

Revisione parziale del Codice delle obbligazioni (sanzione in caso di disdetta abusiva o ingiustificata)

Rapporto esplicativo e avamprogetto

Indice

1 Presentazione del progetto	3
1.1 Contesto	3
1.1.1 Richiesta di una sanzione più severa in caso di disdetta abusiva o ingiustificata	3
1.1.1.1 Protezione in caso di segnalazione di irregolarità	3
1.1.1.2 Denuncia dell'Unione sindacale svizzera presso l'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL)	3
1.1.2 Parere del Consiglio federale	5
1.1.3 Diritto in vigore	5
1.1.3.1 La protezione dalla disdetta	5
1.1.3.2 Protezione dell'attività sindacale e dei rappresentanti dei lavoratori dal licenziamento	9
1.1.3.3 I contratti collettivi di lavoro	11
1.1.3.4 I contratti normali di lavoro	13
1.1.4 Esame del diritto in vigore e necessità di legiferare	14
1.2 Esame della sanzione nel diritto vigente	14
1.2.1 Indennità	14
1.2.2 Fissazione dell'indennità da parte del giudice	15
1.2.3 Indennità massima	16
1.2.4 Protezione specifica per i rappresentanti del personale e i delegati sindacali	18
1.2.5 Parità e carattere assolutamente imperativo della protezione dalle disdette abusive	20
1.3 Le modifiche proposte	21
1.4 Giustificazione e applicazione della soluzione proposta	21
1.4.1 Mantenimento del principio del diritto in vigore	21
1.4.2 Migliore protezione dalla disdetta	22
1.5 Diritto internazionale, rapporto con il diritto europeo e diritto comparato	23
1.5.1 Diritto internazionale	23
1.5.2 Rapporto con il diritto europeo	25
1.5.3 Diritto comparato	27
2 Commento	34
3 Ripercussioni	35
4 Programma di legislatura e piano finanziario	35
5 Aspetti giuridici	35
5.1 Costituzionalità e legalità	35
5.2 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera	36
5.3 Forma dell'atto	36
5.4 Delega di competenze legislative	36
Allegato	37
Revisione parziale del Codice delle obbligazioni (sanzione in caso di licenziamento abusivo o ingiustificato) (Avamprogetto)	

1 Presentazione del progetto

1.1 Contesto

1.1.1 Richiesta di una sanzione più severa in caso di disdetta abusiva o ingiustificata

1.1.1.1 Protezione in caso di segnalazione di irregolarità

La mozione Gysin (03.3212) del 7 maggio 2003 «Protezione giuridica per chi denuncia un caso di corruzione» è stata adottata dal Parlamento il 22 giugno 2007. Il secondo punto della mozione chiedeva che la sanzione dell'articolo 336a capoverso 2 CO fosse riesaminata proponendo, se necessario, una sanzione più severa. In esecuzione della mozione, il 5 dicembre 2008 il Consiglio federale ha posto in consultazione un avamprogetto di revisione parziale del Codice delle obbligazioni (protezione del lavoratore che segnala irregolarità) che prendeva in considerazione una sanzione più severa in caso di licenziamento in seguito alla segnalazione di irregolarità¹. Il Consiglio federale ha tuttavia scelto la soluzione proposta dal legislatore in occasione della revisione della protezione dalla disdetta del 1988 (cfr. n. 1.1.3.1), proponendo di mantenere l'indennità come sanzione per la disdetta abusiva o ingiustificata. Ha inoltre rifiutato di fissare un importo massimo più elevato di tale indennità esclusivamente per il caso del licenziamento in seguito a una segnalazione di irregolarità.

La consultazione è terminata il 31 marzo 2009 e il Consiglio federale ha preso atto dei risultati il 16 dicembre 2009. Sono stati espressi pareri diametralmente opposti. Una parte dei partecipanti ha ritenuto che il diritto in vigore sia sufficiente e che non sia necessaria una modifica legislativa. Altri, pur giudicando necessarie misure legislative, hanno ritenuto che l'avamprogetto non permetteva di proteggere in modo appropriato il lavoratore che segnala irregolarità, in particolare perché giudicavano troppo poco severa la sanzione in caso di licenziamento per ritorsione. Vari partecipanti hanno proposto di introdurre la possibilità di annullare il licenziamento in seguito a una segnalazione lecita. Altri ancora hanno osservato che la sanzione andava riveduta per tutti i motivi di disdetta abusiva. Oltre che dai sindacati e dai partiti che per tradizione difendono gli interessi dei lavoratori, queste critiche sono state avanzate anche dai Cantoni, dalle organizzazioni di lotta contro la corruzione e dalle cerchie accademiche².

1.1.1.2 Denuncia dell'Unione sindacale svizzera presso l'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL)

Il 14 maggio 2003 l'Unione sindacale svizzera (USS) ha sporto denuncia contro la Svizzera presso l'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL). La denuncia si riferisce alla sanzione in caso di disdetta abusiva nei confronti dei delegati o dei rappresentanti sindacali. L'USS ritiene che la legislazione svizzera non sia conforme all'articolo 1 della Convenzione (n. 98) dell'Organizzazione internazionale dell'OIL

¹ Avamprogetto di revisione parziale del diritto delle obbligazioni (protezione in caso di segnalazione di irregolarità da parte del lavoratore) del 5 dicembre 2008, n. 1.2.5

² Cfr. Dipartimento federale di giustizia e polizia; Rapporto sui risultati della consultazione, dicembre 2009, n. 3.2.1.

concernente l'applicazione dei principi del diritto sindacale e di negoziazione collettiva³. L'articolo in questione statuisce che i lavoratori devono beneficiare di una protezione adeguata contro tutti gli atti di discriminazione tendenti a pregiudicare la libertà sindacale in materia d'impiego (art. 1 cpv. 1), in particolare il licenziamento a causa dell'affiliazione a un sindacato o della partecipazione ad attività sindacali al di fuori o, se il datore di lavoro vi acconsente, durante le ore di lavoro (art. 1 cpv. 2 lett. b). L'USS ritiene in particolare che la sanzione prevista dal diritto svizzero non sia abbastanza dissuasiva da soddisfare le esigenze della Convenzione. Secondo l'USS nella maggior parte dei casi i giudici accordano un'indennità di tre mesi di salario e anche l'indennità massima di sei mensilità non dissuade i datori di lavoro dal pregiudicare la libertà sindacale. Per adempiere i suoi obblighi internazionali, in caso di licenziamento abusivo di delegati sindacali la Svizzera dovrebbe quindi prevedere la loro reintegrazione. I giudici avrebbero già la possibilità di farlo perché la Convenzione è direttamente applicabile. Tuttavia, dato che l'applicabilità diretta non è unanimemente riconosciuta in Svizzera, sarebbe necessario un intervento del legislatore. A sostegno della propria richiesta l'USS ha presentato degli esempi, sottomettendone altri all'Ufficio internazionale del lavoro (BIT) in una comunicazione del 7 aprile 2006.

Il 31 marzo 2004 il Consiglio federale ha presentato le sue osservazioni sulla denuncia dell'USS. La denuncia (caso n. 2265) è stata trattata dal Consiglio d'amministrazione del BIT il 17 novembre 2004. Il Comitato della libertà sindacale ha indirizzato una raccomandazione al Governo svizzero, invitandolo a procedere a discussioni tripartite per esaminare la situazione pratica e giuridica attuale e adottare, una volta constatata la necessità, misure di protezione efficaci. Il Comitato ha inoltre chiesto al Governo di fornirgli informazioni sull'evoluzione della situazione.

La Commissione federale tripartita per gli affari dell'OIL, che riunisce rappresentanti dell'Amministrazione federale e dei partner sociali, è stata consultata sull'argomento e l'ha trattato il 4 marzo e il 18 agosto 2005. Ha deciso di organizzare una discussione tripartita sulla situazione giuridica e pratica della protezione contro i licenziamenti abusivi per motivi antisindacali. Tale discussione ha evidenziato che le opinioni dei partner sociali erano inconciliabili. I datori di lavoro ritengono che il diritto in vigore offra una protezione appropriata e che occorra lasciare spazio a soluzioni contrattuali liberamente negoziate tra le parti. I sindacati hanno invece sostenuto che sono necessarie modifiche legislative e hanno fatto delle proposte in merito. Il 16 giugno 2006 il Consiglio federale ha presentato al Comitato le osservazioni supplementari richieste.

Il caso è stato trattato dal Consiglio d'amministrazione del BIT il 15 novembre 2006. Il Comitato ha quindi indirizzato una nuova raccomandazione al Governo svizzero, invitandolo in particolare a prevedere la possibilità di reintegrare i rappresentanti sindacali vittima di un licenziamento antisindacale, analogamente a quanto previsto in materia di parità tra uomo e donna. La Commissione tripartita si è in seguito riunita più volte per discutere come dare seguito alla raccomandazione del Comitato. Le associazioni mantello dei partner sociali hanno anch'essi analizzato varie opzioni di modifica del CO, senza tuttavia accordarsi su una soluzione. Il 26 settembre 2008 e il 1° luglio 2009 il Consiglio federale ha presentato al Comitato le sue osservazioni sul seguito dato alla raccomandazione del 15 novembre 2006.

³ RS 0.822.719.9

1.1.2 Parere del Consiglio federale

Prendendo atto, il 16 dicembre 2009, dei risultati della consultazione sulla revisione parziale del Codice delle obbligazioni concernente le segnalazioni di irregolarità, il Consiglio federale si è dichiarato disposto a riconsiderare la sua posizione per quanto riguarda la sanzione in caso di disdetta abusiva o ingiustificata. Tuttavia, non ha voluto limitare la riflessione sul solo caso della segnalazione di irregolarità. Poiché le critiche espresse per tale caso possono valere anche per altri motivi di disdetta abusiva o ingiustificata ed essendo convinto che non sono opportune sanzioni specifiche per casi particolari, ha giudicato necessario esaminare in maniera generale la sanzione in caso di disdetta abusiva o ingiustificata. Ha pertanto incaricato il DFGP di presentare un pertinente avamprogetto nel corso del 2010.

A tale riguardo il Consiglio federale ha tenuto in considerazione anche la denuncia dell'USS relativa al licenziamento abusivo di rappresentanti o delegati sindacali ed ha pertanto deciso di accordare, nell'esame generale proposto, un'attenzione particolare a tale problema. Il Consiglio federale ha tuttavia confermato la sua posizione in merito alla compatibilità del diritto svizzero con le esigenze della Convenzione (n. 98): non è d'accordo con l'interpretazione secondo cui l'annullabilità del licenziamento abusivo dei rappresentanti sindacali sia il solo mezzo per garantire una protezione adeguata ai sensi della Convenzione (n. 98) e ha riaffermato che nel diritto svizzero la reintegrazione non può diventare la regola.

1.1.3 Diritto in vigore

1.1.3.1 La protezione dalla disdetta

Fine del rapporto di lavoro

La parte generale del Codice delle obbligazioni (CO) non comprende regole sulla fine dei rapporti obbligatori di durata. La fine del rapporto di lavoro è disciplinata in particolare agli articoli 334 segg. CO. Tali disposizioni riconoscono la libertà contrattuale, ma stabiliscono anche delle regole e dei limiti. Sono presi in considerazione principi e interessi generali che si ritrovano anche in altri rapporti contrattuali. Il principio della fedeltà contrattuale non può ad esempio avere un valore assoluto, essendo limitato dal divieto di impegnarsi in maniera eccessiva, dal carattere personale della relazione di lavoro e dal rapporto di confidenza che ne deriva. Questi limiti fondano la possibilità di porre fine al rapporto di lavoro. A questi principi generali si aggiungono considerazioni specifiche al contratto di lavoro e agli interessi economici e sociali connessi. Il lavoratore, oltre a offrire le proprie prestazioni, s'impegna di persona nella struttura organizzativa del datore di lavoro e trae il suo reddito dalla controprestazione che gli è dovuta. È pertanto interessato al mantenimento del rapporto contrattuale e deve poter esercitare i suoi diritti e occupare il suo posto nella struttura organizzativa del datore di lavoro senza rischiare di perdere il suo posto. Tuttavia, il lavoratore può anche voler cambiare posto di lavoro per evolvere professionalmente. Il datore di lavoro deve da parte sua provvedere al buon andamento della sua impresa, che dipende dall'evoluzione dell'attività economica. È quindi interessato sia a sviluppare dei rapporti di lavoro a lungo termine sia a potervi porre fine senza troppi ostacoli.

La fine del contratto alla scadenza della durata convenuta (art. 334 cpv. 1 CO) e la fine del contratto di comune accordo derivano pertanto direttamente dall'autonomia contrattuale delle parti. La possibilità di disdetta del contratto di lavoro per dichiarazione unilaterale di volontà, riconosciuta per i contratti di durata indeterminata (art. 335 cpv. 1 e 337 cpv. 1 CO) e, dopo dieci anni, per i contratti di durata determinata di oltre dieci anni (art. 334 cpv. 3 CO), impedisce un impegno eccessivo delle due parti. La loro libera volontà prevale sull'impegno preso, in quanto la disdetta ordinaria non è subordinata all'esistenza di un motivo. La parte che recede dal contratto deve motivare la propria decisione soltanto su richiesta dell'altra (art. 335 cpv. 2 CO) e l'obbligo di motivarla non ha effetti sulla validità della disdetta⁴. La disdetta con effetto immediato è ammessa per cause gravi, conformemente alla regola prevista per tutti rapporti obbligatori di durata⁵. La motivazione scritta, prevista anche in questo caso (art. 337 cpv. 1 2° periodo CO), è della stessa natura come nel caso della disdetta ordinaria.

La volontà di proteggere il lavoratore risulta dal termine di disdetta minimo di un mese dopo il periodo di prova (art. 335c cpv. 2 CO), che può essere ridotto soltanto per contratto collettivo e unicamente per il primo anno di servizio. Ma la disposizione è stata prevista anche a beneficio del datore di lavoro, che così non deve supplire immediatamente alla partenza di un lavoratore⁶. L'articolo 335a cpv. 1 CO, che statuisce termini identici per entrambe le parti, risulta dalla volontà espressa di mettere le parti a pari livello (principio della parità)⁷.

Il licenziamento collettivo è oggetto di una disciplina particolare (art. 335d segg. CO), poiché la sua portata oltrepassa il rapporto individuale di lavoro, riguarda la collettività dei lavoratori (art. 335f CO) e coinvolge le autorità statali (art. 335g CO).

Protezione dalla disdetta

Gli articoli 336 segg. CO disciplinano la protezione dalla disdetta. Sono vietate la disdetta ordinaria abusiva (art. 336-336b CO), la disdetta ordinaria in tempo inopportuno (art. 336c e 336d CO) e il licenziamento immediato ingiustificato (art. 337c e 337d CO). Tale protezione è stata introdotta nella sua forma attuale dalla legge del 18 marzo 1988 in vigore dal 1° gennaio 1989⁸. La protezione in caso di disdetta in tempo inopportuno e di licenziamento immediato ingiustificato è stata migliorata e la disdetta abusiva è stata oggetto di una regolamentazione generale.

Una disciplina specifica della disdetta abusiva nella legge è stata proposta a più riprese nel corso del XX secolo, senza tuttavia arrivare a un esito positivo⁹. La revisione totale del 1971 del diritto del contratto di lavoro ha ad esempio rinunciato a introdurre tale disciplina e prevedeva come motivi abusivi di disdetta soltanto lo svolgimento del servizio militare o di protezione civile (art. 336g CO, in vigore dal

⁴ DTF **121** III 60, consid. 3b

⁵ Recentemente: DTF **133** III 360, consid. 8.1

⁶ Messaggio del 9 maggio 1984 sull'iniziativa popolare «concernente la protezione dei lavoratori dal licenziamento nel diritto del contratto di lavoro» e sulla revisione delle disposizioni in materia di risoluzione del rapporto di lavoro nel Codice delle obbligazioni, FF **1984** II 494 (qui appresso Messaggio 1984).

