



Numero 2 / 2019

(estratto)

Matteo Corti

La tutela contro il licenziamento ingiustificato nelle fonti dell'OIL*

** Il saggio trae spunto dalla relazione tenuta al Convegno su «L'Organizzazione internazionale del lavoro. A cento anni dalla sua fondazione», organizzato dal Cedri nell'Università del Sacro Cuore il 26 marzo 2019, ed è destinato al volume di raccolta degli atti a cura di Vincenzo Ferrante.*

La tutela contro il licenziamento ingiustificato nelle fonti dell'OIL

Matteo Corti

Associato di Diritto del lavoro nell'Università Cattolica del Sacro Cuore

SOMMARIO: 1. Un tema centrale del diritto del lavoro, ma per il quale l'OIL mostra un'attenzione altalenante. – 2. Il varo degli *international labour standards* in materia di licenziamenti: dalla Raccomandazione n. 119 del 1963 alla Convenzione n. 158 del 1982, completata dalla Raccomandazione n. 166 del medesimo anno. – 3. Il campo di applicazione e la disciplina. – 4. Il principio della giustificazione del licenziamento e le ragioni attinenti alla condotta o alla capacità del lavoratore. – 5. I licenziamenti per esigenze operative attinenti all'impresa o allo stabilimento; i licenziamenti collettivi. – 6. Il quadro delle procedure e dei rimedi. – 7. L'impatto sul diritto degli Stati membri. – 8. Le ragioni dello scarso successo e le prospettive per il futuro degli *international labour standard* in materia di tutela contro i licenziamenti.

1. Il presente scritto è dedicato al commento della normativa dell'Organizzazione internazionale del lavoro (di seguito: OIL) in materia di tutela contro il licenziamento ingiustificato. L'argomento è centrale in ogni sistema giuslavoristico, poiché la robustezza dell'apparato di protezione contro il recesso ingiustificato del datore di lavoro si ripercuote inevitabilmente sull'effettività di ogni altra disposizione di diritto del lavoro¹. L'interesse dell'OIL per l'argomento è però altalenante. L'organizzazione non ha ritenuto di includere la propria legislazione in tale ambito (la Convenzione n. 158 del 1982: v. *infra* il par. 2) tra i diritti fondamentali della «Dichiarazione sui diritti e principi fondamentali»², approvata dalla Conferenza

¹ Questo aspetto è stato magistralmente colto da M. NAPOLI, il cui fondamentale studio *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1979, rappresenta una rilettura dell'intera relazione lavorativa alla luce dell'introduzione nell'ordinamento dell'art. 18, *stat. lav.*

² La dichiarazione rappresenta un fondamentale punto di svolta per l'OIL, in quanto viene superato per la prima volta il principio della libertà degli Stati membri di ratificare o meno le convenzioni varate dalla Conferenza internazionale del lavoro [v. J. L. GIL Y GIL, *Il lavoro nella Costituzione e nelle Dichiarazioni dell'OIL*, in M. CORTI (a cura di), *Il lavoro nelle Carte internazionali*, Vita e Pensiero, Milano, 2016, 25]. Più precisamente, nella dichiarazione si afferma che «tutti gli Stati membri, a prescindere dalla ratifica delle Convenzioni in questione, sono obbligati, per il fatto stesso di essere membri dell'organizzazione, a promuovere e realizzare, in buona fede e secondo la Costituzione dell'OIL, i principi riguardanti i diritti fondamentali che sono oggetto di tali convenzioni» (par. 2). I predetti principi sono individuati nella libertà di associazione e nel diritto di contrattazione collettiva; nell'eliminazione di tutte le forme di lavoro forzato od obbligatorio; nell'abolizione effettiva del lavoro minorile; nell'eliminazione delle discriminazioni nell'ambito dell'impiego (par. 2). Per assicurare l'attuazione dei suddetti principi, l'OIL si è dotato di uno specifico sistema di sorveglianza, che integra quello istituzionale di cui all'art. 19, par. 5, lett. e) della Costituzione dell'OIL sull'obbligo di *reporting* con riferimento alle Convenzioni non ratificate (Allegato alla dichiarazione), e garantisce cooperazione tecnica e assistenza agli Stati in difficoltà (par. 3 della dichiarazione). Cfr. *amplius* B. HEPPLER, *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford and

internazionale del lavoro il 18 giugno 1998, rendendo così vincolanti le relative previsioni per tutti gli Stati membri³.

Né la tutela contro i licenziamenti illegittimi traspare dalla più recente strategia dell'organizzazione per promuovere il *Decent Work* (*Decent Work Agenda*), avviata a partire dal 1999⁴. All'interno dei quattro obiettivi che tutti gli Stati membri sono tenuti a perseguire simultaneamente⁵, il tema del miglioramento delle condizioni di lavoro trova emersione specialmente nel secondo, consacrato al potenziamento e all'estensione della protezione sociale, intesa sia come sicurezza sociale, sia, per l'appunto, come tutela delle condizioni di lavoro. Qui, però, l'attenzione dell'organizzazione si focalizza principalmente sull'ambiente di lavoro («*healthy and safe working conditions*»), sul salario minimo («*minimum living wage*») e sull'orario di lavoro («*hours*»), mentre tutte le altre questioni, comprese quelle attinenti al recesso datoriale, passano in secondo piano («*other conditions of work*») (par. I.A.ii della Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta)⁶.

Portland, 2005, 56 ss.; G. BRONZINI, *La dichiarazione del 1998 sui core labour rights e la rinascita dell'OIL*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 79 ss.; A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, 56 ss.; J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2014, 82-85; V. BRINO, *L'azione normativa dell'Organizzazione internazionale del lavoro nella promozione dei diritti sociali fondamentali*, in A. PERULLI, V. BRINO, *Manuale di diritto internazionale del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2015, 39 ss.

³ Si tratta, peraltro, di un vincolo più morale che giuridico, in quanto, a stretto rigore del diritto internazionale, le dichiarazioni dell'OIL sarebbero strumenti di natura promozionale: cfr. P. ALSTON, *Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime*, in *European Journal of International Law*, 2004, spec. 469; B. HEPPLER, *Labour Laws and Global Trade*, cit., 62; V. BRINO, *L'azione normativa dell'Organizzazione internazionale del lavoro*, cit., 68, che si esprime in termini di *soft law*. Nemmeno si può affermare che i *core labour standards* sarebbero ormai diritto internazionale consuetudinario, pertanto vincolante per tutti gli Stati della Comunità internazionale: si potrebbe forse sostenere ciò in relazione ai divieti di schiavitù e di lavoro forzato, ma già è più complesso per quelli di lavoro minorile e discriminazioni; quanto alla libertà sindacale e al diritto di contrattazione collettiva, il loro mancato riconoscimento in ampie zone del pianeta ne impedisce decisamente la riconduzione al diritto internazionale consuetudinario. Cfr. le condivisibili riflessioni di B. HEPPLER, *Labour Laws and Global Trade*, cit., 59-60. Cfr. anche G. FROSCCHI, *The EU crisis management in the light of international labour and social security standards*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2018, 278, secondo la quale le Convenzioni fondamentali e la dichiarazione del 1998 non costituirebbero *jus cogens*, ma *soft law*, il cui valore legale si starebbe accrescendo.

⁴ La *Decent Work Agenda* mira a diffondere a livello planetario il lavoro dignitoso: rispetto alle tecniche tradizionali del diritto del lavoro, anche internazionale, l'enfasi si sposta dal mero riconoscimento di diritti sociali in favore dei lavoratori subordinati alla conduzione di politiche in grado di consolidare e moltiplicare il *Decent Work*, a prescindere dalla qualificazione giuridica dell'attività svolta. Il ruolo promozionale dell'OIL è ulteriormente rafforzato, senz'altro a discapito di quello produttivo di *international labour standards*. In argomento v. B. HEPPLER, *Labour Laws and Global Trade*, cit., 63 ss.; J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, cit., 85; A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro*, cit., 59-61; V. BRINO, *L'azione normativa dell'Organizzazione internazionale del lavoro*, cit., 68 ss.; J. L. GIL Y GIL, *Il lavoro nella Costituzione e nelle Dichiarazioni dell'OIL*, cit., spec. 26 ss.

⁵ I quattro obiettivi sono: promozione dell'occupazione, potenziamento ed estensione della protezione sociale, rafforzamento del dialogo sociale e del tripartismo, tutela efficace dei diritti e principi fondamentali. V. il par. I.A della Dichiarazione dell'OIL sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta, adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro il 10 giugno 2008. Premesso che la principale responsabilità per il conseguimento dei summenzionati obiettivi è posta in capo agli Stati membri, la dichiarazione prevede l'adozione di strategie nazionali o regionali per il lavoro dignitoso e la predisposizione di indicatori per il monitoraggio dei progressi (par. I.B.i-iii, Dichiarazione dell'OIL sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta). In dottrina sono state giustamente evidenziate le similitudini tra la *Decent Work Agenda* e la Strategia europea per l'occupazione: v. B. HEPPLER, *Labour Laws and Global Trade*, cit., 67.

⁶ Per la verità, va osservato che, tra le 10 aree coperte dagli indicatori approvati dall'OIL nel settembre del 2008 per monitorare lo stato di avanzamento di Paesi e regioni verso gli obiettivi menzionati alla nota che precede, compare anche la «stabilità e sicurezza dell'impiego», il cui corrispondente indicatore relativo al contesto legale è: «disciplina dei licenziamenti, compreso il preavviso espresso in mesi». Si precisa, peraltro, in modo piuttosto

Allo scoppiare della crisi economico-finanziaria globale l'attenzione dell'OIL per la tutela contro i licenziamenti riguadagna, comprensibilmente, terreno. Nella risoluzione "Uscire dalla crisi. Un patto globale per il lavoro", adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro il 19 giugno 2009, l'organizzazione ribadisce l'importanza del rispetto degli *international labour standards*, menzionando, tra gli strumenti di rilievo accanto alle Convenzioni fondamentali (quelle che riguardano direttamente i *core labour standards*), anche la Convenzione e raccomandazione «concerning the termination of employments»⁷.

Si tratta, però, di un ritorno di interesse effimero: nessun cenno alla tutela contro i licenziamenti è riscontrabile nella recentissima «Dichiarazione del centenario per il futuro del lavoro», adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro il 21 giugno 2019. Il documento, in effetti, ribadisce l'attaccamento dell'organizzazione per l'ambiguo concetto di *Decent Work* e per la relativa agenda⁸. L'OIL è dunque chiamato, certo, a «promuovere i diritti dei lavoratori come elemento portante per il conseguimento di una crescita inclusiva e sostenibile», ma l'attenzione è focalizzata sui *core labour standards* individuati nella dichiarazione del 1998⁹. D'altro canto, gli Stati membri sono spronati (anche) a «rafforzare le istituzioni del lavoro per assicurare un'adeguata protezione a tutti i lavoratori e a riaffermare la persistente rilevanza del rapporto di lavoro subordinato come mezzo per garantire la certezza del diritto e la protezione legale dei lavoratori», ma, ancora una volta, tale protezione è concretizzata con riferimento alle dimensioni chiave della *Decent Work Agenda* sotto questo profilo, ovvero il rispetto dei diritti fondamentali, proclamati nel 1998, un salario minimo adeguato, un limite massimo all'orario e la protezione della salute e sicurezza sul lavoro (v. il par. III.B della dichiarazione).

sibillino, che l'indicatore va letto insieme a quello relativo all'indennità di disoccupazione, in un'ottica di *flexicurity*: cfr. il *Measurement of decent work based on guidance received at the Tripartite Meeting of Experts on the Measurement of Decent Work (September 2008)*, https://www.ilo.org/integration/resources/mtgdocs/WCMS_115402/lang-en/index.htm.

⁷ V. il par. 14 della risoluzione *Recovering from the crisis: A Global Jobs Pact*. La risoluzione ribadisce i pilastri principali della *Decent Work Agenda* e della Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta, formulando suggerimenti di *policy* per agevolare l'uscita dalla crisi, aggregati intorno a quattro aree d'azione: accelerare la salvaguardia e la creazione di posti di lavoro e sostenere le imprese; creare sistemi di protezione sociale e tutelare le persone; rafforzare il rispetto degli *international labour standards*; promuovere il dialogo sociale. Il rinnovato interesse per gli strumenti di protezione contro i licenziamenti ingiustificati trova sede nella terza area di azione.

