo in prova, non potrà essere adottata dal datore di lavoro ai fini del licenziamento, una volta finita la prova;

b) per l'incapacità del lavoratore di adattarsi alle modifiche tecniche riguardanti il suo posto di lavoro, purché i cambiamenti siano ragionevoli, sia stato offerto prima al dipendente un corso di formazione che ne faciliti l'adattamento, e siano trascorsi almeno due mesi dall'introduzione della modifica tecnica o dall'inizio del corso di formazione. Il tempo dedicato alla formazione si computa come tempo di lavoro ed il datore di lavoro dovrà garantire il salario medio;

c) per cause economiche, tecniche, organizzative o di produzione ed il numero di lavoratori interessati sia inferiore a quello previsto nell'art. 51, comma 1, per i licenziamenti collettivi<sup>12</sup>. I rappresentanti dei lavoratori godono di una priorità nella permanenza nell'impresa;

d) per assenze, anche giustificate ma intermittenti, che equivalgano al 20% di giorni feriali in due mesi consecutivi (se nei dodici mesi antecedenti le assenze sono state del 5% dei giorni feriali), o al 25% in quattro mesi discontinui in un periodo di dodici mesi. Non si computano come assenze a questi effetti: lo sciopero legale per il tempo di durata dello stesso, lo svolgimento di attività di rappresentanza legale dei lavoratori, l'incidente sul lavoro, la maternità, il rischio durante la gravidanza e l'allattamento, le malattie causate dalla gravidanza, il parto o l'allattamento, la paternità, i permessi e le ferie, la malattia o l'incidente non sul lavoro quando l'assenza sia stata decisa dai servizi sanitari ufficiali ed abbia una durata di oltre venti giorni consecutivi, l'assenza motivata per una situazione fisica o psicologica causata da violenza di genere ed accreditata dai

---

<sup>11</sup> L'*incapacidad* non allude solo a circostanze personali ma anche di natura legale, ad esempio, collegate alla perdita del permesso di lavoro dei cittadini extracomunitari (v. la STS, sala IV, del 16 novembre 2016, n. Roj: STS 5350/2016) o la perdita della patente se richiesta per il tipo di lavoro svolto.

<sup>12</sup> V. *supra*, par. 1.

servizi sociali o dai servizi sanitari, le assenze dovute a trattamenti medici contro il cancro o malattia grave;

e) per insufficienza di risorse, se si tratta di contratti a tempo indeterminato stipulati da enti senza scopo di lucro per l'implementazione di piani e programmi pubblici determinati, senza dotazione economica stabile a carico delle pubbliche amministrazioni ed in assenza di sufficienti stanziamenti di bilancio.

Spetta agli organi giudiziari, non solo giudicare l'esistenza e la legittimità della causa estintiva adotta, ma anche comprovare se questa, oltre ad essere reale, è di sufficiente entità per giustificare la decisione estintiva, nonché verificare se la misura decisa dal datore di lavoro è plausibile o ragionevole in termini di gestione imprenditoriale, cioè se è adeguata allo *standard* del buon commerciante<sup>13</sup>.

### 2.2.2. I dubbi di legittimità riguardanti le cause economiche

La legge n. 3/2012, del 6 luglio, recante misure urgenti per la riforma del mercato di lavoro ha novellato l'art. 51 SL, provvedendo alla definizione delle cause economiche, tecniche, organizzative o di produzione quali motivi giustificativi di una decisione estintiva del contratto di lavoro. Ai sensi di questa disposizione:

i) sussistono cause economiche quando dai risultati dell'impresa si desuma una situazione negativa, in casi come l'esistenza di perdite attuali o previste, o la diminuzione persistente del livello di entrate ordinarie o di vendite (si ritiene che la diminuzione sia persistente se durante tre trimestri consecutivi il livello di entrate ordinarie o di vendite di ogni trimestre sia inferiore a quello registrato nello stesso trimestre dell'anno precedente);

ii) sussistono cause tecniche quando si producono cambiamenti, tra gli altri, nell'ambito dei mezzi o strumenti di produzione;

iii) concorrono cause organizzative quando avvengano cambiamenti, tra gli altri, nella domanda dei prodotti o servizi che l'impresa intende posizionare nel mercato.