⁷ Boll. Uff. **1985** N 1118 seg. e messaggio, n. 612.32

⁸ RU **1988** 1472; Messaggio 1984, n. 620.5

⁹ Cfr. il riassunto nel messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale concernente la revisione dei titoli decimo e decimo bis del Codice delle obbligazioni (Il contratto di lavoro), del 25 agosto 1967, FF **1968** II 177, pagg. 325-327 (qui appresso, Messaggio 1967)

1° gennaio 1972¹⁰). Per il resto la revisione lasciava alla giurisprudenza la decisione in merito agli abusi del diritto di licenziare, fondandosi sull'articolo 2 capoverso 2 del Codice civile¹¹ (CC) o su un'applicazione per analogia dell'articolo 336g CO, o affidava la questione ai partner sociali che potevano regolarla nei contratti collettivi di lavoro (CCL)¹².

La protezione dal licenziamento vigente pone dei limiti alla libertà di mettere fine a un rapporto di lavoro, senza tuttavia mettere in causa il principio stesso di tale libertà. Da una parte l'articolo 336 CO enumera i motivi di disdetta considerati abusivi, precisando in tal modo il divieto di abuso del diritto (art. 2 cpv. 2 CC)¹³. La libertà di licenziare senza motivo resta quindi la regola e sono sanzionati soltanto gli abusi. Dall'altra, la volontà di porre fine ai rapporti di lavoro non è rimessa in discussione neppure in caso di disdetta abusiva o ingiustificata. La disdetta pronunciata per ritorsione è annullabile soltanto nell'ambito della parità dei sessi (art. 10 della legge federale del 24 marzo 1995¹⁴ sulla parità dei sessi; LPar). Negli altri casi una disdetta a carattere discriminatorio non può essere oggetto della proibizione o della cessazione previste dall'articolo 5 cpv. 1 lett. a e b LPar, ma è sanzionata con un'indennità (art. 5 cpv. 2 e 4 LPar). La nullità è prevista anche in caso di disdetta in tempo inopportuno (art. 336c cpv. 2 CO), ma in maniera nettamente più limitata: non si applica alla disdetta con effetto immediato senza motivo valido e si limita, per definizione, a un periodo limitato (durante il servizio militare o civile, la gravidanza e, per un periodo limitato, in caso di maternità, di malattia o incidente). Al di fuori di questi periodi una disdetta ordinaria per i motivi summenzionati può essere rimessa in causa soltanto in quanto disdetta abusiva e resta valida su riserva dell'applicazione dell'articolo 10 LPar (gravidanza o maternità).

Sanzione della disdetta abusiva o del licenziamento ingiustificato con un'indennità

La disdetta abusiva o il licenziamento ingiustificato ha quindi soltanto conseguenze pecuniarie (art. 336a cpv. 1, 337c cpv. 1 e 3, 337d cpv. 1 CO). L'articolo 337c capoverso 1 CO dà diritto a un risarcimento equivalente al guadagno che sarebbe stato realizzato se il rapporto di lavoro fosse cessato alla scadenza ordinaria (termine di disdetta o decorso della durata determinata dal contratto). L'articolo 337d capoverso 1 CO accorda anche al datore di lavoro il diritto di chiedere un'indennità corrispondente ad un quarto del salario mensile. Egli ha inoltre diritto al risarcimento del danno suppletivo¹⁵.

Sono gli articoli 336a capoverso 1 e 337c capoverso 3 a sanzionare rispettivamente la disdetta abusiva e il licenziamento ingiustificato. Queste disposizioni prevedono un'indennità a carattere punitivo che non è legata al danno subito. Spetta al giudice fissare il suo importo (art. 336a cpv. 2, e 337c cpv. 3; art. 5 cpv. 4 LPar). Il legislatore si è limitato a fissare l'ammontare massimo dell'indennità, che equivale attualmente a sei mesi di salario (art. 336a cpv. 2, 337c cpv. 3 CO), salvo nei casi di disdetta abusiva data nel quadro di un licenziamento collettivo, ove la sanzione corrisponde a due mesi di salario (art. 336a cpv. 3 CO).

¹⁰ RU **1971** 1461, 1477

¹¹ RS **210**

¹² Messaggio 1967, pag. 328

¹³ Cfr. in particolare DTF **131** III 535, consid. 4.2; **132** III 115, consid. 2.1

¹⁴ RS **151.1**

¹⁵ Cfr. DTF **118** II 312, consid. 2a sulla natura dell'indennità prevista.

Le indennità previste dagli articoli 336a capoverso 1 e 337c capoverso 3 CO sono state oggetto di una folta giurisprudenza e le loro caratteristiche sono oggi ben accertate. Il Tribunale federale le ha ricordate recentemente:¹⁶ le due indennità sono di natura identica, avendo un carattere riparatore e punitivo sui generis simile a una pena convenzionale e potendo essere impartite senza che debba essere provato un danno¹⁷. Esse coprono tutto il danno causato dalla disdetta abusiva o dal licenziamento ingiustificato. È escluso un risarcimento supplementare fondato su un'altra base legale, salvo in casi eccezionali in cui l'indennità corrispondente a sei salari mensili non basta a riparare il torto morale¹⁸. Un risarcimento supplementare può invece essere concesso in base a un fatto che non sia la disdetta abusiva o ingiustificata, come un danno alla personalità del lavoratore (art. 328 CO), che può ad esempio risultare da un comportamento denigrante o umiliante o da informazioni false e degradanti fornite a terzi. Inoltre, le indennità non sono cumulabili¹⁹. Un licenziamento immediato ingiustificato e nel contempo abusivo non dà diritto a due indennità. Il grado del carattere abusivo è considerato dal giudice per stabilire l'ammontare dell'indennità²⁰.

L'articolo 337c capoverso 3 CO statuisce che il giudice «può» obbligare il datore di lavoro a versare al lavoratore un'indennità, mentre l'articolo 336a capoverso 1 CO prevede che la parte che disdice abusivamente il rapporto di lavoro «deve» all'altra un'indennità. Il legislatore ha fatto deliberatamente questa distinzione²¹. Secondo l'interpretazione del Tribunale federale l'articolo 337c capoverso 3 CO dà sempre diritto a un'indennità, salvo in casi eccezionali. Questi ultimi devono basarsi sulle circostanze del caso specifico e presuppongono l'assenza di una colpa del datore di lavoro o di altri motivi che potrebbero essergli imputati²².

Il giudice stabilisce l'indennità «tenuto conto di tutte le circostanze» (art. 336° cpv. 2, 337c cpv. 3 CO). Insieme alla doppia natura riparatrice e punitiva dell'indennità, la giurisprudenza ha confermato²³ anche che stabilire in equità (art. 4 CC) l'indennità implica la considerazione di tutte le circostanze, in particolare delle conseguenze economiche del licenziamento²⁴. Occorre pertanto considerare la gravità della colpa del datore di lavoro, un'eventuale colpa del lavoratore, la maniera in cui è stata effettuata la disdetta, la gravità del danno alla personalità del lavoratore licenziato, la durata del rapporto di lavoro, la sua intensità, l'età del lavoratore, eventuali difficoltà di reinserimento nella vita economica e la situazione finanziaria delle parti²⁵. Oltre che della gravità dell'atto e del danno, va quindi tenuto conto

¹⁶ DTF **135** III 405, consid. 3.1 e 3.2

¹⁷ Giurisprudenza stabilita dalla DTF **123** III 391, consid. 3c. Per la giurisprudenza precedente cfr. DTF **119** II 157, consid. 2b.

¹⁸ Cfr. anche sentenza del Tribunale federale dell'8 gennaio 1999, 4C.310/1998, consid. 4a, SJ 1999, pag. 277.

¹⁹ DTF **121** III 64, consid. 2a

²⁰ DTF **121** III 64, consid. 2b

²¹ Boll. Uff. **1988** S 58 segg.; Boll. Uff. 1988 N 169

²² DTF **116** II 300, consid. 5a; **129** III 380, consid. 4.3 (non pubblicata); **135** III 405, consid. 3.1; sentenza del Tribunale federale del 16 agosto 2001, 4C.74/2000, consid. 5; sentenza del Tribunale federale del 12 gennaio 2007, 4C.359/2006, consid. 3.2; sentenza del Tribunale federale del 16 ottobre 2007, 4A_157/2007, consid. 3.2.

²³ DTF **123** III 391, consid. 3c

²⁴ Cfr. anche DTF dell'8 gennaio 1999, 4C.310/1998, consid. 3c, SJ 1999, pag. 277

²⁵ DTF **135** III 405, consid. 3.1, **123** III 391, consid. 3c; sentenza del Tribunale federale del 16 giugno 2005, 4C.84/2005, consid. 4; sentenza del Tribunale federale del 2 agosto 2006, 4C.406/2005, consid. 6.1

degli elementi costitutivi del rapporto tra le parti e della loro situazione economica e sociale.

Parità e carattere imperativo

La revisione del 1988 ha mantenuto il principio della protezione paritaria dalla disdetta prevedendo delle eccezioni in casi giustificati²⁶. Gli articoli 336 capoverso 1 e 336a CO si applicano pertanto al datore di lavoro e al lavoratore e sono di natura assolutamente imperativa (art. 361 cpv. 1 CO). Interpretata in senso usuale, tale natura impedisce di prevedere una protezione più ampia mediante accordo (estensione dei motivi abusivi, sanzione più severa). La dottrina difende tuttavia anche un'interpretazione meno rigida che ammette in particolare una sanzione contrattuale più severa per entrambe le parti²⁷.

Le conseguenze di una disdetta ingiustificata con effetto immediato non sono disciplinate in modo paritario. L'articolo 337c CO si applica soltanto al licenziamento da parte del datore di lavoro e prevede conseguenze diverse da quelle dell'articolo 337d CO. L'articolo 337c capoverso 1 CO è di natura relativamente imperativa (art. 362 cpv. 1 CO), mentre l'articolo 337c capoverso 3 CO non figura né nell'elenco dell'articolo 361 né in quello dell'articolo 362 CO. Questo non significa che sia di diritto dispositivo, poiché le liste di tali articoli non sono esaustive²⁸. L'articolo figurava nell'elenco dell'articolo 362 CO nel progetto del Consiglio federale²⁹ e il Parlamento non ha espresso esplicitamente la volontà di escluderlo dalle disposizioni relativamente imperative. Il Legislativo sembra piuttosto essere partito dall'idea che la disposizione si rivolge al giudice e non può essere rimessa alla libera volontà delle parti³⁰, il che indurrebbe a concludere che la norma è assolutamente imperativa. Lo scopo dell'articolo 337c, che è quello di proteggere il lavoratore, induce tuttavia a optare a favore del carattere relativamente imperativo della norma; un'interpretazione oggì condivisa da vari autori³¹.

1.1.3.2 Protezione dell'attività sindacale e dei rappresentanti dei lavoratori dal licenziamento

Una protezione specifica è stata introdotta contro la disdetta per motivi legati all'attività sindacale o nei confronti di un rappresentante dei lavoratori. La protezione si distingue innanzitutto da quella dell'articolo 336 capoverso 1 CO per il fatto che si applica soltanto alla disdetta da parte del datore di lavoro (art. 336 cpv. 2 CO).

²⁶ Messaggio 1984, n. 612.12, 612.32

²⁷ Basler Kommentar-Portmann, n. 1 ad art. 336 CO; Zürcher Kommentar-Staehelin, n. 39 ad art. 336 CO et n. 9 ad art. 336a CO; Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian, Arbeitsvertrag, 6a ed., n. 10 ad art. 336a CO; Brunner, Christiane/Bühler, Jean-Michel/Waeber, Jean-Bernard/Bruchez, Christian, Commentaire du contrat de travail selon le code des obligations, 3a ed., Losanna 2004, n. 5 ad art. 336a CO; Nordmann, Philippe, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Basilea e Francofort sul Meno, 1998, pag. 225;

²⁸ DTF 124 III 471, consid. 2a

²⁹ Messaggio 1984, n. 620.183

³⁰ Boll. Uff. 1988 N 169

³¹ Basler Kommentar-Portmann, n. 8 ad art. 337c CO; Zürcher Kommentar-Staehelin, n. 28 ad art. 337c CO; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, n. 12 ad art. 337c CO; Nordmann, *op.cit.*, pag. 242; von Kaenel, Adrian, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR), Berna 1996, pag. 179; Wyler, Rémy, Droit du travail, 2^a ed., Berna 2008, pag. 520.

Inoltre il legislatore ha anche permesso una protezione contrattuale più favorevole ai lavoratori (art. 362 CO).

L'articolo 336 capoverso 2 lettera a CO qualifica come abusiva la disdetta data dal datore di lavoro per l'appartenenza o la non appartenenza del lavoratore a un'associazione di lavoratori o per il legittimo esercizio di un'attività sindacale da parte del lavoratore. Questa protezione concretizza la garanzia costituzionale della libertà sindacale, esplicitamente prevista dall'articolo 28 della Costituzione federale del 18 aprile 1992³². La protezione è più estesa rispetto a quella accordata dall'articolo 336 capoverso 1 lettera b CO in caso di esercizio di un diritto costituzionale, in quanto non è applicata la riserva del grave pregiudizio alla collaborazione nell'azienda previsto per l'esercizio degli altri diritti costituzionali.

L'articolo 336 capoverso 2 lettera b CO qualifica come abusiva la disdetta data a un lavoratore nominato rappresentante dei salariati in una commissione aziendale o in un'istituzione legata all'impresa, se il datore di lavoro non può provare che aveva un motivo giustificato di disdetta. Il legislatore ha concesso una protezione particolare ai lavoratori nominati rappresentanti dei salariati per permettere loro di adempiere i compiti conferiti dalla legge, ma anche da altre basi, in particolare da un contratto collettivo di lavoro³³. Il solo fatto di essere membro di una commissione aziendale o di un'istituzione legata all'impresa rende infatti illecita qualsiasi disdetta se non è basata su un motivo giustificato che il datore di lavoro deve provare.

Un motivo è giustificato se può ragionevolmente dar luogo a una disdetta senza essere necessariamente un motivo che giustifichi un licenziamento immediato³⁴. Il motivo non deve essere per forza imputabile al lavoratore. Può trattarsi di un motivo oggettivo, in particolare economico, e in tale contesto una riorganizzazione non deve essere giustificata dal cattivo andamento dell'impresa³⁵. La soppressione del posto di lavoro del rappresentante dei salariati deve essere tuttavia atta a realizzare gli obiettivi della riorganizzazione e la razionalizzazione così ottenuta non deve originare dal sovraccarico di lavoro creato dai compiti di rappresentanza³⁶.

I rappresentanti dei lavoratori non godono invece di una protezione particolare per quanto riguarda la sanzione della disdetta. Come per qualsiasi altro motivo di disdetta si applica l'articolo 336a capoversi 1 e 2 CO.

La rappresentanza dei lavoratori in seno all'impresa e il suo ruolo nei rapporti con il lavoratore ha ricevuto una base legale con l'adozione della legge federale del 17 dicembre 1993³⁷ sull'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese (legge sulla partecipazione). Il suo articolo 3 statuisce in particolare il diritto di designare dei rappresentanti nelle imprese che occupano almeno cinquanta lavoratori. L'articolo 12 protegge i rappresentanti dei lavoratori: il datore di lavoro non può impedirgli di esercitare il loro mandato (art. 12 cpv. 1) o sfavorirli a causa dell'esercizio della loro attività (art. 12 cpv. 2). Le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori sono legittimate ad agire in caso di controversie derivanti dall'applicazione della legge (art. 15 cpv. 2). La disdetta continua invece a essere retta dagli articoli 336 capoverso 1 lettera b e 336a capoversi 1 e 2 CO.

