

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

Area di diritto comparato

**INDENNITÀ PER LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO
E DIMENSIONI DELL'IMPRESA**

Appunto concernente alcuni ordinamenti europei

a cura di

C. Guerrero Picó

P. Passaglia

M. T. Rörig

giugno 2022

**INDENNITÀ PER LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO
E DIMENSIONI DELL'IMPRESA**

Appunto concernente alcuni ordinamenti europei

INDICE

FRANCIA	7
GERMANIA	15
SPAGNA	19

FRANCIA

di Paolo Passaglia

La disciplina dei licenziamenti è stata ampiamente revisionata nel settembre 2017, alla ripresa di una dinamica riformatrice innescata nel 2015, durante la Presidenza di François Hollande, dalle proposte dall'allora ministro Emmanuel Macron. Contro queste riforme si sono sviluppate forti contestazioni che hanno imposto un rallentamento e una revisione di talune posizioni. Dopo l'elezione di Macron alla Presidenza della Repubblica, nella primavera 2017, la riforma del mercato del lavoro è stata di nuovo posta all'ordine del giorno, segnatamente con l'approvazione della legge n. 2017-1340 del 15 settembre 2017, recante abilitazione al Governo a adottare per via di *ordonnance* i provvedimenti per il rafforzamento del dialogo sociale. Sulla base di questa abilitazione, è stata adottata l'*ordonnance* n. 2017-1387 del 22 settembre 2017, relativa alla prevedibilità e alla messa in sicurezza dei rapporti di lavoro (ratificata con la legge n. 2018-217 del 29 marzo 2018), che ha introdotto, appunto, consistenti modifiche alla disciplina dei licenziamenti.

Prima di ripercorrere, per quanto qui di interesse, i tratti salienti del nuovo regime, conviene tornare, però, alla c.d. «*Loi Macron*» del 2015, che, proprio con riferimento alle indennità per licenziamento illegittimo, era stata censurata dal *Conseil constitutionnel* in ragione della considerazione che in essa si prestava al criterio della dimensione dell'impresa.

Di seguito, si riporta la traduzione dei *considérants* relativi alla censura contenuti nella *decisione* n. 2015-715 DC, resa dal *Conseil constitutionnel* il 5 agosto 2015:

148. Considerando che l'art. 266 è relativo alla disciplina dell'ammontare dell'indennità determinata dal consiglio dei probiviri in caso di licenziamento senza causa reale e grave;

149. Considerando che il n. 1 del par. I dell'art. 266 modifica l'art. L. 1235-3 del Codice del lavoro per disciplinare l'indennità concessa dal giudice al lavoratore licenziato senza causa reale e grave a titolo di risarcimento per la sola assenza di causa reale e grave; che prevede dei minimi e dei massimi di indennità, espressi in mesi di salario, che variano in funzione, da un lato, dell'anzianità del lavoratore nell'impresa e, dall'altro, degli effettivi dell'impresa;

che, a questo proposito, il legislatore ha distinto tra le imprese a seconda che impieghino meno di 20 lavoratori, da 21 a 299 lavoratori o 300 e più lavoratori;

150. Considerando che i deputati ricorrenti sostengono che queste disposizioni istituiscono, in violazione del principio di eguaglianza di fronte alla legge, una differenza di trattamento ingiustificata tra i lavoratori licenziati senza causa reale e grave in funzione della dimensione dell'impresa;

151. Considerando che, nel prevedere che l'ammontare minimo e massimo dell'indennità accordata dal giudice in caso di licenziamento senza causa reale e grave sia funzione crescente in base agli effettivi dell'impresa, il legislatore, organizzando le condizioni nelle quali la responsabilità del datore di lavoro può essere invocata, ha inteso assicurare una maggiore certezza del diritto e favorire l'impiego, togliendo freni all'assunzione; che ha quindi perseguito obiettivi di interesse generale;

152. Considerando, tuttavia, che, se il legislatore poteva, a questi scopi, porre un limite massimo all'indennità dovuta al lavoratore licenziato senza causa reale e grave, doveva adottare dei criteri che presentassero un legame con il pregiudizio subito dal lavoratore; che, se il criterio dell'anzianità nell'impresa è quindi in linea con l'obiettivo della legge, questo non è il caso del criterio degli effettivi dell'impresa; che, di conseguenza, la differenza di trattamento introdotta dalle disposizioni contestate viola il principio di eguaglianza di fronte alla legge;

153. Considerando che l'art. L. 1235-3 del Codice del lavoro, nella sua relazione che risulta dal n. 1 del par. I dell'art. 266, è contrario alla Costituzione; [...]