La mancata definizione e l'ampiezza delle anzidette cause è stata denunciata dai parlamentari socialisti dinanzi al Tribunale costituzionale perché, a loro avviso, avrebbe violato il diritto a non essere licenziati senza giusta causa derivante dall'art. 35, comma 1, Cost. ed il diritto al controllo giudiziario del

---

<sup>13</sup> Cfr. S. VARVA, *Sindacato di ragionevolezza e di proporzionalità nel licenziamento per ragione oggettive in Spagna*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2/XXV, 2015, 379 ss.

rispetto del principio del recesso causale, considerando che la riforma aveva soppresso l'obbligo del datore di lavoro di provare la causa estintiva e di giustificare la ragionevolezza del licenziamento. Tuttavia, la STC 8/2015, del 22 gennaio, ha respinto le doglianze denunciate, negando inoltre che le cause del licenziamento collettivo (applicabili anche alle decisioni estintive individuali) siano basate sulla pura discrezionalità imprenditoriale.

Il Tribunale costituzionale ha dichiarato<sup>14</sup> che, a prescindere dai riferimenti precedentemente esistenti sulla necessità di provare la causa di licenziamento e la ragionevolezza della decisione estintiva, la riforma del 2012 ha eliminato spazi di incertezza nell'interpretazione ed applicazione di certe disposizioni che erano tanto aperte nel loro contenuto quanto astratte nei loro obiettivi, e che in certe occasioni potevano esigere dai datori di lavoro una "prova diabolica" di fatti negativi (i datori di lavoro dovevano infatti dimostrare che la decisione estintiva serviva a preservare o favorire la loro posizione concorrenziale nel mercato o una migliore risposta alle esigenze della domanda). Ad avviso del *plenum*, la legge del 2012 avrebbe quindi dotato di una maggiore obiettività e certezza la definizione delle cause di estinzione del contratto, mettendo il giudice nelle condizioni di poter realizzare un controllo effettivo sulla decisione imprenditoriale.

### 3. I requisiti formali del licenziamento

Tutti i licenziamenti individuali devono essere comunicati per scritto al lavoratore, con l'indicazione delle cause che hanno portato alla decisione estintiva. Si parla abitualmente di *carta de despido*, nonostante non debba necessariamente avvenire mediante una lettera<sup>15</sup>.

La *carta de despido* prefigura il dibattito processuale di un'eventuale impugnazione giudiziaria del licenziamento, poiché ai sensi dell'art. 105, comma 2, della legge n. 36/2011, del 10 ottobre, *reguladora de la jurisdicción social*<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> V. in particolare il FJ 7 della decisione.

<sup>15</sup> La comunicazione scritta si può realizzare attraverso qualsiasi mezzo che permetta al lavoratore di conoscere la volontà del datore di lavoro (richiedendosi la certezza in ordine all'identità del mittente ed alla veridicità del contenuto) e che permetta al datore di lavoro di avere la prova che la comunicazione sia stata ricevuta dal legittimo destinatario.

<sup>16</sup> Il testo consolidato della legge è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>.

Per una panoramica comparata con altri modelli di giurisdizione del lavoro v. F. VALDÉS DAL-RÉ, *Un examen comparatista de las jurisdicciones sociales: La convergencia en los principios*, in *Derecho de las relaciones laborales*, n. 6, giugno 2017, 473 ss., e *Un examen comparatista de las*

(d'ora in avanti, LRJS), i motivi di opposizione al licenziamento possono riguardare solo gli estremi contenuti nella *carta*.

Inoltre, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, il datore di lavoro deve consegnare al lavoratore il c.d. *finiquito*, documento contenente la proposta di liquidazione, che comprende la retribuzione dell'ultimo mese non percepita, gli importi dovuti in ragione del lavoro straordinario e delle ferie non godute, eventuali premi di produzione e le somme maturate ad altro titolo (art. 49, comma 2, SL). Perché produca effetti, è necessario che il lavoratore lo firmi, ma prima di prendere una decisione al riguardo egli ha il diritto di essere assistito da un rappresentante sindacale.

L'effettiva recezione da parte del lavoratore della quantità oggetto della liquidazione non comporta di per sé l'ammissione del carattere lecito del licenziamento.

### **3.1. Le particolarità del licenziamento disciplinare**

Il licenziamento disciplinare deve essere notificato per iscritto al lavoratore, con indicazione dei fatti che lo hanno motivato e della data in cui produrrà effetti (art. 55, comma 1, SL). A partire da quella data comincerà a decorrere il termine per impugnare il licenziamento.

È imprescindibile che la comunicazione scritta avvenga entro 60 giorni dalla data in cui l'impresa è venuta a conoscenza dell'inadempimento e, in ogni caso, entro 6 mesi dal momento in cui questo sia avvenuto; superato questo limite temporale, l'infrazione cade in prescrizione (art. 60, comma 2, SL).

Nell'ipotesi che il lavoratore sia un rappresentante legale dei lavoratori o un delegato sindacale, si dovrà garantire il contraddittorio e (se del caso) dovranno essere sentiti gli altri membri della rappresentanza sindacale. Invece, nel caso in cui il dipendente sia iscritto ad un sindacato, si dovranno sentire preventivamente i rappresentanti sindacali (art. 55, comma 1, SL).