32 RS 101

33 Messaggio 1984, n. 620.11; Boll. Uff. 1985 N 1130 segg. e 1133 segg.

34 Messaggio 1984, n. 620.11

35 DTF 133 III 512, consid. 6.1 e 6.2

36 DTF 133 III 512, consid. 6.3

37 RS 822.14

1.1.3.3

I contratti collettivi di lavoro

I contratti collettivi di lavoro (CCL) non possono derogare agli articoli 336 capoverso 1 e 336a CO (art. 361 cpv. 1 CO). Possono invece migliorare la protezione del lavoratore prevista dagli articoli 336 capoverso 2 e 337c capoverso 1 CO (art. 362 cpv. 1 CO) e, secondo l'interpretazione di diversi autori³⁸, dall'articolo 337c capoverso 3 CO. Le clausole contrattuali che prevedono deroghe al diritto imperativo non ammesse dalla legge sono nulle (art. 361 cpv. 2 e 362 cpv. 2 CO) e non beneficiano di un'eventuale estensione del campo d'applicazione del contratto (art. 2, n. 4 della legge federale del 28 settembre 1956³⁹ concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro).

Dei 615 contratti collettivi di associazioni e imprese in Svizzera, la seguente panoramica considera soltanto quelli che raggruppano più di 5000 lavoratori⁴⁰. I CCL della Posta e delle FFS non sono inclusi nella panoramica perché i rapporti di lavoro di queste due imprese sottostanno al diritto pubblico in virtù dell'articolo 2 capoverso 1 lettere c e d della legge federale del 24 marzo 2000⁴¹ sul personale federale. Dopo il periodo di prova è possibile disdire un rapporto di lavoro di durata indeterminata soltanto per i motivi elencati nella legge (art. 12 cpv. 6 e 7 LPers). Se la disdetta è contraria alla legge, il lavoratore è reintegrato oppure gli si deve offrire un altro lavoro ragionevolmente esigibile (art. 14 cpv. 1-3 LPers).

Fine del rapporto di lavoro e protezione dalla disdetta

Mentre vari CCL non prevedono regole particolari per la fine del rapporto di lavoro oppure si rifanno o rinviando alle disposizioni legali sulla protezione dalla disdetta⁴², altri contengono regole specifiche di vario tipo. Per la disdetta possono ad esempio essere richiesti la forma scritta e l'invio per raccomandata⁴³, o anche una motivazione⁴⁴. Certi contratti prevedono un avvertimento connesso a un periodo di prova o a misure per rimediare al comportamento che motiva il licenziamento⁴⁵, altri un

³⁸ Cfr. sopra n. 1.1.1.1, Parità e carattere imperativo

³⁹ **RS 221.215.311**

⁴⁰ Le cifre si basano su: Ufficio federale di statistica, Indagine sui contratti collettivi di lavoro in Svizzera, Neuchâtel 2007. Per i CCL d'impresa il numero dei lavoratori assoggettati si fonda sulle indicazioni dei rapporti annuali di gestione. Le clausole contrattuali sono quelle in vigore nel 2010.

⁴¹ **RS 172.220.1**

⁴² Per esempio lett. G del CCL del personale bancario; art. 9.5-9.9 e art. 10 Gesamtarbeitsvertrag (GAV) für die kaufmännischen und kaufmännisch-technischen Angestellten und das Verkaufspersonal im Detailhandel, Città di Zurigo; art. 58 segg. del CCL del ramo svizzero dell'installazione elettrica e dell'installazione delle telecomunicazioni; art. 17 e 18 del CCL per l'artigianato svizzero della macelleria; art. 15.1 e 15.5 del contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) del gruppo Migros.

⁴³ Art. 219 cpv. 2 del CCL per l'industria grafica; art. 55.2 del CCL del ramo svizzero dell'installazione elettrica e dell'installazione delle telecomunicazioni; art. 59.3 del CCL nel ramo svizzero della tecnica della costruzione; art. 15.3 del CCNL del gruppo Migros; art. 13.4 del CCL del Gruppo Coop; art. 3.1 del CCL pour le commerce de détail, Genève; art. 16 cpv. 3 del CCL per l'artigianato svizzero della macelleria; art. 7.1 del CCL per il settore privato della sicurezza (contratto scritto).

⁴⁴ Art. 2.12.3 del CCL Swisscom; art. 54.2 del CCL della Società svizzera di radiodiffusione e televisione (SRG SSR)

⁴⁵ Art. 7.1 GAV für Basler Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen (CCL per l'industria chimica di Basilea); allegato 4, n. 123 cpv. 1 del CCL del CCL per rami d'attività incorporati della Posta Svizzera.

colloquio preliminare⁴⁶. Con l'avvertimento o la disdetta può scattare un periodo durante il quale l'impiegato può chiedere di riesaminare la decisione con il diritto di essere sentito e assistito⁴⁷. In caso di licenziamento per motivi economici di lavoratori più anziani, un CCL offre anche la possibilità di rivolgersi alla Commissione paritaria per la ricerca di un impiego⁴⁸.

Nei CCL esiste anche una protezione materiale dalla disdetta. Molti migliorano la protezione dal congedo in tempo inopportuno (art. 336c CO), prolungando il periodo protetto in caso di malattia o incidente⁴⁹ oppure vietando il licenziamento durante le vacanze⁵⁰. Anche i termini di disdetta sono oggetto di regole speciali, ad esempio la proroga di tre mesi del termine in caso di disdetta per motivi economici a partire dai 60 anni di età e da otto anni di servizio, il raddoppio del termine in caso di disdetta per motivi economici a partire da 10 anni di servizio o la possibilità di prevedere un termine di un anno a partire dai 55 anni di età⁵¹.

È altresì prevista un'indennità o un beneficio equivalente al salario durante un determinato periodo: ad esempio un'indennità equivalente a due mesi di salario in caso di omissione dell'avvertimento⁵², un'indennità di tre mesi in alternativa alla proroga del termine di disdetta in caso di licenziamento per motivi economici a partire dai 60 anni di età e da otto anni di servizio⁵³ o, in caso di soppressione di posti per motivi aziendali, la differenza tra l'ultimo salario percepito e l'indennità di disoccupazione per le persone che non hanno trovato un altro posto di lavoro, durante tre mesi a partire dal terzo anno di servizio o durante un anno a partire dal secondo anno di servizio⁵⁴.

Protezione dei rappresentanti del personale e dei delegati sindacali

Vari contratti prevedono anche una protezione specifica per i rappresentanti del personale o i delegati sindacali. Sul piano procedurale, l'articolo 38.5 del CCL dell'industria metalmeccanica ed elettrica protegge i membri delle commissioni del personale o dei consigli di fondazione. La disposizione prevede un avviso motivato e scritto (cpv. 2) e accorda all'impiegato un termine di cinque giorni per chiedere un colloquio tra la rappresentanza dei lavoratori e la direzione (cpv. 3). Le parti possono chiedere l'intervento delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori affinché esaminino la situazione e fungano da mediatori. La procedura non può durare più di un mese e il licenziamento non può avvenire nel mese che segue il termine di cinque giorni previsto al capoverso 3 (cpv. 4). In caso di riorganizzazione è prevista una protezione supplementare (cpv. 5). In tal caso l'impiegato che conte-

⁴⁶ Art. 2.12.3 d del CCL Swisscom; art. 54.1 del CCL SRG SSR (a partire da dieci anni di servizio)

⁴⁷ Art. 7.2 del CCL per l'industria chimica di Basilea; art. 54.3 del CCL SRG SSR.

⁴⁸ Art. 55.3 de la CCT d del ramo svizzero dell'installazione elettrica e dell'installazione delle telecomunicazioni.

⁴⁹ Art. 21 cpv. 1 del contratto nazionale mantello (CNM) dell'edilizia e del genio civile; art. 10.1 de la CCT romande du second œuvre; art. 7.1 del CCL per il ramo pittura e gestatura; art. 12.2 cpv. 1 del CCL dell'industrie svizzera orologiaia e microtecnica; art. 40 cpv. 4 CCL per il mestiere del falegname (Svizzera tedesca e TI).

⁵⁰ Art. 7 cpv. 1 del CCNL dell'industria alberghiera e della ristorazione.

⁵¹ Rispettivamente: art. 12.1 cpv. 1 del CCL per l'industrie svizzera orologiaia e di microtecnica; art. 10, n. 5, lett. b del CCT romande du second œuvre; art. 6.3 del CCL per l'industria chimica di Basilea.

⁵² Allegato 4 n. 123 cpv. 1 del CCL per rami d'attività scorporati della Posta Svizzera.

⁵³ Art. 12.1 cpv. 1 del CCL per l'industrie svizzera orologiaia e di microtecnica.

⁵⁴ Art. 54.5 e 54.6 del CCL SRG SSR.

sta l'avviso di disdetta è protetto dal licenziamento durante quattro mesi. La direzione deve informare la commissione del personale e rivolgersi all'organizzazione padronale e a quella dei lavoratori designata dall'impiegato affinché esaminino il caso e fungano da mediatori, a meno che l'impiegato non rinunci a tale procedura (cpv. 5, 2° paragrafo). L'articolo 306 del CCL per l'industria grafica prevede, eccetto per i casi di riorganizzazione, una procedura simile a quella del CCL per l'industria metalmeccanica ed elettrica. Infine il CCL per l'industria orologiera e microtecnica svizzera prevede un colloquio preliminare tra il segretario padronale, il segretario sindacale e la direzione dell'impresa in caso di licenziamento di un membro della commissione del personale che fa parte del sindacato o di un delegato sindacale (rispettivamente art. 4.3.9 cpv. 6 e 4.6 cpv. 9).

Dal punto di vista materiale le disposizioni dei contratti collettivi citati sopra prevedono un divieto di licenziare gli impiegati in questione per motivi legati alle loro attività. Anche l'articolo 17.2 del CCL quadro per il commercio al dettaglio nel Cantone di Ginevra prevede il divieto di licenziare un impiegato in ragione della sua attività di rappresentante, delegato sindacale o membro della commissione del personale⁵⁵. L'articolo 2.12.3 del CCL della Swisscom stabilisce un termine di disdetta di sei mesi per i lavoratori eletti in un organo esecutivo di un sindacato contraente e accreditati come tali. L'articolo 123 capoverso 3 dell'allegato 4 del CCL per rami d'attività scorporati della Posta Svizzera prevede un'indennità massima di dodici mesi di salario in caso di disdetta contraria all'articolo 336 capoverso 2 lettera b CO, poiché questa disposizione è estesa ai collaboratori membri di un organo di partecipazione conforme al CCL o accreditati come persone di fiducia di un sindacato contraente.

1.1.3.4 I contratti normali di lavoro

Tre dei sei contratti normali di lavoro stabiliti dal Consiglio federale in virtù dell'articolo 359a capoverso 1 CO includono delle regole per la disdetta del contratto. Il contratto normale di lavoro del 16 gennaio 1985⁵⁶ per gli educatori negli istituti e nei convitti prevede che la disdetta deve essere data per scritto (art. 4 cpv. 2) per la fine della seconda settimana susseguente alla disdetta, durante il periodo di prova (art. 4 cpv. 1 lett. a) e, dopo il periodo di prova, per la fine del terzo mese susseguente alla disdetta (art. 4 cpv. 1 lett. b). L'articolo 5 del contratto normale di lavoro del 21 dicembre 1971⁵⁷ per il personale sanitario prevede le stesse regole ad eccezione del termine di disdetta dopo il periodo di prova, che è di due mesi e non di tre (art. 5

⁵⁵ La Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève (CRCT) ha recentemente giudicato che questa clausola comporta la reintegrazione dell'impiegato licenziato ingiustamente. Decision sur mesures provisionnelles del 26 maggio 2009, n. 5 delle considerazioni in diritto (consultabile su: http://www.cgas.ch/SPIP/IMG/pdf/2009-05-26crct_reintegration_Marisa_Parlong_160043.pdf). Cfr. anche DTF del 30 settembre 2009, 4A_328/2009, che tuttavia non si pronuncia su tale questione e la decisione di fondo della CRCT del 16 marzo 2010 che dichiara irricevibile la domanda di reintegrazione ma conferma in un obiter dictum la sua interpretazione dell'articolo 17.2 del CCL (notizia ats, 17.3.2010 pubblicata dal quotidiano Tribune de Genève, www.tdg.ch/print/node/149217). Il Tribunale federale ha confermato la decisione di irricevibilità della CRCT nella sua sentenza del 12 luglio 2010, 4A_248/2010, consid. 4

⁵⁶ RS 221.215.324.1

⁵⁷ RS 221.215.328.4

cpv. 1 lett. b). Il contratto normale di lavoro del 3 dicembre 1979⁵⁸ per i giardinieri privati prevede infine un termine di disdetta di sette giorni e per la fine della settimana durante il periodo di prova (art. 4 cpv. 1) e, trascorso il periodo di prova, il contratto di lavoro può essere disdetto per la fine di un mese, con un periodo di disdetta di un mese durante il primo anno di servizio, di due mesi dal secondo al nono anno di servizio e di tre mesi a partire dal decimo anno di servizio (art. 4 cpv. 2). L'articolo 5 disciplina la disdetta in tempo inopportuno, su riserva dell'articolo 336c capoverso 1 CO, relativamente imperativo (art. 362 cpv. 1 CO; art. 362 cpv. 2 CO e 359 cpv. 3 in combinazione con l'art. 358 CO).

I Cantoni sono tenuti a stabilire dei contratti normali di lavoro per i lavoratori agricoli delle economie domestiche private (art. 359 cpv. 2 CO). Il legislatore non ha più ritenuto opportuno inserire le regole sulla disdetta nel contenuto obbligatorio dei contratti normali di lavoro, vista l'emanazione di norme federali di diritto imperativo⁵⁹. I Cantoni restano tuttavia liberi di disciplinare questa questione nei contratti normali di lavoro.

1.1.4 Esame del diritto in vigore e necessità di legiferare

La prassi dimostra che la protezione dalle disdette riguarda soprattutto il licenziamento del lavoratore da parte del datore di lavoro. L'esame che segue è effettuato soprattutto in quest'ottica, senza tuttavia rimettere in questione il principio della parità, che sarà discusso al n. 1.2.5 del presente rapporto.

1.2 Esame della sanzione nel diritto vigente

1.2.1 Indennità

La scelta dell'indennità come sanzione di una disdetta abusiva o di un licenziamento ingiustificato corrisponde a una decisione di principio del legislatore che consiste nel rispettare in ogni caso la volontà della parte che disdice il contratto⁶⁰. Il carattere personale del rapporto di lavoro e la difficoltà di mantenerlo se diventa conflittuale sono elementi che hanno portato a questa scelta⁶¹. Questa decisione non è rimessa in questione. Non esiste alcun motivo che giustifichi la sostituzione, nell'articolo 336a CO, dell'indennità con la nullità o l'annullabilità della disdetta. Il mantenimento del rapporto di lavoro non è una soluzione praticabile, mentre un'indennità a carattere punitivo è atta a sanzionare efficacemente una disdetta abusiva o un licenziamento ingiustificato. A tale riguardo la valutazione della legge sulla parità dei sessi, oggetto di un rapporto del Consiglio federale nel 2006⁶², offre delle indicazioni sull'efficacia dell'articolo 10 LPar. Anche se l'utilità della disposizione è stata confermata, il Consiglio federale ha constatato che la protezione non ha permesso di eliminare la paura delle lavoratrici di perdere il posto di lavoro e che nelle procedure

⁵⁸ RS 221.215.329.3

⁵⁹ Messaggio 1967, pag. 369

⁶⁰ Cfr. messaggio 1984, n. 612.31

⁶¹ In tal senso Boll. Uff. 1985 N 1126 segg.