⁸ Il cambio di strategia dell'OIL, intervenuto negli anni '90, mira a tutelare primariamente i *core labour standards* e incarna un approccio (ancora) più marcatamente promozionale, mediante la *Decent Work Agenda*. Si è forse trattato di un passaggio obbligato, cui l'organizzazione si è determinata a seguito delle pressioni provenienti, da un lato, da alcuni Paesi occidentali (Stati Uniti *in primis*) che la ritenevano eccessivamente *pro-labour*, dall'altro, da un nutrito plotone di Paesi in via di sviluppo che lamentavano come le Convenzioni fissassero talora *standards* eccessivamente elevati. Le critiche di una parte della dottrina non si sono fatte attendere: v., per es., T. ROYLE, *La svolta dell'ILO per i principi promozionali e la "privatizzazione" dei diritti dei lavoratori: analisi dei labour standards, dei principi di autoregolazione e delle clausole sociali*, in *Il diritto delle relazioni industriali*, 2011, spec. 279-281, secondo il quale questo passaggio dallo *hard* al *soft law* non avrebbe avuto alcun effetto positivo in termini di miglioramento delle condizioni dei lavoratori. Per una discussione critica delle varie posizioni v., oltre all'autore appena citato, J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, cit., 84-85, che esprime invece un cauto ottimismo sugli effetti di disseminazione dei *core labour standards* innescati con il mutamento di approccio.

⁹ Nel par. II.A della dichiarazione del centenario vengono menzionati «*freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining*», nonché «*equal opportunities*», «*freely chosen employments*» and «*eradicating forced and child labour*».

La crucialità della tutela contro i licenziamenti ingiustificati risalta *ictu oculi* nel quadro internazionale e comparato. Tuttavia, l'OIL non è in grado di accreditare i propri standard minimi in modo tale da generalizzarne l'applicazione al di là del meccanismo formale della ratifica ed esecuzione delle Convenzioni¹⁰. Ma vi è di più: nel succedersi delle dichiarazioni e risoluzioni più recenti della Conferenza internazionale del lavoro sembra prevalere, con l'eccezione della risoluzione del 2009, profondamente condizionata dalla crisi globale, un sostanziale disinteresse dell'organizzazione per la tematica.

2. Il diritto internazionale del lavoro si è sviluppato in parallelo con le legislazioni nazionali sulla materia¹¹: pertanto, non desta stupore che la questione della tutela contro i licenziamenti si sia posta soltanto dopo la Seconda Guerra Mondiale. In effetti, prima di allora nel mondo occidentale il principio del libero recesso da entrambe le parti del rapporto di lavoro a tempo indeterminato era assolutamente consolidato, mitigato soltanto dalla previsione di periodi di preavviso¹². Le eccezioni più importanti¹³ erano costituite dalla Germania, ove il *Betriebsrätegesetz* del 1920 garantiva una tutela discretamente robusta a tutti i lavoratori licenziati ingiustamente nelle unità produttive in cui operassero i consigli d'azienda (i *Betriebsräte*, appunto)¹⁴, e dalla Spagna, ove il principio della giustificazione del recesso datoriale fu sancito sin dalla *Ley de Contratos de Trabajo* del 1931¹⁵.

¹⁰ Cfr. F. BUFFA, *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 578.

¹¹ N. VALTICOS, G. VON POTOBOSKY, *International Labour Law*, Kluwer Law, Deventer Boston, 1995, 17; E. GRAVEL, Q. DELPECH, *International labour standards: Recent developments in complementarity between the international and national supervisory systems*, in *International Labour Review*, 2008, 403. Per le fasi iniziali del diritto internazionale del lavoro v. B. HEPPLER, *Labour Laws and Global Trade*, cit., 25 ss.; A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro*, cit., 1 ss.; J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, cit., 19 ss.; V. BRINO, *L'azione normativa dell'Organizzazione internazionale del lavoro*, cit., 29 ss.

¹² A partire dall'inizio del XX secolo le relative previsioni cominciano a essere sancite da norme inderogabili di legge e in misura piuttosto generosa, specialmente per gli impiegati: per es. nel 1924 in Italia (art. 10, r.d.l. 1825/1924) e nel 1926 in Germania. Cfr. *Appendix II. Chronology of Labour Law 1789-1945*, in B. HEPPLER (ed.), *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Mansell Publishing Limited, London and New York, 1986, 355 (per la cronologia delle leggi in materia di lavoro dal 1789 al 1945 v. 330 ss.). Va poi ricordato che nel Regno Unito l'obbligo di preavviso («notice») in capo alla parte recedente era radicato nel *common law* fin dalla metà del XIX secolo: negli Stati Uniti, invece, il *common law* sviluppò la regola del recesso *at will*, ovvero immediato. Cfr. S. DEAKIN, G.S. MORRIS, *Labour Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, 427-429; L. RATTI, *I licenziamenti in Gran Bretagna*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Angeli, Milano, 2014, 124, anche in nota.

¹³ Va comunque osservato che in Francia, tra il XIX e il XX secolo, il principio del recesso *ad nutum* era stato mitigato in via giurisprudenziale grazie all'applicazione dell'istituto dell'abuso del diritto, con conseguente risarcimento del danno in favore del lavoratore il cui licenziamento fosse stato riconosciuto, per l'appunto, abusivo. Cfr. G. CENTAMORE, *I licenziamenti in Francia*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *op. cit.*, 59-60.

¹⁴ L'azione per chiedere la revoca del licenziamento spettava tanto al Consiglio d'azienda quanto al lavoratore interessato quando il recesso datoriale si configurasse come «arbitrario, in quanto non giustificato né dal comportamento del lavoratore, né dalla situazione dell'azienda». Peraltro, una volta accertata giudizialmente l'illegittimità del licenziamento, il datore disponeva della scelta tra la reintegrazione e la corresponsione al lavoratore di un'indennità, liquidata dal tribunale in misura comunque non superiore a 6 mensilità di retribuzione. Cfr. W. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 2. Das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz, Leitfaden für Arbeitnehmer*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 2009, 544-545.

¹⁵ La legge distingueva tra licenziamento *justificado* e *injustificado*: nel secondo caso, il lavoratore aveva diritto alla riassunzione o a un'indennità, a scelta del datore. Cfr. C. PEDRAZZOLI, *I licenziamenti in Spagna*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *op. cit.*, 185-186.

La protezione contro i licenziamenti non fa capolino né nell'art. 427 del Trattato di Versailles del 1919, che costituisce l'atto fondativo dell'OIL, né nella Dichiarazione di Filadelfia del 1944¹⁶, che ne sancisce la rinascita, né, infine, nel Preambolo della sua Costituzione (9 ottobre 1946). In tali documenti sono, invece, menzionati, pur nella varietà delle formulazioni e nell'ambito di elenchi esemplificativi, il diritto di associazione sindacale e contrattazione collettiva, il diritto a un lavoro liberamente scelto, la retribuzione adeguata e sufficiente, la limitazione dell'orario di lavoro e il diritto al riposo settimanale, l'abolizione del lavoro minorile e la tutela di quello dei giovani, la parità retributiva tra uomini e donne, il collocamento dei lavoratori, la lotta contro la disoccupazione, la protezione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e comuni, la formazione professionale, la tutela della maternità, le pensioni di vecchiaia e di invalidità¹⁷.

La situazione cominciò a cambiare nel 1950, quando la Conferenza internazionale del lavoro, rilevando l'assenza di strumenti dell'OIL in materia di licenziamenti, commissionò un rapporto sulle legislazioni nazionali e sulle prassi in tale ambito¹⁸. Facendo seguito agli studi presentati, la Conferenza adottò nel 1963 la Raccomandazione n. 119 sui licenziamenti¹⁹. Nella prassi dell'organizzazione l'approvazione dello strumento non vincolante della raccomandazione è l'*escamotage* utilizzato quando su una determinata materia non si sia raggiunto in conferenza un livello di consenso sufficiente per il varo della più impegnativa convenzione²⁰. In effetti, negli anni '50 l'unico grande Paese dell'Europa occidentale che si era dotato di un'ambiziosa legge di tutela contro i licenziamenti, imperniata sui principi della giustificazione del recesso e sulla conseguente inefficacia dei provvedimenti espulsivi privi di essa, era stato la Germania²¹, con il *Kündigungsschutzgesetz* del 1951²².

In tale contesto la Raccomandazione n. 119 rappresenta senza dubbio, per quanto riguarda le soluzioni proposte, un atto decisamente coraggioso. Nel diritto internazionale del lavoro essa costituisce il primo punto di emersione del principio della necessaria giustificazione del recesso datoriale («*valid reasons*»), radicata nella

¹⁶ Sulla dichiarazione di Filadelfia e sul suo notissimo *incipit* («*labour is not a commodity*») v. per tutti i due classici contributi di O'HIGGINS, «*Il lavoro non è una merce*». *Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1996, 295 ss., e di M. GRANDI, «*Il lavoro non è una merce*»: una formula da rimeditare, in *Lavoro e diritto*, 1997, 557 ss.; nonché, da ultimo e anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. PERULLI, *The Declaration of Philadelphia (DoP)*, in E. ALES, M. BELL, O. DEINERT, S. ROBIN-OLIVIER (eds.), *International and European Labour Law*, Nomos, Beck, Hart Publishing, Baden-Baden, 2018, 361 ss.

¹⁷ V. i principi da 1 a 7 dell'art. 427 del Trattato di Versailles; il par. III della Dichiarazione di Filadelfia; il Preambolo della Costituzione dell'OIL.

¹⁸ V. CEACR (Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendation), *Protection against Unjustified Dismissal. General Survey on the Termination of Employment Convention (n. 158) and Recommendation (n. 166)*, International Labour Office, Geneva, 1995, 2.

¹⁹ Per un commento puntuale v. E. YEMIN, *La sécurité de l'emploi. Influence des normes de l'OIT et tendances récentes*, in *Revue internationale du travail*, 1976, 17 ss.

²⁰ Cfr. A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro*, cit., 35.

²¹ E' interessante notare che in altre zone del pianeta il principio della necessaria giustificazione del licenziamento era ampiamente riconosciuto sin dall'inizio del secolo scorso: è il caso del Messico (Costituzione messicana del 1917) e della Russia sovietica (Codice delle leggi sul lavoro del 1922). Cfr. E. YEMIN, *La sécurité de l'emploi*, cit., 20. Per quanto riguarda la Russia, va ricordato che l'introduzione di un *numerus clausus* di presupposti legali del recesso datoriale precede l'instaurazione del regime dei Soviet: tale elenco tassativo era infatti già presente nel Codice del lavoro industriale del 1913. Cfr. M. CORTI, *Uno sguardo all'Est. Lavoro e diritti fondamentali in Russia e negli altri Paesi della Comunità di Stati indipendenti*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 247.

²² V. W. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 2.*, cit., 546.

persona o nel comportamento del lavoratore («*connected with the capacity or conduct of the workers*»), o in ragioni di carattere economico-organizzativo («*based on the operational requirements of the undertaking, establishment or services*») (par. 2). Viene altresì affermato il diritto del lavoratore di ricorrere contro il licenziamento ingiustificato (par. 4), ottenendo un adeguato ristoro («*adequate compensation*»), sempre che non sia già intervenuta la reintegrazione («*unless reinstated*») (par. 6). Non mancano, infine, disposizioni in materia di licenziamenti collettivi, volte a favorire il confronto con i rappresentanti dei lavoratori, a suggerire criteri di scelta imparziali dei dipendenti in esubero, a sancire la priorità nella riassunzione di coloro che sono stati coinvolti in tali recessi (parr. 12 ss.).