Nonostante l'inosservanza dei requisiti di forma esplicitamente previsti comporti l'invalidità (*improcedencia*) del licenziamento, l'art. 55, comma 2, SL prevede che il datore di lavoro possa realizzare un secondo licenziamento entro 20 giorni dal giorno successivo a quello in cui è avvenuto il primo, rispettando

stavolta le formalità richieste e pagando al lavoratore il salario ed i contributi previdenziali maturati *medio tempore*.

Con contratto collettivo, possono esigersi altri requisiti di forma per il licenziamento disciplinare (art. 55, comma 1, SL). Per questa via, ad esempio, si possono prevedere meccanismi di reclamo interno nell'impresa o conciliazioni preventive alla decisione di licenziamento; si può estendere il dovere di udienza o il procedimento contraddittorio preventivo ad altri lavoratori, ecc.<sup>17</sup>

### **3.2. Le particolarità dell'estinzione per cause oggettive**

L'art. 53, comma 1, SL richiede, oltre alla comunicazione scritta in cui si informi il dipendente circa la causa del licenziamento, l'osservanza di altri due requisiti:

*i)* simultaneamente alla consegna della comunicazione scritta<sup>18</sup>, il datore di lavoro deve porre a disposizione del lavoratore un'indennità di 20 giorni di stipendio per ogni anno di servizio. Se la decisione estintiva obbedisce a cause economiche, il pagamento potrà essere differito al momento in cui la decisione estintiva sarà efficace, ma questo elemento si deve far constare nell'anzidetta comunicazione scritta;

*ii)* si deve concedere un preavviso di 15 giorni dalla consegna della comunicazione scritta.

Nell'ipotesi di licenziamento per cause economiche si deve fornire una copia dello scritto con il preavviso al rappresentate legale dei lavoratori.

Durante il periodo di preavviso si riconosce al lavoratore (o al suo rappresentante legale, se si tratta di una persona affetta da disabilità) un permesso retribuito di 6 ore a settimana affinché possa cercare un nuovo lavoro (art. 53, comma 2, SL).

---

<sup>17</sup> Cfr. J. CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2017, (consultato in versione elettronica). V. in particolare il *tema 12: El despido*.

<sup>18</sup> Anche un lieve ritardo si ritiene non conforme a diritto (v. la STS, *sala IV*, del 21 giugno 2016, n. Roj: STS 3596/2016).



## 4. L'impugnazione del licenziamento

Se il lavoratore contesta il licenziamento può impugnarlo in via giudiziaria, dinanzi agli organi competenti della *jurisdicción social*, entro il termine improrogabile di 20 giorni dalla data in cui il licenziamento è effettivo. Il termine si interrompe con la presentazione di una richiesta di conciliazione dinanzi all'organo pubblico di mediazione, arbitrato e conciliazione competente (art. 59, comma 3, SL).

I processi del lavoro sono disciplinati dalla legge n. 36/2011, del 10 ottobre, *reguladora de la jurisdicción social*, che è stata sottoposta a revisione nel 2015. Prima di adire il giudice del lavoro, si dovrà tentare la conciliazione per risolvere le controversie suscitate dal licenziamento (art. 63 LRJS). La legge determina in modo tassativo in quale ipotesi viene meno l'obbligatorietà, come nel caso dei processi a tutela della libertà sindacale e degli altri diritti fondamentali (art. 64, comma 1, LRJS).

I processi riguardanti il licenziamento disciplinare e per cause oggettive sono stati concepiti come modalità speciali rispetto al processo ordinario e sono disciplinati dagli art. 103-124 LRJS. La sentenza che pone fine al processo qualificherà il licenziamento come lecito (*procedente*), illecito (*improcedente*) o nullo (art. 108 LRJS).

Quando si denunci la violazione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche del lavoratore, all'azione di impugnazione del licenziamento si cumula (art. 184 ss. LRJC) quella propria del procedimento preferenziale e sommario a difesa dei diritti fondamentali (artt. 177-184)<sup>19</sup>, circoscritto al giudizio sull'esistenza dell'anzidetta violazione. Qualora questa venisse constatata, il giudice del lavoro potrà riconoscere, se del caso, un indennizzo per i danni morali subiti dal lavoratore.

---

<sup>19</sup> Che risponde a quanto richiesto dall'art. 53 Cost. Per ulteriori approfondimenti, v., per tutti, J. SÁNCHEZ PÉREZ, *El proceso especial de tutela de los derechos fundamentales en la jurisdicción laboral y su vertiente reparadora*, in *Derecho de las relaciones laborales*, n. 9, ottobre 2016, 873 ss.