⁶² Rapporto del 15 febbraio 2006 concernente la valutazione dell'efficacia della legge sulla parità dei sessi, in adempimento della mozione 02.3142 (Vreni Hubmann), trasformata in postulato dal Consiglio nazionale il 21 giugno 2002, FF 2006 2941. Qui di seguito Rapporto.

– poco numerose – effettuate nel settore privato, è stato possibile mantenere il posto di lavoro soltanto in un caso⁶³.

1.2.2 Fissazione dell'indennità da parte del giudice

La revisione del 1988 ha voluto lasciare una grande libertà al giudice sia nel valutare il carattere abusivo o ingiustificato della disdetta sia nel determinarne la sanzione⁶⁴. Questa soluzione permette di fissare un'indennità adeguata alle circostanze di ciascun caso concreto e si giustifica in base alla diversità delle situazioni che possono verificarsi. Il datore di lavoro può ad esempio essere una piccola o una grande impresa, il lavoratore può subire un danno più o meno grande a dipendenza del suo rapporto di lavoro con il datore di lavoro e della sua situazione economica e sociale, e il carattere abusivo o ingiustificato della disdetta può presentare un grado di gravità più o meno elevato. Il giudice è quindi colui che è meglio in grado di valutare la situazione tenendo conto di queste circostanze.

Il Tribunale federale ha confermato che l'apprezzamento del giudice è limitato soltanto dal valore massimo fissato dal legislatore, scartando in particolare l'interpretazione secondo cui, per garantirne l'efficacia, l'indennità dovrebbe tendere verso l'importo massimo⁶⁵. La volontà legislativa chiaramente espressa all'articolo 336a capoverso 2 CO è quindi confermata dalla giurisprudenza federale e non è contestabile in virtù del diritto in vigore. Tale giurisprudenza rileva tuttavia l'opposizione che potrebbe nascere tra l'ammontare fissato dal giudice e l'effetto preventivo. Una somma troppo bassa potrebbe eliminare l'effetto preventivo della sanzione. Questo punto di vista non può essere contestato nella misura in cui mette l'accento sull'effetto preventivo della sanzione, ma non può essere condiviso poiché limita la possibilità di pronunciare sanzioni diverse a seconda delle circostanze concrete di ciascun caso. Garantendo l'effetto preventivo con un'indennità vicina al valore massimo – o stabilendo ad esempio un valore minimo – si toglie al giudice la possibilità di poter adattare l'indennità alle circostanze concrete. Un intervento legislativo in tal senso non è quindi opportuno. Il punto di vista favorevole al pronunciamento di una sanzione sistematicamente elevata si fonda sulla constatazione che il limite massimo fissato dal legislatore sarebbe troppo basso per permettere una sanzione efficace⁶⁶.

La necessità di poter adattare l'indennità a ciascun caso concreto è confermata dalla giurisprudenza emessa in applicazione delle disposizioni sulla protezione dalla disdetta. Un licenziamento con effetto immediato può ad esempio basarsi su buone ragioni che non sono tuttavia cause gravi, il che può giustificare il fatto di non accordare l'indennità sulla base dell'articolo 337c capoverso 3 CO⁶⁷. Il lavoratore

⁶³ Rapporto, n. 8.2.1

⁶⁴ Messaggio 1984, n. 612.33

⁶⁵ DTF **119** II 157, cons. 2a

⁶⁶ Cfr. Tribunale d'appello del Cantone del Ticino, decisione del 16 settembre 1998, JAR 1999, 256, consid. 3

⁶⁷ P.es. DTF **120** II 243, licenziamento in seguito a una violenta disputa tra un macchinista e il suo caporeparto, sentenza del Tribunale federale del 16 agosto 2001, 4C.74/2000, consid. 5, licenziamento di un giardiniere accusato di rapina.

può anche essere imputato di una colpa concomitante⁶⁸ oppure il licenziamento può basarsi su motivi leciti che non sono preponderanti⁶⁹. Una disdetta può inoltre essere abusiva per il modo in cui è pronunciata, senza che l'atteggiamento di fondo del datore di lavoro sia criticabile⁷⁰. D'altra parte la disdetta abusiva o ingiustificata può costituire un atto grave che richiede una sanzione severa⁷¹. I diversi gradi di gravità del licenziamento e il fatto di dover tenere conto di tutte le circostanze, confermato dal Tribunale federale⁷², richiedono un ampio apprezzamento da parte del giudice.

1.2.3 Indennità massima

L'indennità massima così come prevista dall'articolo 336a capoverso 2 CO è stata oggetto di una decisione politica in occasione della revisione del 1988. Il progetto del Consiglio federale prevedeva un massimo di 12 salari mensili⁷³, ma il Parlamento l'ha ridotto a sei. A tale riguardo ha tenuto conto dell'efficacia dell'indennità (funzione riparatrice e punitiva, effetto preventivo) e dell'onere che essa può costituire per il datore di lavoro, in particolare per le piccole e medie imprese⁷⁴. Nella valutazione dell'indennità occorre ponderare entrambi gli interessi.

La giurisprudenza ha confermato la scelta legislativa effettuata in occasione della revisione del 1988. Ha in particolare ribadito la non cumulabilità delle diverse indennità e la loro doppia funzione riparatrice e punitiva, la quale implica che l'indennità ha un carattere esaustivo e che le conseguenze di ordine economico sono pienamente considerate. La riserva dell'articolo 336a capoverso 2 secondo periodo CO si riferisce quindi a un danno subito in base a un fatto diverso dal licenziamento. La giurisprudenza non ha neppure concesso sistematicamente delle somme elevate per garantire l'effetto preventivo della sanzione. Vista questa situazione e tenendo conto del fatto che il giudice deve poter usufruire di un largo margine di apprezzamento, si tratta di esaminare se l'indennità massima attuale permette effettivamente di soddisfare tutte le sue funzioni in tutte le situazioni ipotizzabili. La sanzione deve in particolare poter essere adattata alla situazione del datore di lavoro. L'effetto dell'indennità è infatti diverso a seconda che si tratti di una piccola, di una media o di una grande impresa. Il criterio determinante a tale riguardo sono infatti le possibilità finanziarie del datore di lavoro.

L'indennità deve soddisfare una funzione riparatrice, anche se non si tratta di un risarcimento del danno e quest'ultimo non deve essere provato. La riparazione si riferisce al danno subito dal lavoratore, che dipende dalla durata del rapporto di

⁶⁸ P.es. sentenza del Tribunale federale del 2 giugno 2004, 4C.135/2004, consid. 3.2.2: licenziamento abusivo, nonostante l'intento, a titolo di protesta e senza annunciarlo al datore di lavoro, di non effettuare il lavoro previsto per il lunedì di Pasqua.

⁶⁹ Sentenza del Tribunale federale del 6 marzo 2001, 4P.205/2000, consid. 3

⁷⁰ P.es. DTF **123** III 247, consid. 6b: disdetta per modificare il contratto di lavoro in vista di una diminuzione del salario giustificata dalle prestazioni ridotte del lavoratore malato.

⁷¹ L'indennità massima è stata ad esempio concessa per sanzionare il licenziamento abusivo di un lavoratore anziano dopo un lungo rapporto di lavoro, alcuni mesi prima del pensionamento (DTF **132** III 115) o per la disdetta per ritorsione contro un direttore aggiunto che si è lamentato del comportamento pericoloso del direttore, subito dai collaboratori per diversi mesi senza reazione da parte del datore di lavoro (Sentenza del Tribunale federale del 16 giugno 2005, 4C.84/2005).

⁷² DTF **123** III 391, consid. 3c

⁷³ Messaggio 1984, n. 620.6

⁷⁴ Boll. Uff. **1985** N 1128 segg.; Boll. Uff. 1987 S 346 seg.

lavoro, dall'età del lavoratore, dalla sua situazione sociale e dalle conseguenze economiche del licenziamento. Questi elementi hanno contribuito a stabilire un'indennità massima o vicina al massimo nel caso di un lavoratore anziano licenziato dopo 44 anni di servizio e vicino al pensionamento⁷⁵, di un lavoratore con più di 15 anni di servizio che si è ritrovato disoccupato e in uno stato di grave depressione⁷⁶, di un impiegato con più di 30 anni di servizio la cui situazione professionale è stata progressivamente peggiorata dal datore di lavoro e che si è ammalato duramente⁷⁷, oppure in casi di molestie sessuali che hanno condotto a un'impossibilità prolungata di lavorare⁷⁸ o a una situazione di disoccupazione dopo sette anni di servizio⁷⁹. Gli stessi elementi possono invece condurre a una riduzione dell'indennità se il rapporto di lavoro è corto e l'interessato ritrova subito un posto di lavoro⁸⁰ anche se ha 57 anni⁸¹.

La funzione punitiva dell'indennità deve permettere di rispecchiare la gravità del licenziamento nella sanzione. A tale riguardo sono stati costatati atti sufficientemente gravi per contribuire alla concessione di un'indennità elevata (cfr. sopra n. 1.2.2). Questi possono cumularsi con un grave pregiudizio per il lavoratore o opporsi a un comportamento irreprensibile di quest'ultimo⁸², oppure riguardare un lavoratore dopo un lungo rapporto di lavoro⁸³.

Sono infine considerate anche le capacità finanziarie del datore di lavoro, in modo da garantire l'efficacia della sanzione, soprattutto in caso di capacità notevoli⁸⁴. Questo criterio può però anche giustificare una diminuzione della sanzione.

In considerazione della situazione attuale, il massimo di sei mesi può essere legittimamente messo in questione poiché, viste le diverse funzioni dell'indennità, costituisce un limite troppo angusto per il giudice. Come esposto sopra, è possibile che il licenziamento costituisca un atto grave, che abbia delle conseguenze serie per l'impiegato e che occorra tenere conto delle importanti capacità finanziarie del datore di lavoro. Con un limite massimo di sei mesi è difficile garantire l'effetto preventivo, visto che una parte dell'indennità si riferisce al risarcimento del danno subito dal lavoratore. In certi casi il Tribunale federale ha dovuto acconsentire a un'indennità supplementare per torto morale, riconoscendo che un danno può essere così grave «che per risarcirlo non è sufficiente un'indennità corrispondente a sei mesi di salario del lavoratore»⁸⁵. L'obiettivo fondamentale è che il datore di lavoro

⁷⁵ DTF **132** III 115

⁷⁶ Sentenza del Tribunale federale del 28 marzo 2002, 4C.86/2001, consid. 1^o.

⁷⁷ Sentenza del Tribunale federale del 26 maggio 2009, 4A_564/2008, consid. 2.

⁷⁸ DTF **126** III 395 = DTF del 4 luglio 2000, 4C.463/1999, consid. 9c (non pubblicato); sentenza del Tribunale federale del 19 dicembre 2006, 4P.214/2006.

⁷⁹ Sentenza del Tribunale federale del 25 maggio 2006, 4C.60/2006, consid. 8.3

⁸⁰ Sentenza del Tribunale federale del 19 gennaio 2001, 4C.238/2000, consid. 3;

⁸¹ Sentenza del Tribunale federale del 12 settembre 2008, 4A_279/2008, consid. 4.2

⁸² Caso di molestie: Sentenza del Tribunale federale del 16 giugno 2005, 4C.84/2005, consid. 4.2; impegno di lunga data per il rispetto dei diritti dei lavoratori: Sentenza del Tribunale federale del 28 marzo 2002, 4C.86/2001, consid. 1e

⁸³ Sentenza del Tribunale federale del 26 maggio 2009, 4A_564/2008, consid. 2

⁸⁴ Sentenza del Tribunale federale del 28 marzo 2002, 4C.86/2001, consid. 1e («capacità finanziarie notevoli»); Sentenza del Tribunale federale del 27 febbraio 2007, 4C.370/2006, consid. 3.2 (impresa che impiega più di 40 persone); sentenza del Tribunale federale 4C.310/1998 dell'8 gennaio 1999, Praxis 1999, n. 112 = SJ 1999, 277, consid. 3d (menzione del criterio).

⁸⁵ Sentenza del Tribunale federale 4C.310/1998, Praxis 1999, n. 112 = SJ 1999, 277, consid. 4a.

non abbia l'impressione di poter comprare a poco prezzo una disdetta abusiva o ingiustificata⁸⁶. I casi trattati dalla giurisprudenza non permettono di confermare del tutto l'effetto preventivo voluto dal legislatore. Oltre ai casi citati sopra, come quello di un lavoratore a quattro mesi dall'età di pensionamento con 44 anni di servizio, licenziato perché non andava d'accordo con il caporeparto e per aver criticato direttive dal contenuto dubbio, o quello di collaboratrici o collaboratori che si sono lamentati di molestie sessuali o morali, esiste anche quello di un appartenente ai quadri dal comportamento esemplare licenziato per mantenere la reputazione del datore di lavoro oppure di un impiegato serio che ha segnalato delle malversazioni da parte del suo superiore, licenziato in seguito a un'inchiesta affidata allo stesso superiore⁸⁷.

Questi fatti richiedono una sanzione elevata o massima e per garantire l'effetto repressivo e dissuasivo devono poter essere puniti severamente. La sanzione deve inoltre essere abbastanza diversificata da considerare anche i casi meno gravi in cui il datore di lavoro non ha colpe o le conseguenze per il lavoratore non sono gravi oppure un'attenuazione della sanzione è opportuna in considerazione delle capacità finanziarie limitate del datore di lavoro. Bisogna pertanto constatare che, viste le diverse funzioni attribuite all'indennità, il massimo di sei mesi non permette di fissare un'indennità abbastanza elevata nei casi gravi e distinguerli così nettamente da quelli meno gravi o in cui esistono delle attenuanti.

D'altronde, nel fissare l'ammontare dell'indennità, si tiene conto anche della situazione del datore di lavoro. Non è quindi opportuno limitare in tutti i casi il margine di manovra del giudice per tenere conto della situazione delle piccole e medie imprese. Senza portare effettivi vantaggi tale limitazione impedisce di sanzionare adeguatamente atti di una certa gravità in situazioni in cui il datore di lavoro dispone di buone capacità finanziarie. D'altra parte non è necessario che il legislatore stabilisca un importo massimo specifico per le piccole e medie imprese, poiché nel suo apprezzamento il giudice può tenere conto della situazione del datore di lavoro. In tale contesto il criterio delle capacità finanziarie appare più appropriato rispetto a quello delle dimensioni dell'impresa.

1.2.4 Protezione specifica per i rappresentanti del personale e i delegati sindacali

Sanzione della disdetta abusiva o ingiustificata

Come illustrato sopra (n. 1.1.1.2 e 1.1.2), i casi trattati dinnanzi alle autorità dell'OIL riguardano la sanzione del licenziamento abusivo o ingiustificato di rappresentanti o delegati sindacali. Nelle sue prese di posizione sulla denuncia da parte dell'USS, il Consiglio federale ha già avuto occasione di esaminare la pratica giurisprudenziale in tali casi⁸⁸. Il Consiglio federale ha altresì riferito dei colloqui tripartiti sulla situazione giuridica svizzera che hanno avuto luogo in tale contesto. Ha

⁸⁶ Messaggio 1984, n. 620.6.