La Raccomandazione n. 119 ha avuto il pregio di avviare e accompagnare in molti Stati membri la discussione in merito alla disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi²³. In materia non è certamente possibile stabilire relazioni di causa ad effetto, dovendosi senz'altro tener conto anche del particolare contesto economico-politico e di relazioni industriali del periodo. Almeno nel mondo occidentale, un ventennio abbondante di sostenuta espansione economica, interrotta soltanto da brevi periodi di recessione contenuta (le cd. "congiunture"), aveva lasciato il posto a una crisi economica seria e prolungata, quella degli anni '70, durante la quale, tuttavia, «sia le relazioni politiche, sia quelle industriali rimanevano favorevoli al mondo del lavoro salariato»²⁴. Un *humus* dunque incredibilmente favorevole per lo sviluppo di una legislazione del lavoro protettiva del prestatore. E, in effetti, tra gli anni '60 e '70 normative di tutela contro i licenziamenti illegittimi furono adottate nei principali Paesi dell'Europa occidentale: in Italia, anzitutto, con la legge n. 604/1966 e l'art. 18, l. n. 300/1970, ma anche in Germania (il *Kündigungsschutzgesetz* del 1951 fu completamente riscritto, in senso maggiormente tutelante per i lavoratori, nel 1969), nel Regno Unito (1972 e 1975), in Francia (1973), in Svezia (1974), in Spagna (1980)²⁵. Ad ogni modo, la spinta alla creazione o al potenziamento di tutele contro il recesso datoriale ingiustificato varcò in quegli anni i confini dell'Europa capitalista per assumere un respiro mondiale, coinvolgendo i Paesi del blocco socialista e quelli in via di sviluppo²⁶.

Nell'ambito della revisione periodica dello strumento realizzata nel 1974²⁷, il Comitato di esperti dell'OIL sull'applicazione delle raccomandazioni e convenzioni ne sottolineò il rilevante impatto sull'evoluzione legislativa degli Stati membri, e, alla luce di tali importanti sviluppi, suggerì di elaborare un nuovo provvedimento

²³ Il Comitato di esperti dell'OIL ha giustamente sottolineato a più riprese l'importante ruolo svolto dalla Raccomandazione nel favorire lo sviluppo degli ordinamenti nazionali del lavoro in direzione della tutela contro i licenziamenti ingiustificati: cfr., per es., CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 2 e 32. Nello stesso senso anche E. YEMIN, *La sécurité de l'emploi*, cit., 19 ss.; B. NAPIER, *Dismissals – The New I.L.O. Standards*, in *Industrial Law Journal*, 1983, 17; N. VALTICOS, G. VON POTOBOSKY, *International Labour Law*, cit., 144.

²⁴ Così N. BRUUN, B. HEPPLÉ, *Economic Policy and Labour Law*, in B. HEPPLÉ, B. VENEZIANI (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, 42.

²⁵ Cfr. N. BRUUN, B. HEPPLÉ, *op. loc. ult. cit.*

²⁶ Per un elenco esauriente degli Stati che, dopo il 1963, introdussero il principio della necessaria giustificazione del licenziamento, o rafforzarono le proprie discipline preesistenti già improntate a tale principio, v. E. YEMIN, *La sécurité de l'emploi*, cit., 20-21, che ne conta oltre 40.

²⁷ CEACR, *Termination of employment. General Survey of the reports relating to the Termination of Employment Recommendation, 1963 (n. 119)*, International Labour Conference, 59th Session, 1974, Report III, Part 4B.

dell'organizzazione più adatto alle nuove sfide, evidenziando, in particolare, come la sicurezza dell'impiego costituisca un aspetto essenziale del diritto al lavoro. Il nuovo dispositivo fu presentato e discusso alla Conferenza internazionale del lavoro del 1981, e fu infine adottato dalla sessantottesima Conferenza internazionale del lavoro di Ginevra del 1982²⁸. Esso è composto di una Convenzione, la n. 158, che contiene i veri e propri *international labour standards* in materia di licenziamenti ingiustificati, e da una Raccomandazione, la n. 166, adottata contestualmente, che completa e precisa l'impianto della Convenzione²⁹. Quest'ultima riprende le linee essenziali della Raccomandazione n. 119, ma non rinuncia a rafforzarne i livelli protettivi sotto diversi profili³⁰: il fine è dunque quello di consolidare e generalizzare gli *international labour standards* nella materia *de qua* mediante lo strumento vincolante della convenzione³¹.

L'obiettivo è stato raggiunto soltanto in parte: il numero di ratifiche della Convenzione è deludente e il periodo successivo al suo varo segna anche l'inizio della parabola discendente di attenzione dell'OIL per la tutela contro i licenziamenti. Sulle complesse ragioni di questo insuccesso si tornerà alla fine del presente contributo: conviene invece fare immediatamente qui il punto sul tasso dolente delle ratifiche. I Paesi che si sono impegnati a trasporre nel proprio ordinamento la Convenzione n. 158 sono soltanto 36, per lo più in via di sviluppo. Si contano ben 12 Paesi africani, 4 Stati dell'America latina e dei Caraibi (ma il Brasile ha denunciato la Convenzione nel 1996), 2 Paesi asiatici e 2 dell'Oceania (tra i quali l'Australia). I Paesi europei sono 16, ma di questi solo 10 appartengono all'Unione europea: Cipro, Finlandia, Francia, Lettonia, Lussemburgo, Portogallo, Slovacchia, Slovenia, Spagna e Svezia³². Non si

²⁸ Per il commento alla Convenzione n. 158 e alla Raccomandazione n. 166 v. B. NAPIER, *Dismissals – The New I.L.O. Standards*, cit., 17 ss.; S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2002, 173 ss.; J. L. GIL Y GIL, *La protección contra el despido injustificado a la luz del convenio núm. 158 de la OIT*, in ID. (a cura di), *Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT. Un análisis crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada*, Juruá editorial, Lisboa, 2014, 182 ss.; J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, cit., 161 ss.; G. CASALE, G. ARRIGO, *Termination of employment (ILO Legislation)*, in ID., *International Labour Law Handbook: from A to Z*, Giappichelli, Torino, 2017, 289 ss.; M. T. CARINCI, *ILO Convention 158. Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, in E. ALES, M. BELL, O. DEINERT, S. ROBIN-OLIVIER (eds.), *op. cit.*, 1149 ss.

²⁹ Si tratta di ulteriori suggerimenti di regolazione, che non hanno trovato posto nella convenzione o perché troppo di dettaglio, o perché su di essi non è stato possibile raggiungere un ampio consenso in sede di Conferenza. Cfr. B. NAPIER, *Dismissals – The New I.L.O. Standards*, cit., 19.

³⁰ Cfr. S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., 173.

³¹ Si tratta di un livello di vincolatività relativo, in quanto la Costituzione dell'OIL non obbliga gli Stati membri a ratificare le Convenzioni, bensì soltanto a sottoporle alle autorità competenti per la ratifica (art. 19, par. 5). Qualora queste non provvedano, gli Stati sono tenuti a un'attività di *reporting* al Direttore generale dell'Ufficio internazionale del lavoro a intervalli regolari, illustrando la situazione della disciplina nazionale nella materia oggetto della Convenzione e le ragioni che ostano alla ratifica (art. 19, par. 5, lett. e). Ovviamente, qualora uno Stato abbia proceduto alla ratifica della Convenzione, sarà tenuto a darle applicazione nel proprio territorio. Cfr. A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro*, cit., 39-41; J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, cit., 55 ss.; V. BRINO, *L'azione normativa dell'Organizzazione internazionale del lavoro*, cit., 38-39. Poiché un analogo obbligo di sottoposizione alle autorità competenti e di *reporting* periodico sullo stato della materia riguarda anche le raccomandazioni (A. ZANOBETTI, *op. loc. ult. cit.*), pur non essendo ovviamente contemplati strumenti di ratifica, è stato correttamente osservato che le Convenzioni mirano a modificare direttamente l'ordinamento interno dei Paesi che le hanno ratificate, mentre le raccomandazioni sono piuttosto da intendersi come *guidelines*, verso i cui livelli minimi di tutela i Paesi membri si possono muovere liberamente nel corso del tempo, secondo i propri ritmi e livelli di sviluppo. Cfr. B. NAPIER, *Dismissals – The New I.L.O. Standards*, cit., 18.

³² Gli altri Paesi europei sono la Bosnia Erzegovina, la Moldova, il Montenegro, la Macedonia del Nord, la Serbia e l'Ucraina.

può certo affermare che si tratti di una delle convenzioni più popolari tra quelle dell'OIL, se si pone mente alla circostanza che i Paesi membri dell'organizzazione sono ben 187.

3. A fronte della scarsa attenzione degli Stati membri, l'impianto della Convenzione appare solido e attestato su standard garantistici piuttosto elevati. Il campo di applicazione, scolpito nell'art. 2, copre tutti i settori di attività pubblici e privati («*all branches of economic activity*») e «*all employed persons*»: co. 1), e consente agli Stati firmatari di escludere automaticamente soltanto i lavoratori con contratti a termine o impiegati saltuariamente per un breve lasso di tempo, nonché quelli impegnati in un periodo di prova («*period of probation*») o di consolidamento del rapporto («*qualifying period of employment*»)»³³, purché la durata di questi ultimi sia ragionevole e determinata prima dell'inizio della relazione lavorativa (co. 2). E' compito degli Stati membri fissare la lunghezza del patto di prova e del periodo di consolidamento del rapporto: tuttavia, il Comitato di esperti ha avuto cura di precisare che un'eccessiva estensione finirebbe per negare a un gran numero di lavoratori le tutele assicurate dalla Convenzione, con relativa violazione della stessa³⁴.

Altre esclusioni, comprese quelle legate alle particolari condizioni di impiego e alla dimensione o natura dell'impresa, devono essere preventivamente discusse con i partner sociali e comunicate all'OIL nei rapporti sull'applicazione della Convenzione, motivando le ragioni di tali eccezioni (co. 4-6)³⁵. Si può trattare, come precisato nei lavori preparatori e dal Comitato di esperti, dei pubblici dipendenti e dei lavoratori marittimi, per i quali devono comunque essere garantite tutele equivalenti a quelle della Convenzione (co. 4), dei lavoratori domestici, agricoli, di quelli nel settore delle costruzioni e dei dirigenti, nonché di coloro che sono impiegati nelle imprese più piccole³⁶.

La Convenzione estende indirettamente i propri effetti anche alla disciplina dei contratti a termine³⁷: essa infatti richiede agli Stati firmatari di predisporre misure

³³ Il *qualifying period* è istituto presente nel diritto britannico sin dall'introduzione di una tutela contro il licenziamento ingiustificato, avvenuta con l'*Industrial Relations Act* del 1971: il suo effetto pratico è di mantenere la mera tutela di *common law* (ovvero il preavviso) nella fase iniziale del rapporto (cfr. L. RATTI, *I licenziamenti in Gran Bretagna*, cit., 130). Peraltro, nel corso del tempo il *qualifying period* è lievitato dagli iniziali 6 mesi agli attuali 2 anni.

³⁴ Cfr. CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 18 e 131.

³⁵ La prassi applicativa dell'OIL è orientata in senso restrittivo con riguardo a queste eccezioni, poiché non ne sono ammesse di nuove rispetto a quelle comunicate nel primo rapporto: v. S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., 174; AA.VV., *Termination of employment instruments. Background paper for the Tripartite Meeting of Experts to Examine the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166)*, International Labour Standards Department, ILO, Geneva, 2011, 13; M. T. CARINCI, *ILO Convention 158. Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, cit., 1156.

³⁶ Cfr. CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 24 ss. I lavoratori *part-time* non possono, invece, essere esclusi dall'ambito di applicazione della Convenzione n. 158, poiché la Convenzione n. 175 del 1994 e la coeva Raccomandazione n. 182 garantiscono loro le stesse tutele dei lavoratori *full-time* anche con riguardo al recesso datoriale.

³⁷ In questo senso anche S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., 174, secondo la quale «l'obiettivo della Convenzione e della Raccomandazione sembra voler andare oltre la tutela del licenziamento quale fattispecie estintiva del rapporto, per estendersi alla protezione della stabilità dell'impiego».

adeguate («*adequate safeguards*») onde evitare che tramite rapporti a tempo determinato possano essere aggirate le tutele offerte dallo strumento internazionale (co. 3)³⁸. A tal fine la Raccomandazione n. 166 suggerisce agli Stati membri di prevedere ragioni oggettive di carattere temporaneo per l'apposizione del termine al contratto di lavoro, oppure di stabilire limiti nel rinnovo di contratti a termine per i quali le suddette ragioni non sussistano; in caso di violazione dovrebbe essere stabilita la conversione in contratto a tempo indeterminato (par. 3). Il Comitato di esperti ha richiesto agli Stati membri di prestare particolare attenzione nell'attuazione delle proprie riforme improntate alla flessibilità in entrata, in quanto normative troppo accomodanti nei confronti della reiterazione di contratti a termine o nei riguardi del ricorso alla cd. "falsa autonomia" rischiano di vanificare le tutele predisposte dalla Convenzione e di provocarne in tal modo la violazione, se non nella lettera, almeno nello spirito³⁹.