La precitata *ordonnance* del 2017 ha tratto le conseguenze di questa decisione, segnatamente eliminando qualunque differenziazione sul tetto massimo dell'indennità in ragione della dimensione dell'impresa. La dimensione dell'impresa – con il *discrimen* adesso posto tra le imprese con massimo 10 dipendenti e quelle che superano questa soglia – resta, peraltro, un criterio nella determinazione del minimo dell'indennità.

Per una descrizione più dettagliata del nuovo sistema, si rinvia a C. TORRISI, *Francia*, in *La disciplina dei licenziamenti individuali in alcuni Paesi europei* (luglio 2018), pp. 23-27.

La nuova disciplina dei licenziamenti è stata oggetto di esame da parte del *Conseil constitutionnel*, adito in merito alla legge di ratifica dell'*ordonnance*. Di seguito si riportano i paragrafi della *decisione n. 2018-761 DC* del 21 marzo 2018, in cui si argomenta circa la conformità delle norme alla Costituzione:

83. L'art. L. 1235-3 del Codice del lavoro prevede che, in caso di licenziamento senza causa reale e grave e in assenza di reintegrazione del lavoratore nell'impresa, il giudice concede a quest'ultimo una indennità a carico del datore di lavoro, indennità il cui ammontare è compreso tra minimi e massimi fissati dallo stesso articolo. Questi minimi e massimi variano in funzione dell'anzianità del lavoratore. Peraltro, i minimi divergono a seconda che l'impresa impieghi undici dipendenti o più oppure meno di undici dipendenti. In una impresa che impiega almeno undici dipendenti, l'indennità minima va da zero a tre mesi di stipendio lordo; in una impresa con meno di undici dipendenti, è compresa tra zero e due mesi e mezzo di stipendio lordo. L'indennità massima è compresa tra uno e venti mesi di stipendio lordo. Tali indennità sono cumulabili con le indennità previste in caso di irregolarità procedurale nel licenziamento o in caso di mancato rispetto della priorità di riassunzione, nel limite dell'ammontare massimo precitato.

84. I deputati sostengono che i commi dal secondo al settimo dell'art. L. 1235-3 del Codice del lavoro, che istituiscono una tabella (*barème*) di indennizzo in caso di licenziamento senza causa reale e grave, sarebbero contrari alla Costituzione. Ritengono, innanzi tutto, che queste disposizioni contravverrebbero alla garanzia dei diritti, in ragione del fatto che l'esiguità dei massimi di indennità previsti non sarebbe sufficientemente dissuasiva e permetterebbe, di conseguenza, a un datore di lavoro di licenziare un dipendente senza giustificazione. Considerano, inoltre, che sarebbe parimenti sconosciuto il principio di eguaglianza di fronte alla legge, nella misura in cui la tabella fissata dal legislatore

prende in considerazione, per ciò che attiene al lavoratore, il solo criterio dell'anzianità al fine di connotare il suo danno, escludendone altri come l'età, il sesso o le qualifiche (professionali). Infine, queste disposizioni arrecherebbero una lesione sproporzionata al diritto a essere indennizzato per un danno, garantito dall'art. 4 della Dichiarazione del 1789. In effetti, da un lato, i limiti massimi fissati potrebbero condurre, quando l'anzianità del lavoratore è ridotta, a una indennità irrisoria rispetto al suo danno effettivo. D'altra parte, non permetterebbero di indennizzare correttamente i danni subiti, visto che le indennità dovute dal lavoratore in caso di irregolarità procedurali nel licenziamento o in caso di mancato rispetto della priorità di riassunzione si cumulano, ma entro i suddetti limiti, con l'indennità per licenziamento senza causa seria e grave;

85. In primo luogo, ai termini dell'art. 4 della Dichiarazione del 1789: «La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri». Risulta da queste disposizioni che, in linea di principio, qualunque fatto dell'uomo che causa ad altri un danno obbliga, colui che con il suo illecito ha cagionato il danno, a ripararlo. La facoltà di agire per far valere la responsabilità realizza questa esigenza costituzionale. Tuttavia, quest'ultima non osta a che il legislatore organizzi, per un motivo di interesse generale, le condizioni nelle quali la responsabilità può essere invocata. Può, quindi, per tale motivo, apportare a questo principio esclusioni o limitazioni, a condizione che non ne discenda una lesione sproporzionata ai diritti delle vittime degli atti illeciti.