⁸⁷ Rispettivamente: DTF **131** III 535 e sentenza del Tribunale federale 4A_2/2008 dell'8 luglio 2008.

⁸⁸ Osservazioni supplementari del Consiglio federale, del 16 giugno 2006 e osservazioni del Consiglio federale svizzero sul seguito dato alla raccomandazione del Comitato del 15 novembre 2006, del 26 settembre 2008.

inoltre espresso il suo parere in merito alla conformità del diritto svizzero alla Convenzione (n. 98) dell'OIL e all'interpretazione che ne dà il Comitato della libertà sindacale, restando dell'avviso che la denuncia vada archiviata senza darvi seguito.

Per quanto riguarda la sanzione di un licenziamento abusivo o ingiustificato, la situazione attuale non richiede la necessità di reintegrare il lavoratore licenziato a torto, anche nel caso particolare del licenziamento per l'appartenenza o meno a un sindacato o per un'attività sindacale (art. 336 cpv. 2 lett. a CO) oppure del licenziamento di un lavoratore nominato rappresentante dei salariati (art. 336. cpv. 2 lett. b CO). Già durante la revisione del 1988, il disegno del Consiglio federale, che andava oltre il testo poi adottato dal Parlamento, non stabiliva la reintegrazione⁸⁹, prevedendo invece di applicare la sanzione prevista per gli altri motivi di disdetta abusiva o licenziamento ingiustificato. Il Parlamento ha inoltre rifiutato una proposta che intendeva permettere al giudice di reintegrare il lavoratore licenziato a torto⁹⁰. Queste scelte devono essere confermate per le ragioni esposte sopra (n. 1.2.1). La reintegrazione è difficilmente attuabile quando la situazione diviene conflittuale e occorre chiarirla in una procedura eventualmente molto lunga.

Il presente progetto intende invece proporre una sanzione efficace in caso di disdetta abusiva o ingiustificata. Questa si applicherà anche nei casi previsti dall'articolo 336 capoverso 2 lettere a e b CO. Questa soluzione permette di raggiungere l'obiettivo della protezione e non è pertanto necessario prevedere una sanzione più severa per questi casi. Restano possibili le soluzioni contrattuali, come quelle previste già oggi in alcuni CCL (vedi sopra n. 1.1.3.3). A tale riguardo è necessario garantire che la protezione legale non ponga ostacoli alle soluzioni liberamente concordate dai partner sociali o dalle parti (cfr. sotto, n. 1.2.5).

Motivo giustificato

La protezione estesa di cui godono i lavoratori nominati rappresentanti dei salariati è ben consolidata e non va rimessa in questione. Merita invece di essere discussa l'inclusione di motivi oggettivi, in particolare economici, nella nozione di «motivo giustificato». Il legislatore ha adottato questa nozione riferendosi all'articolo 340c capoverso 2 CO⁹¹. Tale disposizione prevede che il motivo giustificato debba essere riconducibile o imputabile al lavoratore⁹². Il Tribunale federale ha da parte sua giudicato che motivi economici costituiscono in linea di massima un motivo giustificato ai sensi dell'articolo 336 capoverso 2 lettera b CO⁹³. Soltanto se presentano un legame con l'attività di rappresentante del personale la loro legittimità potrebbe essere rimessa in questione. L'argomento secondo il quale la disposizione fa parte della protezione dal licenziamento per motivi abusivi e non in tempo inopportuno non è di per sé criticabile⁹⁴. Occorre tuttavia notare che il Parlamento, integrando il licenziamento di rappresentanti del personale all'articolo che tratta la disdetta abusiva, non ha inteso scostarsi dal progetto del Consiglio federale e mettere tale motivo di disdetta abusiva allo stesso livello degli altri⁹⁵. Il legislatore ha quindi voluto in questo caso stabilire una protezione specifica, che risiede in particolare nel fatto che

⁸⁹ Messaggio 1984, art. 336e del disegno.

⁹⁰ Boll. Uff. **1985** N 1130-1133

⁹¹ Messaggio 1984, n. 620.11; Boll. Uff. 1985 N 1131-1132

⁹² DTF **130** III 353, consid. 2.2.1

⁹³ DTF **135** III 512, consid. 6.2

⁹⁴ DTF **135** III 512, consid. 6.1

⁹⁵ Boll. Uff. **1985** N 1134-1135

il datore di lavoro deve provare che il licenziamento poggia su un motivo giustificato. Un tale motivo non deve equivalere a una causa grave, ma deve avere una certa importanza. Occorre quindi chiedersi se con l'interpretazione del Tribunale federale, la condizione del motivo giustificato e la protezione che ne risulta non perdano gran parte della loro portata. Ci si può anche chiedere se sia coerente esigere che il motivo inerente al lavoratore presenti un certo grado di gravità e ammettere nel contempo che qualsiasi motivo economico sia giustificato indipendentemente dalla sua importanza. L'argomento secondo cui il datore di lavoro deve poter decidere senza ostacoli le misure più razionali sotto il profilo economico e le più supportabili sotto il profilo sociale, senza che gli altri lavoratori subiscano il contraccolpo della protezione dei loro rappresentanti, è certamente pertinente⁹⁶. Ma, ancora una volta, la protezione particolare voluta dal legislatore per i rappresentanti dei lavoratori stabilendo delle condizioni più esigenti al loro licenziamento non sembra essere presa in considerazione.

La protezione specifica accordata dall'articolo 336 capoverso 2 lettera b CO e la sua portata in relazione a un licenziamento per motivi economici merita tanto più di essere riesaminata in quanto, dopo la revisione del 1988, il legislatore ha stabilito un obbligo d'informare la rappresentanza dei lavoratori sulle conseguenze, per l'impiego e per i lavoratori stessi, del corso degli affari (art. 9 cpv. 2 della legge sulla partecipazione). Ha inoltre introdotto un obbligo di consultare tale rappresentanza in caso di licenziamento collettivo, che per definizione è una misura adottata per motivi non inerenti al singolo lavoratore (art. 335d CO), e un obbligo di consultazione da parte del datore di lavoro che trasferisce l'azienda o una parte di essa a un terzo (art. 333a CO)⁹⁷. La legge federale del 3 ottobre 2003⁹⁸ sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio (legge sulla fusione, LFus) ha esteso l'obbligo di consultazione previsto all'articolo 333a ai casi di fusione e di scissione di società (rispettivamente art. 27, cpv. 1 e 28 cpv. 1, 49 cpv. 1 e 50 cpv. 1), di trasferimento di patrimonio (art. 76 cpv. 1 e 77 cpv. 1), di fusione o di trasferimento di patrimonio delle fondazioni (art. 85 cpv. 3) e di fusione o di trasferimento di patrimonio di istituzioni di previdenza (art. 96 cpv. 5 e 98 cpv. 2). La rappresentanza dei lavoratori è oggi quindi chiamata per legge a essere l'interlocutore del datore di lavoro in caso di riorganizzazione dell'impresa per ragioni economiche.

1.2.5 Parità e carattere assolutamente imperativo della protezione dalle disdette abusive

La natura delle regole che proteggono dalla disdetta pongono diverse questioni. Il principio della parità non giustifica innanzitutto l'istituzione di regole assolutamente imperative come quelle previste dagli articoli 336 capoverso 1 e 336a CO. È sufficiente che la protezione più estesa convenuta dalle parti sia a beneficio di entrambe. D'altra parte, pure se il principio della parità è giustificato e anche il datore di lavoro deve poter beneficiare della protezione contro le disdette abusive, la prassi ha mo-

⁹⁶ DTF 135 III 512, consid. 6.2

⁹⁷ Il Consiglio federale intende estendere l'applicazione dell'articolo 333a CO ai trasferimenti di imprese in caso di insolvenza. Cfr. il comunicato stampa del DFGP del 20 gennaio 2010, «Accolta perlopiù favorevolmente l'agevolazione del risanamento aziendale».

⁹⁸ RS 221.301

strato che le suddette disposizioni servono soprattutto a proteggere i lavoratori. Per questo motivo e visto che non vi è motivo per ostacolare soluzioni più favorevoli convenute dalle parti, il carattere assolutamente imperativo delle disposizioni sulla protezione dal licenziamento non è appropriato. A questo si aggiunge che una protezione più estesa è possibile per quanto riguarda le condizioni della disdetta abusiva ai sensi dell'articolo 336 capoverso 2 CO, ma non per quanto riguarda la sanzione. Infine, la natura dell'articolo 337c capoverso 3 CO merita di essere chiarita.

1.3 Le modifiche proposte

Aumento dell'indennità massima (art. 336a cpv. 2 e 337c cpv. 3 AP-CO)

Le critiche avanzate alla sanzione in caso di disdetta abusiva o ingiustificata e l'esame della situazione attuale inducono a proporre un inasprimento di tale sanzione, aumentando l'indennità massima dai sei mesi di salario attualmente previsti a dodici mesi. L'aumento si applica a tutte le disdette abusive o ingiustificate e non si limita a motivi particolari di disdetta. Il giudice continua a disporre del suo potere d'apprezzamento per fissare l'indennità.

Il licenziamento per motivi economici di rappresentanti dei lavoratori è abusivo (art. 336 cpv. 2 lett. b AP-CO)

L'avamprogetto propone di limitare i motivi giustificati del licenziamento di rappresentanti del personale a quelli inerenti alla persona stessa del lavoratore. È infatti necessario chiarire l'applicazione dei motivi giustificati in caso di licenziamento per un motivo oggettivo, in particolare economico. In tale contesto i rappresentanti dei lavoratori possono esigere di non essere licenziati nelle situazioni tipiche in cui sono chiamati a intavolare colloqui con il datore di lavoro.

Possibilità di soluzioni contrattuali più favorevoli a entrambe le parti o ai lavoratori (art. 336 cpv. 3, 336* cpv. 3, 361 e 362 AP-CO)

L'avamprogetto propone di ammettere soluzioni contrattuali che estendono la protezione contro le disdette abusive se sono più favorevoli per entrambe le parti o a vantaggio dei lavoratori. La natura della protezione contro le disdette è così adattata al principio della parità. È pertanto possibile una protezione più estesa voluta da entrambe le parti, tenendo conto del fatto che nella prassi la protezione si applica soprattutto al lavoratore.

1.4 Giustificazione e applicazione della soluzione proposta

1.4.1 Mantenimento del principio del diritto in vigore

Validità della disdetta

L'avamprogetto propone di inasprire la sanzione in caso di disdetta abusiva o ingiustificata. La validità della disdetta non è tuttavia rimessa in questione. Da una parte è poco realistico voler mantenere un rapporto di lavoro contro la volontà di una parte e dall'altra, una sanzione pecuniaria sufficientemente elevata può essere efficace e svolgere la funzione preventiva prevista.

Natura dell'indennità

È mantenuto anche il carattere sui generi dell'indennità, che ha una funzione riparatrice e punitiva, come confermato dalla DTF 123 III 391. Un'indennità massima più elevata permetterà di soddisfare la doppia funzione assegnata all'indennità, senza dover rimettere in questione il suo carattere esaustivo né il fatto che non deve corrispondere a un danno dimostrato.

Fissazione da parte del giudice

L'ampio potere di apprezzamento accordato al giudice deve essere preservato, visto che i casi di disdetta abusiva o ingiustificata possono essere molteplici. Una sanzione diversificata e adatta a ciascun caso non può essere stabilita in maniera astratta nella legge e deve pertanto essere lasciata al potere d'apprezzamento del giudice. L'aumento dell'indennità massima permetterà al giudice di pronunciare sanzioni più severe senza restringere il suo potere d'apprezzamento.

1.4.2 Migliore protezione dalla disdetta

Sanzione efficace in caso di disdetta abusiva o ingiustificata

L'aumento dell'indennità massima da sei a dodici salari mensili permette di inasprire nettamente la sanzione. Tale aumento conferisce al giudice un margine sufficientemente largo per tenere conto di tutte le circostanze del caso, in particolare della gravità della disdetta e del danno arrecato al lavoratore, ma anche della situazione economica del datore di lavoro. Quest'ultimo potrà essere punito in modo più severo se dispone di ingenti capacità finanziarie. Se invece le sue capacità sono limitate, il giudice avrà la possibilità di limitare l'indennità.

La sanzione avrà inoltre un effetto preventivo più pronunciato. La prospettiva di una sanzione più elevata indurrà a non ricorrere troppo affrettatamente a un licenziamento e incoraggerà la ricerca di una soluzione alternativa.

La presente proposta è tuttavia meno estesa rispetto al progetto del Consiglio federale del 1984, che offriva la possibilità di cumulare le indennità se la disdetta era nel contempo abusiva e ingiustificata o se riguardava un rappresentante dei lavoratori. Sarebbe quindi stato possibile arrivare fino a un'indennità di 36 salari mensili.

Migliore protezione dei rappresentanti dei lavoratori

L'indennità massima proposta permetterà anche di sanzionare efficacemente il licenziamento di rappresentanti dei lavoratori o di delegati sindacali, abusivo ai sensi dell'articolo 336 capoverso 2 lettere a e b CO. I partner sociali o le parti potranno inoltre prevedere una sanzione più severa. È infatti ragionevole consentire che un licenziamento abusivo sia annullato e che il lavoratore sia reintegrato, se entrambe le parti lo accettano.

La limitazione dei motivi giustificati di licenziamento ai sensi dell'articolo 336 capoverso 2 lettera b ai motivi inerenti alla persona del lavoratore permette anch'essa di proteggere meglio i rappresentanti dei lavoratori. Tale protezione non fa che garantire che i rappresentanti dei lavoratori possano svolgere i loro compiti in buone condizioni in situazioni ove ciò è particolarmente necessario, mettendo la protezione dai licenziamenti abusivi in accordo con il ruolo attribuito loro dalla legge. Questa limitazione non restringe tuttavia in modo sproporzionato il margine

di manovra del datore di lavoro in caso di riorganizzazione. La cerchia dei beneficiari di tale disposizione è ristretta e sottrae soltanto pochi lavoratori all'eventuale abolizione di posti per motivi economici. D'altronde una riorganizzazione può comportare anche altre misure che il licenziamento, ad esempio un nuovo posto di lavoro in seno all'impresa. Infine, se un posto occupato da un rappresentante dei lavoratori deve essere effettivamente soppresso e non è ipotizzabile nessun'altra misura a parte il licenziamento, il contratto può essere sciolto di comune accordo.

1.5 Diritto internazionale, rapporto con il diritto europeo e diritto comparato

1.5.1 Diritto internazionale

Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali

Il Patto internazionale del 16 dicembre 1966⁹⁹ relativo ai diritti economici, sociali e culturali garantisce il diritto al lavoro (art. 6), il diritto di godere di giuste e favorevoli condizioni di lavoro (art. 7), il diritto di costituire con altri dei sindacati e di aderire al sindacato di propria scelta (art. 8 cpv. 1 lett. a) e, per i sindacati, il diritto di esercitare liberamente le loro attività (art. 8 cpv. 1 lett. c). Queste disposizioni non si riferiscono in maniera specifica alla protezione dal licenziamento, ma l'articolo 8 trova la sua concretizzazione nell'articolo 336 capoverso 2 lettere a e b CO¹⁰⁰. Il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali aveva raccomandato alla Svizzera di ratificare la Convenzione n. 98 dell'OIL¹⁰¹, cosa che la Svizzera ha fatto il 17 agosto 1999.