## 5. Le sanzioni previste in caso di licenziamento invalido

### 5.1. Il licenziamento illegittimo o senza giusta causa (*despido improcedente*)

#### 5.1.1. I difetti di merito e di forma

Quando non siano stati accreditati le cause o i motivi che si adducono per il licenziamento, o quando non si siano rispettati i requisiti di forma richiesti, il giudice del lavoro dichiarerà illegittimo il licenziamento disciplinare (art. 55, comma 4, SL e art. 108, comma 1, LRJS)<sup>20</sup> od oggettivo (art. 53, comma 4, SL, e art. 122, comma 1, LRJS).

Nel caso del licenziamento disciplinare, l'*improcedencia* per difetti di forma è circoscritta ai soli requisiti di cui all'art. 51, comma 1, SL. Il mancato rispetto di altre esigenze legali, come la presentazione del *finiquito* (art. 49, comma 2, SL) o il dovere di informazione al rappresentante dei lavoratori (art. 64, comma 4, SL), configurano invece una infrazione amministrativa grave del datore di lavoro<sup>21</sup>.

Trattandosi di una decisione estintiva per cause oggettive, l'inosservanza dei requisiti della comunicazione scritta e della corresponsione dell'indennità di 20 giorni di stipendio per ogni anno di servizio determina l'illegittimità del licenziamento, ma non si ha altrettanto in caso di mancato preavviso o di errore scusabile nel calcolo dell'indennità, fermo restando il dovere del datore di lavoro di corrispondere la retribuzione prevista per quel periodo o di versare l'indennità nella quantità corretta (art. 53, comma 4, SL). L'anzidetta previsione comporta che nella prassi il datore di lavoro preferisca non rispettare il termine di preavviso, limitandosi a pagare il salario spettante a quel periodo.

---

<sup>20</sup> Quando il licenziamento è dichiarato *improcedente* perché i fatti provati non hanno sufficiente gravità, ma sono costitutivi di un'infrazione di minore entità che non è prescritta al momento del licenziamento, il datore di lavoro può imporre al lavoratore la sanzione che spetta entro 10 giorni dal momento in cui la sentenza definitiva (art. 108, comma 1, LRJS).

<sup>21</sup> Cfr. J. CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, cit. V. anche l'art. 7, commi 4 e 7 del regio decreto legislativo n. 5/2000, del 4 agosto, che approva il testo rifuso della legge sulle infrazioni e sanzioni nell'ordine sociale, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>.

### 5.1.2. Il diritto del datore di lavoro di optare tra reintegrazione ed indennizzo

Il datore di lavoro, entro cinque giorni dalla notifica della sentenza che dichiara l'*improcedencia* del licenziamento, ha il diritto di optare tra la reintegrazione del lavoratore ed il pagamento di un indennizzo equivalente a 33 giorni di retribuzione<sup>22</sup> per anno di servizio (sono contabilizzati *pro rata* i periodi inferiori ad un anno su base mensile), fino ad un massimo di 24 mensilità<sup>23</sup>. Optare per l'indennità determina l'estinzione del contratto di lavoro dal giorno in cui è cessata la prestazione di attività (art. 56, comma 1, SL).

In assenza di opzione da parte del datore di lavoro, la legge stabilisce che debba procedersi al reintegro nel posto di lavoro (art. 56, comma 3, SL).

Se si è dichiarato illegittimo un licenziamento per cause oggettive e l'imprenditore opta per la reintegrazione, il dipendente dovrà restituire l'indennità iniziale. Se opta per compensarlo economicamente, l'importo già consegnato si scalerà dall'indennità finale (art. 53, comma 5, SL).

Nel caso del licenziamento disciplinare, quando il licenziamento sia dichiarato illegittimo per inadempimento dei requisiti di forma stabiliti, e l'imprenditore abbia optato per la reintegrazione del lavoratore, potrà effettuarsi un nuovo licenziamento entro 7 giorni dalla notifica della sentenza (art. 110, comma 4, LRJS)<sup>24</sup>. Questo licenziamento non sana il primitivo atto estintivo, ma è un nuovo licenziamento, che produrrà effetti da quella data.

Qualora il lavoratore licenziato illegittimamente sia un rappresentante legale dei lavoratori o un delegato sindacale<sup>25</sup>, la decisione per il reintegro o l'indennità non spetta al datore di lavoro ma a lui. Se questi non decide, la legge prevede la

---

<sup>22</sup> Prima della riforma del 2012, l'indennizzo era di 45 giorni. Con i parametri attuali si è ridotta notevolmente la differenza tra l'indennizzo spettante in caso di estinzione per cause oggettive *procedente* (20 giorni) e *improcedente* (33 giorni). Invita il legislatore a ritornare su questo ed altri aspetti dell'attuale disciplina I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El despido: puntos para el debate*, in *Derecho de las relaciones laborales*, n. 3, marzo 2016, 283.