4. La Convenzione abbraccia tutte le tipologie di licenziamenti, sia disciplinari che di carattere economico-organizzativo, sia individuali che collettivi. Il principio della necessaria giustificazione del licenziamento, vero e proprio cardine degli *international labour standard* in materia di recesso datoriale⁴⁰, è statuito nell'art. 4: il rapporto di lavoro non può essere interrotto se non in presenza di una valida ragione («*valid reason*») attinente al comportamento del lavoratore («*conduct*»), alla sua capacità di svolgere la prestazione lavorativa («*capacity*») o a esigenze operative dell'impresa o dello stabilimento («*operational requirements of the undertaking, establishment or services*»).

La tripartizione in licenziamenti disciplinari, licenziamenti inerenti alla capacità del lavoratore e recessi di carattere economico-organizzativo, non è consueta per il giurista italiano, abituato a ragionare nei termini dicotomici del giustificato motivo soggettivo e oggettivo di licenziamento⁴¹. Tuttavia, essa è tradizionale per diversi ordinamenti, *in primis* quello tedesco⁴², e sottrae al g.m.o. le ipotesi che sono radicate nella persona del lavoratore, ma non dipendono da un suo comportamento inadempiente⁴³. Qui va però osservato che la Convenzione si riferisce alla sola «*capacity*» del lavoratore, cosicché alla relativa categoria possono essere ricondotte la carenza di conoscenze o competenze necessarie per svolgere la prestazione, lo scarso rendimento non imputabile e la sopravvenuta inabilità alle mansioni conseguente a

³⁸ Cfr. M. T. CARINCI, *ILO Convention 158. Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, cit., 1154, secondo la quale, benché il concetto di «*adequate safeguards*» non sia specificato, «è chiaro che gli Stati membri devono introdurre limiti per impedire l'abuso della contrattazione a termine».

³⁹ CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 23-24.

⁴⁰ «*The cornerstone of the Convention's provisions*»: così CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 31. B. HEPPLER, *European rules on dismissal law?*, in *Comparative Labour Law Journal*, 1997, 216, lo considera «*a fundamental social right*». Sul punto vi è continuità perfino letterale con la Raccomandazione n. 119: v. B. NAPIER, *Dismissals – The New I.L.O. Standards*, cit., 19; S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., 175.

⁴¹ Tra i sistemi dicotomici si possono annoverare anche Francia e Spagna, mentre tra quelli imperniati sulla tripartizione dei motivi di recesso Germania, Portogallo, Regno Unito e, naturalmente, le principali fonti internazionali (Convenzione n. 158 e art. 24, Carta sociale europea). V. M. PEDRAZZOLI, *La giustificazione del licenziamento per motivi economico-oggettivi. Differenze e variazioni di fattispecie nei principali Paesi europei*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2019, I, 5 ss.

⁴² V. *amplius*, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, M. CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2005, I, 366 ss.

⁴³ Sul g.m.o. nel quadro comparato v. ora da ultimo M. PEDRAZZOLI,

malattia o infortunio⁴⁴. Non vi trovano, invece, collocazione altre ipotesi che in Italia sono ricomprese nel g.m.o. e in Germania, invece, nella *personenbedingte Kündigung*, che, insieme alla *verhaltensbedingte Kündigung* e alla *betriebsbedingte Kündigung*, costituisce la triade: per es. la revoca di un'autorizzazione indispensabile per lo svolgimento del lavoro o la carcerazione preventiva. Con riferimento a quest'ultima, il Comitato di esperti, pur riconoscendo che in talune ipotesi anche comportamenti estranei al rapporto di lavoro, specie quando risultino in condanne penali, possono rilevare ai fini del licenziamento disciplinare, raccomanda in via generale la sospensione del rapporto per coloro che siano reclusi per periodi di tempo non eccessivamente lunghi, per favorirne il ritorno alla vita normale una volta scontata la pena⁴⁵.

L'assenza per malattia o infortunio e l'eccessiva morbilità, che in Italia consentono al datore di recedere al superamento del periodo di comporto *ex art.* 2110, c.c. e in Germania rientrano nella *personenbedingte Kündigung*⁴⁶, sono invece disciplinate dalla Convenzione all'art. 6. La Convenzione chiarisce che l'assenza temporanea per malattia o infortunio non costituisce una valida ragione per porre fine al rapporto (co. 1), peraltro consegnando agli Stati firmatari il compito di fissare la durata del periodo di comporto e le certificazioni mediche richieste (co. 2)⁴⁷.

L'art. 5 stila un elenco esemplificativo⁴⁸ di ragioni non idonee a giustificare il recesso datoriale («*the following, inter alia, shall not constitute valid reasons for termination*»): si tratta per lo più di vere e proprie ipotesi di discriminazione o ritorsione, molte delle quali trovano specifica repressione in altri strumenti convenzionali dell'OIL⁴⁹ (per es. la Convenzione n. 98 per il licenziamento per ragioni sindacali, la n. 111 per diversi casi di discriminazione, la n. 135 per il recesso legato alla qualità di rappresentante dei lavoratori, la n. 156 e la n. 183 per la maternità e per varie ipotesi di congedi connessi a ragioni di cura dei figli o di prossimi congiunti).

5. La Convenzione n. 158 non conosce la *summa divisio* tra licenziamenti per g.m.o. e licenziamenti collettivi, tanto cara al legislatore e alla giurisprudenza del

⁴⁴ Cfr. CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 38; M. T. CARINCI, *ILO Convention 158. Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, cit., 1156.

⁴⁵ CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 38.

⁴⁶ Cfr. M. CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale?*, cit., 367.

⁴⁷ Come rilevato da M. T. CARINCI, *ILO Convention 158. Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, cit., 1158, non si tratta dunque di un divieto assoluto di licenziamento, poiché il recesso datoriale può essere consentito dallo Stato firmatario della Convenzione nei limiti che esso stesso è tenuto a stabilire.

⁴⁸ E quindi ampliabile *ad libitum* da parte degli Stati firmatari: CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 40; M. T. CARINCI, *ILO Convention 158. Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, cit., 1157. La Raccomandazione, in particolare, suggerisce agli Stati membri di aggiungere i fattori dell'età e dell'assenza dal lavoro per servizio militare o altre dovere civico (par. 5). Tra le ragioni di discriminazione vietata non menzionate nei due strumenti internazionali spiccano, anche nel confronto con il diritto europeo, la disabilità, le convinzioni personali e l'orientamento sessuale. Va, tuttavia, ricordato che la Convenzione OIL n. 159 del 1983 sulla riabilitazione professionale e l'impiego delle persone con disabilità, tramite il principio di parità di trattamento, protegge specificamente i disabili (anche) contro i licenziamenti discriminatori.

⁴⁹ Più precisamente, le ragioni elencate sono l'appartenenza sindacale o la partecipazione ad attività sindacali; la qualità di rappresentante dei lavoratori, l'aver rivestito tale carica o l'aver concorso per ottenerla; la proposizione di azioni in giudizio o il ricorso ad autorità amministrative contro il datore di lavoro; razza, colore della pelle, sesso, matrimonio, responsabilità familiari, gravidanza, convinzioni religiose, opinioni politiche, nazionalità, origine sociale; fruizione di un congedo di maternità [art. 5, lett. a)-e)].

nostro Paese⁵⁰: lungi dal suggerire una differenza ontologica tra licenziamenti individuali per motivi economico-organizzativi e recessi collettivi, il provvedimento dell'OIL non contiene nemmeno una definizione degli «*operational requirements*» di cui all'art. 4. Nel rapporto presentato dall'Ufficio internazionale del lavoro per la prima discussione alla Conferenza si faceva riferimento a «ragioni economiche, tecnologiche, strutturali o di natura simile», non connesse, suggerì poi il Comitato di esperti, con il comportamento o la capacità del lavoratore⁵¹. Non è casuale che si tratti delle medesime ragioni al ricorrere delle quali la Convenzione predispone una specifica procedura che coinvolge i rappresentanti dei lavoratori e le pubbliche autorità (artt. 13-14). In queste ipotesi, ferme tutte le altre tutele previste dalla Convenzione, gli Stati firmatari possono subordinare l'applicazione della procedura alla presenza di un numero minimo di recessi (art. 13, co. 2). L'esegesi sistematica conferma dunque l'unitarietà dei recessi di tipo economico-organizzativo nell'ambito del diritto internazionale del lavoro⁵²: ciò che può (ma non necessariamente deve) differenziare i licenziamenti collettivi è dunque la procedura di coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori, che è consentito agli Stati membri di attivare anche solo quando il datore pianifichi un numero di recessi superiore a una determinata soglia.

Ai sensi della Convenzione, la procedura si apre con l'informazione previa e «in tempo utile» («*in good time*») ai rappresentanti dei lavoratori, con riguardo, tra l'altro, alle ragioni del licenziamento, al numero e al profilo professionale degli esuberanti, e al periodo in cui i recessi saranno intimati (art. 13, co. 1, lett. a). All'informazione deve seguire, nel più breve tempo possibile («*as early as possible*»), il confronto con i rappresentanti dei lavoratori («*consultation*») in merito alle misure da adottare per evitare i licenziamenti o minimizzare l'impatto, compresa la ricollocazione in altra posizione lavorativa (art. 13, co. 1, lett. b). La Convenzione identifica i rappresentanti dei lavoratori *de quo* con quelli di cui alla *Workers' Representatives Conventions* n. 135 del 1971 (art. 13, co. 3)⁵³: è evidente l'obiettivo di evitare che il confronto si possa svolgere con rappresentanze create *ad hoc* dall'imprenditore e pertanto manipolabili, finendo dunque per non essere genuino⁵⁴.

I parr. 19-26 della Raccomandazione n. 166 contengono diversi suggerimenti agli Stati membri sui modi per rendere più efficace e proficua la procedura. Vengono

⁵⁰ Non è possibile affrontare in questa sede la *vexata quaestio* della differenza ontologica tra licenziamenti per g.m.o. e licenziamenti collettivi, affermata costantemente in giurisprudenza e avversata da un consistente filone dottrinale: ci si limita perciò a rimandare, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, a M. CORTI, *Partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi*, in *Jus-online*, 1/2019, spec. 3 ss., anche in nota.

⁵¹ V. CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 39.

⁵² Come sottolinea anche il Comitato di esperti, ricordando che a tutti i licenziamenti per ragioni economico-organizzative si applicano, a prescindere dalla procedura, le medesime disposizioni della Convenzione in materia di campo di applicazione, giustificazione del recesso, apparato rimediabile: cfr. CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 103. Nello stesso senso v. anche M. T. CARINCI, *ILO Convention 158. Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, cit., 1163.

⁵³ Ai sensi dell'art. 3 della Convenzione n. 135 del 1971 sono rappresentanti dei lavoratori sia i sindacalisti (persone designate o elette dal sindacato, o dagli iscritti al sindacato), sia gli eletti in organismi di rappresentanza generale dei dipendenti, purché liberamente scelti in una competizione elettorale («*freely elected*») dai dipendenti dell'impresa secondo le disposizioni di legge, regolamento o contratto collettivo, e sempre che le loro funzioni non coincidano con quelle che nello Stato in questione sono riconosciute come prerogativa esclusiva del sindacato.

⁵⁴ CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 104.

precisati i termini della consultazione (par. 19) e suggeriti alcuni esempi di misure volte a evitare i licenziamenti o ridurne l'impatto: contingentamento delle assunzioni, scaglionamento nel tempo dei recessi, trasferimenti interni, formazione e riconversione professionale, pre-pensionamenti, taglio degli straordinari e riduzione dell'orario di lavoro (parr. 21-22). Il par. 23 raccomanda l'adozione di criteri di scelta per selezionare i lavoratori che dovranno lasciare l'azienda, pur non entrando nel dettaglio degli stessi: dovranno comunque contemperare equamente le esigenze dell'impresa con gli interessi dei lavoratori.