Carta sociale europea

La Carta sociale europea riveduta del 3 maggio 1996 garantisce in particolare la protezione dal licenziamento. Il testo non è stato ratificato dalla Svizzera¹⁰². L'articolo 24 statuisce una protezione in caso di licenziamento che riprende i requisiti posti nella Convenzione n. 158 dell'OIL (cfr. sotto). Le parti contraenti devono riconoscere il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio (1° par. lett. a), devono inoltre riconoscere il diritto dei lavoratori licenziati senza valido motivo a un congruo indennizzo o a altra adeguata riparazione (1° par. lett. b). Il lavoratore deve avere il diritto di

⁹⁹ RS **0.103.1**. La Suisse a adhéré au Pacte le 18 juin 1992. Le Pacte est entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992.

¹⁰⁰ Poiché la libertà sindacale deriva dalla libertà d'associazione, essa è garantita anche dall'articolo 22 del Patto internazionale del 16 dicembre 1966 relativo ai diritti civili e politici (RS *0.103.2*) e dall'articolo 11 della Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (RS *0.101*).

¹⁰¹ Osservazioni finali del 7 dicembre 1998 del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali: Svizzera. E/C.12/1/Add.30., n. 30

¹⁰² Il Consiglio federale ha firmato la Carta nella sua versione originale del 6 maggio 1996. Il 17 dicembre 2004 il Consiglio nazionale ha stralciato (Boll. Uff. 2004 (BO 2004 N 2168) l'iniziativa parlamentare, Iv.pa. Gruppo socialista (91.419) «Ratifica della Carta sociale europea», del 19 giugno 1991. Il postulato Seydoux (10.3004) «Compatibilità della riveduta Carta sociale europea con l'ordinamento giuridico svizzero», del 12 gennaio 2010, è stata accolta dal Consiglio federale il 24 febbraio 2010 e adottata dal Consiglio degli Stati l'8 marzo 2010.

ricorso davanti a un organo imparziale (2° par.). L'annesso (art. 24 n. 3) enumera motivi che non costituiscono un motivo valido, in particolare l'affiliazione a un sindacato o la partecipazione ad attività sindacali (lett. a) e il fatto di sollecitare, di esercitare o di avere un mandato di rappresentanza dei lavoratori (lett. b). L'articolo 28 della Carta obbliga le parti contraenti a garantire che i rappresentanti dei lavoratori godano di un'effettiva tutela riguardo ad atti che potrebbero recar loro pregiudizio ivi compreso il licenziamento, e di cui sarebbero oggetto per via della loro qualifica o della loro attività di rappresentanti dei lavoratori nell'impresa (lett. a). L'articolo 29 statuisce un diritto all'informazione e alla consultazione in caso di licenziamento collettivo.

Organizzazione internazionale del lavoro (OIL)

Il 22 giugno 1982 la Conferenza generale dell'OIL ha adottato la Convenzione n. 158 e la raccomandazione R166 concernente la cessazione del rapporto di lavoro per iniziativa del datore di lavoro (Convenzione e raccomandazione sul licenziamento). Il Consiglio federale ha presentato questi testi in maniera particolareggiata nel rapporto del 4 maggio 1983 sulla 68^a sessione della Conferenza internazionale del Lavoro¹⁰³ e nel messaggio del 1984 sulla revisione allora proposta¹⁰⁴. Ricordiamo che l'articolo 4 prevede che qualsiasi licenziamento deve basarsi su un motivo valido legato alle attitudini o alla condotta del lavoratore o sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio. Gli articoli 5 e 6 enumerano dei motivi che non costituiscono un motivo valido, in particolare l'attività sindacale (art. 5 lett. a) e la sollecitazione o l'esercizio di un mandato di rappresentanza dei lavoratori (art. 5 lett. b). L'articolo 10 statuisce che il licenziamento ingiustificato va sanzionato con un'indennità adeguata o con qualsiasi altra forma di riparazione considerata appropriata, se l'annullamento del licenziamento e/o la reintegrazione del lavoratore non sono previsti dalla legislazione o dalla prassi nazionale o se l'autorità che tratta la questione ritiene che nel caso specifico tali misure non siano possibili. L'articolo 12 prevede infine un'indennità di partenza o prestazioni di assicurazione contro la disoccupazione o di un'altra assicurazione sociale a favore del lavoratore licenziato.

Il Consiglio federale ha esaminato la conformità del diritto svizzero alla Convenzione nel suo rapporto del 4 maggio 1983¹⁰⁵. Riferendosi al diritto allora vigente, ha constatato che non era conforme alle esigenze poste dalla Convenzione e non ha quindi sottoposto quest'ultima all'approvazione del Parlamento. Nel messaggio del 1984 (n. 333) il Consiglio federale ha inoltre osservato che neppure il suo controprogetto proposto soddisfaceva le esigenze della Convenzione. Dato che la protezione dal licenziamento non è stata migliorata in occasione dei dibattimenti parlamentari, tale constatazione vale anche per la disciplina adottata nel 1988 ed è stata confermata anche successivamente¹⁰⁶. La divergenza principale consiste nel fatto che nella Convenzione n. 158 la liceità del licenziamento dipende da un motivo

¹⁰³ FF 1983 II 1083

¹⁰⁴ Messaggio 1984, n. 333

¹⁰⁵ n. 33 e 34

¹⁰⁶ Il 13 dicembre 2000, il Consiglio nazionale ha ad esempio rifiutato di dare seguito all'Iniziativa parlamentare Thanei (99.459) Diritto del lavoro. Protezione contro il licenziamento, che chiedeva di conformare il diritto svizzero alla Convenzione (n°158) dell'OIL e alla Carta sociale europea.

valido, mentre il diritto svizzero statuisce che il licenziamento può essere liberamente pronunciato su riserva dei motivi considerati abusivi.

Ai testi menzionati, che trattano in maniera generale il licenziamento, si aggiungono testi che si occupano di settori particolari, enumerati nel messaggio del Consiglio federale (n. 333). Ricordiamo in questa sede la Convenzione n. 98 concernente l'applicazione dei principi del diritto d'organizzazione e di negoziazione collettiva (cfr. sopra n. 1.1.1.2), ratificata dalla Svizzera il 17 agosto 1999 e in vigore dal 17 agosto 2000¹⁰⁷. La Convenzione esige in particolare una protezione adeguata contro tutti gli atti di discriminazione tendenti a pregiudicare la libertà sindacale in materia d'impiego (art. 1 cpv. 1), in particolare gli atti aventi lo scopo di licenziare un lavoratore a causa della sua affiliazione sindacale o della sua partecipazione ad attività sindacali fuori dalle ore di lavoro o, con il consenso del datore di lavoro, durante le ore di lavoro (art. 1 cpv. 2, lett. b).

Inoltre la Convenzione n. 135 relativa alla protezione dei rappresentanti dei lavoratori nell'azienda e alle agevolazioni che devono essere loro concesse è stata adottata dalla Conferenza generale dell'OIL il 23 giugno 1971 (Convenzione sui rappresentanti dei lavoratori)¹⁰⁸ con l'intenzione di completare la Convenzione n. 98¹⁰⁹. L'articolo 1 in particolare prevede che i rappresentanti dei lavoratori nell'impresa devono beneficiare di una efficace protezione contro qualsiasi provvedimento che possa loro nuocere, ivi compreso il licenziamento motivato dalla loro qualità di rappresentanti dei lavoratori e dalla loro attività in quanto tali, dalla loro affiliazione sindacale o dalla loro partecipazione ad attività sindacali, purché agiscano in conformità alle leggi, agli accordi collettivi o ad altri accordi contrattuali in vigore. L'articolo 3 precisa che i rappresentanti dei lavoratori sono le persone riconosciute come tali dalla legislazione o dalla prassi nazionale, che esse siano rappresentanti sindacali (lett. a) o rappresentanti liberamente eletti dai lavoratori (lett. b). La Svizzera non ha ratificato la Convenzione n. 135¹¹⁰.

1.5.2 Rapporto con il diritto europeo

L'Unione europea non ha armonizzato le regole nazionali sulla protezione dal licenziamento. Ciononostante l'articolo 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede che ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Per quanto riguarda il licenziamento collettivo, la direttiva 75/129/CEE è stata sostituita dalla direttiva 98/59/CE¹¹¹. Quest'ultima non contiene

¹⁰⁷ RS 0.822.719.9

¹⁰⁸ Rapporto concernente la 56^a sessione della Conferenza internazionale del lavoro, FF 1972 II 375, versione francese, Annexe 1

¹⁰⁹ Considerazioni 1 e 2 del preambolo.

¹¹⁰ Nel suo rapporto del 1972 (n. III, 2) il Consiglio federale non si è pronunciato sulla ratifica in considerazione del diritto svizzero allora vigente e di un'iniziativa popolare pendente. Più di recente la mozione Levrat (06.3569) Ratifica della Svizzera della convenzione n. 135 dell'OIL è stata tolta dal ruolo il 20 marzo 2009 e il 18 settembre 2008 il Consiglio nazionale non ha dato seguito all'Iniziativa parlamentare Levrat (07.474) Per una migliore protezione dei rappresentanti dei lavoratori, (Boll. Uff. 2008 N 1182).

¹¹¹ Rispettivamente: Direttiva 75/129/CEE del Consiglio del 17 febbraio 1975, GU L 48 del 22.2.1975, pag. 29, e Direttiva 98/59/CE del Consiglio del 20 luglio 1998 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, e GU L 225 del 12.8.1998, pag. 16.

modifiche fondamentali e non prevede regole nuove in merito alla sanzione dei licenziamenti collettivi pronunciati in violazione delle regole procedurali previste. In materia di trasferimento di imprese, l'articolo 4 capoverso 1 della Direttiva 2001/23/CE¹¹² statuisce che il licenziamento non può essere pronunciato per il solo fatto del trasferimento, ma che può avere luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione¹¹³. Le direttive che disciplinano la parità tra uomini e donne (Direttiva 2006/54/CE), in materia di occupazione e impiego (Direttiva 2000/78/CE) e indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (Direttiva 2000/43/CE) lasciano agli Stati membri la decisione in merito alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali che mettono in atto le direttive, precisando tuttavia che tali sanzioni possono comprendere il versamento di un'indennità e che devono essere efficaci, proporzionali e dissuasive¹¹⁴. Le direttive si applicano alle condizioni del licenziamento e prevedono una protezione contro le misure ritorsive¹¹⁵.

Varie direttive europee si occupano della partecipazione dei lavoratori. L'articolo 7 della Direttiva che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori¹¹⁶ prescrive agli Stati membri di provvedere affinché i rappresentanti dei lavoratori godano, nell'esercizio delle loro funzioni, di una protezione e di garanzie sufficienti a permettere loro di realizzare in modo adeguato i compiti che sono stati loro affidati. Le altre direttive, in particolare l'articolo 10 capoverso 3 della Direttiva 2009/38/CE riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei

¹¹² Direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, GU L 82 del 22.3.2001, pag. 82. La direttiva sostituisce la Direttiva 77/187/CEE del Consiglio del 14 febbraio 1977, GU L 61 del 5.3.1977, pag. 26, modificata dalla Direttiva 98/50/CE del Consiglio del 29 giugno 1998, GU L 201 del 17.7.1998, pag. 88.

¹¹³ Sulla portata di tale disposizione cfr.: sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea dell'11 giugno 2009, causa C-561/07, Commissione c. Italia, Racc. pag. I-4959, n. 35; sentenza del 12.3.1998, causa C-319/94, Dethier Equipement, Racc. pag. I-1061, n. 35

¹¹⁴ Art. 25 della Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), GU L 204 del 26.7.2006, pag. 23; art. 17 della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, GU L 303 del 2.12.2000, pag. 16; art. 15 della Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, GU L 180 del 19.7.2000, pag. 22.

¹¹⁵ Rispettivamente: art. 14 cpv. 1 lett. c e 24 della direttiva sulle pari opportunità tra uomini e donne; art. 3 cpv. 1 lett. c e art. 11 della direttiva per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; art. 3 cpv. 1 lett. c e art. 9 della Direttiva che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

¹¹⁶ Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2002 che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, GU L 80 del 23.3.2002, pag. 29.

lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie¹¹⁷, prevedono che i lavoratori che esercitano funzioni di rappresentanza godano di una protezione e di garanzie analoghe a quelle previste per i rappresentanti dei lavoratori dalla legislazione e/o dalla prassi vigenti nello Stato in cui sono impiegati.

Nella misura in cui propone di migliorare la protezione contro i licenziamenti, il presente progetto è compatibile con il diritto dell'Unione europea.

1.5.3 Diritto comparato

Francia

La risoluzione del contratto di durata indeterminata è retta dagli articoli L 1231-1 segg. del *code du travail*. Tali disposizioni si applicano dopo il periodo di prova (art. L 1231-1 cpv. 2). Un licenziamento per motivi personali deve essere giustificato da una causa reale e seria (art. L 1232-1). Il datore di lavoro deve convocare il salariato per un colloquio preliminare (art. L 1232-2) e, se del caso, notificare il licenziamento con lettera raccomandata (art. L 1232-6). Il licenziamento per motivi economici è retto dagli articoli L 1233-1 segg. e deve anch'esso fondarsi su una causa reale e seria (art. L 1233-2).

Il licenziamento ordinario (e anche con effetto immediato) non motivato da una causa reale e seria è considerato abusivo e il giudice può proporre la reintegrazione del salariato nell'impresa (art. L 1235-3). Se una delle parti la rifiuta, il salariato ha diritto a un'indennità di al minimo sei stipendi mensili (*ibid.*). Queste regole non si applicano ai salariati con meno di due anni di servizio e alle imprese che occupano solitamente meno di 11 salariati (art. L 1235-5, n. 2). In tal caso può essere chiesto soltanto il rimborso del danno. Il licenziamento senza preavviso in assenza di colpa grave dà diritto a un'indennità specifica (art. L 1234-5). Ogni licenziamento in assenza di colpa grave e dopo due anni di servizio dà diritto a un'indennità (art. L 1234-9). Le conseguenze di un licenziamento per motivi economici sono disciplinate agli articoli 1235-7 segg.

Il diritto francese conosce la nullità per legge del licenziamento nei seguenti casi: licenziamento discriminatorio (art. L 1132-1 a 1132-4), licenziamento in seguito a un'azione da parte del salariato per discriminazione (art. L 1134-4 e L 1144-3), licenziamento in caso di molestie sessuali (art. L 1153-1 à 1153-3) o morali (art. L 1152-1 a 1152-3). È inclusa anche la denuncia di atti di discriminazione o di molestia (art. L 1132-3, 1152-2 e 1153-3) e la segnalazione in buona fede al datore di lavoro o alle autorità giudiziarie o amministrative di atti di corruzione di cui il salariato viene a conoscenza nell'esercizio delle sue funzioni (art. 1161-1). Il licenziamento per attività sindacali e mutualistiche rientra nella categoria del licenziamento discriminatorio (art. L 1132-1).

¹¹⁷ Direttiva 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 maggio 2009 riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, GU L 122 del 16.5.2009, pag. 28. Inoltre: art. 10 della Direttiva 2001/86/CE del Consiglio dell'8 ottobre 2001 che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori (GU L 294 del 10.11.2001, pag. 22) e art. 12 della Direttiva 2003/72/CE del Consiglio del 22 luglio 2003 che completa lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori (GU L 207 del 28.8.2003, pag. 25).