<sup>23</sup> Sugli effetti del ricorso del datore di lavoro nei confronti della sentenza che dichiara *improcedente* il licenziamento, v. l'artt. 111 LRJS.

<sup>24</sup> L'art. 110, comma 4, LRJS non si applica all'estinzione per cause oggettive. Cfr. la STS, sala IV, del 10 ottobre 2017, n. Roj: STS 3843/2017. Per un commento alla decisione, v. A. M. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *La improcedencia judicial del despido objetivo por razones formales: la aplicación de la facultad de subsanación prevista en el artículo 110.4 de la Ley de la Jurisdicción Social*, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 48, marzo 2018.

<sup>25</sup> Sugli effetti di un eventuale ricorso del datore di lavoro contro la sentenza che dichiara l'illegittimità del licenziamento, si veda l'art. 112 LRJS.

reintegrazione. La reintegrazione è dunque obbligatoria, salvo rinuncia del lavoratore, e dà diritto al pagamento dei salari non percepiti (art. 56, comma 4, SL).

### 5.1.3. *L'indennizzo per i servizi prestati prima della riforma del 2012*

L'undicesima disposizione transitoria dello SL disciplina il regime applicabile ai contratti di lavoro sottoscritti prima del 12 febbraio 2012, stabilendo che per i servizi prestati prima di quella data il datore di lavoro versi un'indennità di quarantacinque giorni di salario per anno di lavoro, mentre per i servizi prestati successivamente alla riforma l'indennità è ridotta a trentatré giorni di salario per anno di lavoro, entro un limite di ventiquattro mensilità.

Con l'ATC 43/2014, del 12 febbraio, il Tribunale costituzionale ha dichiarato che siffatta misura di diritto transitorio non è arbitraria, né ha provocato una "discriminazione classista", se paragonata al regime di indennizzo dei contratti di diritto privato, che tiene conto dei danni e del pregiudizio causati. Secondo il *plenum*, la comparazione con questi non era valida, poiché si trattava di realtà non assimilabili, disciplinate da regimi giuridici differenti.

Il Tribunale costituzionale ha altresì escluso che l'undicesima disposizione transitoria difettesse di razionalità ed ha ricordato che la Costituzione riconosce al legislatore la facoltà di disciplinare il regime del licenziamento, il che include la possibilità di stabilire indennità tassate per il licenziamento. Sussistevano anche ragioni che giustificavano oggettivamente la scelta di questo sistema, nella parte in cui eliminava le difficoltà di prova dei danni da parte del lavoratore, rendeva omogenei i criteri cui i giudici dovevano far ricorso, semplificava il calcolo ed assicurava la sicurezza e la certezza del diritto.

### 5.1.4. *I cc.dd. salarios de tramitación*

Se il datore di lavoro opta per la reintegrazione, il lavoratore avrà diritto al versamento degli arretrati salariali, i c.d. *salarios de tramitación*. L'importo sarà pari alla somma dei salari non percepiti<sup>26</sup> dalla data del licenziamento fino alla data di notifica della sentenza che ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento o fino alla data in cui il lavoratore trova un nuovo impiego, nel caso in cui tale

---

<sup>26</sup> Quando la sentenza che dichiara illegittimo il licenziamento sia emessa più di 90 giorni dopo la presentazione della domanda giudiziaria, il datore di lavoro può esigere dallo Stato il pagamento degli arretrati per il periodo che ecceda i 90 giorni (art. 57 SL). Cfr. J. CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, cit.

assunzione preceda detta sentenza ed il datore di lavoro fornisca la prova delle somme corrisposte in vista della loro deduzione dalla somma dei salari non percepiti (art. 56, comma 2, SL).

Dopo il 2012, i *salarios de tramitación* non spettano più al lavoratore se il datore di lavoro opta per l'indennità, previsione, questa, la cui legittimità è stata confermata dal massimo interprete costituzionale.