86. Da un lato, fissando un parametro obbligatorio per i danni e gli interessi allocati dal giudice in caso di licenziamento senza causa reale e grave, il legislatore ha inteso rafforzare la prevedibilità delle conseguenze che derivano dalla rottura del contratto di lavoro. Ha così perseguito un obiettivo di interesse generale.

87. Dall'altro lato, l'indennità così disciplinata ha, come obiettivo, quello di riparare il danno nato da un licenziamento senza causa reale e seria e, se del caso, quello conseguente al mancato rispetto della priorità di riassunzione e della violazione delle procedure di consultazione dei rappresentanti del personale o

di informazione dell'autorità amministrativa o dell'obbligo di istituzione di un comitato sociale ed economico. L'ammontare massimo di questa indennità fissato dalla legge varia, a seconda dell'anzianità del lavoratore, tra uno e venti mesi di stipendio lordo. Emerge dai lavori preparatori che le entità di questo ammontare sono state determinate in funzione delle «medie constatate» delle indennità accordate dalle giurisdizioni. Peraltro, conformemente alle disposizioni dell'art. L. 1235-1 del Codice del lavoro, questi massimi non sono applicabili quando il licenziamento è affetto da una nullità che discende dalla violazione di una libertà fondamentale, da fatti di molestia psicologica o sessuale, da un licenziamento discriminatorio o conseguente a un'azione giudiziaria, da una violazione dell'eguaglianza professionale tra donne e uomini, dalla denuncia di crimini e delitti, dall'esistenza di un mandato per un lavoratore protetto o dalla protezione di cui beneficiano determinati lavoratori.

88. Da quanto precede risulta che la deroga al diritto comune della responsabilità per fatto illecito, che deriva dai massimali previsti dalle disposizioni contestate, non crea restrizioni sproporzionate in relazione all'obiettivo di interesse generale perseguito.

89. In secondo luogo, da un lato, il legislatore può, senza violare il principio di eguaglianza, modulare l'indennità massima dovuta al lavoratore licenziato senza causa reale e grave, allorché adotti, per questa modulazione, criteri che presentino un nesso con il danno subito. È il caso del criterio dell'anzianità nell'impresa. D'altra parte, poiché il principio di eguaglianza non impone al legislatore di trattare in modo diverso persone che si trovano in situazioni diverse, questi non era tenuto a fissare una tabella che prendesse in considerazione l'insieme dei criteri che determinano il danno subito dal lavoratore licenziato. Per converso, spetta al giudice, nei limiti di questa tabella, prendere in considerazione tutti gli elementi che determinano il danno subito dal lavoratore licenziato, nel momento in cui fissa l'ammontare dell'indennità dovuta dal datore di lavoro.

90. Pertanto, la differenza di trattamento introdotta dalle disposizioni contestate non viola il principio di eguaglianza di fronte alla legge.

91. Da tutto quanto precede, discende che i commi dal secondo al settimo dell'art. L. 1235-3 del Codice del lavoro, che non violano neppure la garanzia dei diritti né alcuna altra esigenza costituzionale, sono conformi alla Costituzione.

Dichiarata conforme alla Costituzione, la disciplina è rimasta a lungo soggetta al dubbio di incompatibilità con le fonti sovranazionali. Sul punto, è recentemente intervenuta la Corte di cassazione, che con due decisioni rese l'11 maggio 2022 (n. [21-14.490](#) e n. [21-15.247](#)), ha dichiarato che la tabella di indennità del lavoratore licenziato senza causa reale e grave non è contraria all'art. 10 della Convenzione n. 158 dell'Organizzazione internazionale del lavoro, con il che non è possibile per il giudice francese escludere l'applicazione della tabella invocando norme sovranazionali. La Cassazione non si è pronunciata sulla conformità della normativa interna all'art. 24 della Carta sociale europea, in ragione del fatto che questa carta è priva di effetti diretti (il comunicato stampa collegato alle due decisioni è consultabile accedendo a partire da questo [link](#)).