La seconda parte del *code du travail* contempla i rapporti collettivi di lavoro. Il quarto libro, intitolato «*Les salariés protégés*», disciplina la protezione dei salariati investiti di un mandato di rappresentanza e comprende quattro capitoli. Il primo tratta la protezione in caso di licenziamento, il secondo quella in caso di scioglimento di un rapporto lavorativo di durata determinata. Tra i 17 tipi di mandatari che godono della protezione dal licenziamento figurano i delegati sindacali, i delegati del personale, i membri eletti del comitato d'impresa e i rappresentanti sindacali in seno al comitato d'impresa (art. L 2411-1). Sono protetti anche i delegati sindacali, i delegati del personale e i membri del comitato d'impresa istituiti mediante convenzione o contratto collettivo di lavoro (art. L 2411-2). Il licenziamento di questi mandatari richiede l'autorizzazione preliminare dell'ispettore del lavoro (art. L 2411-3, L 2411-5 e L 2411-8). La protezione si estende ai dodici mesi successivi alla cessazione delle funzioni di delegato sindacale che sono durate almeno un anno e ai sei mesi successivi alla fine del mandato del delegato del personale, del membro eletto o del rappresentante sindacale in seno al comitato d'impresa designato da due anni (*ibid.*). Sono protetti anche i salariati che chiedono l'organizzazione di elezioni di delegati del personale o di elezioni nel comitato d'impresa, come pure i candidati a queste elezioni (art. L 2411-6, L 2411-7, L 2411-9 e L 2411-10). La domanda di licenziamento di un delegato sindacale è indirizzata direttamente all'ispettore del lavoro (art. L 2421-4), mentre quella di un delegato del personale, di un membro eletto del comitato d'impresa o di un rappresentante sindacale nel comitato d'impresa è dapprima sottoposta al comitato d'impresa, qualora l'azienda ne abbia uno (art. L 2421-3). Contro la decisione dell'ispettore del lavoro di autorizzare il licenziamento può essere presentato ricorso dinnanzi al ministro competente e poi dinnanzi al giudice amministrativo (art. 2422-1). Se questi ultimi annullano la decisione, il salariato può chiedere di essere reintegrato al suo posto di lavoro o a un posto equivalente. Ha inoltre il diritto all'indennizzo della totalità del danno subito durante il periodo tra il licenziamento e la sua reintegrazione (art. L 2422-4). Il non rispetto della procedura amministrativa è passibile di una pena detentiva di un anno e di una multa di 2750 euro (art. L 2431-1, L 2432-1 et L 2433-1). La procedura di licenziamento (colloquio preliminare e notifica) si applica anche a questi casi.

Germania

La protezione dal licenziamento è disciplinata soprattutto dalla *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG)¹¹⁸ e dalla *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG)¹¹⁹. La KSchG non è applicata durante i primi sei mesi di lavoro (art. 1 cpv. 1 KSchG). Sono inoltre escluse dal campo d'applicazione le imprese che occupano meno di cinque dipendenti e gli impiegati assunti dopo il 31 dicembre 2003 in un'impresa che occupa tra cinque e dieci dipendenti (art. 23 cpv. 1 KSchG), come pure i membri di organi di persone giuridiche, le persone che hanno poteri di rappresentanza di una società di persone e i dirigenti autorizzati a pronunciare licenziamenti per conto del datore di lavoro (art. 14 KSchG). Una protezione minimale esiste anche al di fuori della KSchG sulla base dell'articolo 138 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB; buoni costumi) e dell'articolo 242 del BGB (buona fede).

Un licenziamento ordinario deve essere socialmente giustificato ai sensi dell'articolo 1 capoverso 2 KSchG. Un licenziamento ingiustificato non è valido (art. 1 cpv. 1 KSchG), come pure un licenziamento con effetto immediato pronun-

¹¹⁸ Secondo la pubblicazione del 25 agosto 1969, BGBl I 1317

¹¹⁹ Secondo la pubblicazione del 25 settembre 2001, BGBl I 2518

ciato senza un motivo importante (art. 626 BGB)¹²⁰. In tutte le imprese che hanno un comitato d'impresa secondo l'articolo 1 capoverso 1 BetrVG – ovvero in linea di massima tutte quelle che occupano almeno cinque dipendenti – prima di pronunciare il licenziamento il datore di lavoro deve, sotto pena della nullità del licenziamento, sentire il comitato d'impresa e comunicargliene i motivi (art. 102 cpv. 1 BetrVG). Il comitato d'impresa deve comunicare le proprie riserve per scritto entro una settimana (art. 102 cpv. 2 BetrVG). I motivi che possono essere invocati sono in particolare la possibilità di impiegare il lavoratore in un altro posto di lavoro dell'impresa (art. 102 cpv. 3, n. 3-5 BetrVG). Il lavoratore deve agire entro tre settimane dalla comunicazione per scritto del licenziamento, fatte salve le eccezioni previste agli articoli 5 e 6 KSchG. In caso contrario il licenziamento ha effetto immediato (art. 7 KSchG).

Il giudice può porre fine al rapporto di lavoro e condannare il datore di lavoro a versare un'indennità se il lavoratore lo esige e la prosecuzione del rapporto di lavoro non può essergli richiesta o se il datore di lavoro lo richiede e una collaborazione nell'interesse dell'impresa non è più ipotizzabile (art. 9 cpv. 1 KSchG). In tal caso al lavoratore è versata un'indennità (*ibid*) che può raggiungere 12 (art. 10 cpv. 1 KSchG), 15 (lavoratore di età superiore ai 55 anni e 15 anni di servizio) o 18 salari mensili (55 anni, 20 anni di servizio).

La prosecuzione del rapporto di lavoro durante il processo non è pronunciata prima della decisione di prima istanza, a meno che il licenziamento non sia manifestamente ingiustificato¹²¹. Se la decisione di prima istanza è favorevole al lavoratore, è pronunciata la reintegrazione. Se il licenziamento è validamente contestato dal comitato d'impresa e la validità di tale contestazione è a sua volta contestata dal datore di lavoro dinnanzi al giudice, il mantenimento del lavoratore al suo posto di lavoro durante il processo è ammesso in misura più estesa in virtù dell'articolo 102 capoverso 5 BetrVG. Il giudice può infatti liberare il datore di lavoro, su sua richiesta, dall'obbligo di mantenere il lavoratore al suo servizio soltanto se la domanda del lavoratore appare temeraria o votata all'insuccesso, se per il datore di lavoro ne consegue uno svantaggio economico che non può ragionevolmente subire o se l'opposizione del comitato d'impresa è manifestamente infondata.

Un membro del comitato d'impresa o della rappresentanza del personale può essere licenziato durante il suo mandato e fino a un anno dopo la cessazione soltanto per motivi importanti (art. 15 cpv. 1 e 2 KSchG). I membri di un comitato elettorale e i candidati a un'elezione godono della stessa protezione fino alla comunicazione dei risultati della votazione e durante i sei mesi successivi (art. 15 cpv. 3 KSchG). Il comitato d'impresa deve dare il suo accordo al licenziamento con effetto immediato di un membro del comitato d'impresa o del comitato elettorale oppure di un candidato (art. 103 cpv. 1 BetrVG). Se il comitato rifiuta il licenziamento, il datore di lavoro può chiedere al giudice di pronunciarlo (art. 103 cpv. 2 BetrVG).

Italia

La protezione contro i licenziamenti è principalmente disciplinata dalla legge del 15 luglio 1996, n. 604 «Norme sui licenziamenti individuali» (legge sul licenziamento) e nella legge del 20 maggio 1970, n. 300 «Statuto dei lavoratori» (legge sui lavoratori) con le modifiche apportate dalla legge dell'11 maggio 1990, n. 108

¹²⁰ Secondo la pubblicazione del 2 gennaio 2002, BGBI. I 42, 2909; 2003 I 738

¹²¹ BAG, sentenza del 27.2.1985, GS 1/84

«Disciplina dei licenziamenti individuali». Il licenziamento di un lavoratore è possibile soltanto per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile italiano (senza preavviso) o per giustificato motivo (art. 1 della legge sul licenziamento). Il datore di lavoro deve comunicare per scritto il licenziamento e, se il lavoratore lo richiede entro 15 giorni, anche i motivi (art. 2 cpv. 1 e 2 della legge sul licenziamento). La non osservanza di tali disposizioni comporta la nullità del licenziamento (art. 2 cpv. 3 della legge sul licenziamento). Il licenziamento può essere impugnato entro sessanta giorni dalla sua comunicazione (art. 6 della legge sul licenziamento). Le conseguenze di un licenziamento senza giustificato motivo o giusta causa dipendono dalle dimensioni dell'impresa. Se il datore di lavoro occupa più di 60 lavoratori in Italia o più di 15 lavoratori in una sola azienda in uno stesso comune (più di cinque nell'agricoltura), deve reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, a meno che quest'ultimo vi rinunci e chieda un'indennità di al massimo 15 salari mensili (art. 18 cpv. 1 e 5 della legge sui lavoratori). Se il datore di lavoro non occupa più di 60 lavoratori in Italia o non più di 15 (non più di cinque nell'agricoltura) in una sola azienda nello stesso comune, può reintegrare il lavoratore con un nuovo contratto o versargli un'indennità. L'indennità può variare da un minimo di due e mezzo a un massimo di sei mensilità e può raggiungere, nelle imprese che occupano più di quindici lavoratori, dieci salari mensili a partire da dieci anni di anzianità o 14 salari mensili a partire da 20 anni di anzianità (art. 8 della legge sul licenziamento).

Il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, di appartenenza a un sindacato o di partecipazione ad attività sindacabili è nullo, indipendentemente dalla motivazione adottata (art. 4 della legge sul licenziamento). Lo stesso vale per un licenziamento dovuto alla partecipazione a uno sciopero o un licenziamento a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso (art. 15 cpv. 1 lett. b e cpv. 2 della legge sui lavoratori).

In caso di licenziamento il diritto italiano prevede inoltre un'indennità di partenza.

Austria

La protezione dalla disdetta è disciplinata soprattutto nella *Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz - ArbVG)*¹²². Non rientrano nel suo campo d'applicazione le aziende agricole e le economie domestiche (art. 33 cpv. 2 n. 1 e 5 ArbVG), come pure i membri dell'organo dell'impresa abilitato a rappresentarla e i dirigenti che hanno un influsso tangibile sulla direzione dell'impresa (art. 36 cpv. 2 n. 1 e 3 ArbVG). Le imprese con almeno cinque impiegati devono istituire una rappresentanza dei lavoratori (art. 40 cpv. 1 ArbVG). Prima di una disdetta ordinaria, il datore di lavoro ha l'obbligo di avvertire il comitato d'impresa, il quale deve esprimere un parere entro cinque giorni (art. 105 cpv. 1 ArbVG). Entro tale termine il comitato d'impresa può chiedere un colloquio con il datore di lavoro (art. 105 cpv. 2). Una disdetta prima della scadenza del termine o del parere del comitato è nulla (art. 105 cpv. 2, 2° periodo.). Il datore di lavoro deve informare il comitato della disdetta (art. 105 cpv. 4) e se il comitato si oppone all'intenzione di licenziamento, può contestarla dinnanzi al giudice (*ibid.*). In caso contrario, o se il comitato d'impresa non ha espresso un parere sull'intenzione di licenziamento, può agire il lavoratore stesso. La disdetta ordinaria può essere impugnata per i motivi illeciti elencati nella legge, in particolare l'appartenenza a un sindacato o l'attività sindacale (art. 105 cpv. 3 n. 1 lett. a e b), la partecipazione alle

¹²² BGBl. Nr. 22/1974

elezioni nell'impresa, la candidatura come membro del comitato d'impresa o un mandato precedente nel comitato d'impresa (art. 105 cpv. 3 n. 1 lett. d-f). La disdetta ordinaria può essere impugnata se è socialmente ingiustificata (art. 105 cpv. 3 n. 2), ossia se pregiudica interessi importanti del lavoratore senza che il datore di lavoro dimostri che è giustificata da un motivo inerente al lavoratore stesso o alle necessità dell'impresa (art. 105 cpv. 3 n. 2 lett. a e b). Una disdetta ordinaria socialmente ingiustificata è nulla (art. 105 cpv. 7). Il diritto austriaco prevede inoltre un'indennità di partenza in caso di licenziamento.

Una disdetta con effetto immediato è possibile per un motivo importante (art. 1162 dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB). In assenza di un motivo importante la disdetta può essere impugnata dinnanzi al giudice in virtù dell'articolo 105 capoverso 3 ArbVG (art. 106 cpv. 2 ArbVG). Il datore di lavoro deve informare il comitato d'impresa di ogni disdetta con effetto immediato e accordargli, su richiesta, un colloquio entro un termine di tre giorni (art. 106 cpv. 1 ArbVG).

I membri del comitato d'impresa godono di una protezione più estesa contro il licenziamento. Una disdetta ordinaria o con effetto immediato deve essere approvata in precedenza da un giudice (art. 120 cpv. 1 ArbVG). Quest'ultimo può approvare una disdetta ordinaria soltanto in caso di violazione sostanziale degli obblighi contrattuali tale da non poter esigere dal datore di lavoro il proseguimento del rapporto di lavoro (art. 121 n. 3), in caso di incapacità prolungata di fornire la prestazione di lavoro tale da non poter esigere dal datore di lavoro il proseguimento del rapporto di lavoro o l'assegnazione di un altro compito accettato dal membro del comitato d'impresa (art. 121 n. 2) oppure se l'impresa subisce una sospensione prolungata delle sue attività, se le sue dimensioni sono ridotte o se l'attività di alcune sue parti è sospesa e, nonostante la richiesta del lavoratore, il datore di lavoro non può assegnargli un altro posto nell'impresa senza subire un danno importante (art. 121 n. 1). Anche la disdetta con effetto immediato può essere approvata soltanto per i motivi enumerati nella legge (art. 122 cpv. 1 n. 1-5) e se non si può esigere dal datore di lavoro di mantenere il lavoratore al servizio dell'impresa (art. 122 cpv. 2). L'approvazione da parte del giudice può essere chiesta posteriormente per i motivi elencati all'articolo 122 capoverso 1 numeri 2-5 (art. 122 cpv. 3).

Stati Uniti

Il diritto statunitense non dispone di una legislazione specifica sulla fine dei rapporti di lavoro o sulla protezione dalla disdetta, ad eccezione dello Stato del Montana che nel 1987 ha adottato il *Wrongful Discharge from Employment Act* e dell'Arizona che nel 1996 ha adottato l'*Employment Protection Act*. La fine del contratto di lavoro è retta dalla cosiddetta dottrina dell'*at will* ovvero dalla libertà di licenziare senza motivo. Tale libertà è soggetta a eccezioni. Innanzitutto le leggi che vietano gli atti discriminatori contemplano anche il licenziamento. È ad esempio proibito il licenziamento per motivi di razza, colore della pelle, nazionalità, sesso, religione, età o disabilità¹²³. Queste leggi vietano anche la disdetta per ritorsione pronunciata in seguito a una denuncia del lavoratore per discriminazione. Anche i lavoratori che denunciano atti illeciti godono della protezione dalla disdetta per ritorsione in virtù di diverse leggi settoriali, di cui la più importante è la legge *Sarbanes-Oxley* adottata

¹²³ Civil Rights Act del 1964 (42 US Code (USC) Chapitre 21); Age Discrimination in Employment Act del 1967 (29 USC Chapitre 14); Americans with Disabilities Act de 1990 (42 USC Chapitre 126).

nel 2002¹²⁴. Il lavoratore licenziato indebitamente ai sensi di queste leggi può essere reintegrato e beneficiare del pagamento degli arretrati del salario a partire dal licenziamento¹²⁵.