Dopo aver suggerito l'attribuzione di un diritto di precedenza nel reimpiego presso l'impresa che ha proceduto ai licenziamenti per ragioni economico-organizzative in favore dei lavoratori coinvolti (par. 24), gli ultimi paragrafi della Raccomandazione sono dedicati alle (altre) misure che possono attutire l'impatto sociale dei licenziamenti: la rapida ricollocazione («*as soon as possible*») in un altro impiego appropriato, previa formazione o riqualificazione professionale ove necessario (par. 25)⁵⁵; il sostegno economico durante i periodi di *training* e nelle ipotesi in cui il nuovo impiego richieda un cambio di residenza (par. 26). Per lo svolgimento di questi compiti cruciali e per sostenerne le ingenti spese connesse la Raccomandazione evoca l'intervento dell'autorità pubblica competente («*the competent authority*»), il cui ruolo è invece lasciato piuttosto indefinito dall'art. 14 della Convenzione: questa disposizione stabilisce l'obbligo datoriale di informare detta autorità per iscritto il più presto possibile e comunque prima che i recessi siano perfezionati, senza, tuttavia, circoscriverne le prerogative⁵⁶.

L'esame sommario delle disposizioni della Convenzione e della Raccomandazione sui licenziamenti per ragioni economico-organizzative evidenzia il fitto dialogo intervenuto con l'ordinamento comunitario⁵⁷. La Raccomandazione del 1963 ha senza dubbio influenzato l'adozione della direttiva n. 75/129/CEE sui licenziamenti collettivi⁵⁸ e questa, a sua volta, è ben presente nel diritto internazionale del lavoro pattizio successivo: e il dialogo è continuato anche nell'esegesi successiva dei testi normativi, giudiziale e non⁵⁹. Il linguaggio comune comprende la nozione stessa di licenziamento collettivo, la cui differenza con quello individuale per ragioni economico-organizzative è solo quantitativa, e non qualitativa; la centralità del

⁵⁵ Originariamente la ricollocazione dei lavoratori in esubero in altri impieghi, all'interno o all'esterno dell'impresa, da realizzarsi in collaborazione tra il datore, i rappresentanti dei lavoratori e l'autorità pubblica competente, era collocato all'interno della Convenzione. In questo modo, però, si finiva per sancire una sorta di obbligo di predisposizione di un piano sociale: si trattava, con tutta evidenza, di un passo troppo ambizioso per il diritto internazionale del lavoro, cosicché nella versione finale la previsione è stata spostata nella Raccomandazione. Cfr. B. NAPIER, *Dismissals – The New I.L.O. Standards*, cit., 26.

⁵⁶ CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 106-107, che sottolinea la libertà degli Stati firmatari nell'attribuzione di compiti specifici all'autorità competente.

⁵⁷ E' opportuno ricordare che i contatti iniziali tra l'OIL e la Comunità economica europea furono assai intensi: il primo accordo di collaborazione data 1958, ovvero l'anno successivo la costituzione della Comunità; già nel 1961 fu creato un comitato permanente di cooperazione fra la Commissione e l'Ufficio internazionale del lavoro. Cfr. R. GALLARDO MOYA, *Convenzioni OIL*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996, 293-294.

⁵⁸ In questo senso E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Licenziamenti per riduzione di personale*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA (a cura di), *op. cit.*, 307.

⁵⁹ Cfr. AA.VV., *Termination of employment instruments*, cit., 21.

confronto con i rappresentanti dei lavoratori⁶⁰, che deve essere attivato prima che i recessi diventino definitivi e con modalità tali che la consultazione possa ancora influire sul processo decisionale⁶¹; l'invito a tutti gli *stakeholder* coinvolti a concordare un piano di misure per ridurre i licenziamenti e mitigarne l'impatto, senza però giungere all'obbligo datoriale di predisporre un piano sociale⁶²; il coinvolgimento dell'autorità pubblica.

Va infine osservato, sempre con riferimento ai licenziamenti economico-organizzativi, che il legislatore internazionale non si preoccupa oltremodo dell'intangibilità della libertà imprenditoriale. Se il giudice deve limitarsi a verificare la sussistenza delle ragioni addotte dal datore⁶³, il legislatore ordinario può bilanciare esigenze economiche e sociali, stabilendo se tali ragioni siano sufficienti per giustificare il recesso (art. 9, co. 3).

6. Sotto il profilo delle procedure già si è detto di quella applicabile ai licenziamenti per ragioni economico-organizzative, la cui attivazione gli Stati firmatari possono subordinare al raggiungimento di determinate soglie occupazionali. Ma la Convenzione impone una procedura anche per il caso di licenziamento disciplinare: il lavoratore deve essere previamente sentito a propria difesa⁶⁴, a meno che, per le circostanze del caso concreto, non sia ragionevole che il datore conceda tale possibilità (art. 7).

La Raccomandazione rafforza notevolmente i profili procedurali. Anzitutto, estende indirettamente il campo di applicazione del diritto internazionale del lavoro alle sanzioni disciplinari, suggerendo che il lavoratore riceva un richiamo scritto prima di essere licenziato, quando si sia macchiato di un comportamento che secondo la legge o la prassi nazionale giustifica il recesso soltanto se reiterato (par. 7). Un richiamo analogo dovrebbe precedere il licenziamento quando il rendimento del lavoratore sia insoddisfacente (par. 8). In questo modo la Raccomandazione accoglie il principio di proporzionalità delle sanzioni disciplinari, anche espulsive, all'infrazione commessa, stabilito nel nostro Paese sin dalla codificazione del 1942 (art. 2106, c.c.). La Raccomandazione accoglie anche il principio dell'immediatezza del licenziamento disciplinare, poiché, se il datore tergiversa, lasciando trascorrere un «*reasonable period of*

⁶⁰ Benché il Comitato di esperti non sia giunto ad affermare, come la Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Junk* (sentenza 27 gennaio 2005, C-188/03, in *Raccolta di giurisprudenza della Corte*, 2005, 885), che si è in presenza di un obbligo di trattare, esso ha sottolineato che nel sistema della Convenzione «il dialogo sociale costituisce il cuore della risposta procedurale ai licenziamenti collettivi», concretizzandosi nella «consultazione dei lavoratori o dei loro rappresentanti per trovare il modo di limitare o ridurre al minimo l'impatto sociale ed economico dei licenziamenti per i lavoratori». Cfr. AA.VV., *Termination of employment instruments*, cit., 20.

⁶¹ Come sottolinea il Comitato di esperti, la consultazione «*should be able to have some influence on the decision taken*»: così CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 105. Per il diritto europeo v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, 87-88.

⁶² Nel diritto europeo vi è un obbligo di trattare (anche) in merito al piano sociale, ma non si raggiunge l'intensità dell'obbligo di contrarre, come avviene, per es., nell'esperienza tedesca: cfr. M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., 88; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2016, 415.

⁶³ Come precisa il Comitato di esperti, la valida ragione consistente nelle esigenze operative dell'impresa o stabilimento deve in ogni caso sussistere: CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 81.

⁶⁴ La Convenzione accoglie qui «il principio basilare del diritto di difesa»: così CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 63.

time» dal momento in cui è venuto a conoscenza del fatto, «si dovrebbe ritenere che [...] abbia rinunciato al proprio diritto di recedere dal rapporto» (par. 10). La Raccomandazione suggerisce altresì agli Stati membri di consentire che il lavoratore sia assistito da una persona di propria scelta quando espone le proprie difese al datore di lavoro nell'ambito del procedimento disciplinare (par. 9).

Quanto ai rimedi esperibili contro il recesso intimato *non iure*, la Convenzione attribuisce al lavoratore licenziato il diritto di ricorrere a un organismo imparziale, quale una corte, un tribunale del lavoro, un comitato arbitrale o un arbitro (art. 8)⁶⁵. Qualora la legge dello Stato firmatario subordini il licenziamento all'autorizzazione di un organismo competente⁶⁶, il predetto diritto di ricorso del lavoratore può essere conseguentemente modulato (co. 2). La Convenzione consente ai Paesi membri di stabilire un termine di decadenza per l'impugnazione dei licenziamenti (co. 3): è, tuttavia, previsto che si debba trattare di un periodo di tempo ragionevole («*reasonable period of time*»), cosicché non sarebbero ammesse scadenze giugulatorie⁶⁷.

Secondo il Comitato di esperti il diritto di ricorso a un organismo imparziale che statuisca, in particolare, sulla giustificazione del licenziamento⁶⁸, costituisce un principio cardine della Convenzione: per conseguenza, ogni sua esclusione, anche parziale o supplita mediante autorizzazione inappellabile di un organismo amministrativo, costituisce violazione del diritto internazionale pattizio⁶⁹. Nonostante l'insistenza di molti Paesi, la forma scritta del licenziamento e dei relativi motivi non è entrata a far parte della Convenzione, che ammette dunque anche la forma orale⁷⁰. Tuttavia, la Raccomandazione invita gli Stati membri a stabilire che il recesso sia

⁶⁵ La Raccomandazione del 1963 considerava, invece, equipollenti tanto le procedure interne al luogo di lavoro, quanto il vero e proprio ricorso a un organismo imparziale: cfr. S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., 172 e 176. Sotto questo profilo la nuova formulazione della Convenzione, che non richiama più le prime, offre garanzie ben più solide ai lavoratori licenziati.

⁶⁶ In Europa è questo il caso, ancora oggi, dei Paesi Bassi, anche dopo la profonda riforma della disciplina dei licenziamenti intervenuta nel 2014. In realtà, come anche altrove nell'immediato dopoguerra, la necessità dell'autorizzazione dell'autorità amministrativa fu introdotta nei Paesi Bassi nel 1945, con l'obiettivo di stabilizzare il mercato del lavoro e in un'ottica puramente transitoria. Tuttavia, il relativo decreto è rimasto in vigore fino al 2015! Cfr. A. JACOBS, *Labour Law in The Netherlands*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2015, 167. L'autorizzazione amministrativa è richiesta anche in Francia, ma soltanto per i licenziamenti collettivi: infatti, il piano sociale («*plan de sauvegarde de l'emploi*») del datore di lavoro, sia esso adottato in via unilaterale, sia esso negoziato con i sindacati, deve essere previamente omologato (in caso di piano sociale negoziato si parla più propriamente di «*validation*»). Cfr. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2017, 644-666.

⁶⁷ Il termine deve essere sufficientemente lungo da permettere al lavoratore di informarsi compiutamente sui propri diritti e di decidere se sono stati violati, e conseguentemente proporre azione: CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 75.

⁶⁸ Qui la Convenzione aderisce alla tradizione di *civil law*, nella quale il giudice accerta la sussistenza della ragione giustificativa del recesso. In effetti, il modello britannico, nel quale il giudice deve, invece, decidere «se il licenziamento si colloca nell'ambito delle condotte che un datore di lavoro ragionevole avrebbe tenuto», sembra porre problemi di compatibilità con il diritto internazionale del lavoro. Cfr. B. NAPIER, *Dismissals – The New I.L.O. Standards*, cit., 22.

⁶⁹ Cfr. CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 72. Nello stesso senso M. T. CARINCI, *ILO Convention 158. Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, cit., 1158.

⁷⁰ CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 70-71: in tal modo si è cercato di favorire una più ampia condivisione della Convenzione.

intimato per iscritto e, su richiesta, anche le motivazioni siano comunicate nella medesima forma (parr. 12 e 13, co. 1)⁷¹.

Il legislatore internazionale si occupa anche della ripartizione dell'onere della prova, per la verità in modo poco coraggioso⁷². Per un verso, gli Stati membri possono imporre al datore di dimostrare la sussistenza dei presupposti legali del recesso, come sarebbe più logico, visto che per il lavoratore provarne l'insussistenza sarebbe una vera e propria *probatio diabolica*. Per altro verso, però, i Paesi firmatari sono autorizzati a non modificare i criteri legali di ripartizione dell'onere della prova vigenti nei loro ordinamenti, limitandosi ad autorizzare gli organismi giurisdizionali a raggiungere una conclusione in merito alla sussistenza delle ragioni giustificative del recesso soppesando le prove fornite da entrambe le parti. Ad ogni buon conto, si tratta di un consistente passo in avanti rispetto alla Raccomandazione del 1963, che nulla prevedeva sul punto⁷³, accettando di fatto la regola civilistica secondo la quale l'onere della prova incombe sul ricorrente.