Infine, anche in chiave comparatistica, può essere interessante la lettura del seguente articolo: A. ALLAMPRESE – R. DALMASSO, *Les sanctions du licenciement illégitime en France et en Italie : des droits sécurisés ou incitatifs aux licenciements ?*, in *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2019, n. 1, 136 ss.

Di esso si riporta la traduzione di un breve estratto nel quale si argomenta in merito alla *ratio* della riforma francese del 2017 (par. I, C; pp. 147 s.):

C – La riforma francese: tabella e limite massimo in nome della certezza

In Francia, dopo molteplici tentativi abortiti, le *ordonnances* «Macron» hanno finalmente potuto imporre una forma di tabellizzazione e di limitazione verso l'alto delle indennità di licenziamento senza causa reale e grave. Non è necessario ritornare qui su queste disposizioni ampiamente studiate nelle riviste giuridiche francesi e che figurano agli articoli L. 1235-3 e seguenti del Codice del lavoro, i quali definiscono, in funzione dell'anzianità del lavoratore e della dimensione dell'impresa, dei limiti minimi e, soprattutto, dei limiti massimi di indennizzazione.

Accenniamo tuttavia al fatto che il titolo del capitolo II dell'*ordonnance* n. 2017-1387 mostra l'intenzione del legislatore: si tratta, ormai, di «riparare» il licenziamento e non di risarcire il lavoratore per il suo pregiudizio. Secondo F. Batard e M. Grévy [«*Securitas omnia corrumpit*», in *Revue de droit du travail*, 2017, pp. 663 ss.], la sanzione civile si dissolve più che mai in una «tassazione» il cui obiettivo è di dissuadere il dipendente dall'agire giudizialmente o, quanto meno, di permettere al datore di lavoro di anticipare e di prevedere esattamente l'ammontare cui, se del caso, sarà condannato.

Il legame con la riforma «Renzi» del 2015 è quindi stretto: nei due sistemi, il legislatore ha cercato di limitare l'indennità di licenziamento illegittimo e renderla più prevedibile per il datore di lavoro. Sul sito *servicepublic.fr*, è disponibile, sin da ora, anche un simulatore *online* per calcolare, in funzione dell'anzianità del lavoratore e degli effettivi dell'impresa, questo limite minimo e questo limite massimo possibile di indennizzo. Notiamo che i limiti massimi francesi sono inferiori a quelli fissati dal legislatore italiano.

Come in Italia, sussistono rare eccezioni suscettibili di eludere il limite massimo. A titolo derogatorio, l'ammontare dell'indennità da parte dei probiviri non può essere inferiore agli stipendi degli ultimi sei mesi allorché il giudice constata che il licenziamento è nullo perché è intervenuto, in particolare: in violazione di una libertà fondamentale, in rapporto con fatti di molestia psicologica o sessuale, in applicazione di un provvedimento discriminatorio o a seguito di un'azione giudiziaria instaurata dal dipendente sulla base di disposizioni che reprimono le discriminazioni.

Il simulatore cui si fa cenno nell'estratto è accessibile a partire da questo [link](#).

GERMANIA

di Maria Theresia Roerig

Con riferimento ai licenziamenti individuali da parte di datori di lavoro di piccole dimensioni rilevano – in special modo – il Codice civile tedesco ([artt. 611-630 BGB](#)), nonché la legge di tutela dai licenziamenti ([Kündigungsschutzgesetz - KSchG](#)) e la legge sulla costituzione aziendale, che disciplina i rapporti fra *management* e lavoratori ([Betriebsverfassungsgesetz](#)) e infine anche alcuni leggi speciali (v. *infra*).

La KSchG prevede particolari tutele contro licenziamenti solo per i lavoratori di imprese o enti di una certa dimensione¹; queste tutele *non* si applicano invece ad unità produttive² che impiegano stabilmente meno di 5 dipendenti e si applicano solo *parzialmente* in quelle che occupano tra 6 e 10 dipendenti. Si distingue, in particolare, tra dipendenti assunti prima e dopo il 31 dicembre 2003, data in cui la soglia normativa è stata modificata ed estesa da *cinque a dieci* lavoratori³ (le tutele maggiori continuano applicarsi ai rapporti di lavoro che hanno avuto inizio entro il 31 dicembre 2003).