L'ATC 43/2014, del 12 febbraio<sup>27</sup>, ha escluso che si sia trattato di una decisione arbitraria, perché nell'esposizione dei motivi del decreto-legge n. 3/2012, del 10 febbraio, recante misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro, si era dato conto delle ragioni che, secondo il legislatore, giustificavano la soppressione di questi salari quando si optasse per l'indennità. Il Tribunale costituzionale ha ribadito di aver già avuto occasione di pronunciarsi sull'adeguamento costituzionale della limitazione del pagamento dei *salarios de tramitación*, prevista a suo tempo dal regio decreto-legge n. 5/2002. La reintegrazione nell'impresa e l'estinzione con indennità del contratto non sono situazioni omogenee, ma sono anzi radicalmente differenti, perché in un caso si mantiene vivo il rapporto lavorativo tra impresa e lavoratore, mentre nell'altro si estingue definitivamente. Ne consegue che non si tratta di una differenza di trattamento sproporzionata o irragionevole e che non si violano le esigenze del principio di eguaglianza. Inoltre, la norma non ha violato il diritto al lavoro, perché non si è tradotto in un *favor* per la risoluzione del contratto con indennità.

Il comitato tripartito dell'Organizzazione internazionale del lavoro ha ritenuto, nel 2014, che la disciplina spagnola fosse conforme all'esigenza di un indennizzo adeguato richiesta dall'art. 10, della Convenzione n. 158, del 22 giugno 1982 (Convenzione sulla cessazione della relazione di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro)<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> La STC 8/2015 rinvia a quanto deciso in quest'ordinanza.

<sup>28</sup> “Tomando como base los criterios esbozados por el Tribunal Constitucional español, que avalan la constitucionalidad de las modificaciones legislativas que se introdujeron en los salarios de tramitación, el Comité de expertos de la OIT, en primer término, recuerda, en su Informe, que el referido art. 10 del Convenio 158 hace referencia al pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada, sin que se mencione específicamente en el aludido precepto la institución de los salarios de tramitación. Por lo que el Comité considera que si bien las modificaciones introducidas por la reforma legislativa de 2012 suprimen el pago de los salarios de tramitación en caso de opción por el empresario de la extinción del contrato ante la declaración judicial de la improcedencia del despido, no han eliminado el pago de una indemnización por la terminación de la relación de trabajo que requiere el art. 10 del Convenio 158. En definitiva, desde la OIT se considera que, a pesar de la reforma legislativa operada, en el marco de libertad que se concede a la legislaciones estatales, se sigue respetando el marco de garantías mínimas establecidas por el convenio, que no viene a ser otro que la necesidad de

Quando la decisione per il reintegro o l'indennità spetta al lavoratore (caso del rappresentante legale dei lavoratori o del delegato sindacale), i *salarios de tramitación* dovranno essere corrisposti a prescindere dalla scelta (art. 56, comma 4, SL).

## 5.2. Il licenziamento nullo

Ai sensi degli artt. 55, comma 5, SL e 108, comma 2, LRJS (per il licenziamento disciplinare) e degli artt. 53, comma 4, SL e 122, comma 2, LRJC (per l'estinzione per cause oggettive), è nullo il licenziamento il cui motivo rientri in una delle cause di discriminazione vietate dall'art. 14 della Costituzione<sup>29</sup> o dalla legge, oppure sia contrario ai diritti fondamentali ed alle libertà pubbliche del lavoratore. Sono, parimenti, nulli:

a) il licenziamento del lavoratore durante il periodo in cui gode di permessi e congedi previsti dalla legge per promuovere la conciliazione tra vita familiare e vita lavorativa (riduzione della giornata per accudire i familiari, sospensione del contratto per gravidanza, etc.) o durante i permessi parentali (per nascita di un figlio, adozione o affidamento);

b) il licenziamento delle donne lavoratrici in stato di gravidanza (dal momento in cui le lavoratrici sono in stato di gravidanza fino alla fine del permesso per maternità);

---

*establecer una indemnización apropiada ante la extinción del contrato, aun cuando pueda verse reducida aquella protección más amplia que inicialmente concedía la legislación anterior a la reforma con el establecimiento de los salarios de tramitación. Pudiendo argumentarse idénticos términos en el caso de la reducción de la indemnización por despido operada por la reforma laboral, puesto que, del mismo modo en este caso, se respeta la garantía mínima impuesta por el Convenio, aun cuando se vea reducida aquella protección más amplia que establecía la anterior legislación al determinar una mayor cuantía de la indemnización.*

*En este caso, la OIT exige como marco mínimo de actuación para llevar a cabo la extinción del contrato que la legislación nacional establezca una compensación para el trabajador, pero es competencia de la normativa de cada Estado la determinación de la cuantía y su modo de cálculo, con el único límite de que la misma se considere apropiada, siendo dicho límite un concepto verdaderamente amplio, que ofrece a los Estados gran margen de maniobra, tal cual sucede en los mismos a la hora de establecer las cuantías y los criterios indemnizatorios” (M. GUTIÉRREZ PÉREZ, Examen de la reforma laboral de 2012 a la luz del Convenio 158 OIT: el reciente informe de la OIT, in Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n. 39, 2014, 300).*