Sotto il profilo sanzionatorio del licenziamento illegittimo l'art. 10 della Convenzione, comprensibilmente, non prende posizione nell'eterno dilemma tra reintegrazione («*reinstatement*») e rimedio indennitario («*compensation*»): qualora, però, lo Stato firmatario decida per il secondo, la somma deve essere adeguata («*adequate compensation*»)⁷⁴. Qualora poi opti per un eventuale terzo rimedio («*other reliefs*»), scelta pure consentita, quest'ultimo dovrà essere appropriato («*appropriate*»). Il cambio di formulazione rispetto alla Raccomandazione del 1963⁷⁵ ha indotto il Comitato di esperti a ravvisare nella Convenzione un *favor* per il rimedio restitutorio⁷⁶: gli appigli testuali sembrano, però, decisamente deboli, ed è comunque indubbio che gli Stati firmatari siano del tutto legittimati a prevedere la sola indennità⁷⁷ sia per i recessi ingiustificati, sia perfino per quelli discriminatori o comminati in violazione di diritti fondamentali. Per questi ultimi, il Comitato di esperti raccomanda comunque di prevedere la reintegrazione o, quanto meno, l'integrale risarcimento dei danni⁷⁸. Con

⁷¹ In una prima versione la Raccomandazione invitava gli Stati membri a disporre la sospensione degli effetti del licenziamento fino alla pronuncia dell'organismo imparziale, ma questa ardita previsione è scomparsa nella redazione finale. Cfr. B. NAPIER, *Dismissals – The New I.L.O. Standards*, cit., 22.

⁷² Cfr. B. HEPPLER, *European rules on dismissal law?*, cit., 216-217. Nella prima versione della Convenzione si prevedeva di allocare l'onere della prova sul datore di lavoro: la più articolata formulazione definitiva è dunque frutto di un compromesso intervenuto nel momento della redazione finale. Cfr. B. NAPIER, *Dismissals – The New I.L.O. Standards*, cit., 21.

⁷³ B. NAPIER, *Dismissals – The New I.L.O. Standards*, cit., 21; S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., 176.

⁷⁴ Nel *General Survey* del 1974 il Comitato di esperti, con riferimento all'analoga formulazione della Raccomandazione n. 119, aveva sottolineato come l'indennità, per essere un rimedio efficace, dovesse essere di ammontare tale da costituire un deterrente contro il licenziamento ingiustificato. Cfr. B. NAPIER, *Dismissals – The New I.L.O. Standards*, cit., 22.

⁷⁵ Nel par. 6 della Raccomandazione n. 119 del 1963 si invitava l'organo imparziale degli Stati membri «*to order that the worker concerned, unless reinstated, [...] should be paid adequate compensation*», mentre l'art. 10 della Convenzione stabilisce che tali organi imparziali, «*if they are not empowered or do not find it practicable [...] to declare the termination invalid and/or order or propose reinstatement of the worker, they shall be empowered to order payment of adequate compensation*».

⁷⁶ Cfr. CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 82. Nello stesso senso anche B. NAPIER, *Dismissals – The New I.L.O. Standards*, cit., 22. Cfr. anche B. HEPPLER, *European rules on dismissal law?*, cit., 217, nonché S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., 177, secondo la quale la Convenzione «ha accentuato l'importanza del *reinstatement*».

⁷⁷ Cfr. M. T. CARINCI, *ILO Convention 158. Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, cit., 1160-1161.

⁷⁸ V. CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 87.

riferimento al diritto del lavoratore a ricorrere a un organismo imparziale che verifichi la legittimità del licenziamento, sono molto interessanti i rilievi del Comitato di esperti in merito alla necessità che la procedura sia spedita e i costi contenuti⁷⁹: insomma, procedure di lunghezza indefinita e/o per pochi eletti potrebbero configurare una violazione della Convenzione.

L'art. 11 garantisce al lavoratore licenziato il rispetto di un «ragionevole termine di preavviso»⁸⁰, ovvero il pagamento di un'indennità sostitutiva, sempre che egli non abbia commesso un'infrazione disciplinare tanto grave da non consentire la prosecuzione, neppure provvisoria, del rapporto («*serious misconduct*»: ovvero quando il recesso datoriale sia intervenuto per giusta causa). Quanto alle competenze spettanti per la fine del rapporto, il legislatore internazionale consente agli Stati membri di scegliere tra un'indennità di fine servizio a carico del datore o di un fondo finanziato dalle contribuzioni datoriali, e un'indennità di disoccupazione o altra provvidenza di sicurezza sociale (art. 12). I Paesi firmatari possono ovviamente anche decidere di cumulare i due benefici. E' previsto che l'indennità di fine servizio sia commisurata, tra l'altro, alla retribuzione e all'anzianità aziendale: gli Stati possono decidere che non sia corrisposta quando il recesso datoriale avvenga per giusta causa. Il Comitato di esperti ha tenuto a sottolineare, ove ve ne fosse bisogno, che le somme previste dagli artt. 11 e 12 non possono essere alternative, ma soltanto cumulative rispetto ai rimedi previsti dalla Convenzione per il recesso ingiustificato (reintegrazione o indennità)⁸¹.

7. Passando a svolgere qualche considerazione in merito all'impatto della Convenzione sul diritto degli Stati firmatari, conviene, anzitutto, richiamare la vicenda francese relativa al *contrat nouvelle embauche* (di seguito: CNE)⁸². Si tratta di un caso nel quale il dialogo tra l'OIL e le Corti nazionali è stato particolarmente proficuo. Il CNE è un contratto di lavoro subordinato introdotto nell'ordinamento francese nel 2005 e riservato alle piccole imprese (meno di 20 dipendenti): si caratterizzava per un periodo piuttosto lungo di consolidamento del rapporto (2 anni), durante il quale il datore poteva recedere *ad libitum* versando una modesta indennità. Il Comitato incaricato di esaminare i reclami presentati dalle associazioni datoriali o dalle organizzazioni sindacali ai sensi dell'art. 24 della Costituzione dell'OIL, istituito per valutare il reclamo di *CGT* e di *Force ouvrière*, decise il 6 novembre 2007 che tale disciplina contrastava con gli artt. 2 e 4 della Convenzione. Infatti, il periodo di consolidamento era di durata irragionevolmente lunga, e conseguentemente il principio di giustificazione del recesso avrebbe dovuto comunque applicarsi anche ai CNE⁸³.

⁷⁹ Cfr. CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 75.

⁸⁰ Il par. 16 della Raccomandazione invita gli Stati membri a prevedere appositi permessi retribuiti per la ricerca di una nuova occupazione, quando il preavviso sia lavorato.

⁸¹ V. CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 89 e 97. Nel senso che una protezione meramente economica, che non limiti in alcun modo il recesso datoriale, sarebbe incompatibile con la Convenzione, v. J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, cit., 165.

⁸² V. gli accurati resoconti di E. GRAVEL, Q. DELPECH, *International labour standards*, cit., 405 ss.; AA.VV., *Termination of employment instruments*, cit., 14-15; e di P. REMY, *Le droit du travail français et les Chartes européennes: à partir et au-delà du visa d'un arrêt de la Cour de Cassation*, in M. CORTI (a cura di), *op. cit.*, 192 ss. V. inoltre anche PH. AUVERGNON, *Crise et droit du travail: la France ne plane pas au-dessus des normes de l'OIT*, in J. L. GIL Y GIL (a cura di), *cit.*, 290 ss.

⁸³ V. il *Report of the committee set up to examine the representation alleging non-observance by France of the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), the Right to Organise and Collective Bargaining Convention*,

La Camera sociale della Corte di Cassazione francese colse immediatamente l'assist offerto dal Comitato dell'OIL, e in una decisione del 1° luglio del 2008 applicò al CNE la disciplina di tutela dei licenziamenti di carattere generale (Cass., *chambre sociale*, n. F 07-44.124). Ciò fu possibile perché l'ordinamento francese è improntato al modello monistico nelle relazioni tra il diritto interno e la normativa internazionale, e il diritto internazionale, anche pattizio, può essere direttamente applicato dai giudici per escludere gli effetti delle norme di diritto interno contrastanti⁸⁴. In questa situazione, al legislatore transalpino non rimase che abrogare l'istituto, cosa che avvenne nel corso dello stesso 2008.

Altrettanta fortuna non arrise qualche anno più tardi, nel pieno della crisi economico-finanziaria, ai sindacati spagnoli, *Comisiones obreras* e *Union general del trabajo*, che presentarono reclamo all'OIL nel 2012, sempre ai sensi dell'art. 24, con riferimento a diversi profili della riforma del mercato del lavoro spagnolo, realizzata con il r.d.l. n. 3/2012⁸⁵. In particolare, gli strali sindacali si appuntarono sul *contrato de apoyo a los emprendedores*, tipologia contrattuale riservata alle PMI (meno di 50 dipendenti), incentivata sotto il profilo fiscale e contributivo, e, soprattutto, presidiata da un patto di prova della durata di un anno. Il Comitato tripartito incaricato di esprimere il parere sul reclamo dei sindacati spagnoli, dopo aver più volte richiamato il precedente del *contrat nouvelle embauche*, si pronunciò nel senso che anche il periodo di prova di un anno risultava eccessivamente lungo⁸⁶. Vale la pena di notare che l'assenza di ragionevolezza fu ricollegata, in particolare, anche al rilievo che «*no direct link between the facilitation of dismissals and job creation has been demonstrated*»⁸⁷: con buona pace dei falchi della *flexicurity*, che in quegli anni sedevano saldamente in sella al Governo iberico.

Nonostante il pronunciamento sfavorevole dell'OIL, il *contrato de apoyo a los emprendedores* è rimasto in vigore fino al gennaio del 2018, quando è stato abrogato dal r.d.l. n. 28, approvato dal Governo a guida socialista. In effetti, disattendendo espressamente la presa di posizione del Comitato tripartito⁸⁸, la Corte costituzionale

1949 (No. 98), the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), and the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), made under article 24 of the ILO Constitution by the General Confederation of Labour – Force ouvrière, del 6 novembre 2007, specialmente i parr. 74-79 e il par. 89, contenente le conclusioni.

⁸⁴ Cfr. P. REMY, *Le droit du travail français et les Chartes européennes*, cit., 192-193.

⁸⁵ Per un accurato esame delle riforme spagnole della disciplina dei licenziamenti durante la crisi alla luce della Convenzione n. 158 v. J. L. GIL Y GIL, *La protección contra el despido injustificado a la luz del convenio núm. 158 de la OIT*, cit., 161 ss.

⁸⁶ Rispetto al caso francese, i toni del Comitato furono, tuttavia, più sfumati: nelle conclusioni esso raccomandò al Consiglio di amministrazione dell'OIL di «invitare il Governo spagnolo a trasmettere informazioni sull'evoluzione del *contrato de apoyo a los emprendedores*, e, alla luce delle informazioni disponibili, di esaminare la possibilità di adottare misure, in consultazione con le parti sociali, per assicurare che tale tipologia contrattuale non sia risolta a iniziativa del datore di lavoro in modo da evitare in maniera fraudolenta le tutele predisposte dalla Convenzione» (par. 297, lett. c).

⁸⁷ V. il par. 245 del *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Spain of the Termination of Employment Convention 1982*, (n. 158), submitted under article 24 of the ILO Constitution by the Trade Union Confederation of Workers Committees (CC.OO.) and the General Union of Workers (UGT), dell'11 giugno 2014.

⁸⁸ Va comunque ricordato che l'interpretazione offerta dai vari comitati dell'OIL incaricati di sorvegliare sulla corretta attuazione degli *international labour standards*, benché indubbiamente autorevole, non può essere considerata vincolante, in quanto l'unico organo cui la Costituzione dell'OIL attribuisce ufficialmente la funzione di interpretazione della Costituzione stessa e delle Convenzioni è la Corte internazionale di giustizia (art. 37). Cfr. N. VALTICOS, G. VON POTOBOSKY, *International Labour Law*, cit., 68-69; L. SWEPSTON, *International*

spagnola dichiarò la nuova tipologia di contratto di lavoro a tempo indeterminato conforme alla Carta fondamentale e alla Convenzione n. 158 dell'OIL, con decisione del 16 luglio 2014⁸⁹. Deve essere almeno menzionata la lunga opinione dissenziente di Fernando Valdéz Dal-Ré, nella quale i riferimenti alla Convenzione n. 158, anche nell'applicazione offerta dalla Cassazione francese nel 2008, sono abbondanti e giocano un ruolo argomentativo fondamentale.