Il datore del lavoro di piccole dimensioni, per le quale il particolare regime di particolare tutela del KSchG non trova applicazione, può dunque di regola decidere liberamente, senza dover fornire un motivo, e quindi senza rischio di un obbligo di indennizzo, il licenziamento cosiddetto *ordinario*; l'unica condizione è che si rispettino i periodi di preavviso dettati all'art. 622 e all'art. 624 del BGB, che sono basati sull'anzianità di servizio del lavoratore, e la forma scritta del licenziamento (art. 623 BGB)⁴. Nell'esame della legittimità del licenziamento, bisogna tuttavia verificare se il contratto di lavoro o contratti collettivi, accordi

¹ In particolare, nel caso di provata incapacità del lavoratore a svolgere le mansioni cui è assegnato, per gravi o gravissime inadempienze o per comprovate esigenze economiche dell'azienda, la legge ritiene il licenziamento *socialmente giustificato e giuridicamente legittimo*.

² La definizione del termine "impresa" è discussa nei particolari. Si fa però generalmente riferimento al concetto di unità di lavoro inteso in senso tecnico-organizzativo. Cfr. anche N. GRAGERT, *Kündigungsschutz in Kleinbetrieben*, in *NZA* 2000, 961.

³ 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 da sottolineare che la tutela della KSchG non si applica a quei rapporti di lavoro che abbiano durata inferiore a sei mesi.

⁴ La KSchG prevede dunque un particolare regime di tutela contro i licenziamenti per c.d. motivi ordinari solo con riferimento alle imprese che impiegano più di 10 dipendenti (apprendisti, amministratori e titolari esclusi).

aziendali, etc. escludano il licenziamento per motivi *ordinari*. Sebbene ciò accada raramente, tale possibilità non può essere esclusa. Inoltre, secondo il Tribunale costituzionale federale (*BVerfGE 97, 169*), anche le aziende più piccole – non soggette alla KSchG – sono tenute, anche se sole entro certi limiti, a rispettare alcuni criteri c.d. sociali nel caso di un licenziamento per motivi aziendali⁵. La (in)validità del licenziamento può sempre essere oggetto di controllo anche nelle piccole realtà ai sensi degli artt. 138 BGB (immoralità) e 242 BGB (principio della buona fede), per arbitrio e irragionevolezza della decisione dell'imprenditore, oppure ai sensi dell'art. 7, comma 1, della Legge generale sulla parità di trattamento (AGG) (divieto di discriminazione⁶), 612a BGB (divieto di "sanzione" del lavoratore che esercita legittimamente i propri diritti) e 613a, comma 4, BGB (nell'ambito della cessione d'azienda) (queste ultime disposizioni rappresentano fattispecie speciali rispetto agli artt. 138 e 242 BGB). Infine, è da segnalare la sussistenza, a prescindere della dimensione dell'impresa, di una particolare tutela per determinate categorie di lavoratori, come le donne in stato di gravidanza e 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 del 9. Libro del Codice sociale), nonché i rappresentanti dei lavoratori o membri del consiglio aziendale, ove presente (15 KSchG). Dette categorie possono essere licenziate solo per "motivi straordinari" (senza preavviso) ed è necessaria una notifica del licenziamento alle autorità pubbliche (non richiesta, invece, per gli altri lavoratori nell'ambito del licenziamento individuale).

⁵ La c.d. tutela di seconda classe contro i licenziamenti è stata perfezionata dalla giurisprudenza del Tribunale federale del lavoro (BAG) sulla scorta della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 27 gennaio 1998 (con cui quest'ultimo aveva ritenuto l'esclusione delle "piccole imprese" dalla tutela del KSchG nella versione all'epoca vigente non criticabile dal punto di vista costituzionale; sulla compatibilità con il diritto dell'Ue, v. Corte di giustizia, 30 novembre 1993, C-189/91). Quest'ultimo ha ricordato come l'art. 12, primo comma, della Legge fondamentale (LF) (libertà di professione) imponga allo Stato sociale una tutela minima del lavoratore in qualsiasi fattispecie di licenziamento. In particolare, anche nelle aziende più piccole l'art. 12 LF, tramite l'art. 242 BGB (rispetto della buona fede e correttezza nell'esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione), viene sanzionato con la nullità il licenziamento capriccioso, discriminatorio o totalmente immotivato, ovvero quello che non tenga conto nemmeno minimamente di criteri sociali quando si tratti di scegliere un lavoratore da licenziare tra altri.