<sup>29</sup> L'art. 14 Cost. stabilisce che “gli spagnoli sono uguali davanti alla legge, senza alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione o di qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale”.

c) il licenziamento della donna lavoratrice vittima di violenza domestica che abbia esercitato il suo diritto alla riduzione o alla riorganizzazione della giornata lavorativa, al cambiamento di sede di lavoro, etc.;

d) il licenziamento dei lavoratori reintegrati al lavoro dopo i permessi di maternità o paternità, adozione o affido (entro nove mesi dalla data della nascita, dell'adozione o dell'affido). Il licenziamento non è nullo se si prova che esso abbia obbedito a cause non riguardanti i permessi parentali.

È altrettanto nulla l'estinzione per cause oggettive individuali che doveva essere realizzata osservando i requisiti previsti per il licenziamento collettivo per cause economiche, organizzative, tecniche o di produzione o derivate da forza maggiore (art. 122, comma 2, lettera *b*, LRJS).

La dichiarazione di nullità del licenziamento<sup>30</sup> produce l'effetto della reintegrazione immediata del lavoratore con il pagamento dei salari arretrati (art. 55, comma 6, SL).

### **5.3. L'eventuale indennizzo aggiuntivo per danni morali in caso di violazione di diritti fondamentali**

Quando il licenziamento è dichiarato nullo perché discriminatorio o lesivo dei diritti fondamentali, il giudice del lavoro ordinerà la cessazione immediata degli atti in contrasto con i diritti fondamentali, il divieto di interrompere una condotta o l'obbligo di svolgere un'attività omessa, secondo quanto richiesto in considerazione della natura del diritto o della libertà violata. Il lavoratore deve essere ristabilito nell'integrità del suo diritto e reintegrato nella situazione precedente alla violazione accertata, disponendosi la riparazione delle conseguenze derivate dall'azione od omissione del soggetto responsabile (art. 182, comma 1, LRJS).

L'art. 183, comma 1, LRJS prevede che l'organo giudiziario si debba pronunciare sul *quantum* del risarcimento aggiuntivo che, se del caso<sup>31</sup>, spetta al lavoratore che abbia subito discriminazioni o altre lesioni dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, in funzione del danno morale unito alla violazione del diritto fondamentale e dei danni e delle perdite che derivano da questo.

---

<sup>30</sup> Se si ricorre contro la sentenza che dichiara nullo il licenziamento, a questa si darà comunque esecuzione in forma provvisoria (art. 113 LRJS).

<sup>31</sup> Il risarcimento non è automatico, in quanto il danno morale deve essere provato durante il processo.

Il tribunale si pronuncerà sul *quantum*, determinandolo prudenzialmente quando la prova dell'importo esatto risulti troppo difficile o costosa, per risarcire sufficientemente la vittima e ristabilirla, per quanto possibile, nella integralità della sua situazione precedente alla violazione dichiarata, nonché per contribuire allo scopo di prevenire il danno (art. 183, comma 2, LRJS).

Quando il danno è di difficile dimostrazione, i tribunali prendono come riferimento l'ammontare della sanzione prevista per la violazione del diritto fondamentale in questione dal regio decreto legislativo n. 5/2000, del 4 agosto, che approva il testo consolidato della legge sulle infrazioni e sanzioni nell'ordine sociale. La prassi è stata avallata dal Tribunale costituzionale<sup>32</sup>. La quantificazione del danno spetta al giudice e può essere sottoposta a revisione solo quando sia manifestamente irragionevole o arbitraria.

## **6. Cenni sul controllo di convenzionalità della normativa interna alla luce della Carta sociale europea**

L'avallo del Tribunale costituzionale alla riforma del mercato del lavoro, ritenuta da molti una regressione in materia di diritti sociali, e la passività del legislatore nell'abrogare o nel modificare la disciplina in vigore hanno suscitato come reazione la ricerca da parte degli organi giurisdizionali ordinari di nuove forme di controllo della normativa interna alla luce di altri strumenti di diritto internazionale che offrono *standards* di tutela più elevata, in particolare della Carta sociale europea del 1961<sup>33</sup>, basandosi sull'assunto che non tutto ciò che è costituzionale è al contempo legale dal punto di vista dei trattati internazionali<sup>34</sup>.

L'applicabilità diretta della Carta sociale europea ed il carattere vincolante delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, cui spetta vigilare sulla corretta applicazione di questa, è stata desunta dall'art. 96, comma 1, Cost.,

---

<sup>32</sup> V. la STC 247/2006, del 24 luglio, FJ 7.