L'Italia non ha ratificato la Convenzione n. 158 sui licenziamenti ingiustificati, ma essa risulta comunque presente nel circuito ermeneutico. Anzitutto, va ricordato che l'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011, sui cd. contratti di prossimità, richiede che le clausole derogatorie di disposizioni di legge nelle materie tassativamente elencate al co. 2 siano, *inter alia*, rispettose dei «vincoli derivanti [...] dalle convenzioni internazionali sul lavoro» (co. 2-bis). Tra le disposizioni di legge derogabili rientrano anche quelle riguardanti le «conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro» (co. 2, lett. e), ovvero la disciplina di tutela contro i licenziamenti. In dottrina si discute vivacemente se il riferimento alle convenzioni internazionali sul lavoro debba essere confinato a quelle ratificate dal nostro Paese oppure esteso alla totalità di quelle dell'OIL tuttora vigenti⁹⁰. Se si aderisce al secondo orientamento⁹¹, si deve ritenere che venga in gioco, come limite alla potestà derogatoria dei contratti di prossimità in materia di tutela contro il recesso datoriale, anche la Convenzione n. 158, con il relativo apparato interpretativo. Entrambe le posizioni sopra richiamate, peraltro, non sono prive di criticità: per un verso, è difficile immaginare che il legislatore abbia voluto rendere rilevanti, quasi *en passant*, strumenti internazionali non espressamente ratificati⁹²; per l'altro, appare ridondante il riferimento a convenzioni già ratificate dal nostro Paese⁹³ e che, pertanto, godono di una protezione rafforzata rispetto al diritto meramente interno *supervenienti* (quale si configurerebbe l'art. 8, d.l. n. 138/2011 rispetto alle precedenti leggi di ratifica di Convenzioni OIL)⁹⁴.

Labour Law, in R. BLANPAIN (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2014, 161-162.

⁸⁹ Cfr. S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Lavoro e diritti fondamentali in Spagna*, in M. CORTI (a cura di), *op. cit.*, 230.

⁹⁰ Sulla questione v. per tutti M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011*, in M. NAPOLI, V. FERRANTE, M. CORTI, A. OCCHINO, *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, 52-53, anche in nota; A. PERULLI, V. SPEZIALE, in AA.VV., *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano, 2012, 214-215; A. RUSSO, in AA.VV., *Interventi*, in F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 474-475; L. RATTI, *Limiti sovranazionali all'efficacia derogatoria della contrattazione collettiva di prossimità*, in *Lavoro e diritto*, 2014, 132-133.

⁹¹ Così, per es., A. DI STASI, *Il potere sindacale nell'ordinamento (debole) del lavoro. Vicende e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2012, 196 ss.; A. PERULLI, V. SPEZIALE, in AA.VV., *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, *cit.*, 214-215.

⁹² Nel senso che la norma faccia riferimento alle sole convenzioni ratificate M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro*, *cit.*, 52; R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lavoro e diritto*, 2012, 47. In questo senso pare orientato anche L. RATTI, *Limiti sovranazionali all'efficacia derogatoria della contrattazione collettiva di prossimità*, *cit.*, 132.

⁹³ A. PERULLI, V. SPEZIALE, in AA.VV., *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, *cit.*, 214.

⁹⁴ Osserva correttamente F. BUFFA, *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, *cit.*, 583, che, benché la legge di ratifica abbia valore di legge ordinaria, «si tratta ad ogni modo di una fonte con efficacia passiva rafforzata, non essendo derogabile da legge ordinaria successiva, essendo un trattato internazionale vincolante per l'Italia ai fini dell'art. 117 Cost.: una norma di legge che contrasti» con una convenzione ratificata, «infatti,

In secondo luogo, non vanno dimenticati i profondi nessi che collegano tutti gli strumenti internazionali di tutela dei diritti sociali, e, in particolare, il legame biunivoco esistente tra quelli regionali e quelli a vocazione universalistica (come le Convenzioni dell'OIL). Tali interrelazioni sono il riflesso del rango fondamentale dei diritti sociali affermati in tali dispositivi: già si è detto delle evidenti influenze reciproche ravvisabili tra la normativa contro i licenziamenti ingiustificati che si è sviluppata in seno all'OIL e le direttive UE che si sono succedute in materia di licenziamenti collettivi (v. *retro* il par. 5). Va ora aggiunto che la lettura dell'art. 24 della Carta sociale europea revisionata a Torino nel 1996 (di seguito: CSE) rivela rimandi addirittura testuali alla Convenzione n. 158⁹⁵. Il principio della necessaria giustificazione del recesso si appoggia sui medesimi presupposti: «*valid reason [...] connected with [...] capacity or conduct or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service*» [art. 24, lett. a), CSE]. Nel caso di recesso ingiustificato il lavoratore ha diritto di ricorrere a un organismo imparziale, come nella Convenzione OIL: tra i rimedi non compare, invece, la reintegrazione, essendo menzionati, peraltro, sia la «*adequate compensation*» che l'«*other appropriate relief*». Nell'appendice relativa all'art. 24 vengono ripresi, pressoché alla lettera, i casi di esclusione dalla tutela (contratti a termine, lavoratori in prova o durante il periodo di consolidamento del rapporto, lavoratori del tutto occasionali) e le ragioni di discriminazione inidonee a giustificare il recesso, di cui all'art. 2, co. 2, e, rispettivamente, agli artt. 5 e 6 della Convenzione n. 158.

La CSE, come revisionata a Torino, è stata ratificata dal nostro Paese, anche con riferimento all'art. 24, nel 1999 (l. 9 febbraio 1999, n. 30): è pertanto naturale che la Convenzione OIL n. 158 entri nel circuito interpretativo nazionale, seppur in via indiretta, tramite l'applicazione della CSE. Quest'ultima, per lungo tempo negletta dai nostri giudici, ha trovato di recente valorizzazione sempre più spinta da parte della Corte costituzionale⁹⁶. Da ultimo, l'art. 24, CSE ha rivestito un ruolo centrale, quale parametro interposto di costituzionalità *ex art. 117, co. 1, Cost.*, nel giudizio con il quale il Supremo giudice delle leggi ha dichiarato illegittimo il metodo di calcolo dell'indennità cd. "rafforzata", prevista dall'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 nel caso di licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo⁹⁷. In quella sede la Corte ha

esporrebbe l'Italia a procedura di infrazione e sarebbe affetta da vizio di legittimità costituzionale *ex art. 117, Cost.*».

⁹⁵ Per il medesimo rilievo v. AA.VV., *Final Report. Tripartite Meeting of Experts to Examine the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158) and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166)*, International Labour Standards Department, ILO, Geneva, 2011: «*the principles and sometimes even the wording of the Convention were embodied in the European Social Charter (revised)*».

⁹⁶ Secondo gli auspici di una parte della dottrina, che, anche sulla scorta di un'attenta analisi comparata, l'aveva identificata come efficace antidoto agli eccessi liberalizzanti indotti dalla crisi economico-finanziaria: cfr. P. LOI, *La Carta sociale europea: uno strumento ancora vitale per la tutela dei diritti sociali fondamentali*, in M. CORTI (a cura di), *op. cit.*, 105 ss., spec. 120-121.

⁹⁷ V., in particolare, il par. 14 delle motivazioni della sentenza 8 novembre 2018, n. 194: «l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui determina l'indennità in un "importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio", viola anche gli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea». La decisione, una delle più importanti della Corte costituzionale degli ultimi anni, ha avuto un'estrema risonanza nella dottrina giuslavoristica. Nell'impossibilità di richiamare tutti i commenti editi sinora, si limita in questa sede il richiamo ad alcune riviste che hanno dedicato un intero numero o parte di esso alla discussione della sentenza: v. *Il Diritto delle relazioni industriali* n. 1/2019, con contributi di A. Bollani, A. Maresca, P. Tosi, A. Tursi, L. Zoppoli; *Lavoro*

respinto, correttamente, il tentativo del giudice *a quo* di chiamare in causa direttamente la Convenzione n. 158, eccependo la sua mancata ratifica da parte del nostro Paese⁹⁸. D'altro canto, per l'interpretazione dell'art. 24, CSE, e segnatamente per stigmatizzare l'inadeguatezza delle modalità di calcolo dell'indennità a determinare una somma idonea a ristorare il pregiudizio subito dal lavoratore, ha utilizzato anche le pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali, benché, a stretto rigore, tale organo non abbia natura giudiziale⁹⁹.

A questo proposito occorre osservare che le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, quanto meno sotto il profilo della tutela contro i licenziamenti ingiustificati, sono nel complesso assai più coraggiose rispetto a quelle degli organismi di controllo dell'OIL¹⁰⁰. Tale tendenza, che riflette la più spiccata sensibilità sociale europea nel panorama mondiale, non crea particolari problemi di "convivenza" dei due dispositivi internazionali per gli Stati che li abbiano ratificati entrambi: l'interprete si orienterà, caso per caso, secondo il principio del *favor laboris*, che, secondo un'opinione condivisibile, nel diritto internazionale del lavoro ricopre il rango di principio fondamentale¹⁰¹.

E' interessante rilevare da ultimo che la Convenzione ha trovato applicazione diretta, quale fonte di *equity* o di buone prassi lavoristiche, o indiretta, quale ausilio interpretativo della legislazione interna, in diversi Paesi in via di sviluppo che non avevano proceduto a ratificarla¹⁰². In Botswana, per es., il Supremo tribunale del

Diritti Europa n. 1/2019, con contributi di P. Ichino, F. Roselli, A. Tursi, A. Perulli, G. Orlandini, M. Chiodi, G. Vidiri, A. Del Re, R. Cosio, M. Persiani; *Lavoro e diritto* n. 2/2019, con contributi di L. Mariuci, M. V. Ballestrero, F. Martelloni, M. Novella. Si vedano, inoltre, anche i commenti a sentenza di P. Ichino e M. T. Carinci, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, II, 1050 ss.; R. De Luca Tamajo, in *Diritti lavori mercati*, 2018, 634 ss.; O. Mazzotta, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 2018, 625 ss.; V. Speciale, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2018, II, 3 ss.; G. ZILIO GRANDI, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2/2018; M. Persiani, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2019, 125 ss.; F. Carinci, nella medesima rivista, 465 ss.

⁹⁸ V. il par. 5.4 delle motivazioni della sentenza n. 194/2018.

⁹⁹ V. il par. 14 delle motivazioni della sentenza n. 194/2018, nel quale il supremo giudice delle leggi sottolinea che «questa Corte ha già affermato l'idoneità della Carta sociale europea a integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. e ha anche riconosciuto l'autorevolezza delle decisioni del Comitato, ancorché non vincolanti per i giudici nazionali (sentenza n. 120 del 2018)».

¹⁰⁰ E' emblematica, da ultimo, la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali del 31 gennaio 2017, causa n. 106/2014, che si è pronunciato sull'adeguatezza dell'apparato sanzionatorio dei licenziamenti ingiustificati esistente nell'ordinamento finlandese. Riprendendo e chiarendo alcune pronunce precedenti, il Comitato ha ritenuto il tetto massimo dell'indennità risarcitoria ivi prevista di 24 mensilità in contrasto con l'art. 24 della Carta sociale europea, nella misura in cui non era contemplata la possibilità per il lavoratore di ottenere il ristoro degli eventuali danni ulteriori o la reintegrazione nel posto di lavoro. Per una discussione dell'apparato rimediabile del d.lgs. n. 23/2015 alla luce dell'art. 24 della Carta sociale europea, e, in particolare, di questa decisione, v. M. CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, Torino, 2018, 199-200. In quella sede si segnalava profeticamente come «l'enfasi posta dal comitato sull'integrale ristoro del pregiudizio subito dal lavoratore» mettesse «in crisi [...] il meccanismo di calcolo automatico dell'indennità, previsto dal d.lgs. n. 23/2015» (199, nt. 77).

¹⁰¹ In questo senso A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro*, cit., 52-54, argomentando, in particolare, dall'art. 19, par. 8, della Costituzione dell'OIL. Ai sensi di quest'ultima disposizione, «in nessun caso l'accettazione di una convenzione o di una raccomandazione da parte della Conferenza, o la ratificazione di una convenzione da parte di un Membro devono essere interpretate nel senso che esse siano di pregiudizio a leggi, sentenze, usanze o accordi che garantiscono ai lavoratori condizioni più favorevoli di quelle previste nella convenzione o nella raccomandazione».