⁶ 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 a un sindacato e relative attività, di un *handicap* e dell'origine etnica.

Con riferimento ai licenziamenti che avvengono senza preavviso “*per giusta causa*”, ossia per c.d. “*motivi straordinari*” ai sensi dell’art. 626 BGB (ovvero 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 lavoro fino allo scadere del termine di preavviso o fino alla fine del rapporto di lavoro che era stata pattuita), le stesse regole si applicano a prescindere della dimensione del datore del lavoro e quindi anche per i datori di piccole dimensioni.

Inoltre, in presenza di un consiglio aziendale, previsto per le imprese con almeno 5 dipendenti stabilmente assunti, la legge prevede 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. Un licenziamento disposto senza la sua consultazione è inefficace e viene anzi qualificata come nullità assoluta per violazione della legge rilevabile d’ufficio.

Il lavoratore di una piccola impresa può impugnare il licenziamento solo per uno dei limitati motivi di licenziamento sopra illustrati e riconosciuti come impugnabili alla luce di una loro particolare gravità (tra questi non si ravvisano comunque, in linea di principio, asserite gravi inadempienze del lavoratore o asserite esigenze economiche dell’azienda). A tale fine dovrà, a pena di decadenza, intentare un’azione legale contro il licenziamento dinanzi al tribunale del lavoro (*Arbeitsgericht*) competente territorialmente entro le tre settimane successive al ricevimento del preavviso in forma scritta (art. 4 e 7 KSchG). Se il giudice ritiene illegittimo il licenziamento (poiché ritiene non sussistente una giusta causa o valuta i motivi come discriminatori, contrari al buon costume e alla buona fede ecc.) anche il lavoratore che non sia protetto dal KSchG non rimane privo di ogni tutela. Il giudice ordina in tal caso in primo luogo la “prosecuzione” del rapporto di lavoro (il “reintegro”, inteso come ripristino effettivo) considerando il licenziamento essenzialmente nullo *ex tunc*, per cui il lavoratore resta al suo posto (fatta salva la possibilità di un accordo diverso in base ad una conciliazione tra le parti). Trovano infatti applicazione le regole generali in materia di nullità dei negozi giuridici: nullità per violazione di un diritto fondamentale o di una norma di legge; nullità per contrarietà al buon costume (§§ 134 e 138 BGB — rientrano in queste fattispecie di nullità i licenziamenti discriminatori e quelli per rappresaglia, v. *supra*). In caso di condanna definitiva del datore di lavoro alla “reintegrazione” del lavoratore, il primo sarà inoltre tenuto alla corresponsione delle retribuzioni arretrate senza poter detrarre alcunché in conseguenza della propria *mora accipiendi* (*Annahmeverzug*) (art. 615 BGB).

Il giudice può, a seconda dei casi (cfr. ad es. art. 628, comma 2, BGB nel caso di un illegittimo licenziamento per asserita giusta causa), condannare il datore di lavoro che ha violato con dolo o colpa i propri obblighi contrattuali anche al pagamento di un risarcimento del danno (patrimoniale) effettivamente subito dal lavoratore (tra cui le spese connesse alla disoccupazione, per il credito di scoperto di conto corrente ecc.). Nel caso del licenziamento discriminatorio, l'art. 15 AGG prevede inoltre la possibilità di un "indennizzo equo in denaro" per il danno "immateriale".

In conclusione, per quanto riguarda le c.d. piccole imprese, con riferimento alla sanzione del licenziamento ingiustificato, l'ordinamento tedesco appare meno garantista nei confronti della posizione del lavoratore e più attento alle esigenze di certezza del diritto e di sostenibilità aziendale del licenziamento. La legge non prevede inoltre in capo alle imprese in questione un particolare regime di indennizzi (con minimi e/o massimi dettati) e si affida per la determinazione e valutazione dell'eventuale risarcimento del danno del lavoratore al giudizio dei giudici in base alle regole generali (artt. 249 ss. BGB).

SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

1. Le conseguenze del licenziamento invalido: un regime giuridico uniforme

Le sanzioni previste dallo Statuto dei lavoratori in caso di licenziamento invalido si applicano all'imprenditore e all'impresa a prescindere dalle dimensioni di quest'ultima.