I tribunali hanno inoltre sviluppato altre eccezioni alla libertà di licenziare senza motivo. Quelle principali rientrano in tre categorie¹²⁶. La cosiddetta eccezione della politica pubblica (*public policy*) permette di valutare la liceità del licenziamento in relazione all'interesse pubblico o a interessi collettivi chiaramente espressi. In tale contesto la maggior parte degli Stati si limita alle regole costituzionali, legali o emanate da un'autorità amministrativa. Questa eccezione è applicata dalla maggior parte degli Stati americani. La seconda si fonda sull'esistenza di una clausola contrattuale implicita che prevede che il licenziamento avvenga per un motivo giustificato. Tale eccezione preserva la libertà contrattuale nella misura in cui il datore di lavoro può proporre delle clausole esplicite che salvaguardano il diritto di disdire il contratto di lavoro senza motivo. Anche questa seconda eccezione è applicata dalla maggioranza degli Stati. La terza, applicata da una minoranza degli Stati, consiste in una regola non scritta che impone di agire in buona fede e in modo equo (*fair dealing*). Secondo l'interpretazione dei tribunali, tale regola può implicare l'esigenza di un motivo giustificato di licenziamento o impedire il licenziamento in malafede o doloso. Se sono contemplate, queste eccezioni danno diritto a una riparazione che può consistere nella reintegrazione del lavoratore al suo posto di lavoro e nel versamento degli arretrati del salario, nel rimborso dei danni o in un'indennità per torto morale o punitiva, se il dolo è ammesso¹²⁷.

I diritti sindacali e di negoziazione collettiva sono retti dal *National Labor Relations Act* del 1935¹²⁸. Il datore di lavoro non può far dipendere l'occupazione dei suoi lavoratori dall'adesione o meno a un sindacato e non può licenziarli o discriminarli in altro modo perché agiscono in virtù della legge¹²⁹. Se l'atto discriminatorio consiste nel licenziare il lavoratore, quest'ultimo può essere reintegrato al suo posto di lavoro e possono essergli versati gli arretrati del salario¹³⁰.

Gran Bretagna

La parte 10 dell'*Employment Rights Act 1996* disciplina le condizioni e le conseguenze di un licenziamento abusivo del lavoratore (*unfair dismissal*) e si applica al licenziamento ordinario o con effetto immediato (art. 95 cpv. 1 lett. a). Il diritto di non essere licenziati abusivamente previsto dall'articolo 94 si applica soltanto se il rapporto di lavoro è durato due anni fino alla data della fine del contratto (art. 108, cpv. 1). Sono previste eccezioni in particolare se si tratta di licenziamenti di rappresentanti dei lavoratori (art. 108 cpv. 3 lett. c e f) o di amministratori di un fondo pensioni (art. 108 cpv. 3 lett. e).

¹²⁴ Su quest'ultimo punto cfr. il Rapporto esplicativo relativo alla revisione parziale del diritto delle obbligazioni (protezione in caso di segnalazione di irregolarità da parte del lavoratore), n. 1.6.3

¹²⁵ P.es., Civil Rights Act del 1964, 42 USC 2000e-5, lett. g, n. 1; legge Sarbanes-Oxley, 18 USC 1504, c, 2, A e B

¹²⁶ Su tali eccezioni cfr.: Charles J. Muhl, The employment-at-will doctrine: three major exceptions, *Monthly Labor Review*, Janvier 2001, 3 segg.

¹²⁷ OIL, Diritti nazionali, Etats-Unis, <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/countries/usa.htm>

¹²⁸ 29 USC, Capitolo 7, Sottocapitolo II

¹²⁹ 29 USC 158, a, 3 et 4

¹³⁰ 29 USC 160, c

Gli articoli 98-107 definiscono la nozione di licenziamento abusivo. L'articolo 98 contiene una clausola generale e gli articoli 99 segg. enunciano motivi particolari che sono abusivi per legge. È ad esempio abusivo il licenziamento pronunciato perché il lavoratore esercita un'attività di rappresentante dei salariati per la sicurezza e la sanità sul lavoro o di membro di un comitato per la sicurezza (art. 100 cpv. 1 lett. b), di amministratore di un fondo pensioni (art. 102) o di rappresentante dei salariati nell'ambito di una procedura di consultazione secondo la parte IV capitolo II del *Trade Union and Labor Relations Act* del 1992 o secondo le *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* del 1981 (art. 103). Inoltre, l'articolo 152 del *Trade Union and Labor Relations Act* del 1992 qualifica come abusivo il licenziamento a causa dell'appartenenza a un sindacato o di attività sindacali. In questi casi non si applica la durata minima del rapporto di lavoro normalmente necessaria per godere della protezione dal licenziamento (art. 154).

Se il licenziamento è abusivo, il giudice può pronunciare la reintegrazione o la riassunzione per un altro lavoro (art. 112 cpv. 1-3 e 113), in caso contrario ordina il versamento di un'indennità (art. 112 cpv. 4). La reintegrazione rimette il lavoratore nella situazione in cui si sarebbe trovato se non fosse stato licenziato e gli dà in particolare il diritto di ricevere la somma che avrebbe ragionevolmente percepito tra il momento del licenziamento e quello della reintegrazione (art. 114 cpv. 1 e 2, lett. a). In caso di assunzione per un nuovo lavoro, quest'ultimo deve essere paragonabile a quello precedente o appropriato (art. 115 cpv. 1). Il giudice esamina innanzitutto la possibilità della reintegrazione tenendo conto del desiderio del lavoratore, della fattibilità per il datore di lavoro e di eventuali colpe del lavoratore (art. 116 cpv. 1). In seguito esamina la riassunzione per un altro lavoro secondo gli stessi criteri (art. 116 cpv. 2 e 3). L'assunzione di un nuovo collaboratore per il posto in questione può essere presa in considerazione se il datore di lavoro ne dimostra la necessità (art. 116 cpv. 4 e 5). Se pronunciate, la reintegrazione o la riassunzione per un nuovo lavoro non possono essere oggetto di misure d'esecuzione forzata. Il datore di lavoro che non le esegue deve pagare l'indennità prevista nel caso in cui la reintegrazione o l'assunzione per un nuovo lavoro non sono pronunciate e, fatte salve alcune eccezioni, un'indennità supplementare (art. 117 cpv. 1-4).

L'*interim relief* si applica al licenziamento abusivo di rappresentanti dei lavoratori o amministratori ai sensi degli articoli 100, 102 e 103 menzionati sopra (art. 128 cpv. 1 lett. b) e al licenziamento per appartenenza a un sindacato o per attività sindacali (art. 161 del *Trade Union and Labor relations Act*). Si tratta di una procedura di misure provvisorie basata su un esame *prima facie* del caso. A seconda del caso, il giudice può ordinare la reintegrazione, la riassunzione per un lavoro simile o la prosecuzione del contratto fino alla fine della procedura. La prosecuzione del contratto si applica soltanto alle pretese pecuniarie. Il diritto inglese non prevede l'esecuzione forzata di un obbligo non pecuniario. Si tratta di un principio generale di common law. Il giudice non può quindi imporre la ripresa del lavoro da parte del lavoratore, essendo il rapporto di lavoro considerato eminentemente personale.¹³¹

¹³¹ Cfr. Lang, Anna-Naomi, *Arbeitsrechtliche Kündigungsschutzsysteme und ihre Sanktionen - Ein Vergleich des englischen, deutschen und schweizerischen Recht*, tesi di dottorato, Basilea 2004, pag. 178-179

Art. 336 cpv. 2 lett. b e cpv. 4

Secondo il *capoverso 2 lettera b* soltanto i motivi inerenti al lavoratore stesso sono ammessi come motivi giustificati di licenziamento. La formulazione va messa in relazione con l'articolo 335d CO, che definisce il licenziamento collettivo come disdette date per motivi non inerenti alla persona del lavoratore. I rappresentanti dei salariati devono beneficiare della protezione del licenziamento in tutti i casi di licenziamento collettivo ai sensi dell'articolo 335d, soprattutto in quelli dovuti a motivi economici.

Il *capoverso 4* permette di migliorare la protezione prevista dall'articolo 336 capoversi 1-3 mediante convenzione, contratto normale o contratto collettivo di lavoro. Il miglioramento può innanzitutto essere uguale per entrambe le parti, rendendo possibile una protezione paritaria più estesa. Può essere tuttavia convenuto un miglioramento unicamente a vantaggio del lavoratore. Questa seconda possibilità corrisponde alla regola stabilita dall'articolo 362 CO.

Art. 336a cpv. 2 e 4

Il *capoverso 2* propone di aumentare l'indennità massima a dodici mesi di salario del lavoratore. La giurisprudenza sviluppata in virtù del diritto vigente rimane valida. Anche i giudici non dovranno modificare la loro prassi, restando liberi di fissare l'indennità tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto. I casi gravi potranno pertanto, come finora, essere sanzionati con l'indennità massima o vicina al massimo, il che permette in particolare di migliorare la protezione dai licenziamenti abusivi o ingiustificati e di attuare pienamente la funzione riparatrice e punitiva della sanzione. Tuttavia, vista l'indennità massima più elevata, elementi di valutazione quali le capacità finanziarie del datore di lavoro potranno assumere un peso maggiore.

Il *capoverso 4* è identico all'articolo 336 capoverso 4 AP-CO. Permette alle parti o ai partner sociali di prevedere soluzioni più vantaggiose in misura uguale per entrambe le parti o più vantaggiose per il lavoratore.

Art. 337c cpv. 3

Come all'articolo 336a AP-CO l'indennità massima è aumentata a 12 mesi di salario in caso di licenziamento senza causa grave. Anche in questo caso la giurisprudenza sviluppata in virtù del diritto in vigore rimane valida e il giudice fisserà l'indennità equamente, entro i limiti dell'indennità massima più elevata prevista dalla legge.

Art. 361 e 362

L'avamprogetto propone di rinunciare al carattere assolutamente imperativo degli articoli 336 e 336a CO. Saranno pertanto possibili soluzioni più favorevoli a entrambe le parti o soltanto al lavoratore (art. 336 cpv. 4 e 336a cpv. 4 AP-CO).

L'avamprogetto prevede inoltre di inserire l'articolo 337c capoverso 3 CO nell'elenco dell'articolo 362 CO. Sarà così chiaramente statuito il carattere relativamente imperativo di questa disposizione, oggi unanimemente riconosciuto.

Art. 5 cpv. 4 LPar

L'indennità massima prevista in caso di licenziamento discriminatorio o di molestie sessuali è aumentata da sei a dodici mesi. Essa è infatti stata prevista sul modello dell'articolo 336a capoversi 1 e 2 CO.

Il massimo di tre mesi in caso di discriminazione mediante rifiuto di assunzione non è aumentato. In occasione dell'adozione della LPar il legislatore aveva coscientemente distinto questo caso da quelli della molestia sessuale e del licenziamento discriminatorio, perché non pregiudica un rapporto contrattuale esistente¹³².

3 Ripercussioni

Le modifiche del CO previste riguardano innanzitutto il settore privato. Non avranno pertanto ripercussioni prevedibili per la Confederazione, i Cantoni e i Comuni, i cui dipendenti sottostanno al diritto sul personale della Confederazione, dei Cantoni o dei Comuni.

Le ripercussioni economiche non possono essere valutate con precisione. L'aumento dell'indennità massima dovrebbe permettere di prevenire disdette abusive o ingiustificate, il che potrebbe ridurre il numero di indennità versate a tale titolo. Il loro ammontare potrebbe d'altra parte essere più elevato.

Dato che favorisce un maggior rispetto delle regole sulla disdetta, una sanzione più severa consente anche un'applicazione efficiente di tali regole a tutti gli attori economici ed evita che attori meno scrupolosi possano procurarsi un indebito vantaggio.

L'esclusione dei motivi economici per i rappresentanti eletti dei salariati non dovrebbe pregiudicare la capacità delle imprese di adattarsi al mercato, visto il piccolo numero di persone coinvolte e la possibilità di trovare per loro altre soluzioni o di sciogliere il contratto di comune accordo.

La possibilità per i partner sociali o le parti di convenire una protezione più estesa dovrebbe permettere di giungere a soluzioni accettate sia dai datori di lavoro che dai lavoratori e avere un effetto benefico indiretto.

4 Programma di legislatura e piano finanziario

Il presente avamprogetto è stato deciso quando il Consiglio federale ha preso atto dei risultati della consultazione sull'avamprogetto di revisione parziale del Codice delle obbligazioni (protezione del lavoratore che segnala irregolarità). Non è previsto nel Programma di legislatura 2007-2011.

5 Aspetti giuridici

5.1 Costituzionalità e legalità

L'articolo 122 Cost. conferisce alla Confederazione la competenza di legiferare nel campo del diritto civile.

¹³² Boll. Uff. 1985 N 194 seg.; Boll. Uff. 1985 S 318

5.2 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera

Il Consiglio federale ritiene che il diritto svizzero sia compatibile con le esigenze della Convenzione n. 98 dell'OIL (cfr. n. 1.1.2). Il presente avamprogetto segue d'altronde le raccomandazioni del Comitato della libertà sindacale dell'OIL. Per il resto, non è contrario ad alcun impegno internazionale della Svizzera.

5.3 Forma dell'atto

La presente modifica del Codice delle obbligazioni richiede l'adozione di una legge federale.

5.4 Delega di competenze legislative

Non è richiesta una delega di competenze legislative.

Allegato

Codice delle obbligazioni (sanzione in caso di disdetta abusiva o ingiustificata)

Modifica del ...

*L'Assemblea federale della Confederazione Svizzera,
visto il messaggio del Consiglio federale del ...¹³³,
decreta:*

Il Codice delle obbligazioni¹³⁴ è modificato come segue:

Art. 336 cpv. 2 lett. b e 4 (nuovo)

²La disdetta da parte del datore di lavoro è abusiva segnatamente se data:

- b. durante il periodo nel quale il lavoratore è nominato rappresentante dei salariati in una commissione aziendale o in un'istituzione legata all'impresa e il datore di lavoro non può provare che aveva un motivo giustificato di disdetta inerente alla persona del lavoratore.

⁴Si può derogare ai capoversi 1-3 in maniera ugualmente vantaggiosa per il lavoratore e il datore di lavoro oppure a vantaggio del lavoratore mediante convenzione, contratto normale o contratto collettivo di lavoro.

Art. 336a cpv. 2 primo periodo e capoverso 4 (nuovo)

²L'indennità è stabilita dal giudice, tenuto conto di tutte le circostanze, ma non può superare l'equivalente di 12 mesi di salario del lavoratore.

⁴Si può derogare ai capoversi 1-3 in maniera ugualmente favorevole per il lavoratore e il datore di lavoro oppure a vantaggio del lavoratore mediante convenzione, contratto normale o contratto collettivo di lavoro.

Art. 337c cpv. 3

³Il giudice può obbligare il datore di lavoro a versare al lavoratore un'indennità ch'egli stabilisce secondo il suo libero apprezzamento, tenuto conto di tutte le circostanze; l'indennità non può però superare l'equivalente di 12 mesi di salario del lavoratore. Sono salvi i diritti al risarcimento del danno per altri titoli giuridici.

RS

133 FF ...

134 RS 220

Art. 361 cpv. 1

Le righe relative all'art. 336 e all'art. 336a sono abrogate.

Art. 362 cpv. 1

La riga relativa all'art. 337c è sostituita da:

Articolo 337c capoversi 1 e 3 (Conseguenze in caso di licenziamento ingiustificato)

II

Modifica del diritto vigente

La legge del 24 marzo 1995¹³⁵ sulla parità dei sessi è modificata come segue:

Art. 5 cpv. 4 terzo periodo

⁴ Qualora la discriminazione avvenga mediante scioglimento di rapporti di lavoro disciplinati dal Codice delle obbligazioni¹³⁶ o mediante molestie sessuali, l'indennità prevista ai capoversi 2 o 3 non eccede l'equivalente di 12 mesi di salario.

III

¹ La presente legge sottostà a referendum facoltativo.

² Il Consiglio federale ne determina l'entrata in vigore.

¹³⁵ RS 151.1

¹³⁶ RS 220