¹⁰² V. AA.VV., *Note on Convention No. 158 and Recommendation No. 166 concerning termination of employment*, 2009, 19-20, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_100768.pdf.

lavoro ha dato applicazione all'art. 4 della Convenzione benché la legislazione interna non prevedesse alcuna *valid reason* per procedere al licenziamento; anche a Trinidad e Tobago il richiamo alla Convenzione è stato diretto pur in mancanza di ratifica. In Sud Africa e Zimbabwe, invece, la Convenzione e il *corpus* di commenti del Comitato di esperti sono stati utilizzati come ausilio esegetico della legislazione interna, anche perché quest'ultima presentava forti affinità, perfino letterali, con la Convenzione stessa¹⁰³.

8. In conclusione di questo contributo è opportuno ritornare al problema dello scarso successo della Convenzione n. 158 del 1982, il cui emblema è sicuramente l'esiguo numero di ratifiche da parte degli Stati membri dell'OIL (v. *retro* il par. 2)¹⁰⁴. Sulle ragioni la dottrina è divisa.

Secondo una prima opinione, i Paesi più industrializzati non avrebbero avuto interesse alla ratifica, in quanto i loro ordinamenti offrivano già ai lavoratori una tutela contro i licenziamenti illegittimi ben più robusta¹⁰⁵. Si tratta di un argomento poco convincente, per diversi motivi. Anzitutto, come si è avuto modo di dimostrare, lo standard minimo fissato dalla Convenzione non è particolarmente basso, nonostante i consistenti margini di flessibilità comunque consentiti agli Stati firmatari; inoltre, se i principi stabiliti dalla Convenzione fossero stati così accessibili per i Paesi ad economia più sviluppata, non si comprende perché questi non l'abbiano ratificata, visto che i loro ordinamenti erano già ad essa pienamente conformi¹⁰⁶. In secondo luogo, la Convenzione non ha certo riscosso una grande popolarità nemmeno tra i Paesi in via di sviluppo.

Infine, l'argomento è stato smentito *per tabulas* in occasione del *General Survey* sullo stato di applicazione della Convenzione n. 158, organizzato dall'OIL nel 1995. Molti dei rapporti esaminati dal Comitato di esperti, inviati dagli Stati che non hanno ratificato il dispositivo, giustificano la propria scelta con caratteristiche peculiari dei propri ordinamenti, considerate incompatibili con esso. Così, per es., la Danimarca non intende abbandonare il proprio sistema di tutela contro i licenziamenti imperniato su contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes*¹⁰⁷, visto che la ratifica della Convenzione impone un meccanismo di implementazione con effetti generalizzati¹⁰⁸. Il Regno Unito, invece, intende conservare il proprio «periodo di consolidamento» («*qualifying period*») del rapporto di lavoro di due anni, sulla cui durata eccessiva il Comitato di esperti a buon diritto esprime velati dubbi di compatibilità con la Convenzione; il medesimo Paese non intende poi rinunciare all'applicazione dei

¹⁰³ La valorizzazione del diritto internazionale convenzionale in questi Paesi è stata probabilmente facilitata dalla natura ibrida dei loro sistemi giuridici, la cui base è comunque ravvisabile nel *common law*.

¹⁰⁴ S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., 177.

¹⁰⁵ In questo senso A. LO FARO, citato da S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., 178, in un *paper* non più reperibile online.

¹⁰⁶ Cfr. M. T. CARINCI, *ILO Convention 158. Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, cit., 1152.

¹⁰⁷ Cfr. CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 129.

¹⁰⁸ In questo senso chiaramente il Comitato di esperti: «qualora una o più disposizioni della Convenzione non trovano applicazione, o sono applicate soltanto parzialmente tramite contratti collettivi [...], lo Stato che l'ha ratificata è tenuto a implementare tali disposizioni per via legislativa» (CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 8). V. anche S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., 175; M. T. CARINCI, *ILO Convention 158. Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, cit., 1151.

principi civilistici in materia di ripartizione dell'onere della prova¹⁰⁹. L'Austria non vuole abbandonare il proprio sistema ancora in larga parte basato sul libero recesso, mentre la Germania eccepisce l'inesistenza nell'ordinamento interno di regole legali in merito al procedimento disciplinare¹¹⁰. Molti Paesi extra-europei (Cile, Ecuador, Nuova Zelanda, Provincia del Québec, Singapore, Sudan, Uruguay) giustificano le difficoltà di ratifica con l'assenza o l'inadeguatezza delle proprie previsioni legali in materia di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori nell'ambito dei licenziamenti per ragioni economico-organizzative¹¹¹.

Una seconda opinione indica, invece, nel carattere un po' troppo ambizioso del testo convenzionale la principale ragione che ne avrebbe frenato le ratifiche¹¹². Questo argomento pare più vicino al vero. La Convenzione n. 158 è giunta in porto probabilmente troppo tardi: in molti Paesi a economia avanzata la *pars construens* della tutela contro i licenziamenti collettivi si era già compiuta nel 1982, anche grazie al positivo influsso, giova ricordarlo, della Raccomandazione n. 119 del 1963. Negli anni '80 i principali Paesi europei (Regno Unito, Germania e Francia *in primis*) sono stati a lungo governati da compagini di centro-destra con programmi politici neo-liberisti, e, a partire dal decennio successivo, un po' ovunque la tutela contro i licenziamenti si presentasse particolarmente robusta, si è cominciato a riflettere in merito al suo ridimensionamento. Non si trattava certo di un contesto favorevole alla ratifica della Convenzione, e lo stesso Comitato di esperti, nel già menzionato *General Survey* del 1995, ha cercato di controbattere al mantra della flessibilità e agli argomenti economicistici con cui esso veniva puntellato dai suoi propugnatori¹¹³. Va dato atto al Comitato di esperti di aver strenuamente perorato la causa della stabilità del rapporto di lavoro, cercando di ridare slancio ai processi di ratifica: purtroppo, come si è osservato, questo tentativo non è stato coronato da successo.

Né un *humus* più fertile ha offerto il nuovo millennio, con il radicarsi in Europa del dibattito sulla *flexicurity* e il diffondersi dei vari progetti di “contratto unico”, nei quali il principio della giustificazione del recesso datoriale, vero e proprio cardine del diritto internazionale del lavoro, veniva minato alla radice, nella fase iniziale o addirittura per tutta la durata del rapporto, sostituito dal cd. *firing cost*¹¹⁴.

¹⁰⁹ CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 130-131.

¹¹⁰ CEACR, *op. loc. ult. cit.*

¹¹¹ CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 132-133.

¹¹² Cfr. S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., 179.

¹¹³ CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, cit., 137-139.

¹¹⁴ In realtà, quanto meno nel nostro Paese, le proposte di cd. “contratto unico” non hanno mai contemplato il superamento del principio di causalità del licenziamento, bensì solo di quello della tutela reale. In altri Paesi, come la Francia e la Spagna, si erano in effetti previste forme contrattuali sperimentali connotate da una fase di consolidamento del rapporto in regime di libero recesso: tuttavia, come già notato *retro* al par. 7, entrambe le esperienze sono ora esaurite. E' anche interessante notare che in nessun Paese dove si è provato a sperimentare un contratto a tutele progressive si è contestualmente operata un ridimensionamento dei contratti di tipo flessibile connotati dalla previsione di un termine finale del rapporto, come sarebbe, invece, richiesto dalla logica stessa del cd. “contratto unico” (cfr. la proposta “capostipite”, formulata da P. CAHUC, F. KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, La Documentation Française, 2005, spec. 125 ss.). Cfr., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, M. CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act*, cit., 55 ss. e 177-178, anche in nota.

Anche l'attenzione dell'OIL per la Convenzione n. 158 del 1982 è drasticamente calata nel periodo: lungi dall'essere inserito tra i *core labour standards*, lo strumento non compare nemmeno più tra le convenzioni *up-to-date*¹¹⁵. Benché il Gruppo di lavoro sulla revisione degli *international labour standards* non sia riuscito a raggiungere un consenso in merito alla sorte della Convenzione, dal marzo 2001 essa non è compresa nel novero di quelle considerate attuali¹¹⁶. Per questa ragione, nel novembre 2009 il Consiglio di amministrazione dell'OIL ha convocato un incontro tripartito per decidere il destino della Convenzione e della Raccomandazione: il *meeting* si è tenuto dal 18 al 21 aprile 2011¹¹⁷. Purtroppo, nemmeno in quella sede è stato possibile trovare un accordo trasversale. Mentre i rappresentanti dei lavoratori e degli Stati hanno difeso gli strumenti dell'OIL sulla tutela contro i licenziamenti ingiustificati, rivendicandone la persistente crucialità e invitando l'organizzazione a rinvigorire le strategie per incrementare le ratifiche della Convenzione, gli esponenti dei datori di lavoro hanno addirittura continuato a richiedere l'abrogazione di quest'ultima, riproponendo, con veemenza ancora maggiore, l'ostilità già manifestata in sede di adozione dei due dispositivi¹¹⁸.

In questa situazione di frattura pressoché insanabile tra le parti sociali, il Consiglio di amministrazione si è limitato a raccomandare al direttore generale «di tenere conto, quando elaborerà future azioni dell'Ufficio internazionale del lavoro in argomento, delle questioni sollevate nel rapporto dell'incontro tripartito di esperti per l'esame» della Convenzione e della Raccomandazione¹¹⁹. In fin dei conti, si è giunti a una situazione di stallo¹²⁰: la scelta di escludere i suddetti dispositivi dal novero di quelli attuali non incide sul loro *status*, cosicché essi rimangono tuttora in vigore e, in particolare, la Convenzione continua a essere aperta alle ratifiche degli Stati membri. Tuttavia, l'esclusione appare emblematica della circostanza che l'organizzazione non consideri più centrali nelle proprie strategie i due strumenti.

Scorrendo gli articoli della Convenzione resta l'amaro in bocca: a parte qualche limitata *defaillance*, si tratta di un testo moderno e flessibile, che ha ancora molto da offrire, specialmente nell'ottica di una piena garanzia di effettività di tutti gli altri *international labour standards*¹²¹. Sarebbe auspicabile che l'OIL continuasse a investire su questo strumento, magari nell'ottica di un suo prudente *restyling* che favorisca una più ampia adesione¹²². Non pare infatti possibile immaginare alcun

¹¹⁵ Cfr. J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, cit., 165. L'elenco delle convenzioni considerate attuali si può leggere <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12020:0::NO::>

¹¹⁶ V. AA.VV., *Final Report*, cit., 1.

¹¹⁷ Il resoconto dell'incontro si può leggere in AA.VV., *Final Report*, cit.

¹¹⁸ Cfr. AA.VV., *Final Report*, cit., spec. 27-29.

¹¹⁹ V. GOVERNING BODY, *Report and outcome of the Tripartite Meeting of Experts to Examine the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158) and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166)*, 5th September 2011.

¹²⁰ M. T. CARINCI, *ILO Convention 158. Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, cit., 1153.

¹²¹ Per una valorizzazione della Convenzione n. 158 come antidoto a riforme regressive attuate, a seguito della crisi economico-finanziaria, anche in un Paese a economia avanzata come la Spagna, v. J. L. GIL Y GIL, *Strengthening the power of dismissal in recent labor reforms in Spain*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2014, 447-448.

¹²² Non sembra, però, utile riscrivere la Convenzione riducendola ad alcuni principi fondamentali, come sembra suggerire S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., 179-180. Il valore aggiunto delle Convenzioni dell'OIL, e la loro principale differenza rispetto alle Carte internazionali dei diritti sociali, è

Decent Work senza quel relativo equilibrio tra le parti del contratto di lavoro, che soltanto una robusta disciplina di tutela contro i licenziamenti è in grado di assicurare¹²³.

proprio quello di costituire un canovaccio di regole sul quale gli Stati possano edificare le loro discipline interne, senza limitarsi all'affermazione astratta di principi. E comunque la Convenzione n. 158 offre margini di flessibilità davvero notevoli agli Stati membri, come emerge chiaramente dall'esame effettuato *retro* ai parr. 3-6.

¹²³ Questo aspetto non è sfuggito al Comitato di esperti: cfr. CEACR, *Protection against Unjustified Dismissal*, *cit.*, 138-139.