In precedenza, la *legge sul contratto di lavoro del 1944* e il *regio decreto-legge n. 17/1977 sui rapporti di lavoro* riconoscevano qualche rilevanza alla misura dell'impresa nell'ambito delle sanzioni per il licenziamento senza causa e dei criteri che dovevano guidare la decisione del giudice del lavoro sul *quantum* dell'eventuale indennizzo del lavoratore¹. L'art. 56 dello *Statuto dei lavoratori (SL) del 1980* ha riconosciuto al datore di lavoro l'opzione tra il riassumere il lavoratore o l'indennizzarlo. Inoltre, si è passati da un sistema di indennizzo basato sui danni e pregiudizi subiti dal lavoratore e quantificato caso per caso dal giudice del lavoro, a un regime di indennizzo fisso, calcolato su due criteri oggettivi (l'anzianità e lo stipendio) stabiliti dalla legge e con un tetto massimo. In quel momento, il legislatore ha inteso agevolare le imprese con meno di venticinque lavoratori: l'art. 56, comma 4, SL prevedeva che l'importo dell'indennizzo per il licenziamento senza giusta causa sarebbe stato ridotto del 20% e che il 40% del totale sarebbe stato finanziato con fondi pubblici.

Con la *STC 6/1984*, il Tribunale costituzionale ha dichiarato che l'art. 56, comma 4, SL non era contrario al principio di eguaglianza². La riduzione

¹ L'art. 81 della legge del 1944 stabiliva che, se il lavoratore era licenziato senza causa legittima, poteva optarsi tra la sanzione della reintegrazione e l'indennizzo; la scelta ricadeva sull'imprenditore, trattandosi di un'impresa con meno di cinquanta operai; negli altri casi, spettava al lavoratore. Il giudice, per fissare l'indennizzo, doveva valutare: la facilità nel trovare un altro lavoro, l'esistenza di carichi familiari, l'anzianità nel lavoro, ecc.

L'art. 37 del regio decreto-legge del 1977 sanzionava il licenziamento illegittimo con la reintegrazione. Se l'imprenditore non rispettava tale obbligo, il lavoratore doveva essere indennizzato tenendo il giudice conto de: l'anzianità nell'impresa, le condizioni del contratto, le possibilità di trovare un nuovo impiego, la dimensione e le caratteristiche dell'impresa e le circostanze personali e familiari del lavoratore. Se si trattava di imprese con meno di venticinque lavoratori, il giudice poteva decidere di abbassare la soglia minima del risarcimento prevista dalla legge alla luce delle anzidette circostanze.

² V. in particolare il FJ 5.

dell'indennizzo è stata ritenuta giustificata per le maggiori difficoltà economiche delle piccole e medie imprese, nonché per evitare eventuali problemi di convivenza che avrebbero potuto verificarsi in caso di reintegrazione del lavoratore; inoltre, la misura era tesa ad aiutare queste imprese (costituenti la maggioranza del tessuto imprenditoriale) a superare la crisi economica, una finalità legittima di politica del lavoro. Il Tribunale ha chiarito che sarebbe giunto a una diversa conclusione se il legislatore avesse obbligato a calcolare l'indennizzo in funzione dei pregiudizi provocati dalla perdita illegittima del posto di lavoro misurandolo diversamente in base alla dimensione dell'impresa. La sentenza recava l'opinione dissenziente del giudice costituzionale Francisco Tomás y Valiente, secondo cui obbligare la vittima a finanziare parte dei benefici riconosciuti all'autore di un atto illegittimo era incompatibile con l'idea di stato sociale e con il valore della giustizia.

Lo *Statuto dei lavoratori* in vigore distingue tra licenziamento illegittimo e licenziamento nullo³.

(i) In caso di licenziamento illegittimo (*despido improcedente*, cioè senza giusta causa o che non rispetta i requisiti di forma), il datore di lavoro deve optare tra la reintegrazione del lavoratore (con il versamento degli arretrati salariali, i c.d. *salarios de tramitación*) e il pagamento di un indennizzo equivalente a 33 giorni di retribuzione per anno di servizio fino ad un massimo di 24 mensilità (*art. 56 SL*). In assenza di opzione, il lavoratore deve essere reintegrato nel posto di lavoro. Inoltre, l'opzione per la reintegrazione è obbligatoria qualora il lavoratore interessato sia un rappresentante legale dei lavoratori o un delegato sindacale (o in presenza di patti in tale senso).