<sup>33</sup> La Spagna non ha ancora ratificato la Carta europea nella versione del 2000, nonostante il Consiglio di Stato non abbia rilevato ostacoli tecnici (v. il parere dell'11 maggio 2000), né il protocollo del 1995.

<sup>34</sup> Per ulteriori approfondimenti v. C. SALCEDO BELTRÁN, *Les litiges en matière d'emploi au regard de la Charte Sociale Européenne*, relazione alla conferenza *Les droits sociaux dans l'Europe actuelle: le rôle des tribunaux nationaux et européens*, organizzata dal Tribunale supremo del Cipro e dal Consiglio d'Europa a Nicosia il 24 febbraio 2017, <https://rm.coe.int/16806fe3b3>; L. JIMENA QUESADA, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; J. PÉREZ REY, *Control constitucional económico y protección multinivel de los derechos laborales: una aproximación desde el caso español*, cit., 211-217.



secondo cui i trattati internazionali validamente stipulati dalla Spagna e pubblicati ufficialmente formano parte dell'ordinamento interno, e dall'art. 10, comma 2, Cost., che obbliga ad interpretare le norme relative ai diritti fondamentali in conformità ai trattati internazionali in materia ed alle interpretazioni di essi fornite dagli organi deputati.

L'anzidetto orientamento, che è stato inaugurato con la sentenza del *juzgado de lo social* n. 2 di Barcellona del 19 novembre 2013, ha prodotto decisioni – soprattutto dei giudici di primo grado – in cui si applica direttamente la Carta sociale europea per privare di effetti le previsioni sul periodo di prova di un anno del c.d. contratto a sostegno degli imprenditori (uno degli elementi portanti della riforma del 2012), sull'abrogazione della rivalutazione delle pensioni conformemente all'indice di prezzi al consumo e su una modifica delle condizioni di lavoro<sup>35</sup>.

Il controllo della convenzionalità della normativa interna alla luce della Carta sociale europea è stato confermato in secondo grado da alcuni tribunali superiori di giustizia e si sono espressi a favore di questo indirizzo finanche alcuni giudici costituzionali<sup>36</sup>, ma quest'interpretazione non è stata ancora accolta né dal Tribunale costituzionale né dal Tribunale supremo. Quest'ultimo ha dichiarato inammissibili<sup>37</sup> alcuni ricorsi per cassazione per *unificación de la doctrina* per la mancata idoneità delle decisioni di merito e delle conclusioni del Comitato europeo dei diritti umani, sull'assunto che tale Comitato non sia da ritenersi

---

<sup>35</sup> C. SALCEDO BELTRÁN ha individuato finora dodici decisioni di primo grado (nel periodo 2013-2017) e tre decisioni dei Tribunali superiori di giustizia delle Comunità autonome (nel 2016-2017), che si basano sull'effetto diretto della Carta sociale europea e sulla considerazione delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali come giurisprudenza. Cfr. *The Social Constitution of Europe (European Social Charter): reality and effect of rights*, in *Housing Rights Watch*, del 19 aprile 2018, <http://www.housingrightswatch.org/sites/default/files/The%20Social%20Constitution%20of%20Europe%20ESC%20reality%20and%20effect%20of%20rights1.pdf> (testo disponibile anche in lingua spagnola).

<sup>36</sup> V. l'opinione dissenziente del giudice costituzionale Fernando Valdés Dal-Ré, cui hanno aderito i giudici costituzionali Adela Asua Batarrita e Luis Ignacio Ortega Álvarez, alla STC 119/2014, del 16 luglio, in riferimento alla prova di un anno del contratto a sostegno degli imprenditori, periodo uguale a quello previsto dalla disciplina greca e dichiarato contrario all'art. 4, comma 4, della Carta sociale europea dal Comitato europeo di diritti sociali.

<sup>37</sup> Si tratta delle ordinanze del Tribunale supremo (ATS), *sala IV*, del 4 novembre 2015, n. Roj: ATS 10135/2015; del 30 novembre 2016, n. Roj: ATS 11888/2016; e del 20 aprile 2017, n. Roj: ATS 4161/2017.

organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 219, comma 2, LRJS<sup>38</sup>. La stessa dottrina, del resto, continua ad interrogarsi sulla natura *self-executing* delle disposizioni della Carta sociale europea e sulla natura della pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> In senso critico, v. L. JIMENA QUESADA, *Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2017*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 30, 2017, 40-41, <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/442>.

<sup>39</sup> V. J. PÉREZ REY, *Control constitucional económico y protección multinivel de los derechos laborales: una aproximación desde el caso español*, cit., 215 ss.