(ii) Se il licenziamento è nullo perché il motivo rientra in una delle cause di discriminazione vietate dall'art. 14 della Costituzione o dalla legge, oppure è contrario ai diritti fondamentali e alle libertà pubbliche del lavoratore, produce l'effetto della reintegrazione immediata del lavoratore con il pagamento dei salari arretrati (*art. 55, comma 6, SL*), inoltre, al lavoratore spetta un risarcimento aggiuntivo, stabilito dal giudice del lavoro, per eventuali danni e pregiudizi (*artt. 182-183 della legge sulla giurisdizione contenzioso-amministrativa*).

Nell'*ATC 43/2014*, il Tribunale costituzionale ha ribadito che la Costituzione riconosce al legislatore la facoltà di disciplinare il regime del licenziamento, il che

³ Per ulteriori dettagli, v. la parte dedicata alla Spagna nella ricerca *La disciplina dei licenziamenti individuali in alcuni paesi europei* [Comp 232], 57 ss.

include la possibilità di stabilire indennizzi fissi per il licenziamento⁴; tra le ragioni che giustificano oggettivamente la scelta di questo sistema (nonché della scelta dell'anzianità e della retribuzione per calcolare l'indennizzo) figurano: l'eliminazione delle difficoltà di prova dei danni da parte del lavoratore, l'omogeneità dei criteri cui i giudici devono ricorrere, la semplificazione del calcolo nonché la sicurezza e la certezza del diritto.

2. Il riconoscimento eccezionale, in via pretoria, di un indennizzo aggiuntivo in caso di *despido improcedente*

La *STC 140/2018* ha dichiarato che il giudizio sull'eventuale disallineamento tra una norma di legge e una convenzione internazionale spetta agli organi della giurisdizione ordinaria⁵ perché riguarda l'applicabilità della disposizione interna (fermo restando che la motivazione del giudice può essere controllata dal Tribunale costituzionale in sede di *amparo*).

La progressiva riduzione del costo del licenziamento e la ratifica nel 2021 della Carta sociale europea riveduta hanno portato la dottrina ed i giudici a chiedersi se il regime previsto dall'art. 56 SL fosse in linea con le esigenze dell'art. 24 CSE e dell'art. 10 della Convenzione n. 158 dell'ILO, in particolare riguardo ai rapporti di lavoro di breve durata. Dal 2020, alcuni giudici del lavoro e i Tribunali superiori di giustizia delle Comunità autonome⁶ – in particolare quello della Catalogna – hanno riconosciuto che gli organi della giurisdizione del lavoro possono concedere un indennizzo aggiuntivo al lavoratore, basandosi sulle norme del diritto internazionale, quando sia notoria ed evidente l'insufficienza dell'indennizzo riconosciuto *ex art. 56 SL* e la decisione estintiva del contratto di lavoro si basi su una frode alla legge o un abuso del diritto.

⁴ V. il FJ 5. L'ordinanza ha dichiarato la legittimità delle disposizioni di diritto transitorio riguardanti l'indennizzo dei lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore della riforma dello Statuto dei lavoratori del 2012 e la soppressione dei cc.dd. *salarios de tramitación* nel caso si opti per l'indennizzo.

⁵ V. il FJ 6.

⁶ Per una panoramica delle principali decisioni, v. F. CAVAS MARTÍNEZ, *Control de convencionalidad e indemnización por despido improcedente*, del 12/01/2022. V. anche A. SEOANE GARCÍA, *La nulidad del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores*, in *Jurisprudencia social*, n. 211, 2020, 6-33, e E. ROJO TORRECILLA, *Hacia la ratificación definitiva del Protocolo adicional a la Carta Social Europea, y notas a la reclamación presentada por la UGT sobre la disconformidad de la normativa española (indemnización tasada en caso de despido según salario y antigüedad) con el art. 24 CSE revisada*, del 23/04/2022.

Il 24 marzo 2022, il sindacato UGT ha denunciato⁷ dinnanzi il Comitato europeo dei diritti sociali la disciplina spagnola sui licenziamenti individuali senza giusta causa.

⁷ Per ulteriori informazioni v. <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/new-complaint-registered-concerning-spa-1>.